

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقریرات فقہ (معاملات / مسائل مستحدثہ)

استاد: حاج آقا شوپایی

نویسنده: محسن فیروزتبار

سال تحصیلی: ۱۴۰۰ - ۱۴۰۱

فهرست مطالب

خلاصه‌ای از مباحث گذشته.....	۱۱
فصل دوم: ارکان عقد.....	۱۱
مقوم سوم: متعاقدين (شرایط متعاقدين).....	۱۱
امر اول: أهلیت متعاقدين.....	۱۲
الف) أهلیت متعاقدين از حیث بلوغ.....	۱۲
أدله شرطیت بلوغ.....	۱۲
دلیل اول: اجماع.....	۱۲
اشکال دلیل اول.....	۱۳
دلیل دوم: آیه شریفه.....	۱۳
اقسام تصرفات و معاملات صبی.....	۱۳
دلیل سوم: روایات.....	۱۵
۱. روایات طایفه اول.....	۱۶
۲. روایات طایفه دوم.....	۱۷
۳. روایات طایفه سوم (روایات رفع القلم).....	۱۸
اشکالات شیخ انصاری به طایفه سوم.....	۱۹
اشکال اول مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم.....	۱۹
اشکال دوم مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم.....	۲۰
اشکال سوم مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم.....	۲۰
تفسیر اول.....	۲۰
تفسیر دوم.....	۲۱
تفسیر سوم.....	۲۱
بررسی اشکال سوم مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم با لحاظ تفاسیر سه‌گانه.....	۲۲
بررسی اشکال اول مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم.....	۲۳

۲۳	پاسخ اول
۲۳	مناقشه در پاسخ اول
۲۴	پاسخ به مناقشه
۲۴	پاسخ دوم
۲۵	پاسخ سوم
۲۵	بررسی اشکال دوم مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم
۲۵	پاسخ اول
۲۶	پاسخ دوم
۲۶	مناقشه در پاسخ دوم
۲۶	تسجیل اشکال دوم شیخ انصاری
۲۷	مناقشه در تسجیل و دفاع از اشکال دوم شیخ انصاری
۲۷	پاسخ اول
۲۷	بررسی پاسخ اول
۲۸	پاسخ دوم
۲۹	راه دوم برای خروج تخصصی برخی نقوض (امتنانی بودن حدیث رفع قلم)
۲۹	اشکال اول به راه دوم برای خروج تخصصی
۲۹	پاسخ به اشکال اول
۲۹	اشکال دوم به راه دوم برای خروج تخصصی
۳۰	پاسخ به اشکال دوم
۳۱	فرق باب اتلافات با باب خمس و زکات از حیث جریان امتنان
۳۱	تمسک شیخ انصاری به روایت ابوالبختری برای شرطیت بلوغ
۳۳	اشکال اول
۳۳	اشکال دوم: عدم علیّت فقره سوم برای فقره دوم
۳۴	پاسخ اول به اشکال دوم
۳۴	پاسخ دوم به اشکال دوم

۳۵	اشکال مرحوم خویی بر پاسخ دوم
۳۵	بررسی اشکال مرحوم خویی بر پاسخ دوم
۳۶	اشکال سوم (مرحوم ایروانی و محقق اصفهانی): عدم معلولیت فقره سوم برای فقره اول
۳۶	بررسی اشکال سوم
۳۷	اشکال چهارم (مرحوم نائینی): عدم معلولیت فقره سوم برای فقره اول
۳۷	بررسی اشکال چهارم
۳۸	اشکال پنجم: عدم انحصار ارتباط در علیّت و معلولیت
۳۹	بررسی اشکال پنجم
۳۹	اشکال ششم
۴۰	اشکال هفتم
۴۰	بررسی اشکال هفتم
۴۱	اشکال هشتم
۴۱	اشکال نهم
۴۱	۴. روایات طایفه چهارم (یکسان بودن عمد و خطأ صبی)
۴۲	بررسی دلالت روایات طایفه چهارم بر شرطیت بلوغ
۴۲	مناقشه اول
۴۳	پاسخ مرحوم امام
۴۳	بررسی پاسخ مرحوم امام
۴۴	مناقشه دوم
۴۴	پاسخ مرحوم امام
۴۵	بررسی پاسخ مرحوم امام
۴۶	مناقشه سوم
۴۷	پاسخ از مناقشه سوم
۴۹	مناقشه چهارم
۵۰	بررسی مناقشه چهارم

۵۲		اقسام تصرفات و معاملات صبیّ
۵۳		میزان دلالت روایات طایفه اول
۵۳		میزان دلالت روایات طایفه دوم
۵۴		میزان دلالت روایات طایفه سوم
۵۵		میزان دلالت روایات طایفه چهارم
۵۵		جمعبندی مفاد روایات
۵۶		بررسی تفصیل بین اشیاء یسیر و اشیاء خطیر
۵۶		دلیل اول: نفی حرج
۵۶		اشکال اول بر تمسک به قاعده لاحرج
۵۷		بررسی اشکال اول
۵۸		اشکال دوم بر تمسک به قاعده لاحرج
۵۸		پاسخ اول به اشکال دوم
۵۹		بررسی پاسخ اول
۵۹		پاسخ دوم به اشکال دوم
۵۹		بررسی پاسخ دوم
۶۱		اشکال سوم بر تمسک به قاعده لاحرج
۶۱		پاسخ به اشکال سوم
۶۱		بررسی پاسخ
۶۲		دلیل دوم: سیره و عادت
۶۲		اشکال اول بر استدلال به سیره
۶۳		اشکال دوم بر استدلال به سیره
۶۳		پاسخ مرحوم امام به اشکال دوم
۶۴		بررسی پاسخ مرحوم امام
۶۵		اشکال سوم بر استدلال به سیره
۶۶		نتیجه بحث در شرطیّت بلوغ

۶۷	نظر فقه عامه و قوانین حقوقی در شرطیت بلوغ
۶۹	مناقشه در قسم اول
۶۹	مناقشه در قسم دوم
۶۹	مناقشه در قسم سوم
۷۰	دلیل اول: آیه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»
۷۰	دلیل دوم: صدر من أهله بولاية شرعية
۷۰	دلیل سوم: قضیه عقد نکاح أم سلمة با پیامبر ^۶
۷۱	دلیل چهارم: عرف و سیره
۷۱	دلیل پنجم: آیه شریفه «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى»
۷۱	اشکال اول به دلیل پنجم
۷۱	بررسی اشکال اول
۷۲	اشکال دوم به دلیل پنجم
۷۲	بررسی اشکال دوم
۷۲	اشکال سوم به دلیل پنجم
۷۳	اشکال چهارم به دلیل پنجم
۷۳	نتیجه بحث در شرطیت بلوغ
۷۳	ب) أهلیت متعاقدين از حیث رشد
۷۴	جهت اول: تبیین معنای رشد
۷۶	جهت دوم: ادله اعتبار رشد
۷۶	دلیل اول: اجماع
۷۶	دلیل دوم: آیه «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا»
۷۶	دلیل سوم: آیه «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»
۷۷	قرائن احتمال دوم
۷۷	قرینه اول
۷۸	قرینه دوم

۷۸	قرینه سوم.....
۷۹	قرینه چهارم.....
۷۹	قرینه پنجم.....
۷۹	قرینه ششم.....
۸۰	قرائن احتمال اول.....
۸۱	بررسی قرائن دالّ بر احتمال اول.....
۸۲	دلالت آیه بر شرطیّت رشد بنابر احتمال اول.....
۸۳	مناقشه در تقاریب مذکور.....
۸۳	دلیل چهارم: آیه دین.....
۸۴	دلیل پنجم: روایات.....
۸۶	دلیل ششم: بناء عقلاء.....
۸۶	جهت سوم: سعه و قلمرو شرطیّت رشد.....
۸۸	صور تصرفات سفیه.....
۸۹	حکم صورت اول و دوم و سوم.....
۸۹	حکم صورت چهارم.....
۹۰	حکم صورت پنجم.....
۹۰	وجه اول.....
۹۱	وجه دوم.....
۹۱	وجه سوم.....
۹۳	حکم صورت ششم.....
۹۳	بررسی کلام شهید اول.....
۹۵	نتیجه بحث در شرطیّت رشد.....
۹۵	تنبیه اول: عدم جریان ادله حجر سفیه در احکام تکلیفی و احکام کیفری.....
۹۷	اشکال اول: اجماع و تسالم بر خلاف.....
۹۷	اشکال دوم: قاعده «لو کان لبان».....

۹۸	وجه اول: اطلاق روایات طایفه دوم.....
۹۸	مناقشه در وجه اول.....
۹۸	وجه دوم: مفاد استثنای موجود در موثقه عبد الله بن سنان.....
۹۹	مناقشه در وجه دوم.....
۹۹	وجه سوم: قیاس اولوئیت.....
۱۰۰	مناقشه در وجه سوم.....
۱۰۰	وجه چهارم: قبح عقاب بلایان.....
۱۰۱	مناقشه در وجه چهارم.....
۱۰۱	وجه پنجم: تمسک به سیره عقلاء.....
۱۰۱	مناقشه در وجه پنجم.....
۱۰۳	تنبيه دوم: اثبات رشد و علامات آن.....
۱۰۳	مطلب اول.....
۱۰۴	مجرای بنای عقلاء.....
۱۰۶	مطلب دوم.....
۱۰۷	تحدید و تعیین رشد در شریعت.....
۱۰۷	طریق احراز و کشف رشد در شریعت.....
۱۰۸	مقصود از ابتلاء.....
۱۰۹	تنبيه سوم: فقه عامه و فقه وضعی.....
۱۰۹	کلام مصطفی الزرقاء.....
۱۱۱	قانون مدنی ایران.....
۱۱۲	بررسی مواد قانونی مذکور در قوانین مدنی.....
۱۱۳	تغییرات سنّ نکاح در قانون مدنی ایران.....
۱۱۵	بررسی تطوّر سنّ ازدواج در قانون مدنی و پاسخ به شبهات.....
۱۱۶	امر دوم: ملکیت یا ولایت یا وکالت متعاقدين.....
۱۱۷	مباحث مقدماتی.....

نکته اول.....	۱۱۷
نکته دوم.....	۱۱۷
نکته سوم.....	۱۱۸
نکته چهارم.....	۱۱۸
اشکال فقه العقود به تعبیر دوم.....	۱۱۹
بررسی کلام فقه العقود.....	۱۲۰
مقام اول: اصل شرطیت ملکیت یا ولایت یا وکالت داشتن متعاقدين نسبت به عوضین.....	۱۲۲
موضع اول: مالک بودن عاقد.....	۱۲۲
وجه اول: کتاب.....	۱۲۳
وجه دوم: سنت.....	۱۲۳
* تذکر.....	۱۲۵
وجه سوم: اجماع.....	۱۲۵
وجه چهارم: عقل.....	۱۲۵
بررسی وجه چهارم.....	۱۲۶
طریق دوم: اصل عملی.....	۱۲۶
تقریب اول: مناسبات عرفی.....	۱۲۷
تقریب دوم: مقابلهی جمع با جمع.....	۱۲۷
تقریب سوم: مقتضای ماده "وفاء".....	۱۲۹
موضع دوم: جایگزینی ولایت و وکالت بر عقد نسبت به مالکیت عاقد.....	۱۳۱
الف) جایگزینی ولایت از ملکیت.....	۱۳۱
ب) جایگزینی وکالت و اذن از ملکیت.....	۱۳۲
وجه اول.....	۱۳۳
وجه دوم.....	۱۳۶
وجه سوم.....	۱۳۷
وجه چهارم.....	۱۳۸

- ج) جایگزینی رضایت باطنی از ملکیت..... ۱۴۰
- مقام اول: مقتضای ادله عام..... ۱۴۲
- مقام دوم: مقتضای ادله خاص..... ۱۴۴
- نتیجه بحث در کفایت رضای باطنی..... ۱۵۵
- مقام دوم: تحقق شرط (مالکیّة أو المأذونیّة) بعد از وقوع عقد..... ۱۵۵
- الف) بیع فضولی (تحقق إذن متأخر از جانب مالک)..... ۱۵۶
- وجه اول..... ۱۵۶
- وجه دوم..... ۱۵۷
- وجه سوم..... ۱۵۸
- وجه چهارم..... ۱۵۸
- مناقشه فقه العقود بر وجه چهارم..... ۱۵۹
- بررسی جریان فضولیّت در ایقاعات..... ۱۶۰
- مقتضای قواعد..... ۱۶۰
- ب) من باع شیئاً ثمّ ملکه..... ۱۶۶
- مقتضای قواعد..... ۱۶۶
- مساله اول..... ۱۶۷
- مساله دوم..... ۱۶۹
- ادله‌ی دالّ بر بطلان..... ۱۶۹
- وجه اول..... ۱۶۹
- وجه دوم..... ۱۷۱
- وجه سوم: روایات..... ۱۷۳
- نتیجه بحث در مساله "من باع شیئاً ثمّ ملکه"..... ۱۷۷
- ج) تحقق ولایت بعد از وقوع عقد..... ۱۷۷

خلاصه‌ای از مباحث گذشته

بحث ما در در مورد مسائل مستحدثه مالیه بود. قبل از ورود به مباحث مستحدثه مالیه، باید مقدماتی مثل حقیقت ملک، مال، حق و عقد را بررسی کرده و سپس در فصل اول قواعد عامه معاملات، یعنی مقتضای عمومات و اطلاعات را بررسی کنیم. فصل دوم مربوط به بررسی ارکان و شرائط عقود است. در فصل سوم باید از موانع نفوذ عقود بحث شود. در هایت در فصل چهارم باید مسائل مستحدثه مالیه را با عمومات و اطلاعات، ارکان، شرائط و موانع بسنجیم تا حکم آنها را به دست بیاوریم. بنابراین ما باید در چهار مقدمه، و چهار فصل بحث کنیم.

اما مباحث مقدماتی، که مشتمل بر چهار امر؛ ملک، مال، حق و عقد می‌باشد، در سال‌های گذشته مورد بررسی قرار گرفتند. سپس مباحث فصل اول که در مورد قواعد عامه معاملات و اطلاعات عقود است، را در دو مقام «أصالة الصحة» و «أصالة اللزوم» مورد بررسی قرار دادیم. فصل دوم در مورد ارکان عقود است.

فصل دوم: ارکان عقد

بحث ما در فصل دوم در مورد ارکان و مقومات عقد است. در ابتدای فصل دوم بیان کردیم که مقومات عقود منحصر در پنج رکن «اراده و قصد»، «ابراز اراده و صیغه عقد»، «متعاقدين»، «عوضين» و «مضمون و موضوع عقد» هستند، و در همان جا گفتیم که سبب قصدي^۱ از ارکان بیع نیست. مقوم اول (اراده و قصد) را در ضمن چهار امر و مقوم دوم (ابراز اراده و صیغه التعاقد) را در ضمن سه امر بحث کردیم. بحث واقع می‌شود در رکن سوم از ارکان عقود که متعاقدين می‌باشد.

مقوم سوم: متعاقدين (شرایط متعاقدين)

مقوم سوم در مورد متعاقدين است. وجه رکنیت متعاقدين این است که با تأمل در تعریف عقد به دست می‌آید که متعاقدين نسبت به عقد مقومیت دارند. چون عقد را چه به «شد أحد الإلتزامين باللتزام آخر» تعریف کنیم یا به «توافق الإرادتين» یا «القرار المرتبط بقرار آخر»، حقیقت عقد یک اعتبار و انشاء مقوم به طرفین است و در برابر ایقاع (اعتبار و انشاء مقوم به طرف واحد) قرار دارد. اصل رکن بودن متعاقدين واضح است و جای تردید و شبهه وجود ندارد. آنچه در رکن سوم محل بحث می‌باشد، شرایط معتبر در متعاقدين است. در مورد شرایط متعاقدين جهات مختلفی از بحث وجود دارد، ولی عمده وجوه در شرایط متعاقدين در سه مقام مورد بحث قرار می‌گیرند:

۱. انگیزه و هدف متعاقدين.

۱. امر اول: أهلیت متعاقدين در اجرای عقد {به لحاظ خصوصياتی که در ذات متعاقدين (مانند بلوغ و رشد) وجود دارد}.

۲. امر دوم: شرایط مالک بودن متعاقدين در اجرای عقد (یا مالک باشند یا وکیل یا ولی).

۳. امر سوم: شرطیت اختیار (مانعیت اکراه).

امر اول: أهلیت متعاقدين

مقصود از اهلیت متعاقدين این است که متعاقدين از حیث تصرفات معاملی محجور نباشند. محجوریت، در جهات مختلفی اتفاق می افتد. یکی از جهات محجوریت این است که از جهت سنی غیر بالغ نباشند. یکی دیگر از جهات این است که طرفیه سفیه نباشند، بلکه رشید باشند. یکی دیگر از جهات محجوریت، حجر از ناحیهی جنون است. یکی دیگر از جهات حجر، مفلس بودن است. یکی دیگر از جهات محجور بودن این است که تصرفات شخص (عبد، زوجه، مریض در مرض موت^۱) متوقف بر اذن و اجازه دیگری (مولا، زوج، ورثه) است.

بسیاری از این جهات در ابواب خاص خود مطرح می شوند. آنچه در قواعد عامّ معاملات اهمیت بیشتری دارد «أهلیت از حیث بلوغ» و «أهلیت از حیث رشد» می باشد. أهلیت از حیث عقل (در برابر جنون) اگرچه جزء قواعد عام معاملی به حساب می آید ولی چون محل تشکیک نیست، ضرورتی در بحث از آن در بین قواعد عام معاملی وجود ندارد.

الف) أهلیت متعاقدين از حیث بلوغ

به حسب آنچه در کلمات مشهور امامیه آمده است متعاقدين باید بالغ باشند تا جایی که برخی ادعای اجماع بر شرطیت بلوغ را مطرح کردند. در مقابل این قول، برخی از محققین (مرحوم ایروانی) بلوغ را معتبر ندانستند و صرف رشد را کافی می دانند.

أدله شرطیت بلوغ

مشهور فقهاء که قائل به اعتبار بلوغ متعاقدين در معاملات هستند، برای شرطیت بلوغ به وجوهی استدلال کردند:

دلیل اول: اجماع

یکی از دلیل های مطرح شده ادعای اجماع است (مرحوم علامه در تذکره) که هم از حیث صغروی و هم از حیث کبروی اشکال دارد. مرحوم شیخ در مکاسب اقوال علماء در ادعای بر اجماع را نقل کردند.

۱. برخی قائل هستند که تصرفات محاباتی مریض در مرض موت، احتیاج به اجازهی ورثه دارد.

اشکال دلیل اول

با توجه به وجوه دیگری که در مساله وجود دارد، دیگر این اجماع به عنوان دلیل مستقل به حساب نمی‌آید و مدرکی یا محتمل المدرکی خواهد بود.

دلیل دوم: آیه شریفه

دومین دلیل بر شرطیت بلوغ متعاقدين در صحت و نفوذ معاملات، آیه شریفه «وَ اِئْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا»^۱، «ترجمه: یتیمان را آزمایش کنید تا هنگامی که بالغ شده و قدرت بر نکاح پیدا کنند آن‌گاه اگر آنها را دانا به درک مصالح زندگی خود یافتید اموالشان را به آنها باز دهید، و قبل از اینکه بزرگ شوند، به اسراف و عجله اموال آنها را نخورید» می‌باشد.

به دو فقره از این آیه شریفه برای شرطیت بلوغ متعاقدين استدلال شده است. البته بسیاری از فقهاء به فقره دوم استدلال نکردند و ما نیز دلالت آن را قبول نداریم. برخی مثل مرحوم نائینی دلالت فقره اول بر شرطیت بلوغ (که مورد استدلال مشهور هم قرار گرفته است) را تمام می‌دانند، ولی برخی دیگر مثل محقق ایروانی فرمودند که آیه شریفه بیش از اعتبار رشد را دلالت ندارد.

دلالت آیه شریفه بر اعتبار بلوغ در سال گذشته مورد بررسی واقع شد، نتیجه بررسی آیه شریفه عبارت شد از اینکه؛ آیه به نحو فی الجمله بر شرطیت بلوغ دلالت دارد. ولی این طور نیست که در همه صور و حالات معامله صبی حکم به بطلان شود. لذا باید ببینیم که آیه شریفه کدام صورت از صور تصرفات صبی را باطل می‌داند.

اقسام تصرفات و معاملات صبی

بنابر اعتبار بلوغ و بطلان معاملات صبی، در مورد اینکه آیا مقصود از معاملات صبی، مطلق تصرفات و معاملات صبی است یا معاملات استقلالی صبی، صور مختلفی وجود دارد که حکم هر یک از آنها باید مشخص شود. به طور کلی تصرفات صبی صور مختلفی دارد:

۱. صبی معامله‌ی مال خود را به صورت مستقل و جدای از ولی انجام بدهد (مأذون نیست).
۲. صبی با اذن ولی در مال خود تصرف و معامله می‌کند، ولی در جزییات معامله (تعیین أجل، قیمت و ...) را خود صبی انجام می‌دهد. استقلال صبی در این فرض مثل استقلال وکیل در انجام جزییات معامله است. یعنی همان طور که مأذون بودن وکیل منافاتی با استقلال او در انجام معامله ندارد، صبی نیز مأذون ولی

۱. سوره نساء، آیه ۶.

مستقل در انجام معامله است (ولی به صبی می‌گوید: فلان متاع را می‌توانی بفروشی، به هر قیمتی که می‌خواهی).

۳. صبی هم در اصل معامله و هم در جزییات معامله (مثل تعیین قیمت) مأذون از جانب ولی است. در واقع صبی در این فرض به منزله وسیله‌ای برای ابراز قصد معامله توسط ولی است (ولی به صبی می‌گوید: فلان متاع خود را می‌توانی به فلان قیمت بفروشی). انشای معامله توسط صبی انجام می‌شود، لکن مستقل نیست.

* صورت دیگر این است که مالک (یا ولی) معامله را انشاء کند و صبی فقط مورد معامله را تحویل دهد، مثل اینکه ولی بخواهد معامله را به صورت معاطاتی انجام دهد، به این صورت که قصد معاملی توسط ولی و تحویل دادن متاع توسط صبی انجام شود. صبی در این صورت به منزله‌ی واسطه و ابزار حمل مبیع است. این صورت خارج از محل بحث است، چون محل بحث این است که اعتبار (انشاء) و معامله صبی چه حکمی دارد.

۴. صبی با اذن غیر، در مال آن شخص تصرف می‌کند و مال غیر را برای مالکش معامله می‌کند به نحوی که جزییات معامله (تعیین أجل، قیمت و ...) بر عهده‌ی صبی است.

۵. صبی صرفاً تصرف در نفس می‌کند و امر مرتبط با مال انجام می‌دهد نه اینکه مالی را معامله کند (تعهد و قرار معاملی انجام می‌دهد، ولی در مال را مورد معامله و تعهد قرار نمی‌دهد). به عنوان مثال آیا صبی می‌تواند خود را در عقد اجاره اجیر کند تا مستحق اجرت شود؟ بنا بر این قول که عمل حرّ قبل از عقد اجاره مال نیست، بلکه بعد از اجاره مال می‌شود.

۶. عمل صبی برای تحصیل مال باشد نه تصرف در مال، یعنی فعل یا تصرفی انجام دهد که مالی را برای خودش تحصیل کند نه اینکه مالی را از ملکش خارج کند (نه اموالش را مورد معامله قرار می‌دهد و نه تعهد و قرار معاملی برقرار می‌کند). مثلاً اگر مالی را به عنوان هبه قبول کند، آیه هبه برای او واقع می‌شود یا نه؟ مثلاً آیا صبی می‌تواند با حیازت مالک شود (در صورتی که قصد تملک معتبر باشد)؟ آیا می‌تواند عمل مورد جعاله را به قصد دریافت جُعَل انجام دهد تا مستحق جُعَل شود؟

مفاد آیه شریفه این بود که دفع مال یتیم معلق بر بلوغ است، مقتضای تعلیق این است که قبل از بلوغ اموال یتیم در اختیارش قرار نمی‌گیرد تا مستقلاً در آنها تصرف کند. بنابر دلالت آیه شریفه بر شرطیت بلوغ، حکم صور شش‌گانه فوق عبارت است از؛

- تصرف صبی در صورت اول و دوم باطل است. چون مفروض صورت اول و دوم این است که تصرف صبی در این دو صورت به نحو مستقل انجام می‌شود. دلالت آیه شریفه بر بطلان این دو صورت به صورت دلالت مطابقی است.
- اما صورت سوم که در حقیقت معامله توسط ولی انجام می‌شود و صبی فقط به عنوان مُبرَز قصد ولی نقش دارد، آیه دلالت بر بطلان این صورت ندارد.
- نسبت به صورت چهارم نیز آیه دلالت بر بطلان ندارد، چون آیه شریفه تصرف صبی در مال خودش را باطل می‌داند در حالی که در این صورت صبی اصلاً در مال خودش تصرف نمی‌کند.
- نسبت به صورت پنجم نیز مفاد ظاهری و مطابقی آیه شریفه دلالت بر بطلان ندارد. چون آیه مربوط به مال یتیم است. مگر اینکه از طریق الغای خصوصیت یا اولویت بگوئیم حکم مورد نظر آیه برای تصرف در نفس نیز ثابت است. بنابراین آیه شریفه می‌تواند به دلالت التزامی بر بطلان این صورت دلالت کند.
- نسبت به صورت ششم نیز آیه شریفه دلالت بر بطلان ندارد و احتمال خصوصیت وجود دارد.

دلیل سوم: روایات

برای اثبات شرطیت بلوغ روایات زیادی قابل طرح و بررسی است، ولی تمام این روایات را می‌توان در دو دسته کلی قرار داد:

- ✓ دسته اول: روایاتی که ناظر به دلیل دوم (آیه شریفه) هستند. این روایات در مقام بیان انقطاع و اتمام یتیم هستند.
- ✓ دسته دوم: روایاتی که با قطع نظر از آیه شریفه، حکم تصرفات صبی را بیان می‌کنند.

هر یک از این دو دسته مشتمل بر دو طایفه از روایات هستند که در مجموع چهار طایفه روایات هستند. در هر یک از این چهار طایفه روایت معتبر وجود دارد. در ادامه روایات هر یک از این چهار طایفه را به صورت جداگانه بررسی خواهیم کرد.

- طایفه اول: مضمون‌شان این است که اگر یتیم به بلوغ برسد، ولی می‌تواند اموال یتیم را به او دفع کند.
- طایفه دوم: مضمون‌شان این است که جواز امر یتیم (اعم از بیع و شراء یا هبه یا ...) متوقف بر بلوغ است.
- طایفه سوم: مضمون‌شان رفع قلم از صبی است.
- طایفه چهارم: مضمون‌شان این است که عمد صبی و خطأ صبی یکسان است.

۱. روایات طایفه اول

طایفه اول ناظر به آیه شریفه بوده و مضمون‌شان این است که اگر یتیم بالغ شد، دوران یتیم به پایان می‌رسد و ولی می‌تواند اموالش را به او دفع کند.

۱. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ مَنْصُورٍ عَنْ هِشَامٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: انْقَطَاعُ يَتِيمِ الْإِثْمِ بِالْإِحْتِلَامِ وَهُوَ أَشَدُّهُ، وَإِنْ احْتَلَمَ وَلَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ رُشْدُهُ، وَكَانَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا فَلْيُمْسِكْ عَنْهُ وَلْيُهِ مَالَهُ. وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مَنْصُورٍ بْنِ حَازِمٍ عَنْ هِشَامٍ مِنْهُ»^۱.

این روایت صحیح السند است. مستفاد از این روایت این است که اگر صبی رشید و بالغ باشد، مالش به او دفع می‌شود.

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْعَبْدِيِّ عَنْ حَمْزَةَ بْنِ حُمْرَانَ عَنْ حُمْرَانَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ فِي حَدِيثٍ قَالَ: إِنَّ الْجَارِيَةَ لَيْسَتْ مِثْلَ الْغُلَامِ إِنْ الْجَارِيَةَ إِذَا تَزَوَّجَتْ وَدُخِلَ بِهَا وَلَهَا تِسْعُ سِنِينَ ذَهَبَ عَنْهَا الْيَتَمُ وَدُفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا وَجَازَ أَمْرُهَا فِي الشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ وَأُقِيمَتْ عَلَيْهَا الْحُدُودُ التَّامَّةُ وَأُخِذَتْ لَهَا وَبِهَا قَالَ وَ الْغُلَامُ لَا يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي الشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ وَلَا يَخْرُجُ مِنَ الْيَتَمِ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ يَحْتَلِمَ أَوْ يُشْعِرَ أَوْ يُنْبِتَ قَبْلَ ذَلِكَ»^۲.

این روایت به دلیل تضعیف عبد العزیز عبدی توسط نجاشی^۳ ضعیف السند است^۴. البته دلالت این روایت مشکلی ندارد و دلالت می‌کند بر اینکه جواز امر صبی در خصوص بیع و شراء متوقف بر بلوغ است و قبل از بلوغ نباید اموالش به او دفع شود.

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۱ از ابواب کتاب الحجر، ص ۴۰۹.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۲ از ابواب کتاب الحجر، ص ۴۱۱.

۳. رجال النجاشی، ص ۲۴۴، شماره ۶۴۱: عبد العزیز العبدی: کوفی، روی عن أبی عبد الله علیه السلام، ضعیف، ذکره ابن نوح. له کتاب یرویه جماعة. أخبرنا أبو العباس أحمد بن علی قال: حدثنا الحسن بن حمزة قال: حدثنا ابن بطة قال: حدثنا محمد بن الحسن الصفار، عن أحمد بن محمد بن عیسی، عن الحسن بن محبوب، عن عبد العزیز بکتابه.

۴. حمزة بن حمران اگرچه توثیق صریح ندارد ولی با توثیقات عام وثاقتش احراز می‌شود، چون اولاً صفوان و ابن ابی عمیر که از مشایخ الثقات هستند از او نقل می‌کنند. و ثانیاً ایشان از معاریفی است که در موردش قدح و ذمی وارد نشده است.

حمران بن أعین اگرچه صریحاً توثیق نشده است، ولی مرحوم کشی روایات متعددی در مورد ایشان نقل می‌کند که مرحوم خویی در مقام جمع‌بندی می‌فرماید: و هذه الروایات و إن كانت أكثرها ضعيفة السند، إلا أن فی المعبرة منها كفاية فی إثبات جلالة حمران، و قد تقدم فی ترجمة أویس القرنی حدیث أسباط بن سالم، عن أبی الحسن موسی ع، أن حمران بن أعین، من حواری محمد بن علی ع و جعفر بن محمد ع. و قال السید بحر العلوم فی رجاله (الفوائد الرجالية) فی ترجمة آل أعین: «قال أبو غالب الزراری فی رسالته: و كان حمران من أكابر مشایخ الشيعة المفضلین الذین لا

۲. روایات طایفه دوم

طایفه دوم نیز ناظر به آیه شریفه است و مضمون‌شان این است که جواز امر یتیم (اعم از بیع و شراء یا هبه یا ...) متوقف بر بلوغ است. در روایت دوم از طایفه اول هم جواز امر یتیم مطرح بود، ولی با این تفاوت که در آنجا جواز امر یتیم در خصوص بیع و شراء مورد نظر بود اما در این طایفه مقید به بیع و شراء نیست بلکه امر صبی به نحو مطلق متوقف بر بلوغ شده است.

۱. «وَفِي الْخِصَالِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدٍ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ الْخَادِمِ بَيَّاعِ اللَّوْلُو (عن عبد الله بن سنان) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَ أَنَا حَاضِرٌ عَنِ الْيَتِيمِ مَتَى يَجُوزُ أَمْرُهُ قَالَ حَتَّى يَبْلُغَ أَشَدُّهُ قَالَ وَ مَا أَشَدُّهُ قَالَ اخْتِلَامُهُ قَالَ قُلْتُ: قَدْ يَكُونُ الْغُلَامُ ابْنَ ثَمَانَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ وَ لَمْ يَخْتَلِمْ قَالَ إِذَا بَلَغَ وَ كُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ (و نبت عليه الشعر) جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا»^۱.

این حدیث صحیح السند است. اگرچه در نقل وسائل راوی از امام ابو الحسین خادم است، ولی در خود خصال و بحار الانوار راوی از امام ۷، عبد الله بن سنان است. شاهد دیگر سقط عبد الله بن سنان از سند حدیث مذکور این است که روایات دیگری با همین مضمون نقل شده است که راوی‌اش عبد الله بن سنان است. ابو الحسین خادم همان آدم بن المتوکل است و مشکلی ندارد^۲. طریق دیگر برای توثیقش نقل بزندی از ایشان است که بزندی از مشایخ الثقات می‌باشد. دلالت این روایت مشکلی ندارد.

۲. «وَعَنْهُ عَنْ مُحَمَّدٍ وَ أَحْمَدَ ابْنَيْ الْحَسَنِ عَنْ أَبِيهِمَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ عُمَرَ الْحَلَبِيِّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَ أَنَا حَاضِرٌ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشَدُّهُ قَالَ الْاِخْتِلَامُ قَالَ فَقَالَ يَخْتَلِمُ فِي سِتِّ عَشْرَةَ وَ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً وَ نَحْوَهَا فَقَالَ لَا إِذَا أَتَتْ عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَتْ لَهُ الْحَسَنَاتُ وَ كُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ وَ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا فَقَالَ وَ مَا السَّيِّئَةُ فَقَالَ الَّذِي يَشْتَرِي الدَّرْهَمَ بِأَضْعَافِهِ قَالَ وَ مَا الضَّعِيفُ قَالَ الْأَبْلَهُ»^۳.

این روایت به دلیل فطحی بودن بنو فضال، موثق است.

یشک فیهم، و کان أحد حملة القرآن، و من يعد و يذكر اسمه في كتب القراء» د. رک: معجم رجال الحديث و تفصیل طبقات الرجال، ج ۷، شماره ۲۷۳، ص ۴۰۲۷.

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۲ از ابواب کتاب الحجر، ص ۴۱۲.

۲. رجال النجاشی، ص ۱۰۴، شماره ۲۶۰: آدم بن المتوکل أبو الحسین بیاع اللؤلؤ: کوفی، ثقة، روی عن أبي عبد الله عليه السلام، ذكره أصحاب الرجال. له أصل رواه عنه جماعة.

۳. وسائل الشیعة، ج ۱۹، باب ۴۴ از ابواب کتاب الوصایا، ص ۳۶۳.

۳. روایات طایفه سوم (روایات رفع القلم)

طایفه سوم روایاتی هستند که با قطع نظر از آیه شریفه، حکم تصرفات صبی را بیان می‌کنند و مضمون‌شان رفع قلم از صبی است. این روایات عبارتند از:

۱. «وَفِي الْخِصَالِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ السَّكُونِيِّ عَنِ الْحَضَرَمِيِّ عَنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَبِي مُعَاوِيَةَ عَنِ أَبِيهِ عَنِ الْأَعْمَشِ عَنِ ابْنِ ظَبْيَانَ قَالَ: أَتَى عُمَرُ بِامْرَأَةٍ مَجْنُونَةٍ قَدْ زَنَتْ فَأَمَرَ بِرَجْمِهَا فَقَالَ عَلِيُّ ع: أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الْقَلَمَ يُرْفَعُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيْقَ وَ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ»^۱.

هیچ یک از راویان این روایت در کتب رجالی ما توثیق نشدند. ولی در عین حال این روایت معتبر است، چون فرقی بر صدور این روایت اتفاق دارند و به نوعی متواتر است. اگرچه عبارت این روایت در نقل‌های متعدد اندکی با هم متفاوت هستند ولی همه آنها در اینکه قلم از این سه گروه (صبی، مجنون و نائم) برداشته شد، اتفاق دارند.^۲

۲. «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُصَدِّقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارِ السَّابَّاطِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْغُلَامِ مَتَى تَجِبُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ فَقَالَ إِذَا أَتَى عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةِ سَنَةٍ فَإِنْ احْتَلَمَ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ وَجِبَتْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَ جَرَى عَلَيْهِ الْقَلَمُ وَ الْجَارِيَةُ مِثْلُ ذَلِكَ إِنْ أَتَى لَهَا ثَلَاثَ عَشْرَةِ سَنَةٍ أَوْ حَاضَتْ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ وَجِبَتْ عَلَيْهَا الصَّلَاةُ وَ جَرَى عَلَيْهَا الْقَلَمُ»^۳.

این روایت از حیث سند موثق است، و دلالت می‌کند بر اینکه قبل از بلوغ (۱۳ سال یا احتلام) قلم بر صبی جاری نمی‌شود و از او رفع می‌شود و بعد از بلوغ قلم بر او جاری می‌شود.

این روایت از جهت اینکه حدّ بلوغ از حیث سنّ چه زمانی است با روایات دیگر اختلاف دارد و می‌گوید دختر و پسر هر دو در سنّ ۱۳ سالگی بالغ می‌شوند. البته اصحاب به این مطلب عمل نکردند. ولی اعراض اصحاب از این مطلب مانع از استدلال و استتهاد به این روایت برای رفع قلم قبل از بلوغ نمی‌شود.

۱. وسائل الشیعة، ج ۱، باب ۴ از ابواب مقدمة عبادات، ص ۴۵.

۲. الغدير، ج ۶، ص ۱۰۱-۱۰۳؛ لفت نظر: أخرج البخاري هذا الحديث في صحيحه غير أنه مهما وجد فيه مسة بكرامة الخليفة حذف صدره تحفظا عليها، ولم يرقه إيقاف الأمة على قضية تعرب عن جهله بالسنة الشايعة أو ذهوله عنها عند القضاء فقال: قال علي لعمر: أما علمت أن القلم رفع عن المجنون حتى يفيق، وعن الصبي حتى يدرک، وعن النائم حتى يستيقظ؟

۳. وسائل الشیعة، ج ۱، باب ۴ از ابواب مقدمة عبادات، ص ۴۵، حدیث ۱۲.

۳. «عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ السُّنْدِيِّ عَنْ أَبِي الْبَخْتَرِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ ع أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْمَجْنُونِ وَالْمَعْتُوهِ الَّذِي لَا يُفِيْقُ وَالصَّبِيَّ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ عَمْدُهُمَا خَطَأً تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ وَ قَدْ رُفِعَ عَنْهُمَا الْقَلَمُ»^۱.

این روایت از حیث سند به دلیل وهب بن وهب ابو البختری ضعیف است^۲، البته در مورد علی بن السندی نیز اختلافاتی مطرح است^۳. این روایت دلالت می‌کند بر اینکه قبل از بلوغ، قلم از صبی رفع شده است.

تقریب استدلال به روایات طایفه سوم: مضمون روایات طایفه سوم این است که قلم از صبی رفع شد، معنایش این است که اثری بر افعال صبی مترتب نمی‌شود و افعال صبی کالعدم است و قابل اعتنا نیست. بنابراین روایات فوق دلالت دارند بر اینکه معاملات صبی باطل است و اثری بر آن مترتب نمی‌شود^۴.

اشکالات شیخ انصاری به طایفه سوم

مرحوم شیخ انصاری در استدلال به روایات طایفه سوم سه اشکال مطرح می‌کند^۵. البته اشکال ایشان بیشتر ناظر به روایت اول است.

اشکال اول مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم

تمامیت استدلال متوقف بر این است که مراد از قلم مرفوع از صبی، قلم جعل و قلم حکم باشد، در حالی که مراد از قلم در این روایت قلم مؤاخذه (دنیوی یا آخروی) است یعنی صبی مورد حد و قصاص یا عقاب آخروی قرار نمی‌گیرد. به عبارت دیگر قلم ثبت گناهان نسبت به صبی برداشته می‌شود و گناهی برای او ثبت نمی‌شود. بنابراین احکام شریعت مشترک بین بالغ و غیر بالغ است، لذا در صورت اطاعت ثواب می‌برد (بنابر مشروعیت عبادات صبی) ولی در صورت عصیان به دلیل رفع قلم مؤاخذه نمی‌شود.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۹، باب ۳۶ از ابواب القصاص فی النفس، ص ۹۰، حدیث ۲.

۲. رجال النجاشی، ص ۴۳۰، شماره ۱۱۵۵؛ الفهرست (للطوسی)، ص ۱۷۳، شماره ۴۵۷.

۳. معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرجال، ج ۱۳، ص ۵۰، شماره ۸۱۹۵.

۴. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۷۶.

۵. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۷۸.

اشکال دوم مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم

سَلَمْنَا که مقصود از قلم مرفوع، قلم جعل و حکم باشد نهایتش این است که احکام تکلیفی از صبی برداشته شد، اما احکام وضعی (صحت و بطلان معامله، حصول ملکیت و) اختصاص به بالغین ندارد و از صبی برداشته نشد. در نتیجه صحت و بطلان معاملات که از آثار وضعی است، از صبی برداشته نمی‌شود و ملکیت از زمان انجام معامله محقق می‌شود (مانند حصول جنابت در زمان صباوت). بله، حکم تکلیفی وجوب وفاء بعد از بلوغ بر او ثابت می‌شود (مانند غسلی که به دلیل حصول جنابت در زمان صباوت، بعد از بلوغ واجب می‌شود).

اشکال سوم مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم

سَلَمْنَا که هم احکام تکلیفی و هم احکام وضعی از صبی برداشته شده و اختصاص به بالغین دارد، اما نهایتش این است که فعل صبی موضوع حکم تکلیفی یا وضعی برای خودش نمی‌شود. ولی مانعی ندارد که فعل صبی موضوع حکم تکلیفی یا وضعی برای دیگران باشد. لذا می‌توان گفت که معاملات صبی می‌تواند برای دیگران موضوع حکم تکلیفی یا وضعی باشد.

عبارت شیخ انصاری در بیان اشکال سوم به این نحو است: «لو سَلَمْنَا اختصاص الأحكام حَتَّى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حق البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ»^۱. در مورد اینکه مقصود شیخ انصاری از این عبارات چیست، برداشت‌های مختلفی مطرح شد، در ادامه به سه تفسیر از عبارت مرحوم شیخ اشاره می‌کنیم؛

تفسیر اول

برخی تصریح کردند که توضیح کلام مرحوم شیخ این است که؛ فعل صبی موجب ترتیب اثر برای خود صبی نیست ولی مورد ترتیب اثر برای بالغین می‌شود. یعنی در صورتی که صبی با یک فرد بالغ بیع کند، بعد از انجام معامله آن شخص مالک شده و وجوب وفا شاملش می‌شود، ولی صبی فعلاً مالک نمی‌شود و وجوب وفا ندارد، بله این ملکیت و وجوب وفا بعد از بلوغ شامل او می‌شود^۲.

سید یزدی نیز از عبارت شیخ انصاری همین برداشت را می‌کند، لذا نسبت به این معنا اشکال کردند: ملکیت، از امور نسبی نیست، به این معنا که معامله واحد نسبت به یک نفر اثر بگذارد و ملکیت ایجاد کند، اما نسبت به طرف دیگر

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۲۷۸.

۲. هدی الطالب فی شرح المکاسب، ج ۴، ص ۲۳، تعلیقه ۳.

ملکیت ایجاد نکند. چون وقتی شما در اشکال سوم پذیرفتید که همه احکام (اعم از وضعی یا تکلیفی) اختصاص به بالغین دارد، پس معامله صبی نباید اثر وضعی داشته باشد و موجب ملکیت برای طرف مقابل شود.^۱

تفسیر دوم

تفسیر دوم در کلمات محقق اصفهانی مطرح شده است، ایشان می‌فرماید تفسیر اول نمی‌تواند مراد مرحوم شیخ باشد، بلکه مراد مرحوم شیخ این است؛ همان طور که (طبق مبنای شیخ انصاری^۲) در بیع فضولی قبل از اجازه‌ی مالک، ملکیت و وجوب وفا برای بایع فضولی و مالک ثابت نیست ولی وجوب وفا برای مشتری (أصیل) ثابت است و او نمی‌تواند این معامله را (تا زمانی که حقوق اجازه ممکن است) نقض کند، در محل بحث هم ملکیت و وجوب وفا نسبت به صبی ثابت نیست، لکن طرف مقابل که بالغ است وجوب وفا دارد.^۳

در واقع شیخ انصاری در مورد ملکیت (حکم وضعی) بین صبی و بالغ تفکیک نکرده است، بلکه فقط حکم تکلیفی وجوب وفا را تفکیک می‌کند، به این نحو که بالغ وجوب وفا دارد ولی صبی تا قبل از بلوغ وجوب وفا ندارد.

تفسیر سوم

تفسیر سوم در کلمات سید خویی^۴ و مرحوم تبریزی^۱ مطرح شده است. مراد مرحوم شیخ بر اساس تفسیر سوم این است؛ اگر پذیرفتیم که بر اساس حدیث رفع جمیع احکام تکلیفی و وضعی از صبی رفع می‌شود، نهایتش این است که

۱. حاشیه‌ی مکاسب (للایزیدی)، ج ۱، ص ۱۱۴: إذا قلنا باختصاص الأحكام بالبالغين فلا بد أن يكون عقد الصبي مؤثرا في التملك إذ السببية حكم وضعي والمفروض عدمه في الصبي وكونه مؤثرا بالنسبة إلى البالغين دون الصبي مما لا يمكن في المقام إذ المفروض أنه لو بلغ يصير مكلفا بالعمل به و مع ذلك كيف يمكن أن يقال بعدم مؤثرته في حقه كيف و لا يمكن أن يحصل التملك بالنسبة إلى شخص دون شخص فكونه خارجا عن الحكم إلى وقت البلوغ يقتضي خروجه مطلقا و إلّا لزم ما ذكرنا و بالجملة فكون فعله موضوعا لأحكام البالغين أمر صحيح في نفسه لكن المقام ليس كذلك، فتدبر.

۲. کتاب مکاسب، ج ۳، ص ۴۱۵: و الحاصل: أنه إذا تحقق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف، المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمیمه شيء شرطاً أو شرطاً: حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً، فكل تصرف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز.

۳. حاشیه‌ی کتاب مکاسب (للأصفهانی، ط - الحديث)، ج ۲، ص ۱۵: حاصله: أن عقد الصبي و لو لم يكن سببا فعلا لوجوب الوفاء به بعد البلوغ، كما هو المفروض في الجواب الثاني، بل سببا لوجوب الوفاء بعد البلوغ، بلا سببية فعلية للوجوب التعليقي، لكنه ليس للطرف الآخر نقض العقد و نكته، لأن العقد موضوع تام لوجوب الوفاء به، و إن لم يؤثر فعلا في الملكية، كما في العقد بين الفضول و الأصيل، فإن الفضول حيث إنه غير مالک لا يجب عليه الوفاء بعقده مع الأصيل، بخلاف الأصيل فإنه يجب عليه الوفاء بعقده، و يحرم عليه نقض العقد إلى أن يردّ المالك أو يجيز، مع أنه لا شبهة في أن عقد الفضول لا يؤثر في الملكية فعلا.

۴. مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۲۵۰-۲۵۱: و التحقيق في الجواب أن يقال: إن حديث رفع القلم عن الصبي إنما يدل على رفع الأحكام الإلزامية المتوجهة إلى الصبيان كتوجهها إلى غيرهم، فان هذا هو الموافق للامتنان، و من الواضح أن مجرد إجراء الصيغة ليس من الأحكام الإلزامية، و لا

حدیث رفع دلالت می‌کند بر اینکه اگر صبیّ اصیل و أحد طرفی العقد باشد معامله‌اش اثر تکلیفی و وضعی ندارد. اما در مواردی که صبیّ وکیل أحد الطرفين در انجام معامله باشد و فعلش وکالتی باشد، فعلش می‌تواند موضوع اثر (تکلیفی و وضعی) برای بالغین باشد.

اصل این مطلب در تعلیقه مرحوم آخوند بر مکاسب آمده است، ایشان می‌فرماید: حدیث رفع قلم نهایتاً می‌تواند احکام تکلیفی و وضعی را از خود صبی برمی‌دارد، ولی نمی‌تواند احکام تکلیفی و وضعی را از بالغین بردارد.^۲

بررسی اشکال سوم مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم با لحاظ تفاسیر سه‌گانه

بعد از بیان تفاسیر سه‌گانه باید اشکال سوم را از دو جهت بررسی کنیم؛

➤ جهت اول: آیا این تفاسیر با ظاهر عبارات مرحوم شیخ سازگاری دارند؟

➤ جهت دوم: آیا بنابر این تفاسیر، اشکال سوم شیخ انصاری به حدیث رفع قلم وارد است؟

تفسیر اول اگرچه مطابق با ظاهر کلام مرحوم شیخ است، لکن بنابر این تفسیر اشکال سوم شیخ انصاری به حدیث رفع قلم وارد نیست و اشکال سید یزدی بر ایشان صحیح است.

تفسیر دوم با ظاهر عبارت شیخ انصاری سازگار نیست، چون ظاهر عبارت شیخ این است که فعل صبیّ به نحو مطلق می‌تواند موضوع باشد برای احکام بالغین، چه حکم تکلیفی و چه حکم وضعی. در صورتی هم که بپذیریم مراد مرحوم شیخ از اشکال سوم همین تفسیر دوم است، باز هم اشکال سوم تمام نیست، چون اصل مبنای آن اشکال دارد.

توضیح بیشتر؛ همان طور که تفکیک از ناحیه حکم وضعی (ملکیت) قابل التزام نیست، تفکیک در ناحیه حکم تکلیفی (وجوب وفا) هم قابل التزام نیست. چون آنچه موضوع حکم تکلیفی و وضعی در معاملات قرار گرفته، عقد می-

موضوعاً لها لکی یرتفع بحديث الرفع، و إنما الموضوع لها هو نفس المعاملة التي أوجدها المتعاملان، و إذن فما هو موضوع للاحكام الإلزامية لم يصدر من الصبي لکی يشمل حدیث الرفع، و ما هو صادر منه ليس بموضوع لها. و هذا ظاهر. و على الجملة: أن ارتفاع قلم التكليف عن الصبي لا ينافي الالتزام بصحة العقود والإيقاعات الصادرة منه، بل إن رفع القلم عن الصبي لا يدل على أزيد من رفع إلزامه بشخصه ما دام صبيّاً، فهو لا يدل على رفع إلزام البالغين بفعله أو على إلزامه بفعله بعد بلوغه، كما هو الحال في جنابته، أو في إتلاف مال غيره و الى هذا أشار المصنف في ثالث أجوبته.

۱. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص ۲۱۰: و أورد ثالثاً انه مع فرض كون المرفوع عنه جميع الأحكام التكليفية و الوضعية فمقتضاه عدم صحة عقد الصبي فيما إذا كان الصبي أحد طرفي العقد و اما إذا كان إنشاءه العقد بالوكالة كما إذا وكله الزوجان في إجراء عقد الزواج بينهما أو إجراء عقد البيع بين مالبيهما فلا دلالة لحدیث رفع القلم على بطلان عقده بمعنى كونه مسلوب العبارة فإنه ليس على الصبي في مورد الوكالة حكم كان عقده صحيحاً أم فاسداً و نظير وكالته إجراءاته العقد فضولاً مع اجازة المالك.

۲. حاشية المكاسب (لآخوند)، ص ۴۶: أن رفع القلم عنه مطلقاً، وضعاً و تكليفاً، لا يقتضى رفع القلم عن غيره بسبب فعله إذا كان باذنه، ففعله أنما لا يكتب بما هو مضاف اليه، لا بما هو مضاف الى الغير و قد صدر باذنه.

باشد. عنوان عقد در جایی موجب ترتب حکم قرار می‌گیرد که شرایط تحقق عقد در هر دو طرف وجود داشته باشد، چون عقد یک اعتبار متقوم به طرفین است. لذا اگر أحد الطرفین واجد شرایط نباشد، عقد محقق نمی‌شود تا نسبت به طرفی که واجد شرایط اثر تکلیفی یا وضعی داشته باشد.

تفسیر سوم هم با ظاهر کلام مرحوم شیخ مطابقت ندارد، چون عبارت ایشان مطلق است و شامل صورتی که صبی أحد طرفی العقد باشد و برای خودش معامله کند هم می‌شود. لکن در صورتی که بپذیریم مراد مرحوم شیخ از اشکال سوم همین تفسیر است، اشکال سوم ایشان به حدیث رفع قلم تمام خواهد بود.

✱ بنابراین اشکال سوم مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم بنابر تفسیر سوم تمام است، اگرچه این تفسیر مانند تفسیر دوم خلاف ظاهر کلام مرحوم شیخ است. تفسیر اول اگرچه مطابق با ظاهر کلام ایشان است، لکن فی نفسه تمام نیست.

بررسی اشکال اول مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم

مرحوم شیخ در اشکال اول فرموده بود: تمامیت استدلال متوقف بر این است که مراد از قلم مرفوع از صبی، قلم جعل و قلم حکم باشد، در حالی که ظاهر از روایت قلم مؤاخذه است. برخی بزرگان اشکال اول مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم را تمام ندانستند و به آن پاسخ دادند:

پاسخ اول

مرحوم خویی در پاسخ از اشکال اول فرمودند^۱: مرفوع در حدیث رفع نمی‌تواند مؤاخذه باشد، چون عقوبت و مؤاخذه از امور جعلی نیست تا شرعاً قابل رفع باشد. بله، امور غیر جعلی مثل مؤاخذه را می‌توان از طریق رفع منشأ انتزاع رفع کرد. به این نحو که حکم تکلیفی رفع شود و به تبع آن مؤاخذه و آثار آن حکم تکلیفی نیز برداشته می‌شود.

مناقشه در پاسخ اول

نسبت به پاسخ اول مناقشه شده است. در مصباح المنهاج^۲ به نقل از نهج الفقاهة^۱ فرمودند: قلم اختصاص به مجعولات شرعی ندارد، بلکه عنوان قلم در مورد امور غیر مجعول نیز کاربرد دارد. مشهور در نصوص فقهاء این است که

۱. مصباح الفقاهة، ج ۳، ص ۲۵۰: أن العقوبة و المؤاخضة - كالمثوبة و الأجرة - من الأمور التي لا صلة لها بعالم الجعل بوجه، بل هي مترتبة على الجعل ترتب الأثر على ذي الأثر و عليه فلا معنى لتعلق الرفع بما لم يتعلق به الجعل.

۲. مصباح المنهاج - كتاب التجارة (سيد محمد سعيد حكيم)، ج ۲، ص ۱۳۷.

حسنات و سیئات برای مکلفین نوشته می‌شوند، با اینکه سیئه و حسنه امر جعلی نیستند، بلکه در روایت ابن سنان نیز همین مطلب آمده است: «کُتِبَتْ لَهُ الْحَسَنَاتُ وَ كُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ»^۲.

پاسخ به مناقشه

اینکه در روایاتی مثل روایت ابن سنان از تعبیری مانند «کُتِبَتْ» استفاده شد، با عنوان قلم تناسب دارد. لکن دلالت ندارند بر اینکه قلم بنفسه به امر تکوینی و غیر جعلی تعلّق می‌گیرد. وقتی عنوان رفع در کلام شارع و قانون‌گذار به کار می‌رود به معنای رفع به لحاظ عالم جعل است و اختصاص به مجعولات دارد. بنابراین با توجه به روایت ابن سنان قبول داریم که عنوان قلم می‌تواند در امور غیر جعلی به کار برود، لکن این مطلب شاهد نمی‌شود بر اینکه مؤاخذه و عقوبت بنفسه قابل رفع هستند. بله، عقوبت و مؤاخذه از طریق منشأ انتزاع قابل رفع هستند.

* بنابراین پاسخ مرحوم خویی تمام است و اشکال اول مرحوم شیخ به حدیث رفع القلم تمام نیست.

پاسخ دوم

مرحوم تبریزی در پاسخ از اشکال اول فرمودند^۳: مقصود از قلم در این روایت خصوص مؤاخذه نیست، بلکه مقصود از قلم در این روایت قلم جعل و حکم است. چون در این روایت قلم از سه گروه (صبی، مجنون، نائم) برداشته شد. ظاهر روایت این است که مرفوع در این سه گروه از یک سنخ است. از آنجا که مرفوع از مجنون و نائم حکم است نه مؤاخذه (چون نسبت به مجنون و نائم جعل حکم ممکن نیست)، مرفوع از صبی هم حکم خواهد بود. در نتیجه احکام مجعول در شریعت (اعمّ از تکلیفی و وضعی) اختصاص به بالغین دارد و شامل صبی نمی‌شود.

۱. نهج الفقاهة (مرحوم حکیم)، ص ۱۸۱: فيه انّ القلم جرياً و رفعا لا يختص بالمجعولات الشرعية، و قد اشتهر في النصوص التعبير بكتابة الحسنات و السيئات، بل رواية ابن سنان الواردة في المقام قد تضمنت أنه إذا بلغ كتبت عليه السيئات و كتبت له الحسنات. و هذا هو الظاهر في المقام و لو سلم كون موضوعا رفع القلم هو الحكم فالظاهر منه خصوص الحكم الذي يكون وضعه ثقلا عليه و لا يشمل مثل ما نحن فيه.

۲. وسائل الشيعة، ج ۱۹، باب ۴۴ از ابواب كتاب الوصايا، ص ۳۶۳، حديث ۸: «إِذَا أَتَتْ عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَتْ لَهُ الْحَسَنَاتُ وَ كُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ وَ جَازَ أَمْرُهُ».

۳. إرشاد الطالب، ج ۲، ص ۲۱۰-۲۱۱: ظاهر الحديث رفع الأحكام و التكليف بقرينة رفع القلم عن المجنون و النائم فإنه لا يمكن الالتزام بأن أحكام الشريعة و تكاليفها مجعولة بنحو تعم المجانين و أنه يكون المرفوع عن المجنون خصوص قلم المؤاخذه.

پاسخ سوم

پاسخ دیگری که به اشکال اول مرحوم شیخ می‌توان داد این است که؛ حتی با قطع نظر از دو فقره دیگر (مجنون و نائم)، می‌توان گفت عنوان قلم فی حدّ نفسه ظاهر در قلم جعل و حکم است. چون کتابت اصلی مربوط به احکامی است که در مورد مکلفین وجود دارد، اعم از احکام تکلیفی و وضعی. اینکه گفته شود خصوص مؤاخذه برداشته شده وجهی ندارد، ولو مؤاخذه قابلیت رفع را داشته باشد.

بله، در برخی موارد حذف متعلّق باعث می‌شود کلام ظهور پیدا کند در نفی یا اثبات اثر ظاهر. این قاعده برای جایی است که تمام الآثار مورد نظر نباشد و یک اثر خاص برجسته باشد یا اینکه اثر ظاهر منحصر در یک امر باشد و بقیه آثار مناسبت نداشته باشند. اما در محل بحث عنوان رفع قلم ممکن است به لحاظ رفع مؤاخذه باشد و ممکن است به لحاظ رفع تکالیف باشد. با وجود اینکه رفع التکلیف أوضح و آنسب به رفع است دیگر نمی‌توان گفت: چون خصوص مؤاخذه اثر ظاهر است، خصوص مؤاخذه رفع می‌شود و حدیث را بر آن حمل کنیم.

بررسی اشکال دوم مرحوم شیخ به حدیث رفع قلم

مرحوم شیخ در اشکال دوم فرموده بود: سلّمنا که مقصود از قلم، قلم جعل و حکم باشد نهایتش این است که احکام تکلیفی از صبی برداشته شد، اما احکام وضعی اختصاص به بالغین ندارد و شامل صبی هم می‌شود. یعنی بعد از معامله ملکیت ایجاد می‌شود، ولی وجوب وفا بعد از بلوغ می‌آید. دلیل شیخ انصاری این بود که مشهور در ألسنه این است که احکام وضعی مانند نجاست و جنابت مختص به بالغین نیست و شامل صبی می‌شود.

پاسخ اول

پاسخ اول یک پاسخ حلّی است، به این نحو که؛ اگر مقصود از قلم را قلم جعل گرفتیم، همان طور که شامل احکام تکلیفی می‌شود شامل احکام وضعی نیز می‌شود. بله، از آنجا که ماده «رفع» در حدیث به کار رفته است، آن حکم وضعی‌ای برداشته می‌شود که نوعی ثقل و تضییق دارد. چون «رفع» برداشتن چیزی است که نوعی ثقل داشته باشد. به عنوان مثال در باب خمس که وجوب تکلیفی آن بر صبی ثابت نیست، برخی گفتند که خمس فقط یک حکم تکلیفی نیست، بلکه مشتمل بر حکم وضعی نیز می‌باشد، لذا حصول ملکیت یک پنجم فائده برای صاحبان خمس که حکم وضعی است برای اموال صبی ثابت می‌شود و بعد از بلوغ باید پرداخت کند. اما برخی مثل مرحوم خوئی فرمودند: زکات و خمس ولو مشتمل بر وضع هم باشند، حدیث رفع قلم حکم وضعی را مانند حکم تکلیفی از صبی برمی‌دارد، چون این حکم وضعی مشتمل بر ثقل و تضییق بر صبی است.

پاسخ دوم

مرحوم خوئی نسبت به اشکال دوم پاسخ مبنایی می‌کنند، ایشان می‌فرماید^۱: این اشکال مرحوم شیخ با مبنای ایشان سازگار نیست، چون به نظر مرحوم شیخ احکام وضعی را منتزع از احکام تکلیفی می‌داند. اگر حدیث رفع حکم تکلیفی را بردارد دیگر حکم وضعی مجالی نخواهد داشت.

مناقشه در پاسخ دوم

ممکن است نسبت به این کلام مرحوم خوئی اشکال شود: اگرچه مرحوم شیخ حکم وضعی را تابع حکم تکلیفی می‌داند، ولی آن حکم تکلیفی‌ای که منشأ انتزاع برای حکم وضعی است به حسب موارد مختلف است. در جایی که مکلف بالغ باشد، وجوب تکلیفی به اداء خمس یا وفای به عقد مستلزم حصول ملکیت برای اصحاب خمس است. ولی در جایی که حکم تکلیفی متوجه صبی^۲ باشد، اگرچه با حدیث رفع این حکم تکلیفی از او برداشته می‌شود، ولی این وجوب تکلیفی بر ولی^۳ ثابت است و یا به نحو تعلیقی بعد از بلوغ بر صبی^۴ ثابت می‌شود، از وجوب تکلیفی بر ولی^۵ یا وجوب تعلیقی بر صبی^۶ می‌توان حکم وضعی (ملکیت اصحاب خمس یا ملکیت مشتری) را انتزاع کرد.

بله، مبنای مرحوم شیخ را قبول نداریم، ولی ایشان می‌تواند بر اساس مبنای خود به مرحوم خوئی این پاسخ را بدهد.

تسجيل اشکال دوم شیخ انصاری

برای دفاع و تسجيل اشکال دوم مرحوم شیخ به حدیث رفع گفته شده است: احکام وضعی شامل صبی^۷ می‌شود و اختصاص به بالغین ندارد، در غیر این صورت مورد نقض‌های متعددی قرار می‌گیرد، مانند: جنابت صبی^۸ بعد از جماع، ضمان صبی^۹ در فرض اتلاف مال غیر، تنجس آب قلیل در صورتی که دست صبی^{۱۰} نجس باشد و با آن ملاقات کند. در کلام محقق ایروانی هم نقض‌هایی مطرح شده است. ایشان می‌فرماید: نمی‌توان گفت در صورتی مراد از قلم در حدیث رفع قلم احکام باشد، شامل احکام وضعی هم می‌شود، و الا لازم می‌آید نسبت به مواردی مانند وصیت صبی، هبه صبی و عتق صبی ملتزم به تخصیص بشویم، چون در این موارد حکم وضعی در حق صبی جاری می‌شود^{۱۱}.

۱. مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، ص ۲۵۱؛ و لکنه یناقض ما قد بنی علیه فی أصوله من أن الأحکام الوضعية منتزعة من الأحکام التکلیفية، و إذا فرضنا انتفاء الحکم التکلیفی عن الصبی فلا منشأ -هنا- لانتزاع الحکم الوضعی.

۲. حاشیة المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۱۰۷؛ یؤید ما ذکرنا أن الالتزام بتخصیص حدیث رفع القلم بموارد دلّت النصوص علی جوازها و من جملتها وصیة الصبی و صدقته و هبته و عتقه فی غایة الإشکال لآباء سیاقه عن التخصیص.

از آنجا که در این موارد متعدد حکم وضعی در حق صبی ثابت است، التزام به اینکه حدیث رفع شامل احکام وضعی می‌شود و این موارد زیاد از باب تخصیص خارج هستند، با دو محذور مواجه خواهد بود: اولاً موجب تخصیص اکثر خواهد بود و تخصیص اکثر مستهجن است. ثانیاً حتی اگر تعداد این موارد کم باشد و تخصیص اکثر لازم نیاید گفته می‌شود لسان حدیث رفع آبی از تخصیص است.

مناقشه در تسجیل و دفاع از اشکال دوم شیخ انصاری

نسبت به این تسجیل جواب‌های متعددی داده شد که می‌توان آنها را در قالب دو پاسخ قرار داد:

پاسخ اول

مرحوم تبریزی در برابر موارد نقضی که مطرح شد، فرمودند^۱: این احکام وضعی در حق صبی ثابت نیستند، حتی در مواردی مثل غسل جنابت و ضمان اتلاف مال غیر نیز حکم وضعی در حق صبی ثابت نیست. اینکه صبی در صورت تحقق جماع باید بعد از بلوغ غسل کند، به دلیل ثبوت حکم وضعی (جنابت) نیست، بلکه از ادله وجوب غسل به دست می‌آید که موضوع وجوب اغتسال بر انسان بالغ، وطی صادر از انسان است و فرقی ندارد که قبل از بلوغ باشد یا بعد از بلوغ، مانند انزالی که در حالت خواب رخ می‌دهد. در مورد اتلاف مال غیر هم می‌توان گفت: ذمه صبی مشغول به ضمان نیست، بلکه بعد از بلوغ حکم تکلیفی وجوب تدارک می‌آید و موضوعش تضییع مال غیر است، اگرچه در زمان صباوت (صباوت) بوده باشد.

بررسی پاسخ اول

به نظر می‌رسد این پاسخ تمام نیست. چون اولاً این پاسخ فقط ناظر به برخی از موارد نقض است. ثانیاً موضوع وجوب غسل بعد از بلوغ، تحقق یکی از عناوین خاصی است که در روایات از آنها به حقوق تعبیر می‌شود، که یکی از آنها جنابت است. در آیه شریفه «إِنْ كُنْتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا»^۲ نیز جنابت موضوع وجوب غسل قرار داده شد. اینکه در برخی

۱. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص ۲۱۱: الحاصل ان المرفوع عن الصبي لا يختص بالأحكام التكليفية بل يعم الوضعية و وجوب الاغتسال عليه بعد بلوغه من الجنابة حال صباه أو وجوب دفع البدل عما أتلّفه في ذلك الحال ليس باعتبار عموم الأحكام الوضعية لغير البالغين بل باعتبار ان الموضوع لوجوب الاغتسال على البالغ هو الوطى و لو كان ذلك قبل التكليف نظير وجوب الاغتسال من الانزال الحاصل حال النوم و الموضوع لوجوب التدارك هو تضییع مال الغير و لو كان ذلك الضیاع حال صباه.

۲. سوره مائده، آیه ۶.

روایات تعبیر «اذا أدخله»^۱ و «اذا إلتقى الختانان»^۲ و امثال آن به کار رفته است بدین جهت است که این موارد موجب تحقق جنابت می‌شوند و جنابت موضوع وجوب غسل است، نه اینکه خود این موارد موضوع وجوب غسل هستند.

در مورد اتلاف مال غیر می‌گوییم حکم تکلیفی وجوب تدارک در جایی است که مُتْلَف از حیث وضعی ضامن باشد، به عبارت دیگر موضوع وجوب تدارک، ضمان است نه صرف اتلاف و تضییع مال غیر. مضافاً به اینکه التزام به عدم ضمان صبی و وجوب تدارک بعد از بلوغ تالی فاسد دارد، چون لازم می‌آید اگر صبی در دوران صبا بت مالی داشته باشد وجوب تدارک بر ولی لازم نباشد، در حالی که این مطلب خلاف فتوای فقها و فتوای خود مرحوم تبریزی است. وجوب تدارک بر ولی در دوران صبا بت (در صورتی که صبی مال داشته باشد) متوقف بر ضمان صبی است.

پاسخ دوم

مرحوم نائینی در برابر موارد نقضی که مطرح شد، فرمودند^۳: در این موارد نقض، ملتزم می‌شویم که حکم وضعی در این موارد نقض در حق صبی ثابت است، و در عین حال محذور تخصیص مستهجن (تخصیص اکثر - آبی از تخصیص) لازم نمی‌آید. چون تعداد زیادی از نقض‌های مذکور تخصصاً از حدیث رفع خارج هستند نه تخصیصاً. نسبت به موارد نادر باقیمانده، در صورتی که دلیل خاص داشته باشیم، ملتزم به تخصیص می‌شویم. مثلاً در مورد وصیت صبی دلیل خاص داریم که وصیت صبی در ۱۰ سالگی می‌تواند نافذ و صحیح واقع شود.

توضیح بیشتر: اینکه در حدیث رفع گفته شد قلم حکم از صبی برداشته شد، مراد آن احکامی است که موضوعش فعل قصدی می‌باشد (مثل وصیت، هبه). اما آن احکامی که موضوعشان فعل قصدی و اختیاری نیست، بلکه ذات فعل (ولو کان بلا قصد) برای ثبوت حکم کافی است (مثل نجاست، جنابت، ضمان اتلاف و جنایات)، از ابتدا خارج از مدلول حدیث رفع هستند و حدیث رفع اصلاً ناظر به آنها نیست.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲، باب ۶ از ابواب جنابت، ص ۱۸۲، حدیث ۱.

۴. وسائل الشیعة، ج ۲، باب ۶ از ابواب جنابت، ص ۱۸۳، حدیث ۲.

۳. المكاسب و البیع، ج ۱، ص ۴۰۰-۴۰۱؛ و أما الثاني فلخروج الأحكام الوضعية عن مورد الرفع بالتخصص، و ذلك لأن المرفوع عن الصبي كمشاركاته في الرفع اعني المجنون و النائم هو الحكم الشرعي المترتب على أفعالهم القصدية التي اعتبر فيها القصد لأجل عدم تمشي القصد من النائم و كونه بلا أثر في المجنون، فالآثار الشرعية المترتبة على أفعالهم بما هي هي بلا اعتبار قصد فيها كعوض الجنایات و نحوه. و كالجنایة حيث انها يترتب على سببها مطلقاً و لو وجد السبب بلا قصد و اختيار لا يكون مرفوعاً بدلالة حدیث رفع القلم عنهم فالخبر الشريف يدل على رفع ما يترتب على أفعالهم القصدية من الآثار الشرعية و لما كانت دلالة على رفعه أيضاً بالعموم يكون كسائر العمومات القابلة للتخصيص فلو فرض قيام دليل على ثبوت الأثر على بعض أفعالهم لكان خارجاً عن تحت عمومهم بالتخصيص، و لا مانع عنه من هذه الجهة و لا يبلغ تخصيصه بمرتبة من الكثرة الموهنة كما لا يخفى إذ الخارج عنه ليس إلا موارد مثل وصية الصبي و حيازته المباحات لو قيل بهما و مثل صحة إسلامه و شرعية عباداته على ما هو الحق، و من ذلك يظهر ان القول بشرعية عباداته لا ينافي مع عموم رفع قلم التشريع عنه إذ يكون الدليل المثبت لمشروعية عباداته مخصصاً لعمومه.

راه دوم برای خروج تخصصی برخی نقوض (امتنانی بودن حدیث رفع قلم)

پاسخ دوم مبتنی به خروج تخصصی برخی از نقوض بود. برای خروج تخصصی برخی نقوض (ضمان اتلاف و جنایات) از تحت حدیث رفع تقریب دیگری توسط بزرگانی مثل آقا ضیاء^۱ و مرحوم خویی^۲ بیان شده است. با این توضیح که؛ حدیث رفع در مقام ارائه یک قاعده امتنانی است، لذا فقط در مواردی جاری می‌شود که مستلزم خلاف امتنان نباشد. بر این اساس در مورد اتلافات و جنایات، چون جریان حدیث رفع برای اثبات عدم ضمان در حق صبی^۳ مستلزم خلاف امتنان در حق مالکین و مجنی^۴ علیه است، باید بگوییم این موارد تخصصاً از تحت حدیث رفع خارج هستند.

اشکال اول به راه دوم برای خروج تخصصی

این بیان متوقف است بر اینکه حدیث رفع یک حدیث امتنانی باشد، در حالی که دلیلی بر امتنانی بودن حدیث رفع وجود ندارد. یعنی دلیلی نداریم که جریان این حدیث را منوط به امتنان کرده باشد.

پاسخ به اشکال اول

نسبت به این اشکال پاسخ دادند: متفاهم عرفی از سیاق روایت و تعابیر وارد شده در آن این است که حدیث رفع یک حدیث امتنانی است. یکی از قرائن به کار بردن واژه «رفع» است، چون رفع به معنای ازاله شیئی موجود است و در این حدیث نیز به قرینه وجود مقتضی، به منزله موجود فرض شده است. ضعف سه طایفه مذکور در روایت (صبی، مجنون، نائم)، قرینه دیگری بر امتنانی بودن حدیث رفع قلم است.

✱ استاد: دلالت واژه رفع بر امتنان مورد اشکال واقع شده است.

اشکال دوم به راه دوم برای خروج تخصصی

جریان قاعده‌ی امتنانی منوط به این است که نسبت به افرادی که مورد امتنان واقع شدند، مستلزم خلاف امتنان نباشد، نه اینکه نسبت به هیچ کس خلاف امتنان لازم نیاید. بله، اگر قاعده‌ای برای نوع مؤمنین امتنانی باشد، نباید جریان

۱. شرح تبصرة المتعلمین، ج ۲، ص ۳۵۱: فلا تجب {الزكاة} علی الصبی بلا اشکال فیه؛ لعموم رفع قلم الوضع و التکلیف، ما لم یکن خلاف امتنان فی حق الغیر، فلا یقاس الباب حیثئذٍ بباب ضمان الصبی لجنایاته و إتلافاته، فإن نفی الضمان فی حقهم خلاف الامتنان فی حقهم لذهاب ما لهم المحترم، و دهمم کذلک.

۲. فقه العترة فی زكاة الفطرة، ص ۲۲: یخصص رفع القلم من جهة وروده فی مقام الامتنان بما یكون فی رفعه خلاف الامتنان علی الآخرين كالضمان فیما لو أتلّف الصبی مال الغیر فإنه لا یرتفع بحديث الرفع.

آن مستلزم خلاف امتنان در حق برخی از مؤمنین باشد. بنابراین جریان حدیث رفع در مورد ضمان صبی (و حکم به رفع ضمان از صبی) منافاتی با امتنانی بودن این حدیث ندارد و نباید به این جهت آن را تخصصاً از حدیث رفع خارج بدانیم.^۱

پاسخ به اشکال دوم

بر اساس کلام مرحوم روحانی در المرتقی، می‌توان از این اشکال پاسخ داد. جریان تمام قواعد امتنانی مشروط است به اینکه نباید مستلزم خلاف امتنان نسبت به دیگران باشد، اگرچه امتنان بر طایفه خاصی مورد نظر باشد. چون نسبت شارع حکیم نسبت به تمام مؤمنین برابر است و این تساوی نسبت اقتضاء می‌کند که امتنان در حق یک طایفه یا یک فرد موجب تضرر و تضییع حق دیگران نباشد. به عبارت دیگر؛ امتنائیت (ولو نسبت به طایف خاص) ملازمه دارد با عدم تضرر و تضییع حق دیگران.

البته عبارتی که در المرتقی آمده است کمی اشکال دارد و نیازمند اصلاح است. عبارت ایشان چنین است: «أن مساق الحدیث المذكور - كما هو المعروف - مساق الامتنان على نوع الأمة، نظراً إلى أن نسبة الحاكم و الشارع - و هو الله سبحانه و تعالی، أو غيره - إلى العباد نسبة واحدة، و الامتنان على أحدهم دون الآخر مناف لذلک، فلا محالة لا بدّ و أن يكون فی الرفع امتنان على نوع الأمة»^۲. یعنی تساوی نسبت مؤمنین با شارع حکیم اقتضاء می‌کند که امتنان در حق برخی ملازم است با اینکه در حق دیگران هم امتنان کند.

این مطلب قابل التزام نیست، چون الزامی وجود ندارد شارع به همه امتنان کند. چه بسا مصلحت فقط در امتنان بر طایفه خاصی باشد. صحیح این است که بگوییم: مقتضای نسبت واحد داشتن مؤمنین با شارع این است که امتنان در حق برخی، موجب خلاف امتنان در حق دیگران و تضییع حقوق آنها نباشد.

در تطبیق این مطلب بر محل بحث گفته می‌شود: وقتی صبی مال غیر را تلف کند یا جنایتی بر غیر وارد کند، اگر شارع حکیم ضمان را از صبی بردارد، حق دیگران تضییع می‌شود و خلاف امتنان در حق آنها لازم می‌آید.

۱. مصباح المنهاج - کتاب الطهارة، ج ۲، ص ۱۳۹: أن قرينة الامتنان إنما تنهض بتقييد الرفع الامتنانی بما إذا لم يناف الامتنان فی حق الآخرين فيما إذا كان الرفع والامتنان فی حق الأمة بمجموعها، كما فی رفع الإكراه و الحرج و الضرر و نحوها، فإذا لزم الحرج على شخص من حرمة إضراره بالغير لم ترتفع الحرمة فی حقه، إذ لا امتنان على الأمة بمجموعها بالتخفيف عن بعضها إذا كان منافياً للامتنان فی حق الآخرين. أما إذا كان الرفع الامتنانی فی حق قسم خاص من الأمة - كما فی المقام - فقرينة الامتنان لا تقتضي قصوره عما إذا نافی الامتنان فی حق الآخرين.

۲. المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الزکاة، ج ۱، ص ۱۲۰؛ کتاب الحج (للساهرودی)، ج ۱، ص ۲۵۰.

فرق باب اتلافات با باب خمس و زکات از حیث جریان امتنان

وجهی که برای عدم جریان حدیث رفع در مورد ضمان صبیّ در اتلاف و جنایت بیان شد، آیا در مورد خمس و زکات صبیّ نیز صحیح است؟ یعنی آیا رفع وجوب خمس و زکات از صبیّ موجب خلاف امتنان و تضییع حق مستحقین خمس و زکات نیست؟ برخی از محققین در جواب این سوال فرمودند: فرقی بین باب ضمان و باب خمس و زکات نیست، خمس و زکات از صبیّ رفع نمی‌شود، چون مستلزم خلاف امتنان در حق فقراء و مستحقین است.^۱

لکن این مطلب قابل مناقشه است، به این نحو که؛ بین ضمان و بین خمس و زکات تفاوت وجود دارد. قاعده امتنانی شرطش این است که جریان آن نسبت به برخی از مردم مستلزم خلاف امتنان نباشد، این شرط در باب خمس و زکات وجود دارد. چون در صورتی که خمس از صبیّ برداشته شود نهایتش عدم النفع است نه تضییع الحق و الضرر. اینکه در جریان قاعده امتنانی شرط شد که مستلزم خلاف امتنان نباشد، مراد از خلاف امتنان ضرر و تضییع حق است نه صرف عدم النفع. محقق عراقی به این مطلب تصریح می‌کند.^۲

تمسک شیخ انصاری به روایت ابوالبختری برای شرطیت بلوغ

مرحوم شیخ انصاری نسبت به روایت اول از روایات طایفه سوم سه اشکال مطرح کرده بود که این سه اشکال نسبت به روایت دوم (موثقه عمار ساباطی) نیز می‌آید. جواب‌هایی که نسبت به روایت اول داده شد در مورد روایت دوم هم خواهد آمد. ایشان در ادامه نسبت به روایت سوم از طایفه سوم، تقریب دیگری برای شرطیت بلوغ مطرح می‌کنند تا آن اشکالات سه گانه وارد نباشند. از یک جهت جزء طایفه سوم و از یک جهت جزء طایفه چهارم بود. روایت سوم ضعیفه ابوالبختری بود؛

۱. المرتقی إلى الفقه الأرقی - کتاب الزکاة، ج ۱، ص ۱۲۰: أن رفع الزکاة فی المقام لیس فیہ أی امتنان علی نوع الأئمة، بعد کونه تضییعا لحق الفقراء، و إن کان فیہ امتنان بالإضافة إلى خصوص المالك، فلا یمکن رفعها بالحديث المسوق للامتنان علی النوع، كما لا یخفی. رک: کتاب الحج (للساهرودی)، ج ۱، ص ۲۵۰.

۲. شرح تبصرة المتعلمین (للآغا ضیاء)، ج ۲، ص ۳۵۱ و ۳۹۱: إلّا أن الذي هو الفارق بین البابين هو أن رفع مثل هذا الوضع و إن کان فیہ امتنان علی الکافر إلّا أنه خلاف الامتنان فی حق غیره باستلزامه ذهاب حرمة أموالهم و حقوقهم. و من المعلوم أن أمثال قاعدة «الجب» الواردة فی مقام الامتنان قاصرة الشمول لما فیہ خلاف الامتنان فی حق الغير. و هذا بخلاف نفی بقاء الوضع فی باب الزکاة، فإنه لا یوجب رفع مثله کعدم جعله من الأول خلاف امتنان فی حق الفقراء، إذ لیس فیہ جهة إضرار و تنقیص و هتک حرمة مال أو دم لهم، بل غاية الأمر: أن رفع مثله هو بمعنی عدم جعله منشأ لوصول نفع إلیهم، و لیس فیہ خلاف منّة فی حقهم. و حیثنذ یمکن رفعها مع کمال الامتنان فی حق الکافر، الحاصل ببرکة الإسلام.

«عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ السَّنْدِيِّ عَنْ أَبِي الْبَخْتَرِيِّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ ع أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْمَجْنُونِ وَالْمَعْتُوهِ الَّذِي لَا يُفِيْقُ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ عَمْدُهُمَا خَطَا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ وَ قَدْ رُفِعَ عَنْهُمَا الْقَلَمُ»^۱.

مرحوم شیخ در تقریب دلالت این روایت بر شرطیت بلوغ و مسلوب العبارة بودن صبی می‌فرماید^۲: در جایی که غیر صبی باید قصاص شود (عمد) یا دیه پردازد (شبه عمد)، اگر صبی و مجنون آن کار را انجام دهند حکمش این است که عاقله باید دیه پردازد، یعنی نه قصاص می‌شوند و نه دیه از مال آنها پرداخت می‌شود. این روایت می‌گوید عمد مجنون و صبی به منزله خطا است، و قلم از آنها رفع شده است. در واقع در این روایت در رابطه با جنایات صبی سه حکم بیان می‌کند: «ثبوت دیه بر عاقله» و «عمد صبی و مجنون به منزله خطا است» و «رفع قلم از صبی و مجنون».

در مورد اینکه ارتباط فقره سوم (رفع القلم) با فقره اول (عمدهما خطا) و فقره دوم (تحمله العاقله) چیست، مرحوم شیخ می‌فرماید: فقره سوم یا علت فقره دوم است و یا اینکه معلول فقره اول است و از این دو حالت خارج نیست. ایشان در ادامه می‌فرماید: بنابر هر یک از این دو احتمال (علیت و معلولیت)، مستفاد از روایت این است که در نظر شارع، احکامی که بر افعال قصدی بالغین مترتب می‌شوند بر افعال قصدی صبی مترتب نمی‌شوند، چه از حیث عقوبت اخروی و چه از حیث عقوبت دنیوی (عقوبت نفس مثل قصاص و عقوبت مالی مثل غرامت و دیه). بنابراین روایت ابوالبختری به دلالت التزامی دلالت می‌کند بر اینکه صبی مسلوب العبارة است، چون تمام آثاری که بر افعال قصدی بالغین مترتب می‌شود از فعل صبی برداشته شده است، لازمه این مطلب این است که معاملات صبی باطل و مسلوب العبارة باشد. بنابراین اقرارات و التزامات صبی اثر ندارد، اگرچه به اذن ولی باشد. به عبارت دیگر قصد صبی کالعدم است، و انشاءات و اخبارات او ارزشی ندارد و اثری بر آن بار نمی‌شود.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۹، باب ۳۶ از ابواب القصاص فی النفس، ص ۹۰، حدیث ۲.

۲. کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج ۳، ص ۲۸۲: فإن ذکر «رفع القلم» فی الذیل لیس له وجه ارتباط إلا بأن تكون علّة لأصل الحكم، و هو ثبوت الدیة علی العاقله، أو بأن تكون معلولة لقوله: «عمدهما خطا»، یعنی آنه لما كان قصدهما بمنزلة العدم فی نظر الشارع و فی الواقع رفع القلم عنهما. و لا یخفی أنّ ارتباطها بالكلام علی وجه العلّیة أو المعلولیة للحکم المذكور فی الروایة أعنی عدم مؤاخذه الصبی و المجنون بمقتضى جنایة العمد و هو القصاص، و لا بمقتضى شبه العمد و هو الدیة فی مالهما لا یتستقیم إلا بأن یراد من «رفع القلم» ارتفاع المؤاخذه عنهما شرعاً من حیث العقوبة الأخروية و الدنیویة المتعلقة بالنفس كالقصاص، أو المال كغرامة الدیة و عدم ترتّب ذلك علی أفعالهما المقصودة المتعمّد إليها ممّا لو وقع من غیرهما مع القصد و التعمّد لترتّب علیه غرامة أخروية أو دنیویة. و علی هذا، فإذا التزم علی نفسه مالاً بإقرار أو معاوضة و لو بإذن الولی، فلا أثر له فی إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ. فإذا لم یلزمه شیء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولی، فلیس ذلك إلا لسلب قصده و عدم العبرة بإنشائه.

البته از آنجا که تقدیر «علیت رفع قلم برای ثبوت دیه برای عاقله» لازمه باطلی دارد، حدیث را بر معنای «معلولیت رفع قلم برای اینکه عمد صبی به منزله خطاست» حمل می‌کنیم. لازمه‌ی باطل تقدیر اول این است که اتلافات صبی نسبت به اموال غیر موجب ضمان نباشد، در حالیکه این مطلب قابل التزام نیست. اما اگر رفع قلم را معلول «عمد الصبی» خطأ بدانیم، حدیث مذکور فقط ناظر به افعال قصدی و اختیاری خواهد بود و از ابتدا شامل اتلافات صبی نمی‌شود.

مجموع مطالبی که توسط ایشان در ذیل این روایت بیان شده را می‌توان در سه مطلب خلاصه کرد:

- ✓ **مطلب اول:** ارتباط فقره سوم با فقره اول و فقره دوم، به ترتیب منحصر در معلولیت و علیت است.
- ✓ **مطلب دوم:** بنابر هر دو تقدیر، مستفاد از روایت این است احکامی که بر افعال قصدی بالغین مترتب می‌شوند بر افعال قصدی صبی مترتب نخواهند شد.

- ✓ **مطلب سوم:** مقایسه بین دو تقدیر؛ به این نحو که چون تقدیر «علیت رفع قلم برای ثبوت دیه برای عاقله» لازمه باطلی دارد، حدیث را بر معنای «معلولیت رفع قلم برای اینکه عمد صبی به منزله خطاست» حمل می‌کنیم. لازمه‌ی باطل تقدیر اول این است که اتلافات صبی نسبت به اموال غیر موجب ضمان نباشد.

نسبت به هر سه مطلب ایشان مناقشات متعددی مطرح شده است.^۱

اشکال اول

مناقشه اول مناقشه سندی است. این روایت از حیث سندی معتبر نیست، چون وهب بن وهب ابوالبختری توسط مرحوم شیخ و نجاشی تضعیف شده است. در کتب رجال عامه نیز این فرد را تضعیف کردند.

اشکال دوم: عدم علیت فقره سوم برای فقره دوم

محقق ایروانی^۲ و مرحوم خویی^۳ اشکال کردند که این ارتباط نه به نحو علیت صحیح است و نه به نحو معلولیت، اما میرزای نائینی^۴ فقط ارتباط به نحو معلولیت را اشکال کردند. مرحوم ایروانی در اشکال به رابطه علیت بین فقره سوم و فقره دوم فرمودند: رفع قلم علت برای ثبوت دیه بر عاقله نیست، چون هیچ ارتباطی بین رفع قلم و ثبوت دیه وجود

۱. حاشیه کتاب المكاسب (للأصفهانی، ط - الحديث)، ج ۲، ص ۱۹-۲۳؛ کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۳۷-۴۱؛ حاشیه المكاسب (لليزدي)، ج ۱، ص ۱۱۴-۱۱۵؛ إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، ج ۲، ص ۲۱۳-۲۱۶.

۲. حاشیه المكاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۱۰۷.

۳. مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، ص ۲۵۶-۲۵۸.

۴. المكاسب و البیع (للميرزا النائيني)، ج ۱، ص ۴۰۲-۴۰۳؛ منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ۱، ص ۱۷۳-۱۷۵.

ندارد. توضیح بیشتر این مطلب در کلام مرحوم خوئی آمده است، ایشان می‌فرماید: بین رفع قلم و ثبوت دیه بر عاقله هیچ علیتی وجود ندارد، نه عقلاً و نه شرعاً و نه عرفاً، بلکه مانند وضع الحجر فی جنب الانسان است. نسبت به این اشکال پاسخ‌هایی داده شد.

پاسخ اول به اشکال دوم

یکی از این پاسخ‌ها توسط خود مرحوم ایروانی داده شد، ایشان می‌فرماید: مراد مرحوم شیخ از رابطه علیت این است که رفع قلم علت برای عدم ثبوت دیه بر صبی است نه علت برای ثبوت دیه بر عاقله. مرحوم ایروانی در ادامه نسبت به این پاسخ خود اشکال کردند: اگر رفع قلم، ثبوت دیه بر صبی را نفی کند، ثبوت دیه بر عاقله را هم نفی خواهد کرد، به عبارت دیگر مقتضای رفع قلم این است که فعل صبی هیچ تاثیری در مال خودش یا در مال عاقله ندارد.^۱

استاد: به نظر می‌رسد پاسخ اول تمام است و اشکالی که مرحوم ایروانی بر پاسخ خودشان مطرح کردند وارد نیست. چون مرحوم شیخ تصریح می‌کند که مقتضای رفع قلم این است که تمام عقوبت‌های آخروی و دنیوی ناظر به صبی، از فعل صبی برداشته شده است. به عبارت دیگر مقتضای رفع قلم این است که فعل صبی موجب قصاص صبی و پرداخت دیه از مال صبی نمی‌شود، نه اینکه هیچ تاثیری (ولو در مال غیر) ندارد.

پاسخ دوم به اشکال دوم

مرحوم امام در پاسخ به اشکال اول می‌فرماید:^۲ حتی اگر مراد مرحوم شیخ از رابطه علیت این باشد که رفع قلم علت است برای ثبوت دیه بر عاقله، می‌توان گفت رفع قلم می‌تواند علت برای ثبوت دیه بر عاقله باشد. البته علیت رفع قلم در اینجا از نوع علت مع الواسطه است نه علت مستقیم. چون در اینجا از یک طرف بین رفع قصاص و دیه از صبی و بین ثبوت دیه بر عاقله ملازمه وجود دارد، و از طرف دیگر رفع قلم از صبی علت برای رفع دیه از صبی است، بنابراین بالملازمه حکم به ثبوت دیه بر عاقله می‌شود. دلیل بر ثبوت ملازمه این است که از مجموع ادله استفاده می‌شود که دم

۱. حاشیه مکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۱۰۷: إلّا أن يكون مقصوده علیته لعدم ثبوت الدية في مالهما لا ثبوت الدية على العاقلة لكن يردّه عدم ارتباطه بعدم ثبوت الدية في مالهما أيضا بل مقتضى رفع القلم عنهما عدم تأثير فعله في ثبوت شيء لا في ماله و لا في غير ماله.

۲. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۳۸: يمكن أن يوجه كلامه بأن يقال: إنّ الملازمة الشرعية ثابتة بين سلب حكم الجنائية عن الصغير و المجنون، و بين ثبوته على العاقلة، كما يشعر أو يشير إليها بعض الروايات الدالة على أنّ جنائية الأعمى على بيت المال، معللاً بأنّه لا يبطل حقّ مسلم و نحوها في غير الباب ظاهراً. و مع هذه الملازمة، لو كان رفع القلم علّة لسلب الحكم عنهما، لكان بوجه علّة لثبوت ملازمه، فلولا رفع القلم عنهما لم يثبت الحكم على العاقلة.

مسلمان هدر نیست، لذا اگر در جایی شارع حکیم قصاص و دیه را از قاتل برداشت، آن را از طریق دیگری جبران می-کند.

اشکال مرحوم خویی بر پاسخ دوم

مرحوم خویی در اشکال به پاسخ دوم می‌فرماید: تمامیت پاسخ دوم منوط است بر اینکه بین نفی قصاص و دیه از صبی و بین ثبوت دیه بر عاقله ملازمه وجود داشته باشد، در حالی که چنین ملازمه‌ای بین اینها وجود ندارد. چون عدم قصاص و دیه بر صبی، مستلزم این نیست که دیه بر عاقله باشد، بلکه شاید دیه بر جمیع مومنین یا از بیت المال باشد^۱.

بررسی اشکال مرحوم خویی بر پاسخ دوم

ممکن است از این اشکال مرحوم خویی به این نحو پاسخ داد؛ اگرچه از حیث ثبوتی و در بدو امر ملازمه (ملازمه عقلی) بین نفی دیه از صبی و بین ثبوت دیه بر عاقله وجود ندارد و احتمال دارد دیه بر جمیع مومنین یا از بیت المال باشد، ولی چون معهود در مواردی که عقاب (قصاص یا دیه) از قاتل برداشته می‌شود (به دلیل ضعف و قصوری که وجود دارد)، این است که دیه را بر عاقله قرار می‌دهند. با توجه به این مطلب و ملاحظه روایاتی که می‌گویند دم مومنین هدر نیست، به دست می‌آید که بین نفی دیه از صبی و ثبوت دیه بر عاقله ملازمه وجود دارد. این جواب از کلام مرحوم امام استفاده می‌شود^۲.

مضافاً به اینکه ممکن است گفته شود: حتی اگر چنین چیزی معهود نباشد و ملازمه‌ای از دلیل خارجی ثابت نباشد، چه بسا بتوان گفت از همین تعبیر وارد شده در روایت ابوالبختری، به دلالت اقتضاء (حماً لکلام الحکیم علی الوجه الصحیح) به دست می‌آید که ملازمه است بین رفع قلم از صبی و بین ثبوت دیه بر عاقله. البته این پاسخ اخیر متوقف است بر اینکه از حیث اثباتی (استظهاری) شاهی بر ملازمه و علّیت در روایت وجود داشته باشیم. بنابر آنچه در اشکال-های بعدی می‌آید احتمال دارد فقره دوم و فقره سوم دو حکم در کنار هم باشند و ارتباط علی بین آنها وجود ندارد.

شبیّه این مطلب در کلام شیخ انصاری در بحث از جریان قاعده میسور مطرح شده است^۳. در مورد اینکه اگر در جایی از یک عمل کامل عاجز شدیم، آیا به مقدار میسور باید انجام دهیم یا اینکه کل مرکب از مأموریه بودن خارج می-شود. در این بحث شیخ انصاری روایت عبد الأعلى مولى آل سام را نقل می‌کند: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ

۱. مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، ص ۲۵۸؛ و الصحیح: أنه لا ملازمة بينهما -أيضا- لأن الحکمین المذكورین لا يدلان علی ثبوت الدیة علی خصوص العاقلة، إذ یمكن أن تكون الدیة علی جمیع المسلمین أو من بیت المال أو غیر ذلک.

۲. کتاب البیع (للإمام الخمينی)، ج ۲، ص ۳۸.

۳. فرائد الاصول (مجمع الفکر)، ج ۲، ص ۳۹۷.

مُحَمَّدٍ عَنِ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ رِبَاطٍ عَنْ عَبْدِ الْأَعْلَى مَوْلَى آلِ سَامٍ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَ عَثَرْتُ فَأَنْقَطَعَ ظُفْرِي فَجَعَلْتُ عَلَى إِصْبَعِي مَرَارَةً فَكَيْفَ أَصْنَعُ بِالْوُضُوءِ؟ قَالَ: يُعْرَفُ هَذَا وَ أَشْبَاهُهُ مِنْ كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى "مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ" اَمْسَحْ عَلَيْهِ^۱. در این روایت امام ۷ می‌فرماید: باید بر روی مراره مسح کنی و این مطلب را از آیه نفی حرج استفاده کردند، در حالی که لسان نفی حرج یک لسان نفی است. صحت تعلیل در کلام امام متوقف بر این است که قاعده میسور لأقلّ در باب وضو تمام باشد، به این نحو که با ضمیمه قاعده میسور به آیه نفی حرج ثابت می‌شود که وضوی حرجی بالکل ساقط نمی‌شود بلکه باید به مقدار میسور عمل کند. اگر قاعده میسور تمام نباشد، تعلیل وارد شده در کلام امام نمی‌تواند وجه صحیحی داشته باشد (البته با این فرض که مسح علی المرارة از آیه شریفه استفاده می‌شود).

اشکال سوم (مرحوم ایروانی و محقق اصفهانی): عدم معلولیت فقره سوم برای فقره اول

اشکال سوم که در کلام مرحوم ایروانی^۲ و محقق اصفهانی^۳ ذکر شده این است که معلولیت فقره سوم (رفع القلم عنهما) برای فقره اول (عمدهما خطأ) صحیح نیست. چون قضیه «عمدهما خطأ» یک قضیه واقعی و خارجی نیست، بلکه یک قضیه تنزیلی و تعبدی است، یعنی در نظر شارع، عمد صبی به منزله‌ی خطا است. تنزیلی بودن «عمدهما خطأ» به این معناست که قلم از آنها برداشته شده است. در واقع این دو فقره، دو تعبیر با یک معنا هستند، در حالی که رابطه علیّت و معلولیت اقتضای اثبنت می‌کند.

بررسی اشکال سوم

اگر معنای عبارت «عمدهما خطأ» این باشد که عمد صبی کالعدم است و هیچ حکمی ندارد (کلا عمد)، معنای این عبارت با عبارت «رفع القلم عنهما» یکی خواهد بود و اشکال دوم وارد است. ولی آیا عبارت «عمدهما خطأ» به این معناست که صبی حکم ندارد و مفادش همان «رفع القلم عنهما» می‌باشد؟

۱. وسائل الشیعة، ج ۱، باب ۳۹ از ابواب وضوء، ص ۴۶۴، حدیث ۵.

۲. حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۱۰۷: «أما الثانية فبأنّ قضیة عمدهما خطأ قضیة تعبدیة تنزیلیة لا واقعیة حقیقیة و لا معنی لكون عمدهما خطأ فی نظر الشارع إلّا رفع القلم و التکلیف عنهما فلا تعدّد فی مفاد العبارتین حتی تكون إحداهما علّة للأخری.

۳. حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی)، ط - الحدیثة، ج ۲، ص ۲۲: «لأنّ كون عمدهما بمنزلة الخطأ لیس إلّا الحكم علی عمدهما بحکم الخطأ، و عدم الحكم علیه بالقصاص، و لیس معنی رفع القلم إلّا عدم الحكم بالقصاص، فلا علیة و لا معلولیة حیث لا تغایر و لا إثنیة، حتی یكون أحدهما علّة و الآخر معلولاً.

این بحث مربوط به طایفه چهارم است. در آنجا خواهد آمد: عبارت «عمدهما خطأ» به این معنا نیست که عمد صبی کالعدم (کلا قصد) است، بلکه به این معناست: در مواردی که فعل عمدی یک اثری دارد و فعل خطایی نیز یک اثر دارد، افعال عمدی صبی محکوم به حکم افعال خطایی است. به عبارت دیگر در مواردی که فعل خطایی موضوع یک اثری است و فعل عمدی هم یک اثر دیگری دارد، اگر در این موارد یک فعل عمدی از صبی صادر شود، احکام فعل خطایی بر فعل عمدی او مترتب خواهد شد. در این صورت بین این دو فقره إثنين وجود دارد و از این جهت وجود رابطه علیت بین این دو فقره با مشکلی مواجه نیست، اگرچه ممکن است از جهات دیگری ارتباط علیت بین این دو فقره نفی شود.

البته از آنجا که مستفاد از کلام مرحوم شیخ این است که ایشان افعال عمدی صبی را کالعدم (کلا قصد) می‌داند، طبق نظر ایشان مفاد این دو فقره یکی است و این اشکال مرحوم ایروانی و محقق اصفهانی بر ایشان وارد است.

اشکال چهارم (مرحوم نائینی): عدم معلولیت فقره سوم برای فقره اول

مرحوم نائینی نیز مانند مرحوم ایروانی و محقق اصفهانی معلولیت فقره سوم (رفع القلم عنهما) برای فقره اول (عمدهما خطأ) را تمام نمی‌داند، ولی اشکال ایشان غیر از اشکال قبلی است، ایشان می‌فرماید: عبارت «رفع القلم عنهما» نمی‌تواند معلول «عمدهما خطأ» باشد، چون «رفع القلم عنهما» مضمونش عام است، یعنی هم در باب معاملات و هم در باب جنایات جریان دارد. در حالی که «عمدهما خطأ» اختصاص به باب جنایات دارد. بنابراین معقول نیست که امر خاص علت برای امر عام باشد.^۱

بررسی اشکال چهارم

از این اشکال مرحوم نائینی می‌توان جواب داد، به این نحو که؛ اگر معنای «عمدهما خطأ» این باشد که عمد صبی کالعدم (کلا عمد) است کما اینکه شیخ انصاری همین معنا را بیان کردند، دیگر این مضمون اختصاص به باب جنایات ندارد (اگرچه بر باب جنایت تطبیق شده است) و این اشکال وارد نیست. در واقع این عبارت می‌گوید در هر جایی که قصد معتبر است، به قصد صبی اعتنا نمی‌شود و قصدش کالعدم است.

۱. المكاسب و البیع (للمیرزا النائینی)، ج ۱، ص ۴۰۲: اما ما ذکره من احتمال كون قوله ع و قد رفع القلم عنهما معلولا للجملة المتقدمة، ففيه ان قوله ع و قد رفع القلم عنهما عام یعم مورد الجنایات و غیرها کما هو مبني الاستدلال و استظهره هو قده أيضا. و لا یعقل ان یکون العام معلولا للخاص، و کیف یمکن ان یصبر تحمل العاقلة عنهما فی مورد الجنایات علة لرفع القلم عنهما فی جمیع الموارد.

سَلَمْنَا که مفاد عبارت «عمدهما خطأ» اختصاص به باب جنایت داشته باشد (به دلیل تطبیق بر باب جنایت)، باز هم اشکال مرحوم نائینی قابل جواب است. چون در احکام معلّل، اگر حکمی عام باشد و دلیلش خاص باشد مشکلی در خطاب ایجاد نمی‌کند. بله، خاص بودن علّت موجب می‌شود آن مطلب عام را تخصیص بزنیم. مثلاً اگر چنین خطایی داشته باشیم «لا تأکل الرمان لأنّه حامض»، باید عمومیت حکم را تخصیص بزنیم. بنابراین اگر «عمدهما خطأ» خاص باشد و «رفع القلم عنهما» به حسب ظاهر عام و معلول آن امر خاص باشد، مشکلی ندارد. و نتیجه‌ی چنین رابطه‌ای این می‌شود که عبارت «رفع القلم عنهما» اختصاص به باب جنایات دهیم.

بله، اگر عمومیت عام در ناحیه معلّل قطعی و مفروغ عنه باشد امر خاص نمی‌تواند علّت برای آن باشد، چون مفروض در این صورت این است که آن عام تخصیص بردار نیست. در محل بحث، چون استظهار مرحوم شیخ این است که عمومیت در ناحیه «رفع القلم عنهما» مسلم و مفروغ عنه است، لذا نمی‌توان آن را معلول «عمدهما خطأ» دانست.

اشکال پنجم: عدم انحصار ارتباط در علّیت و معلولیت

مرحوم شیخ گفته بود ارتباط فقره سوم با دو فقره اول منحصر در رابطه علّیت و معلولیت است. در اشکال پنجم مرحوم امام می‌خواهد بگوید این ارتباط منحصر در رابطه علّیت و معلولیت نیست، بلکه از حیث ثبوتی احتمال سومی هم وجود دارد و آن اینکه ممکن است عبارت «عمدهما خطأ» و «رفع القلم عنهما»، دو حکم برای یک موضوع باشند. به عبارت دیگر احتمال دارد این دو عبارت، دو حکم متلازم با یکدیگر باشند و علّیتی بین آنها برقرار نباشد.^۱

توضیح بیشتر: از حیث ثبوتی احتمال سومی وجود دارد و از حیث اثباتی هم شاهدی وجود ندارد بر اینکه رابطه فقره سوم با دو فقره قبلی منحصر در علّیت و معلولیت است. مصدر بودن عبارت «رفع القلم عنهما» به «قد» و «واو» نمی‌تواند دلیل قطعی بر حال بودن این جمله باشد تا بگوییم پس رابطه‌ی علی برقرار است، بلکه احتمال دارد این واو عاطفه باشد. بله، باید یک ارتباطی بین این سه فقره وجود داشته باشد ولی این ارتباط منحصر در علّیت و معلولیت نیست. بلکه این ارتباط می‌تواند به این صورت باشد: حکم اصلی و محوری در روایت ابوالبختری «عمدهما خطأ» می-

۱. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۳۷؛ أقول: لا يلزم أن يكون ذكره للارتباط المذكور، بل يكفي في الارتباط كونهما -أي كون عمده خطأ، و رفع القلم عنه- حكمين لموضوع واحد، كما يقال: «الجنب لا يجوز له الدخول في المسجدين، و لا يجوز له مسّ الكتاب» و ذكر الجملة الثانية مصدرًا؛ «قد» و إن أُوهم كونها حالة مرتبطة بما قبلها نحو ارتباط، لكن يمكن أن تكون معطوفة لا حالة. و إن كان لا بدّ من الربط، فيمكن أن يقال: إن جملة تحمله العاقلة و جملة رفع القلم بمنزلة التفسيرين لقوله (عليه السلام) عمدهما خطأ، إذ كون العمد خطأ يتصور في موردین: أحدهما: ما يكون للخطأ حكم كباب الجنایات. و ثانيهما: ما يكون ملغى كالعقود و الإيقاعات و نحوها ممّا لو وقع خطأ لا يترتب عليه أثر. فأراد المتكلم أن يفيد الموردين، و تفسيرهما بقوله (عليه السلام) تحمله العاقلة بالنسبة إلى الأثر الثبوتی، و قوله (عليه السلام) رفع القلم بالنسبة إلى الأثر السلبي، فكانّه قال: عمدهما بمنزلة الخطأ في باب الجنایات، فتحمله العاقلة، و عمدهما بلا حكم في غيرها، و قد رفع القلم عنهما.

باشد و این حکم دارای دو حیثیت است، یک حیثیت سلبی و یک حیثیت ایجابی، که عبارات بعدی تفسیر این دو حیثیت هستند.

- حیثیت ایجابی (تحمله العاقلة): در باب جنایات که برای فعل خطایی حکم خاصی وجود دارد، فعل عمدی صبی حکم فعل خطایی را خواهد داشت.
- حیثیت سلبی (رفع عنهما القلم): در باب معاملات که برای فعل خطایی حکمی وجود ندارد، فعل قصدی صبی حکمی ندارد و ملغاً است.

این مطلب در کلمات مرحوم خوئی نیز مطرح شده است^۱.

بررسی اشکال پنجم

اصل این اشکال تمام است، یعنی ارتباط بین فقرات روایت منحصر در علیّت یا معلوئیّت نیست، بلکه از حیث ثبوتی احتمال سومی نیز وجود دارد. لکن اینکه مرحوم امام فرموده بود: چون عبارت «عمدهما خطأ» ناظر به دو مطلب است (جایی که خطا حکم دارد مثل باب جنایات و جایی که خطا حکم ندارد مثل باب معاملات)، ما می‌توانیم عبارت «تحمله العاقلة» و «رفع القلم عنهما» را تفسیر برای «عمدهما خطأ» بگیریم، تمام نیست. چون همان طور که در بررسی روایات طایفه چهارم می‌آید عبارت «عمد الصبی خطأ» شامل دو جا (معاملات - جنایات) نمی‌شود، بلکه فقط شامل جایی می‌شود که هم عمد و هم خطا حکم داشته باشند مانند باب جنایات.

اشکال ششم

اشکال ششم ناظر به مطلب دومی است که در کلمات شیخ انصاری آمده بود. ایشان فرموده بود: بنابر هر یک از دو تقدیر (علیّت یا معلوئیّت)، مستفاد از روایت ابوالبختری این است احکام، آثار و عقوباتی که بر افعال قصدی بالغین مترتب می‌شوند بر افعال قصدی صبی مترتب نخواهند شد، در نتیجه صبی مسلوب العبارة است و عبارات صبی کالعدم است، و اخبارات و انشاءات او هیچ اثری ندارند.

اشکالی که نسبت به این مطلب مطرح می‌شود عبارت است از: نهایت چیزی که از این رابطه علیّت یا معلوئیّت بین فقرات استفاده می‌شود این است که فعل صبی از این جهت که مضاف به صبی است اثری ندارد و صبی مورد مواخذه قرار

۱. مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، ص ۲۵۸؛ و التحقيق: أن وجه المناسبة بين قوله عليه السلام: رفع عنهما القلم، وبين قوله عليه السلام: عمدهما خطأ هو أن تنزيل عمد الصبي منزلة خطائه متقوم بأمرين: أحدهما: حكم سلبی، و هو أنه لا يترتب عليه أحكام العمد، و لا يلزم الصبي بشيء من أفعاله. ثانيهما: حكم إيجابی و هو أنه يترتب عليه أحكام الفعل الخطائي، و قد بين عليه السلام الأمر الثاني بقوله عليه السلام: تحمله العاقلة، و بين الأمر الأول بقوله عليه السلام رفع عنهما القلم.

نمی‌گیرد، نه اینکه فعل و انشاء او را مطلقاً کالعدم و بلااثر قرار بدهد، به نحوی که حتی اگر وكالة عن الغير انشاء کند اثری بر انشای او مترتب نشود.

به عبارت دیگر آنچه از این روایت استفاده می‌شود این است که فعل صبیّ از این جهت که مضاف و منتسب به صبی است موجب الزام بر صبی نمی‌شود، ولی اینکه فعل او کالعدم باشد و هیچ اثری ولو نسبت به غیر (وکیل یا ولی) ندارد، از این روایت استفاده نمی‌شود.

اشکال هفتم

اشکال هفتم ناظر به مطلب سوم است که در کلمات شیخ انصاری آمده بود. ایشان فرموده بود: از آنجا که تقدیر اول «علیت رفع قلم برای ثبوت دیه برای عاقله» لازمه باطلی دارد، حدیث را بر تقدیر دوم «معلولیت رفع قلم برای اینکه عمد صبی به منزله خطاست» حمل می‌کنیم. لازمه‌ی باطل تقدیر اول این است که اتلافات صبی نسبت به اموال غیر موجب ضمان نباشد.

سید یزدی در اشکال به این مطلب می‌فرماید: اگرچه تقدیر دوم از این جهت که شامل ضمان اتلافات نمی‌شود با محذوری مواجه نیست، ولی تقدیر دوم لازمه باطل دیگری دارد و آن اینکه؛ لازمه تقدیر دوم این است که صبیّ به وسیله حیازت، إحياء و امثال آن مالک نشود (چون حصول ملکیت در حیازت و إحياء منوط به قصد است)، در حالی که این مطلب قابل التزام نیست^۱.

بررسی اشکال هفتم

از این اشکال می‌توان جواب داد، به این صورت که؛ مرحوم شیخ در آن روایاتی که احکام و آثار را برمی‌دارند و در آنها تعبیر "رفع" به کار رفته است (مثل حدیث رفع تسعة و حدیث رفع القلم عن الصبی) می‌فرماید: آن احکامی برداشته می‌شوند که دارای نوعی ثقل و تضییق باشند. با توجه به این نکته گفته می‌شود در مواردی مثل حیازت اثر نفعی برای صبیّ وجود دارد نه اثر تضییقی و ثقل. در نتیجه حیازت و امثال آن تخصصاً از تحت حدیث رفع قلم خارج هستند.

۱. حاشیة المكاسب (للبيزدي)، ج ۱، ص ۱۱۵: قلت على التقدير الثاني و إن لم يرد الإشكال من جهة لزوم إخراج الإتلافات حيث إنها حينئذ غير داخلة من الأصل إلا أنه يرد الإشكال من جهة مثل حيازة المباحات و إحياء الموات و الالتقاط و السبق إلى المباحات حيث إنها يعتبر فيها القصد و مع ذلك هي صحيحة في حق الصبي فلا بدّ من إخراجها و هو أيضا بعيد.

اشکال هشتم

اشکال هشتم نیز ناظر به مطلب سوم ایشان است. با توجه به مجموع مطالبی که در ذیل روایات طایفه سوم بیان شد می‌گوییم تقدیر اول لازمه باطلی ندارد. چون این روایت اصلاً موارد ضمان اتلافات را شامل نمی‌شود و این موارد تخصصاً از این روایت خارج هستند. دو تقریب برای خروج تخصصی ضمان اتلافات از روایات طایفه سوم بیان شده بود:

✓ تقریب اول (مرحوم نائینی): مرفوع در این احادیث خصوص افعال قصدی است.

✓ تقریب دوم (محقق عراقی و مرحوم خویی): این احادیث امتنانی هستند و شمولش نسبت به ضمانات خلاف امتنان در حق غیر است.

اشکال نهم

اشکال نهم نیز ناظر به مطلب سوم ایشان است. سلّمنا که تقدیر اول شامل ضمان اتلافات می‌شود، لکن این مطلب موجب نقص و محذوری در تقدیر اول نمی‌شود. چون می‌توانیم معتقد شویم که این حکم (رفع القلم عن الصبی) نسبت به ضمان اتلافات تخصیص خورده است. یعنی اگر دلیلی بر تخصیص وجود داشته باشد (مثل تسالم اصحاب یا غیر آن)، این حکم عام را تخصیص می‌زنیم.

۴. روایات طایفه چهارم (یکسان بودن عمد و خطأ صبی)

طایفه چهارم روایاتی هستند که با قطع نظر از آیه شریفه، حکم تصرفات صبی را بیان می‌کنند و مضمونشان این است که عمد و خطأ صبی یکسان است. همان طور که مرحوم خویی فرموده این روایات در سه صنف قرار دارند؛

۱. صنف اول: روایاتی که به نحو مطلق می‌گویند عمد و خطای صبی یکسان است و اختصاص به باب جنایت ندارد. مانند صحیح محمد بن مسلم: «وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عُثْمَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: عَمْدُ الصَّبِيِّ وَخَطْوُهُ وَاحِدٌ»^۱.

۲. صنف دوم: روایاتی که مانند روایات صنف اول هستند با این تفاوت که بر باب جنایات تطبیق شدند، مانند موثق اسحاق بن عمار: «وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّقَّارِ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مُوسَى الْخَشَّابِ عَنْ غِيَاثِ بْنِ كُلُوبٍ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عَلِيًّا كَانَ يَقُولُ عَمْدُ الصَّبِيَّانِ خَطَأٌ (يُحْمَلُ عَلَى) الْعَاقِلَةِ»^۲.

۳. صنف سوم: روایاتی که مانند روایات صنف اول و دوم است، با این تفاوت که در آنها تعبیر "رفع القلم" هم به کار رفته است، مانند روایت ابوالبختری: «عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَعْفَرٍ فِي قُرْبِ الْإِسْنَادِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ السُّنْدِيِّ عَنْ أَبِي

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۹، باب ۱۱ از ابواب العاقلة، ص ۴۰۰، حدیث ۲.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۹، باب ۱۱ از ابواب العاقلة، ص ۴۰۰، حدیث ۳.

الْبُخْتَرِيُّ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَلِيٍّ ع أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي الْمَجْنُونِ وَالْمَعْتُوهِ الَّذِي لَا يُفِيْقُ وَالصَّبِيَّ الَّذِي لَمْ يَبْلُغْ عَمْدُهُمَا خَطَأً تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ وَقَدْ رُفِعَ عَنْهُمَا الْقَلَمُ^۱.

تقریب استدلال: از آنجا که مضمون این سه صنف از روایات با همدیگر موافق (مُتَبَتِّین) هستند و تنافی ندارند، اطلاق و عموم روایت صنف اول قابل استدلال است. از آنجا که روایت صنف اول مطلق است و اختصاص به باب جنایت ندارد فهمیده می‌شود که قصد صبی کالعدم و کلاقصد است، در هیچ جایی اثر ندارد، چه در معاملات و چه در جنایات. صرف تطبیق روایات صنف دوم و سوم بر باب جنایات موجب اختصاص این روایات به باب جنایات نمی‌شود.

بررسی دلالت روایات طایفه چهارم بر شرطیت بلوغ

نسبت به دلالت این روایات بر شرطیت بلوغ متعاقبین چهار مناقشه مطرح شده است که نتیجه هر چهار مناقشه این است که این روایات مختص به باب جنایات هستند. برخی از این اشکالات حلّی و برخی دیگر نقضی هستند.

مناقشه اول

مناقشه اول یک مناقشه حلّی است که در کلمات مرحوم آخوند^۲ مطرح شده است. از کلام مرحوم آخوند در حاشیه مکاسب دو اشکال حلّی قابل استفاده است، که یکی از آنها توسط محقق اصفهانی با تفصیل و توضیح بیشتری مطرح شده است. ایشان می‌فرماید^۳: عبارت «عمد الصبیّ خطأ» یا «عمد الصبیّ و خطأه واحد» ناظر به مواردی است که فعل دارای دو نحوه تحقق (عمدی - خطایی) است. اینکه فعلی دارای دو نحوه تحقق باشد اختصاص به باب جنایات دارد، در باب معاملات چنین چیزی نیست. چون معامله متقوم به قصد است، اگر معامله قصد شده باشد معامله محقق می‌شود ولی اگر قصد وجود نداشته باشد معامله محقق نمی‌شود. به عبارت دیگر؛ از آنجا که افعال تکوینی نیاز به سبب دارند، اگر قصد فاعل از انجام آن فعل تحقق پیدا بکند آن فعل قصدی خواهد بود، ولی اگر قصد فاعل تحقق پیدا نکند آن فعل خطایی می‌باشد. اما افعال اعتباری چنین ویژگی‌ای ندارند.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۹، باب ۳۶ از ابواب القصاص فی النفس، ص ۹۰، حدیث ۲.

۲. حاشیه مکاسب (لآخوند)، ص ۴۶: اما خبر عمّد الصبیّ - إلخ - فلأنّ ظاهره أنّ الفعل الذی یقع علی نحوین: عن عمد و عن خطأ، و یختلف بحسبهما حکمه، کما فی باب الجنایات إذا صدر عن الصبیّ عمدا یكون کما إذا صدر خطأ، فلا یعم ما لا یكون الا متقوما بالعمد و القصد، کالایقاع و العقد، و لا یكون له حکم الا بعنوانه و ان کان لا یکاد یكون الا بالقصد.

۳. حاشیه کتاب مکاسب (لأصفهانی، ط - الحدیثة)، ج ۲، ص ۱۷-۱۹.

بنابراین مفاد روایات فوق این است: افعالی که دو نحوه تحقق دارند، اگر صبیّ آن افعال را عمداً انجام دهد حکم خطا بر آن فعل مترتب می‌شود. لذا افعالی که دارای دو نحوه تحقق نیستند (مثل معاملات)، اساساً داخل در این روایات نیستند.

پاسخ مرحوم امام

مرحوم امام می‌فرماید: «ما هم قبول داریم که این روایات به قرینه تقابل عمد و خطا، ناظر به افعالی است که دارای دو نحوه تحقق باشند (عمدی - خطایی)، لکن معتقدیم که معاملات نیز دارای دو نحوه تحقق (عمد - خطا) هستند، و این روایات اختصاص به باب جنایات ندارند. مثلاً در جایی که شخصی وکیل است تا فاطمه را به ازدواج زید در بیاورد، در مقام انشاء به اشتباه بگوید: سکینه را به ازدواج عمرو در آوردم. این روایات می‌گویند همان طور که انشای خطایی بالغین اثر ندارد، انشای عمدی صبی هم حکم انشای خطایی بالغین را دارد.

بررسی پاسخ مرحوم امام

به نظر می‌رسد پاسخ مرحوم امام تمام نیست، چون مراد مرحوم آخوند و محقق اصفهانی آن فعلی است که موثر در حکم باشد (الفعل الذی هو موضوع للحکم و موثر فی الحکم). به عبارت دیگر آنها می‌گویند این روایات ناظر به افعالی است که از این حیث که موضوع حکم و موثر در حکم هستند دارای دو نوع تحقق (عمدی - خطایی) باشند. این مطلب بر باب معاملات تطبیق نمی‌شود، چون حقیقت معامله همان انشاء (اعتبار مُبرَز یا ابراز اعتبار) است. انشاء، که موضوع در باب معاملات است متقوم به قصد است، لذا مجرد تلفظ یا فعل اصلاً موضوع در باب معاملات نیست. بنابراین آنچه موضوع در باب معاملات است، انشاء می‌باشد که متقوم به قصد است (ابراز مطابق با قصد) و دارای دو نوع تحقق نیست تا روایات مذکور شامل آن بشوند. آن چیزی که در باب معاملات دارای دو نوع تحقق است، صرف ابراز (تلفظ یا فعل) است که موضوع حکم نیست، تا این روایات ناظر به آن باشند.

۱. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۳۶؛ ففیه ما لا یخفی؛ لأنّ الظاهر من قوله (عليه السلام) عمده خطأ أو عمده و خطأ واحد أن کلّ ما صدر منه عمداً خطأ تنزیلاً، فالعقد الصادر منه علی قسمین: قسم صدر عمداً، و قسم خطأ، کمن أراد تزویج فاطمة من زید، فأخطأ و قال: «زوّجت سکینه عمراً» أو أراد إجارة ملک فأنشأ بیعه خطأ، فکما أن الإنشاء الخطئی لا یتربّث علیه أثر، فکذلک العمدی منه. فکلّ ما صدر منه و أمکن تقسیمه إلى العمد و الخطأ، کان عمده بمنزلة، و الاختصاص بالأفعال التي ذکرها بلا مخصّص.

مناقشه دوم

مناقشه دوم هم یک مناقشه حلّی است که به نحو مختصر در کلمات مرحوم آخوند^۱ مطرح شد، و در کلمات محقق ایروانی^۲، مرحوم حکیم^۳، محقق خویی^۴ و برخی دیگر از بزرگان^۵ با تفصیل و توضیح بیشتر مطرح شده است. اگرچه توضیح این فقهاء با یکدیگر متفاوت است، ولی وجه مشترک این کلمات این است که؛ عبارت «عمد الصبیّ خطأ» یا «عمد الصبیّ و خطاه واحد» ناظر به مواردی است هم عمد موضوع حکم باشد و هم خطا. یعنی روایت می‌گوید اگر صبی فعل عمدی انجام دهد فعل او حکم فعل خطایی را دارد. این حکم بر باب جنایات تطبیق می‌شود، ولی در باب معاملات قابل تطبیق نیست، چون در باب معاملات اگر قصد وجود نداشته باشد، اصلا معامله‌ای محقق نمی‌شود.

مرحوم حکیم می‌فرماید: اگر در روایات آمده بود که قصد صبی کالعدم و کلا قصد است، هم بر باب معاملات قابل تطبیق بود و هم بر باب جنایات، لکن آنچه در روایات آمده این است که عمد صبی به منزله‌ی خطا تنزیل شده است. تنزیل در جایی معنا دارد که منزلّ علیه یک حکمی داشته باشد تا آن حکم بر منزلّ بار شود. این تنزیل در باب جنایات معنا دارد چون در باب جنایات، خطا حکم دارد. اما در باب معاملات که تمام الموضوع برای حکم عمد است، منزلّ علیه حکم ندارد. لذا اگر در جایی عمد کنار برود، حکم کنار می‌رود ولی نه به دلیل وجود خطا، بلکه به این دلیل که وقتی عمد (قصد) محقق نشد، حکم فعل عمدی هم مترتب نمی‌شود.

پاسخ مرحوم امام

مرحوم امام در پاسخ به این مناقشه می‌فرماید: ما هم قبول داریم که این روایات مشتمل بر تنزیل هستند، لکن می‌گوییم صحت تنزیل منحصر نیست در اینکه فقط منزلّ علیه دارای اثر باشد، بلکه همین که اثری وجود داشته باشد کافی

۱. حاشیه المکاسب (للاخوند)، ص ۴۶.

۲. حاشیه المکاسب (للايروانی)، ج ۱، ص ۱۰۶: هذا التعبير إنما يعبر به في مقام كان لكل من العمد والخطأ حكم في الشريعة على خلاف الآخر فيراد بهذه العبارة إفادة عدم تعدد الحكم واختلافه في خصوص الصبي تضييقاً لإطلاق أدلة تلك الأحكام من جانب و توسعة من جانب آخر و من المعلوم أنه لا حكم لكل من العمد والخطأ في الشريعة على خلاف الآخر إلا في باب الجنایات. و في غيرها و منها المقام لا حكم للخطأ لا أن له حكماً على خلاف حكم العمد.

۳. نهج الفقاهة، ص ۱۸۱: أن الظاهر منها تنزیل العمد منزلة الخطأ فيما له من الأحكام فيختص بما إذا كان للخطأ حكم شرعي ليصح التنزیل بلحاظه كما في باب الجنایات، و لا يجري فيما نحن فيه مما كان الأثر فيه للعمد فقط، و لو كان المراد منه مثل ما نحن فيه لكان الأولى التعبير بمثل: عمد الصبي كلا عمد و قصده كلا قصد.

۴. مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، ص ۲۵۳-۲۵۴.

۵. إرشاد الطالب إلى التعليق على المکاسب، ج ۲، ص ۲۱۶: يمكن دعوى ان الصحيحة لا تكون مقتضاها نفى الأحكام المترتبة على القصد و التعمد الى الفعل مطلقاً بل في خصوص ما إذا كان الحكم مترتباً على الخطأ أيضاً بأن يكون التعمد الى الفعل موضوعاً لحكم و الفعل خطأ موضوعاً لحكم آخر كما في مورد الجنایة.

است، اعم از اینکه آن اثر در ناحیه منزل باشد یا در ناحیه منزل علیه یا در هر دو ناحیه. در جایی که اثر در ناحیه منزل^۱ علیه باشد، فایده تنزیل این است که آن اثر برای منزل اثبات می‌شود. در جایی که اثر در ناحیه منزل باشد، فایده تنزیل این است که آن اثر از منزل سلب می‌شود. در جایی که اثر در هر دو ناحیه باشد، فایده‌اش هم اثبات اثر منزل علیه بر منزل است و هم سلب اثر منزل از خودش.^۱

ایشان در ادامه می‌فرماید: اینکه گفتیم تنزیل دو اثر دارد (اثبات اثر منزل علیه بر منزل + سلب اثر از منزل) مربوط به روایت موثق اسحاق بن عمار (عمد الصبیّ خطأ) است، ولی اگر حدیث صحیح محمد بن مسلم (عمد الصبیّ و خطاه واحد) را در نظر بگیریم ظاهرش این است که این تنزیل فقط ناظر به خصوص «سلب اثر از منزل» است. چون معنای این عبارت این است که عمد صبی کالعدم و کلا عمد است، نظیر اینکه در مورد زید گفته شود: «قوله و عدم قوله سواء». اگر کسی ظهور این روایت را نپذیرد، لأقلّ اطلاق دارد و این اثر را حتماً شامل می‌شود.^۲

بررسی پاسخ مرحوم امام

به نظر می‌رسد این پاسخ تمام نیست. چون متفاهم عرفی و ظاهر اولی از هر تنزیل این است که حکم یا اثر منزل- علیه بر منزل مترتب شود. بله، در جایی که منزل علیه حکمی نداشته باشد و متکلم از تنزیل استفاده کند به دلالت اقتضاء حکم می‌شود که فایده این تنزیل سلب اثر منزل از خودش است. با توجه به این مطلب، وقتی سراغ عبارت «عمد الصبیّ خطأ» یا «عمد الصبیّ و خطاه واحد» می‌رویم می‌توانیم بگوییم: اگر در هیچ یک از ابواب فقهی فعل خطایی و منزل علیه حکمی نداشته باشد، این تنزیل را حمل می‌کردیم بر اینکه فایده‌اش سلب اثر از منزل است. لکن از آنجا که در ابواب مختلف فقهی مواردی وجود دارد که فعل خطایی دارای حکم می‌باشد (مثل باب جنایات، اخلال در غیر رکن از نماز، ارتکاب برخی محرمات در حج)، این تنزیل را بر اساس همان ظاهر اولی خودش معنا می‌کنیم. یعنی مورد این روایات اختصاص پیدا می‌کند به مواردی که فعل خطایی دارای حکم باشد.

مطلب دوم ایشان نیز ناتمام است. چون از عبارت «عمد الصبیّ و خطاه واحد» تنزیل استفاده می‌شود و همان طور که گفتیم ظهور اولی هر تنزیلی اثبات اثر منزل علیه بر منزل است. استشهاد ایشان به «قوله و عدم قوله سواء» صحیح

۱. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۳۶: نعم، لا بدّ فی التنزیل من أثر، إمّا فی المنزل، أو المنزل علیه، أو فیهما، فقد یكون للفعل الخطئی أثر، و فی العمدی أثر آخر، و قد یكون فی العمدی أثر، دون الخطئی أو العکس، و فی جمیعها یصحّ التنزیل، و أثره ثبوت الأثر تارةً، و سلبه اخرى، و ثبوت و سلب ثالثه.

۲. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۳۶: الأظهر فی مثل هذا التعبير إرادة سلب الأثر عن العمد، كما یقال: «فلان قوله و عدم قوله سواء» یراد أنّه لا یتربّ علیّ قوله أثر، و لو منع هذا الظهور فلا أقلّ من إطلاقه لکلا الموردین.

نیست، چون در این مثال بحث از شیء و عدمش مطرح شده است در حالی که در روایت صحیحہ محمد بن مسلم بحث از عمد و خطا است نه بحث از عمد و عدم عمد.

بله، در مورد خصوص مثالی که ایشان زدند، مفاد تنزیل سلب اثر از منزل است. نکته‌اش همان قاعده‌ای است که بیان شد، یعنی در این مثال منزل علیه (عدم قوله) موضوع اثر نیست و حکمی ندارد.

مناقشه سوم

مناقشه سوم یک مناقشه نقضی است که در کلمات بزرگانی مثل مرحوم حکیم^۱ و محقق خویی^۲ مطرح شده است. این بزرگان فرمودند: عبارت «عمد الصبیّ خطأ» یا «عمد الصبیّ و خطأه واحد» مختص به باب جنایات است. چون اگر مراد از این عبارات مطلق (عمد الصبیّ کالعدم و کلاعمد) باشد و تمام موارد از افعال و اقوال صبی را شامل بشود، موجب اثبات یا نفی احکامی می‌شود که قابل التزام نیست.

مرحوم حکیم در توضیح این مناقشه فرمودند: اگر مراد از عبارت «عمد الصبیّ خطأ» یا «عمد الصبیّ و خطأه واحد» این باشد که عمد صبی کالعدم است لازمه‌اش این است که در موارد زیادی قائل به تقیید این عبارت بشویم که قابل التزام نیست، چون موارد زیادی وجود دارد که می‌دانیم عدم صبی کالعدم نیست. مثلاً لازم می‌آید که نماز و روزه صبی مشروع نباشد. بر فرض هم که مشروعیت عبادات صبی را بپذیریم، لازم می‌آید افطار عمدی او موجب بطلان روزه‌اش نشود. مثال دیگر اینکه اگر صبی از روی قصد مسافرت برود (موضوع قصر، سفر عن قصد است) نباید نمازش قصر شود. و همچنین لازم می‌آید قصد اقامه عشره او اثری نداشته باشد. در حالی که ما می‌دانیم در این موارد قصد صبی اثر دارد و کلا قصد نیست.

۱. نهج الفقاهة، ص ۱۸۲: أن الالتزام بكون المراد منه تنزیل قصده منزلة العدم یوجب البناء علی تقییده فی کثیر من الموارد التي لا یمكن الالتزام فیها بذلك مثل صلاته و صومه و إفطاره و سفره و إقامته و إحرامه و نحوها من الأفعال التي تتقوم بالقصد فلا أقل من أن یكون ذلك قرینة علی الاختصاص.

۲. مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، ص ۲۵۴-۲۵۵: لا یمكن أن یراد الإطلاق من تلك الروایات لوجود المانع و عدم المقتضى. أما وجود المانع فلأن الأخذ بإطلاقها مخالف لضرورة المذهب، و موجب لتأسیس فقه جدید، بدیهة أن لازم العمل بإطلاقها هو أن لا یبطل صوم الصبی مع عدم الاجتناب عن مبطلات الصوم، فان ارتکابه بها خطأ لا ینقض الصوم و المفروض أن عمد الصبی خطأ. و أيضا لزم من ذلك القول بصحة صلاة الصبی إذا ترک عمدا أجزاءها التي لا یضر ترکها خطأ بصلاة البالغین، و هكذا الکلام فی ناحية الزیادة العمدية فیها. بل یلزم منه الالتزام بصحة صلاة الصبیان إذا اقتصرُوا فیها بالنية و التكبیر للإحرام و الركوع و السجدة الواحدة و السلام، فان ترک ما سوى ذلك خطأ لا یضر بصلاة البالغین، و المفروض أن عمد الصبی خطأ. بل یلزم من العمل بإطلاق تلك الروایات أن لا تصح عبادات الصبیان أصلاً، فإن صحتها متوقفة علی صدورها من الفاعل بالإرادة و الاختیار، و قد فرضنا أن عمد الصبی خطأ فلا یعقل صدور عبادة صحیحة منه، و لا أظن أحداً أن یلتزم بشیء من هذه اللوازم. و دعوی انصراف تلك الروایات عن هذه الموارد دعوی جزافیة.

مرحوم خویی نیز این طور فرمودند: این اطلاق قابل أخذ نیست، چون أخذ به این اطلاق مخالف با ضرورت مذهب و مستلزم تأسیس فقه جدید است. چون لازمه‌ی اخذ به این اطلاق نقوض متعددی است، مثل اینکه اگر صبی تمام واجبات غیر رکنی را عمداً ترک کند، باید بگوییم حکم خطا را دارد و نمازش صحیح است، و همچنین است اگر عمداً چیزهای زیادی (غیر از رکن) به نماز اضافه کند.

پاسخ از مناقشه سوم

به نظر می‌رسد در صورتی که از دو مناقشه قبلی رفع ید کردیم و اطلاق این روایات را پذیرفتیم، مناقشه سوم قابل جواب است. چون اگرچه مقتضای اطلاق عبارت «عمد الصبیّ خطأ» یا «عمد الصبیّ و خطاه واحد» این است که عبادات صبی مشروع نباشد و علی تقدیر مشروعیت، اخلال به غیر ارکان مبطل نباشد، لکن به خاطر وجود دلیل خاص از این اطلاق رفع ید می‌کنیم. به عبارت دیگر اگرچه مقتضای اطلاق این روایات این است که عمده صبی به نحو مطلق و در تمام موارد الغاء شده است، ولی اگر در مواردی دلیل خاص داشته باشیم که قصد صبی در آن موارد الغاء نشده است، می‌توان آن اطلاق را مقید کنیم و بگوییم که در این موارد قصد صبی الغاء نشده و اثر دارد.

در مورد «مشروعیت عبادات صبی (مثل نماز، صوم و حج)» ادله‌ای وجود دارد که خود مرحوم حکیم و محقق خوئی به این ادله استدلال می‌کنند و مشروعیت عبادت صبی را نتیجه می‌گیرند. مضافاً به اینکه دلیل خاص هم در مورد مشروعیت نماز، صوم و إحرام صبی وجود دارد. به خاطر وجود این ادله از اطلاق عبارت «عمد الصبیّ خطأ» یا «عمد الصبیّ و خطاه واحد» نسبت به اصل مشروعیت عبادت صبی رفع ید می‌شود.

در مورد خروج «اخلال به غیر رکن» از تحت اطلاق این روایات می‌توان به اطلاق مقامی ادله‌ی دال بر مشروعیت عبادات صبی تمسک کرد، کما اینکه مرحوم حکیم در موارد متعددی به این اطلاق مقامی تمسک کردند^۱ و مرحوم خویی نیز در مورد اجزاء و شرایط نماز نافله به این اطلاق مقامی تمسک کرده است.^۲

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۵، ص ۴۸۰: أن مقتضى الإطلاق المقامی لدلیل تشريع عبادة الصبی مع عدم بیان کیفیت عبادته الاعتماد علی بیانها للبالغ، فالعبادة المشروعة لغيره هی العبادة المشروعة له إلا أن یقوم دلیل علی الخلاف. رک: ج ۱، ص ۲۹۳ و ج ۴، ص ۳۰۸-۳۰۹ و ج ۶، ص ۷۷ و ج ۱۱، ص ۱۳۹ و ج ۱۳، ص ۲۷۵.

۲. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۱۲، ص ۱۲: فبعدما بین الشارع الأقدس حقيقة الصلاة الواجبة بما لها من الأجزاء و الشرائط، ثم قال: صلّ رکعتین تطوعاً أو تنفلّ ثمان رکعات جوف اللیل. لا ینسب من ذلك إلى الذهن إلا إرادة نفس تلك الصلاة المعهودة التي بینها لدى تشريع الفریضة. و من هنا لا یکاد یشک أحد فی شرطية الطهارة فی النافلة و لزوم السجدة، و کذا الركوع قبلهما لا فی الأثناء و لا بعدهما، و کذا مانعية النجاسة و لبس ما لا یؤکل و غیر ذلك من سائر الأجزاء و الشرائط و الموانع، مع أنه لم یرد تنصيص علی شیء من ذلك فی باب النوافل بالخصوص. و کذا الحال فی غیر الصلاة من الصوم و نحوه من سائر العبادات، فاذا ورد بعد بیان حقيقة الصوم الواجب و ما یكون مفطراً له استحباب الصوم أول رجب مثلاً لم یفهم منه إلا إرادة ذلك الصوم بعینه، فلا حاجة إلى بیان أن الارتماس مثلاً مفطر لهذا الصوم بالخصوص، بل یعتمد علی البیان الأول. و علی الجملة:

توضیح بیشتر: آن ادله‌ای که بر اصل مشروعیت عبادات صبی دلالت می‌کند، اگرچه مدلول اولی آنها اصل مشروعیت و مطلوبیت است، لکن اطلاق مقامی‌شان اقتضاء می‌کند که تمام اجزاء، شرایط و موانع مربوط به عبادت بالغین برای عبادت صبی هم معتبر باشد. به عبارت دیگر اگر شارع نسبت به یک فردی از یک ماهیت امر کند و خصوصیتی را برای آن بیان کند، سپس در خطاب دیگر به فرد دیگری از همان طبیعت امر کند ولی خصوصیتی را برای آن بیان نکند، اطلاق مقامی دلیل دوم اقتضاء می‌کند که تمام خصوصیات فرد اول برای این فرد دوم نیز معتبر باشد.

با توجه به این مطلب در محل بحث گفته می‌شود، در صورتی که مشروعیت عبادات صبی (نماز، صوم و حج) را پذیرفتید، باید تمام خصوصیات معتبر در آن عبادات را برای عبادت صبی هم معتبر بدانید. بنابراین اخلاف عمدی صبی به غیر ارکان موجب بطلان نماز خواهد شد و افطار عمدی صبی موجب بطلان روزه خواهد شد. در نتیجه این موارد نمی‌توانند اطلاق عبارت «عمد الصبی خطأ» یا «عمد الصبی و خطأ واحد» را نقض کنند.

بله، اگر دلیل ما در بحث مشروعیت عبادات صبی اطلاق ادله تکالیف (ادله وجوب نماز و روزه) باشد و ادله خاصه نداشته باشیم، نقوض مطرح شده در مناقشه سوم (اخلاف به غیر رکن) قابل جواب نیست. توضیح بیشتر؛ مرحوم حکیم^۱ در مواردی تصریح می‌کند که اطلاق ادله تکالیف (مثل کُتِبَ علیکم الصیام) نیز بر مشروعیت صبی دلالت می‌کنند به این نحو که این ادله اختصاص به بالغین ندارد و شامل تمام بالغین و غیر بالغین می‌شود. لکن چون در مورد صبی حدیث رفع وارد شده است، الزام و مواخذة از صبی برداشته می‌شود ولی اصل مشروعیت عبادت و خصوصیات معتبر در آن برای صبی هم بیان شده است.

البته خود مرحوم حکیم^۲ در برخی موارد تصریح می‌کند به اینکه اگرچه خود ادله عامه تکالیف می‌توانند بر مشروعیت عبادات صبی دلالت کنند و در صورت فقدان ادله خاصه می‌توانستیم برای مشروعیت عبادات صبی به آن تمسک کنیم، ولی در عین حال قبول داریم که دلیل خاص هم وجود دارد. لذا باز هم نقوض مطرح شده در مناقشه سوم (اخلاف به غیر رکن) قابل جواب هستند.

فالقاعدة الأولى المرتکزة فی أذهان المشرعة تقتضی مشاركة النفل مع الفرض فی جمیع الخصوصیات ما لم یرد تنصیص علی الخلاف. رک:

موسوعة الإمام الخوئی، ج ۱۴، ص ۱۴۵.

۱. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱، ص ۴۳۸ و ج ۲، ص ۱۲۴.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۵، ص ۴۸۰.

مناقشه چهارم توسط مرحوم امام مطرح شده است، ایشان فرمودند^۱: از بین روایات طایفه چهارم صحیح محمد بن مسلم هیچ ذیلی نداشت ولی بقیه روایات، ذیل (تحمله العاقلة) داشتند، که یکی از آنها موثق اسحاق بن عمار بوده است. اگرچه عبارت «عمد الصبیّ خطأ» یا «عمد الصبیّ و خطأه واحد» در تمام این روایات به حسب ظهور بدوی اطلاق دارد، ولی باید ملتزم شویم که اختصاص به باب جنایات دارند.

توضیح بیشتر: وجه اینکه عبارت «عمد الصبیّ خطأ» در موثق اسحاق و امثال آن اختصاص به باب جنایات دارد نه فقط به صرف اینکه در ذیل آن «يُحْمَلُ عَلَى الْعَاقِلَةِ»^۲ یا «تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ»^۳ ذکر شده است و این حکم اختصاص به باب جنایات دارد، بلکه به این دلیل که ضمیر غایب موجود در این عبارت به عمد صبیّ برمی‌گردد. اگر مراد از عمد صبیّ در فقره اول که ضمیر به آن برمی‌گردد مطلق عمد صبیّ باشد، معنای فقره دوم این می‌شود که عاقله باید مطلق عمدهای صبیّ را تحمّل کند. در حالی که این معنا به اطلاقش قابل اخذ نیست و نسبت به موارد زیادی باید تقیید بخورد که مستلزم استهجان است. بنابراین کشف می‌کنیم که فقره اول از ابتدا اطلاقی ندارد، بلکه مختص است به عمدهای صبیّ در باب جنایات، و ضمیر برمی‌گردد به عمدهای صبیّ در باب جنایات.

اما وجه اینکه عبارت «عمد الصبیّ و خطأه واحد» در صحیح محمد بن مسلم هم اختصاص به باب جنایات دارد (با اینکه فی نفسه اطلاق دارد و ذیلی هم ندارد و مقتضای صناعت در مُثَبِّتین این است که به اطلاقش اخذ کنیم) این است که تمام روایات دیگری که عمد صبیّ را خطا می‌دانند در مورد جنایات وارد شدند. لذا کشف می‌کنیم که این حکم در مورد باب جنایات معهود است. با توجه به معهودیت این حکم در باب جنایات، دیگر مقدمات اطلاق در صحیح محمد بن مسلم تمام نیست. چون احتمال قوی می‌دهیم که شارع به این قرینه اعتماد کرده و قید را نیاورده است.

۱. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۳۵؛ و الظاهر من غير الرواية الأولى، الاختصاص بباب الجنایات، لا لمجرد ذكر الحمل على العاقلة في ذيلها، بل لأنّ الظاهر من قوله (عليه السلام) عمده خطأ يحمل على العاقلة، أنّ مطلق عمده يحمل عليها، مع أنّ ما يحمل عليها فرد نادر من عمده. فلا بدّ من أن يراد خصوص عمدة في الجنایات؛ لأجل معهوديّة كون الخطأ مورد الحكم، و هو الحمل على العاقلة، و إلّا يلزم منه التقیید إلى حدّ الاستهجان، فلا إطلاق فيها. و أمّا حسنة محمد بن مسلم، فهي و إن كان لها إطلاق، و مقتضى الصناعة لزوم الأخذ بإطلاقها؛ لعدم التنافي بينها و بين غيرها، لكونهما مثبتين، لكن ورود جميع الروایات المتقدمة و غيرها الواردة في المجنون و الأعمى في مورد الجنایة، و كون الحكم فيها معهوداً، يوهن الإطلاق؛ لقوة احتمال اتكال المتكلم على تلك المعهوديّة فلم يذكر التقیید.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۹، باب ۱۱ از ابواب العاقلة، ص ۴۰۰، حدیث ۳ (موثق اسحاق بن عمار).

۳. وسائل الشیعة، ج ۲۹، باب ۳۶ از ابواب القصاص فی النفس، ص ۹۰، حدیث ۲ (روایت ابوالختری).

بررسی مناقشه چهارم

به نظر می‌رسد هیچ یک از این دو وجهی که مرحوم امام برای اختصاص موثقه اسحاق بن عمار و صحیح محمد بن مسلم به باب جنایات ذکر کردند تمام نیست. اما نسبت به موثقه اسحاق بن عمار و امثال آن که مشتمل بر ذیل هستند ما هم قبول داریم که حکم موجود در ذیل اختصاص به باب جنایات دارد، ولی می‌گوییم اختصاص فقره دوم به باب جنایات مستلزم اختصاص فقره اول به باب جنایات نمی‌شود. یعنی می‌توانیم صدر را به اطلاقش باقی بگذاریم و ذیل را مختص باب جنایات بدانیم ولی در عین حال مشکلی در ارجاع ضمیر نداشته باشیم، یعنی این مشکل را از طریق استخدام^۱ حل کنیم.

به این صورت که مراد از فقره اول مطلق عمد صبی باشد ولی ضمیر به برخی از افراد آن (عمدهای صبی در باب جنایات) برگردد. چون در این روایات ما دو ظهور داریم، صدر روایت ظهور در اطلاق یا عموم دارد، و ذیل روایت ظهور دارد در اینکه ضمیر به تمام مأریدمین المراجع برگردد. ظهور فقره اول اقتضاء می‌کند که از ظهور فقره دوم در ارجاع ضمیر به تمام مأریدمین المراجع رفع ید کنیم (استخدام خلاف ظاهر است) و ظهور دوم اقتضاء می‌کند که از ظهور فقره اول در عموم یا اطلاق رفع ید کنیم.^۲ در چنین مواردی مقتضای قاعده این است که ظهور فقره اول را مقدم کرده و از ظهور فقره دوم رفع ید کنیم، لذا در این روایت نسبت به فقره دوم ملتزم به استخدام می‌شویم.

نظیر این مطلب در آیه شریفه «وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ»^۳ گفته شده است. در این آیه شریفه گفته می‌شود: لفظ مطلقات عام است و شامل رجعیات و بائنات می‌شود، ولی در عین حال ضمیر "هن" در "بُعُولَتُهُنَّ" فقط مربوط به رجعیات است، چون در طلاق بائن شوهر حق رجوع ندارد. در این آیه شریفه اگرچه ظاهر صدر (مطلقات) این است که مطلق است و ظاهر در ضمیر این است که به تمام مأریدمین المراجع برگردد، لکن از آنجا که شوهر در طلاق بائن حق رجوع ندارد باید از یکی از این دو ظهور رفع ید کنیم. در اینجا فرمودند: در ظهور ضمیر تصرف می‌کنیم و ملتزم به استخدام می‌شویم.

۱. استخدام آن است که از مرجع ضمیر، یک معنا و از خود ضمیر، معنای دیگری اراده شود. به بیان دیگر، استخدام در جایی است که یک عامی در کلام ذکر شود و به دنبال آن ضمیری به صورت متصل یا منفصل آورده شود که طبق قرائن خاص، به بعضی از افراد عام برگردد، نه به همه افراد عام.

۲. مرجع ضمیر در روایت موثقه اسحاق بن عمار کلمه «عمد الصبی» می‌باشد. اگر مراد از مرجع ضمیر «مطلق عمد صبی» باشد، ظهور فقره دوم در ارجاع ضمیر به تمام مأریدمین المراجع مستلزم تقييد کثیر و مستهجن خواهد بود. بنابراین أخذ به ظهور فقره دوم اقتضاء می‌کند از ظهور فقره اول در اطلاق یا عموم رفع ید کنیم و به قرینه اینکه در باب جنایات خطا حکم دارد و حکمش بر عهده عاقله است، بگوییم فقره اول اختصاص به باب جنایات دارد.

۳. سوره بقره، آیه ۲۲۸.

به طور کلی هرگاه دو ظهور (صدر و ذیل از کلام واحد) با هم تنافی داشته باشند به نحوی که أخذ به هر دو ظهور ممکن نباشد، ظهور صدر و فقره اول را مقدم می‌کنیم، و این مطلب اختصاص به باب استخدام ندارد، بلکه در غیر از باب استخدام نیز مطرح شده است. مثلاً در دو قضیه شرطیه‌ای که از حیث مفهومی با یکدیگر تنافی داشته باشند نیز همین مطلب را گفته‌اند. مثلاً در روایتی آمده است: «عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ: فِي الدَّمِ يَكُونُ فِي التَّوْبِ إِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنْ قَدْرِ الدَّرْهِمْ فَلَا يُعِيدُ الصَّلَاةَ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ مِنْ قَدْرِ الدَّرْهِمْ وَكَانَ رَأَهُ فَلَمْ يَغْسِلْهُ حَتَّى صَلَّى فَلْيُعِدْ صَلَاتَهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَأَهُ حَتَّى صَلَّى فَلَا يُعِيدُ الصَّلَاةَ»^۱. در این روایت بین دو قضیه شرطیه نسبت به خونی که به اندازه یک درهم باشد تنافی وجود دارد.

در ذیل این روایت بزرگانی مثل مرحوم حکیم^۲، مرحوم امام^۳ و دیگران، در مورد اصل این قاعده کلی و دلیل آن فرمودند: در تنافی بین دو ظهور (صدر و ذیل از کلام واحد)، مقتضای فهم عرفی این است که ظهور صدر (فقره اول) را مقدم کنیم، چون به مقتضای فهم عرفی فقره اول اصل در کلام است لذا قرینه می‌شود برای اینکه در جمله دوم تصرف کنیم. به عبارت دیگر، در دوران امر بین دو ظهور از کلام واحد (صدر و ذیل)، متفاهم عرفی این است که ظهور اول مقدم می‌شود.

در محل بحث بین تخصیص یا تقييد فقره اول (أخذ به ظهور دوم) و بین التزام به استخدام در فقره دوم (أخذ به ظهور اول) دوران (تعارض احوال)^۴ وجود دارد، و به مقتضای فهم عرفی ظهور فقره اول در عموم (اطلاق) را حفظ کرده و در ظهور فقره دوم تصرف می‌کنیم و ملتزم به استخدام می‌شویم.

نسبت به صحیحه محمد بن مسلم نیز بیان مرحوم امام تمام نیست. چون اگرچه ممکن است حکم «عمد الصبیّ خطأ» معهود و مرتکز باشد، ولی آنچه معهود و مرتکز است اصل این حکم است. به عبارت دیگر، ما هم قبول داریم که اصل «عمد الصبیّ خطأ» معهود و مرتکز است، ولی اختصاص این حکم به باب جنایات و عدم وجود این حکم در ابواب دیگر

۱. وسائل الشیعة، ج ۳، ص ۴۳۰.

۲. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱، ص ۵۶۳-۵۶۴؛ و تقریب الاستدلال به أن عدم ذکر المساوی إما أن يكون إهمالاً لبيان حكمه، أو لاستفادته من مفهوم الشرطية الأولى، أو لاستفادته من مفهوم الشرطية الثانية. و الأول خلاف ظاهر الجواب عن السؤال و إذا دار الأمر بين الثاني بحمل الشرطية الثانية على كونها تصريحاً بمفهوم الاولى و بين الثالث بحمل الشرطية الأولى على كونها تصريحاً بمفهوم الثانية، يتعين الثاني لأنه أقرب من الثالث، لأن ترتيب البيان على حسب ترتيب الذكر أولى من عكسه. ثم إنه لو لم يتم هذا التقريب فالرواية تكون مجملة.

۳. کتاب الطهارة (للإمام الخميني، ط - الحديث)، ج ۴، ص ۹۴-۹۵؛ فإن الظاهر من قوله: «إن كان أقل فكذا، و إن كان أكثر فكذا» أن الجملة الثانية بيان لمفهوم الجملة الأولى، و إنما خص بالذكر بعض المصاديق الشائعة منه؛ لأن المساوی لمقدار الدرهم قليل الوجود، بخلاف الأكثر منه، و لا مفهوم للجملة الثانية التي بصدد بيان مفهوم الاولى عرفاً. فتوهم أن مفهومی الجملتين متعارضان، بل مفهوم الثانية معارض للروایتين المتقدمتين، أيضاً ضعيف. و أضعف منه توهم كون الجملة الأولى بيان بعض مصاديق مفهوم الجملة الثانية عكس ما قلناه؛ ضرورة أنه في غاية الحزازة، و مخالف للمحاورات العرفية. نعم، يحتمل أن لا يكون لمثل الجملتين مفهوم، فكان مقدار المساوی مسكوتاً عنه. لكن الأقرب ما ذكرناه و إن لا يختلف الحكم على هذا الاحتمال، غاية الأمر لا تكون هذه الرواية متعرضة للمقدار المساوی، فنأخذ فيه بالروایتين المتقدمتين.

۴. اصل این مطلب در مقدمه علم اصول بحث می‌شود. مرحوم آخوند در مقدمه هشتم از کتاب کفایه به این بحث پرداخته است.

معهود و مرتکز نیست. بلکه احتمال این وجود دارد که این حکم مطلق باشد. وقتی احتمال اطلاق را بدهیم و قید را احراز نکنیم (اگرچه احتمال تقیید هم وجود دارد)، مقدمات حکمت تمام است و ظهور اطلاقی شکل می‌گیرد. بله، قدر متیقن این است که این حکم در باب جنایات وجود دارد. ولی طبق نظر صحیح، وجود قدر متیقن در مقام تخاطب مانع از تمسک به اطلاق نمی‌شود.

*** جمع‌بندی طایفه چهارم:** اگرچه در طایفه چهارم روایات معتبری وجود داشتند و مناقشه سوم و چهارم تمام نبودند، لکن چون مناقشه اول و دوم بر طایفه چهارم تمام بودند، دلالت روایات طایفه چهارم بر شرطیت بلوغ تمام نیست. اگرچه شیخ انصاری برای بطلان معاملات صبی و کالعدم بودن قصد صبی به این روایات تمسک کرده است.

اقسام تصرفات و معاملات صبی

بنابر اینکه روایات مذکور بر شرطیت بلوغ دلالت می‌کنند، میزان دلالت هر یک از آنها چقدر است؟ به عبارت دیگر بنابر اعتبار بلوغ و بطلان معاملات صبی، در مورد اینکه آیا مقصود از معاملات صبی، مطلق تصرفات و معاملات صبی است یا معاملات استقلالی صبی، صور مختلفی وجود دارد که حکم هر یک از آنها باید بر اساس ادله مذکور مشخص شود. به طور کلی تصرفات صبی صور مختلفی دارد:

۱. صبی معامله‌ی مال خود را به صورت مستقل و جدای از ولی انجام بدهد (مأذون نیست؛ نه در اصل معامله و نه در جزییات آن).

۲. صبی با اذن ولی در مال خود تصرف و معامله می‌کند (در اصل معامله مأذون است)، ولی جزییات معامله (تعیین أجل، قیمت و ...) را خود صبی انجام می‌دهد. استقلال صبی نسبت به جزییات معامله در این فرض مثل استقلال وکیل در انجام جزییات معامله است. یعنی همان طور که مأذون بودن وکیل منافاتی با استقلال او در انجام معامله ندارد، صبی نیز مأذون ولی مستقل در انجام معامله است (ولی به صبی می‌گوید: فلان متاع را به هر قیمتی که می‌خواهی می‌توانی بفروشی).

۳. صبی هم در اصل معامله و هم در جزییات معامله (مثل تعیین قیمت) مأذون از جانب ولی است. در واقع صبی در این فرض به منزله وسیله‌ای (مثل ضبط صوت) برای ابراز قصد معامله توسط ولی است (ولی به صبی می‌گوید: فلان متاع خود را به فلان قیمت می‌توانی بفروشی). در این صورت صبی صرفاً انشای معاملی ولی را ابراز می‌کند، ولی معامله منسوب به خود ولی است.

۴. صبی با اذن غیر، در مال آن شخص تصرف می‌کند و مال غیر را برای مالکش معامله می‌کند (وکالت) به نحوی که جزییات معامله (تعیین أجل، قیمت و ...) بر عهده‌ی صبی است.

۵. صبیّ صرفاً تصرف در نفس می‌کند و امر مرتبط با مال انجام می‌دهد نه اینکه مالی را معامله کند (تعهد و قرار معاملی انجام می‌دهد، ولی مال را مورد معامله و تعهد قرار نمی‌دهد). به عنوان مثال آیا صبیّ می‌تواند خود را در عقد ازدواج خود را به نکاح دیگری دریاورد؟ آیا می‌تواند در عقد اجاره اجیر کند تا مستحقّ اجرت شود؟ بنا بر این قول که عمل حرّ قبل از عقد اجاره مال نیست، بلکه بعد از اجاره مال می‌شود.

۶. عمل صبیّ برای تحصیل مال باشد نه تصرف در مال، یعنی فعل یا تصرفی انجام دهد که مالی را برای خودش تحصیل کند نه اینکه مالی را از ملکش خارج کند (نه اموالش را مورد معامله قرار می‌دهد و نه تعهد و قرار معاملی برقرار می‌کند). مثلاً اگر مالی را به عنوان هبه قبول کند، آیه هبه برای او واقع می‌شود یا نه؟ مثلاً آیا صبیّ می‌تواند با حیازت مالک شود (در صورتی که قصد تملک معتبر باشد)؟ آیا می‌تواند عمل مورد جعاله را به قصد دریافت جُعَل انجام دهد تا مستحقّ جُعَل شود؟

میزان دلالت روایات طایفه اول

طایفه اول روایاتی بودند که در ذیل آیه شریفه «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ»^۱ وارد شده بودند. در این طایفه از روایات مانند آیه شریفه حکم شده بود که مال صبی تا قبل از بلوغ به آنها دفع نمی‌شود. بر اساس این طایفه از روایات نسبت به تصرفات صورت اول و دوم حکم به بطلان می‌شود. این روایات شامل صورت سوم و چهارم نمی‌شوند، چون در صورت سوم معامله منسوب به ولیّ است و در صورت چهارم صبیّ در مال خودش تصرف نکرده است، در حالی که این روایات دفع مال خود صبی را منع کردند. نسبت به صورت پنجم نیز مفاد ظاهری و مطابقی این روایات دلالت بر بطلان ندارند. چون این روایات مربوط به مال یتیم است. مگر اینکه از طریق الغای خصوصیت یا طریق اولویت بگوئیم حکم مورد نظر در این روایات برای تصرف در نفس نیز ثابت است. بنابراین روایات طایفه اول می‌توانند به دلالت التزامی بر بطلان این صورت دلالت کنند. نسبت به صورت ششم نیز روایات طایفه اول دلالت بر بطلان ندارد، چون در صورت ششم صبیّ مال جدیدی را تحصیل می‌کند نه اینکه در مال خود تصرف کند.

میزان دلالت روایات طایفه دوم

طایفه دوم روایات ناظر به آیه شریفه «وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ»^۲ بودند. در این طایفه از روایات آمده بود که جواز امر یتیم (اعم از بیع و شراء یا هبه یا ...) متوقف بر بلوغ است. بر اساس این طایفه از روایات نسبت به تصرفات صورت اول و دوم حکم به بطلان می‌شود، چون معامله‌ای که صبی انجام می‌دهد، امر صبیّ بر آن صدق می‌کند

۱. سوره نساء، آیه ۶.

۲. سوره نساء، آیه ۶.

و بر اساس روایت حکم به عدم جواز آن می‌شود. این روایات شامل صورت سوم نمی‌شوند، چون معامله‌ای که در صورت سوم انجام می‌شود منسوب به ولی است و امر صبی نیست تا روایات شامل آن بشود.

صورت چهارم نیز از تحت روایات طایفه دوم خارج است، چون معامله‌ای که صبی به عنوان وکیل انجام می‌دهد هم امر صبی است و هم امر موکل. معامله‌ای که صبی به عنوان وکیل انجام می‌دهد از این جهت که امر صبی است نمی‌توان حکم به صحت آن کرد ولی از آن جهت که امر موکل است حکم به صحت می‌شود. حتی اگر عقد وکالت باطل باشد (بنابر اینکه که قرارداد وکالت صبی صحیح نیست) باز هم می‌توان حکم به صحت معامله کرد، چون در مواردی که وکالت باطل است، اذن موکل وجود دارد و این اذن موجب می‌شود معامله به موکل منسوب بشود.

این روایات صورت پنجم را با مدلول مطابقی خود شامل می‌شوند، چون بر این دسته از تصرفات و معاملات صبی، امر صبی صدق می‌کند. صورت ششم نیز مشمول این طایفه از روایات است و حکم به بطلان این تصرفات می‌شود، چون نسبت به این موارد نیز امر صبی صدق می‌کند. بله، اگر در روایات طایفه دوم آمده بود که امور علیه صبی (اموری که تضییق و ثقل بر صبی هستند) نافذ نیست، شامل صورت ششم نمی‌شدند، لکن این روایات مطلق هستند و تمام امور صبی (له یا علیه) را شامل می‌شوند و حکم به عدم نفوذ آن می‌کنند.

میزان دلالت روایات طایفه سوم

طایفه سوم روایاتی هستند که با قطع نظر از آیه شریفه، حکم تصرفات صبی را بیان می‌کنند و مضمون‌شان رفع قلم از صبی است. بنا بر این مبنا که مرفوع در این طایفه از احادیث خصوص مؤاخذه و عقوبت باشد (کما علیه الشیخ الأنصاری)، تمام صور شش‌گانه از تحت این روایات خارج هستند و اساساً این روایات ناظر به صحت و نفوذ تصرفات معاملی صبی نخواهند بود.

اما بنا بر این مبنا که مرفوع در این احادیث قلم جعل و تکالیف باشد، اعم از حکم تکلیفی و حکم وضعی، این احادیث صورت اول و دوم را شامل می‌شوند. چون این روایات می‌گویند فعل صبی موضوع اثر نیست. صورت سوم مشمول روایات رفع قلم نیستند، چون بر اساس صورت سوم معامله‌ای که صبی در انجام آن نقش دارد، اصل معامله منسوب به ولی است. این روایات صورت چهارم را شامل نمی‌شوند، چون اگرچه در صورت چهارم معامله به صبی منسوب است، لکن به موکل هم منسوب می‌شود، و از این جهت که مضاف به موکل است می‌تواند موضوع اثر باشد. صورت پنجم بالمطابقة داخل در روایات طایفه سوم است، چون بر اساس این روایات فعل صبی نمی‌تواند موضوع اثر (تکلیفاً أو وضعاً) باشد. صورت ششم خارج از این روایات هستند، چون این روایات مربوط به آن تصرفاتی است که

موجب نوعی ثقل و تضییق بر صبی باشند، در حالی که صورت ششم مربوط به تحصیل مال و تصرفات به نفع صبی است.

میزان دلالت روایات طایفه چهارم

طایفه چهارم روایاتی هستند که با قطع نظر از آیه شریفه، حکم تصرفات صبی را بیان می‌کنند و مضمون‌شان این است که عمد و خطأ صبی یکسان است. در صورتی که معتقد شویم روایات این طایفه اختصاص به باب جنایات دارند و مربوط به باب معاملات نیستند (کما هو الحق)، تمام صور شش‌گانه از تحت این روایات خارج هستند و اساساً این روایات ناظر به صحت و نفوذ تصرفات معاملی صبی نخواهند بود.

اما اگر کسی بگوید این روایات اختصاص به باب جنایات ندارند و تمام افعال قصدی صادر از صبی را شامل می‌شود به نحوی که قصد صبی کالعدم و بلااثر باشد (کما علیه الشیخ الأنصاری)، تمام صور شش‌گانه به جز صورت سوم داخل در این روایات خواهند بود و حکم به بطلان آن تصرفات می‌شود. چون در غیر از صورت سوم، تحقق معامله منوط به انشاء و قصد صبی است اما در صورت سوم قصد معاملی توسط ولی انجام می‌شود و صبی فقط آن قصد را ابراز می‌کند.

بله، نسبت به صورت چهارم اگرچه در بدو امر به نظر می‌رسد که این معامله از حیث مضاف بودن و انتساب به موکل می‌تواند صحیح باشد، لکن منسوب شدن معامله به موکل متوقف است بر اینکه معامله در خارج واقع شود در حالی که وقوع معامله از جانب صبی ممکن نیست. چون وقتی فعل قصدی او کالعدم است، انشاء معامله توسط صبی محقق نمی‌شود. وقتی معامله‌ای انجام نشد دیگر چیزی وجود ندارد تا به وسیله اذن به موکل منسوب شود.

جمع‌بندی مفاد روایات

از آنجا که لسان این روایات موافق یکدیگر بودند و فقط در مقدار دلالت با یکدیگر تفاوت داشتند، باید به روایاتی که اوسع دلالت و اکثر شمولاً (روایات طایفه دوم) هستند أخذ کنیم. بر اساس روایات طایفه دوم، فقط نسبت به صورت سوم و چهارم حکم به بطلان نمی‌شود. بر اساس نظر شیخ انصاری که به روایات طایفه چهارم أخذ می‌کرد فقط نسبت به صورت سوم حکم به بطلان نمی‌شود. در نتیجه از حیث حکمی اختلاف ما با مرحوم شیخ در صورت چهارم است.

بررسی تفصیل بین اشیاء یسیر و اشیاء خطیر

بحث دیگری که ذیل شرطیت بلوغ در کلمات مرحوم شیخ مطرح شده این است که آیا در معاملات صبیّ بین اشیاء یسیر (محقرّات) و اشیاء خطیر تفصیل وجود دارد یا نه؟ برخی مانند مرحوم فیض^۱، مرحوم امام^۲ و آقای سیستانی^۳ قائل به تفصیل شدند، اما اکثر فقهاء مانند صاحب جواهر^۴، مرحوم شیخ^۵، محقق نائینی^۶ و مرحوم خویی^۷ قائل به عدم تفصیل هستند. در مورد صحت معاملات صبیّ در اشیاء یسیر دو احتمال وجود دارد: احتمال اول اینکه صبیّ به صورت مستقل و بدون اذن ولیّ معامله را انجام دهد، احتمال دوم اینکه صبیّ با اذن ولیّ معامله کند.

مقتضای اطلاق ادله شرطیت بلوغ این است که فرقی بین اشیاء یسیر و خطیر وجود ندارد. لکن برای قول به تفصیل و صحت معاملات صبیّ در محقرّات و اشیاء یسیر به وجوهی تمسّک می‌شود:

دلیل اول: نفی حرج

یکی از وجوهی که برای صحت معاملات صبیّ در محقرّات به آن تمسّک شده است دلیل نفی حرج است، با این توضیح که: بطلان معاملات صبیّ در اشیاء یسیر باعث حرج می‌شود، لذا از باب دفع حرج باید قائل به صحت معاملات صبیّ بشویم.^۸

اشکال اول بر تمسک به قاعده لاجرح

اشکال اول یک اشکال صغروی است که در کلمات شیخ انصاری مطرح شده است، ایشان می‌فرماید: بطلان معاملات صبیّ در اشیاء یسیر از حیث صغروی مستلزم حرج نیست^۱. چون مراد مرحوم فیض کاشانی از لزوم حرج یکی از دو احتمال ذیل است که هیچ کدام تمام نیستند:

۱. مفاتیح الشرائع، ج ۳، ص ۴۶.

۲. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۴۴-۴۵.

۳. منهاج الصالحين (للسيستاني)، ج ۲، ص ۲۷: فلا يصح عقد الصبي في ماله، وإن كان مميزاً، إذا لم يكن بإذن الولي بل وإن كان بإذنه إذا كان الصبي مستقلاً في التصرف إلا في الأشياء اليسيرة التي جرت العادة بتصدى الصبي المميز لمعاملتها فإن الصحة فيها لا تخلو من وجه.

۴. جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۲، ص ۲۶۲-۲۶۵: مع احتمال منعها، خصوصاً بعد إطلاق النص و الفتوى و اشتراط البلوغ، المشعر بكونها حادثة و صادرة ممن يتساهل بأحكام الشرع، أو بكونها في خصوص ما علم فيه إذن الولي بإباحة المبادلة التي يطلق اسم البيع عليها، و مثلها لا ينافي ما عرفت لكون الطفل فيها كالألة و انها ليست من المعاطاة.

۵. كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ۳، ص ۲۸۶-۲۸۷.

۶. المكاسب و البيع (للميرزا النائيني)، ج ۱، ص ۴۰۴.

۷. مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ۳، ص ۲۶۸-۲۶۹.

۸. مفاتيح الشرائع، ج ۳، ص ۴۶: الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت به منه في الشيء الدون، دفعا للحرج في بعض الأحيان.

✓ الف) احتمال اول: اینکه اولیاء ملزم باشند در اشیاء یسیر هم خودشان مباشرت در معامله داشته باشند باعث حرج بر آنها است. این احتمال تمام نیست، چون اگر معاملات صبی باطل باشد، والدینی که بچه دارند مانند والدینی که بچه ندارند می‌توانند خودشان معامله کنند و حرجی در اینجا وجود ندارد.

✓ ب) احتمال دوم: اینکه مردم تحفظ داشته باشند از صبیان چیزی را نخرند و فقط از بالغین بخرند باعث حرج بر آنها است. این احتمال هم تمام نیست، چون اکثر بازار را بچه‌ها تشکیل نمی‌دهند تا عدم معامله با آنها موجب حرج بشود.

مرحوم شیخ در ادامه می‌فرماید: اگر مراد آنها از صحت معامله صبیان، آن صورتی باشد که صبی بدون اذن ولیّ معامله می‌کند اشکالش این است که حکم به صحت معامله صبی در این صورت مخالف با اجماع است.

بررسی اشکال اول

به نظر می‌رسد کلام شیخ انصاری در احتمال اول تمام نیست، چون از حیث صغروی متفاهم عرفی این است که بطلان معاملات صبی در اشیاء یسیر مستلزم حرج است، لااقلّ نسبت به نوع مردم و نوع زندگی‌ها حرج لازم می‌آید. بله، ممکن است اشکال شیخ انصاری بنابر احتمال اول به این شکل تصحیح شود: اگر مراد از بطلان معاملات صبی این باشد که صبی هیچ نقشی (ولو به منزله آلت // صورت سوم از صور شش‌گانه) در انجام معامله نمی‌تواند داشته باشد، مستلزم حرج است. اما اگر بگوییم معاملات استقلالِ صبی باطل است لکن صبی می‌تواند در انجام معاملات نقش داشته باشد به همان نحوی که در صورت سوم از صور شش‌گانه بیان شد (مُبَرِّز قصد ولیّ) دیگر حرجی لازم نمی‌آید. در نتیجه اگر شارع معاملات صبی را باطل بداند، حرجی بر والدین و مردم لازم نمی‌آید، چون می‌توانند معاملات خود را به نحو صورت سوم انجام دهند.

به نظر ما اشکال شیخ انصاری نسبت به لزوم حرج بنابر احتمال دوم تمام است، چون واقعاً حرج لازم نمی‌آید. اما مرحوم امام در اینجا توجیهی برای کلام مرحوم فیض بیان می‌کنند و می‌فرمایند مراد از لزوم حرج مردم این است که^۱؛ متعارف در بازار این است که صبیان را برای معاملات قرار می‌دهند، اگر این معاملات باطل باشند باعث می‌شود که این

۱. کتاب المكاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثة)، ج ۳، ص ۲۸۷: فَإِنَّ الْحَرَجَ مَمْنُوعٌ، سِوَا أَنْ أَرَادَ أَنَّ الْحَرَجَ يُلْزِمُ مِنْ مَنَعِهِمْ عَنِ الْمَعَامَلَةِ فِي الْمَحَقَّرَاتِ وَ التَّزَامَ مِبَاشَرَةً بِالْبَالِغِينَ لِشُرَائِهِا، أَمْ أَرَادَ أَنَّهُ يُلْزِمُ مِنَ التَّجَنُّبِ عَنْ مَعَامَلَتِهِمْ بَعْدَ بِنَاءِ النَّاسِ عَلَى نَصْبِ الصَّبِيَّانِ لِلْبَيْعِ وَ الشَّرَاءِ فِي الْأَشْيَاءِ الْحَقِيرَةِ.

۲. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۴۶: لَعَلَّهُ (قَدَّسَ سِرَّهُ) أَرَادَ بِلُزُومِ الْحَرَجِ أَنَّ التَّعَارُفَ الْكَذَائِيَّ يُوجِبُ اخْتِلَاطَ جَمِيعِ أَمْوَالِ أَهْلِ السُّوقِ وَ غَيْرِهِم بِالْحَرَامِ، اخْتِلَاطَ الْكَثِيرِ بِالْكَثِيرِ، وَ مَعَهُ يُلْزِمُ الْحَرَجُ؛ لِعَدَمِ الْمَفْرَءِ مِنَ الْحَرَامِ حَتَّى فِي الْمَعَامَلَةِ مَعَ الْكِبَارِ، بَعْدَ مَخَالَطَةِ الصَّغَارِ مَعَهُمْ فِي الْمَعَامَلَاتِ وَ الْأَخْذِ وَ الْإِعْطَاءِ. إِلَّا أَنْ يُقَالَ بِاعْتِبَارِ الْبَيْدِ حَتَّى مَعَ هَذَا الْاِخْتِلَاطِ الْكَثِيرِ، وَ هُوَ مُشْكَلٌ.

اموال حرام در بازار شیوع کند به نحوی که باعث علم اجمالی شود. علم اجمالی به این نحو که در هر مغازه‌ای می‌رویم احتمال می‌دهیم که پول او از این معاملات حرام به دست آمده باشد. این علم اجمالی از موارد شبهه غیرمحصوره نیست، بلکه از موارد اختلاط کثیر به کثیر باشد. این نوع از علم اجمالی موجب لزوم احتیاط است و باعث حرج می‌شود. از این توجیه مرحوم امام جواب داده می‌شود به اینکه^۱؛ این نوع از علم اجمالی منجز نیست، چون نسبت به متاعی که می‌خواهیم از فروشنده بخریم، بر اساس قاعده ید حکم به ملکیت او می‌شود و از این جهت مشکلی ندارد. چون نسبت به بقیه موارد قاعده ید جاری نمی‌شود، چون یقین به حرمت تصرف داریم، مانند آنچه در جوائز السلطان گفته می‌شود. وقتی قاعده ید بدون معارض در یکی از اطراف علم اجمالی جاری شد، مانع از تنجیز علم اجمالی نسبت به همان مورد می‌شود. اگرچه مرحوم امام خودش این جواب را در مقابل توجیه فوق ذکر کرده است، ولی نسبت به این جواب فرمودند: «و هو مشکل». به نظر ما این جواب «مشکل» ندارد، بلکه مقتضای صناعیت همین است.

اشکال دوم بر تمسک به قاعده لاحرج

اشکال دوم در کلمات مرحوم مامقانی آمده است، ایشان فرمودند^۲: قاعده لاحرج مشرّع نیست، بلکه لسانش نفی حکم است، یعنی این قاعده در جایی جاری می‌شود که ثبوت حکم مستلزم حرج باشد و با جریان این قاعده آن حکم حرجی نفی می‌شود. بنابراین در محل بحث نمی‌توان با تمسک به قاعده لاحرج صحت معامله صبی را اثبات کرد. بله، قاعده لاحرج در محل بحث می‌تواند حرمت تصرف در مالی که به سبب معامله از صبی گرفته می‌شود را بردارد، البته در خصوص آن مواردی که حرمت تصرف در آن مال مستلزم حرج باشد. حتی در آن مواردی که به دلیل قاعده لاحرج حرمت تصرف (حکم تکلیفی) برداشته می‌شود، حکم وضعی (ملکیت) را ثابت نمی‌کند، بلکه تصرف در مال غیر در این موارد اگرچه حرام نیست، ولی موجب ضمان خواهد شد. مانند جایی که به خاطر اضطرار مجبور به اکل مال غیر می‌شود، این موارد اکل مال غیر حرمتش برداشته می‌شود ولی حکم وضعی ضمان سر جایش باقی است.

پاسخ اول به اشکال دوم

مرحوم امام در پاسخ از این اشکال فرمودند^۱: ما هم قبول داریم که قاعده لاحرج مشرّع و مثبت حکم نیست، لکن در محل بحث صحت معامله صبی را از طریق اطلاقات و عمومات صحت بیع اثبات می‌کنیم نه از طریق قاعده نفی حرج.

۱. حاشیه کتاب المکاسب (للهمدانی)، ص ۱۵۵.

۲. غایة الآمال فی شرح کتاب المکاسب، ج ۲، ص ۳۲۰؛ و فیہ انه لا حرج فی ترک معامله الصبی مضافا الی انه علی تقدیر تحقیقه فیہ لا یکون الحرج مشرعا للحکم حتی یحکم بصفة عقد الصبی و ان کان عند لزوم الحرج من ترک معاملته یجوز تناول ما فی یده للضرورة و یترتب علیه الضمان علی حد جواز اکل المخصصة فإن جواز اکل مال الغیر (حینئذ) لا یلزم منه صحة معاملته.

توضیح بیشتر: معامله صبیّ فی حدّ نفسه مشمول عمومات و مطلقاتی مثل «أوفوا بالعقود» و «أحلّ الله البيع» بود. ادله شرطیّت بلوغ و محجوریت صبیّ مانع از شمول این اطلاقات نسبت به معامله صبیّ بودند و حکم به بطلان معامله صبیّ می‌کرد. دلیل نفی حرج می‌تواند این مانع (ادله شرطیّت بلوغ) را از خصوص اشیاء یسیر بردارد. بعد از کنار رفتن مانع، مقتضای اطلاقات این است که معاملات صبی در اشیاء یسیر صحیح واقع شود.

بررسی پاسخ اول

به نظر می‌رسد پاسخ مرحوم امام تمام نیست. چون مقصود مرحوم مامقانی این است که قاعده لاجرح ناظر به احکام وجودی است، یعنی اگر در شریعت یک حکم وجودی باشد که موجب حرج می‌شود قاعده لاجرح آن حکم را برمی‌دارد. اما جایی که عدم حکم موجب حرج شود، اصلاً موضوع قاعده لاجرح محقق نمی‌شود. در محل بحث، آنچه موجب حرج است محجوریت صبی است که به معنای عدم صحت معامله صبی می‌باشد، لذا اساساً قاعده لاجرح در محل بحث موضوع پیدا نمی‌کند.

پاسخ دوم به اشکال دوم

پاسخ دیگری که نسبت به اشکال دوم (مشرّع نبودن قاعده لاجرح) مطرح می‌شود این است که؛ قاعده لاجرح و همچنین قاعده لاضرر اختصاص به احکام وجودی ندارند، بلکه ناظر به مقام و موقف تشریع شارع هستند. به این معنا که هر جا موقف تشریعی شارع موجب وقوع مکلف در ضرر یا حرج باشد، آن موقف تشریع نفی می‌شود. بنابراین اینکه در اشکال دوم مفروض گرفته شد که قاعده لاجرح اختصاص دارد به نفی احکام وجودی، قابل قبول نیست. بلکه قاعده لاجرح احکام عدمی را نیز شامل می‌شود به این نحو که اگر یک حکم عدمی (مثل عدم صحت معامله صبیّ در اشیاء یسیر) موجب حرج باشد، می‌توان با قاعده لاجرح آن حکم عدمی را نفی کرد و نفی کردن آن حکم عدمی مستلزم اثبات یک حکم وجودی (صحت معامله صبیّ در اشیاء یسیر) است.

بررسی پاسخ دوم

اگرچه این مطلب از حیث کبروی در مورد قاعده لاضرر و قاعده لاجرح صحیح است، لکن از حیث صغروی اکثر آن مواردی که صغری برای این کبری قرار گرفتند نوعاً با اشکال مواجه هستند.

۱. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۴۶: إن مقتضى الأدلة العامة صحة معاملات الصبي المميز؛ لصدق العناوين عليها قطعاً، و إنما المانع عنها دليل حجر الصبيّ، و مع محكوميته في مورد المحققات لدليل الحرج، تبقى الأدلة المصححة علىٰ حالها، فلاستناد في الصحة إليها، لا إلى دليل الحرج، فلو ثبت الحرج فلا إشكال، إلّا أنّ الشأن فيه.

توضیح بیشتر: در برخی از مواردی که فقهاء خواستند برای نفی حکم عدمی و اثبات حکم به قاعده لاجرح و لاضرر تمسک کنند، ضرر و حرج با قطع نظر از موقف تشریعی شارع ثابت است (یعنی وجود ضرر و حرج مستند به موقف تشریعی شارع نیست) و اگر شارع با قاعده لاجرح و لاضرر آن ضرر و حرج را نفی کند، آن ضرر و حرج تدارک می‌شود، لکن قاعده لاضرر و لاجرح برای تدارک وارد نشدند (مگر طبق مبنای فاضل تونی).

مثال اول (خیار غبن): در بحث اثبات خیار غبن برخی خواستند برای اثبات خیار به لاضرر تمسک کنند، در حالی که آنچه موجب وقوع مکلف در ضرر می‌شود صحت معامله است، اما آنچه با قاعده لاضرر می‌خواهند آن را نفی کنند لزوم معامله است تا نتیجه بگیرند اثبات خیار را. در حالی که قاعده لاضرر منشأ ضرر را برمی‌دارد و رفع منشأ ضرر در خیار غبن (صحت معامله) خلاف امتنان است و مستدللین هم دنبال آن نیستند. عدم وجود خیار که منشأ ضرر نیست تا بخواهند آن را نفی کنند تا اثبات خیار را نتیجه بگیرند. بله، اگر شارع حق خیار را جعل کند، تدارک ضرر می‌شود.

مثال دوم (طلاق زوجه): برخی فقهاء در بحث طلاق خواستند برای اثبات حق طلاق برای زوجه به قاعده لاجرح تمسک کنند. یعنی در جایی که ادامه زندگی با شوهر برای زوجه حرجی شد، با دلیل لاجرح، حق طلاق نداشتن زوجه نفی می‌شود و اثبات می‌شود که زوجه حق طلاق دارد. در حالی که منشأ حرج در اینجا سوء اختیار زوج و سوء رفتار او است. حق طلاق نداشتن زوجه که منشأ حرج نیست تا دلیل لاجرح آن را نفی کند. بله، اثبات حق طلاق برای زوجه حرج را تدارک می‌کند.

بله، یک مورد سراغ داریم که این کبری، می‌تواند صغری داشته باشد و با اشکالی مواجه نیست و آن بحث اثبات حرمت إضرار به غیر است، با این بیان که؛ اگرچه «لاضرار» در دلیل آمده است، لکن اگر «لاضرار» یا ادله دیگری برای حرمت إضرار به غیر وجود نداشت، می‌توانستیم از خود «لاضرر» حرمت إضرار به غیر را اثبات کنیم، به این بیان که؛ اگر کسی بخواهد به دیگری ضرر برساند و شارع حکیم هم موقوفش عدم جعل حرمت إضرار به غیر باشد، این موقف عدمی شارع موجب وقوع مکلفین در ضرر می‌شود و می‌توان با دلیل لاضرر آن را نفی کرد تا حرمت إضرار را اثبات کرد.

در محل بحث، منشأ حرج برخاسته از بطلان معاملات صبی در اشیاء یسیر، موقف تشریعی شارع نیست، بلکه عصیان مکلفین نسبت به حکم شارع موجب حرج شده است. توضیح بیشتر: موقف تشریعی شارع از ابتدا این بود که معاملات صبی باطل است. وقتی مکلفین با سوء اختیار خود این حکم شارع را مخالفت کردند باعث وقوع در حرج شد. در نتیجه اشکال دوم (اشکال مرحوم مامقانی) نسبت به محل بحث وارد است.

اشکال سوم بر تمسک به قاعده لاجرح

اشکال سوم این است که حتی اگر قاعده لاجرح نسبت به محل بحث مشرّع باشد، باز هم نمی‌توان صحت معاملات صبی در اشیاء یسیر را به نحو مطلق اثبات کرد. به خاطر اینکه دلیل اخصّ از مدعا است، چون این دلیل فقط در مواردی کاربرد دارد که حرج وجود داشته باشد. اما در مواردی که حرج وجود ندارد نمی‌توان حکم به صحت کرد.

این اشکال شبیه اشکالی است که مرحوم آخوند در بحث اجزاء به صاحب فصول می‌کند. صاحب فصول در پاسخ به این سوال «اگر فردی مقلّد یک مجتهد بود و برای آن مجتهد تبدّل رأی حاصل شد یا آن فرد عدول کرد به مجتهد دیگر، آیا آن مقلّد باید نمازهای گذشته خود را قضاء کند؟» می‌فرماید: قاعده لاجرح، وجوب اعاده را نفی می‌کند و اجزاء را اثبات می‌کند. مرحوم آخوند به ایشان اشکال می‌کند که این دلیل اخصّ از مدعا است، چون در بسیاری از موارد حرج وجود ندارد، مثل جایی که فقط یک هفته به فتوای مجتهد قبلی عمل کرده است.

پاسخ به اشکال سوم

از این اشکال پاسخ داده می‌شود که اگر برای اثبات حکم صحت، به قاعده لاضرر و لاجرح معروف تمسک شود، اشکال سوم وارد است. چون آنچه در این دو قاعده نفی می‌شود حرج و ضرر شخصی است، و حکم دائر مدار همین حرج و ضرر شخصی است. لکن در محل بحث برای اثبات حکم به وسیله نفی حرج تقریب دیگری وجود دارد و آن اینکه؛ دین اسلام دارای شریعت سمحیه سهل است^۱ و در این شریعت سمحیه سهل، حکم حرجی وجود ندارد. این حرجی که در شریعت سمحیه سهل نفی می‌شود حرج نوعی است. یعنی اگر در جایی یک حکم شرعی برای نوع مکلفین حرجی باشد، آن حکم نفی می‌شود.

در همان بحث اجزاء که بین مرحوم آخوند و صاحب فصول اختلاف وجود داشت، برخی از محققین (مثل مرحوم تبریزی) به این تقریب از نفی حرج برای اثبات حکم اجزاء تمسک کردند.

بررسی پاسخ

ما هم قبول داریم که تقریب مذکور فی الجمله صحیح است و ممکن است در موارد حرج نوعی حکمی را اثبات یا نفی کند، لکن این طور نیست که در هر جا حرج نوعی وجود داشت بتوان این تقریب را جاری کرد. در مواردی مثل اجزاء که این تقریب جاری می‌شود خصوصیتی وجود دارد که اگر آن خصوصیت در موارد دیگر هم وجود داشته باشد

۱. الکافی (ط - الإسلامية)، ج ۵، ص ۴۹۴: «لَمْ يُرْسَلْنِي اللَّهُ تَعَالَى بِالرَّهْبَانِيَّةِ وَلَكِنْ بَعَثَنِي بِالْحَنِيفِيَّةِ السَّهْلَةِ السَّمْحَةِ».

من لا يحضره الفقيه، ج ۱، ص ۱۲: «فَإِنَّ أَحَبَّ دِينِكُمْ إِلَى اللَّهِ الْحَنِيفِيَّةُ السَّمْحَةُ السَّهْلَةُ».

می‌توان این تقریب را جاری کرد. خصوصیت موجود در بحث اجزاء این است که آن حرج نوعی را به شریعت نسبت می‌دهند. لذا در مواردی که حرج نوعی وجود دارد ولی حرج را به شریعت نسبت نمی‌دهند، آن حرج نوعی باعث اثبات یا نفی حکم حرجی نمی‌شود.

با توجه به این مطلب در محل بحث گفته می‌شود: وقوع حرج دارای دو احتمال بود، احتمال دوم که مربوط به وقوع مردم در حرج بود، هیچ ارتباطی به شارع و شریعت ندارد. اما در احتمال اول که مربوط به وقوع والدین صبی در حرج بود اگر از حیث صغروی تمام باشد یعنی اگر بطلان معامله صبی برای نوع خانواده‌ها و زندگی‌ها موجب حرج باشد، می‌توان با تمسک به قاعده نفی حرج (تقریب دوم = شریعت سمحه سهله) به نحو مطلق و عموم حکم کنیم به صحت معامله صبی در اشیاء یسیر، لکن لزوم حرج بر اساس احتمال اول از حیث صغروی محل مناقشه است. چون اگر مراد از بطلان معاملات صبی این باشد که صبی هیچ نقشی (ولو به منزله آلت // صورت سوم از صور شش‌گانه) در انجام معامله نمی‌تواند داشته باشد، اگرچه ممکن است مباشرت والدین به معامله اشیاء یسیر برای برخی از خانواده‌ها موجب حرج شود، لکن برای نوع خانواده‌ها حرجی وجود ندارد. خصوصاً از این جهت که صبی می‌تواند در انجام معاملات نقش داشته باشد به همان نحوی که در صورت سوم از صور شش‌گانه بیان شد (مُبَرِّز قصد ولی).

دلیل دوم: سیره و عادت

دومین دلیلی که برای صحت معاملات صبی در محقرات به آن تمسک شده است وجود سیره و جریان عادت است. سیره و عادت جاری شده است که معاملات در اشیاء یسیر را به صبیان واگذار می‌کنند.^۱ نسبت به این دلیل مناقشات مطرح شده است. از آنجا که مراد از سیره در این دلیل، مردّد بین سیره عقلاء و سیره متشرعه است، برخی از مناقشات مطرح شده ناظر به سیره عقلاء و برخی دیگر ناظر به سیره متشرعه و برخی ناظر به هر دو سیره است.

اشکال اول بر استدلال به سیره

اشکال اول ناظر است به اینکه مراد از سیره، سیره متشرعه باشد. به این بیان که؛ اصل استقرار سیره متشرعه بر واگذار کردن معاملات اشیاء یسیر به صبی را قبول داریم، لکن سیره متشرعه به این صورت نیست که صبی به صورت استقلالی معامله کند، بلکه آنچه سیره متشرعه بر آن مستقر شده این است که صبی به منزله آلت (صورت سوم از صور شش‌گانه = مُبَرِّز قصد ولی) باشد.

۱. مفاتیح الشرائع، ج ۳، ص ۴۶؛ کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۴۴.

• **ان قلت:** آنچه از سیره متشرعه مشاهده می‌شود این است که معاملات در اشیاء یسیر را به نحو مطلق به صبی واگذار می‌کنند و این کار اختصاص به صورت آلت بودن صبی ندارد، بلکه در برخی موارد صبی به صورت استقلالی معامله می‌کند.

قلت: اگرچه ممکن است برخی از مومنین چنین کاری بکنند، لکن افرادی که اهل مبالات به احکام شریعت هستند این کار را نمی‌کنند^۱.

اشکال دوم بر استدلال به سیره

اشکال دوم ناظر است به اینکه مراد از سیره، سیره عقلاییه باشد. به این بیان که؛ اگرچه به حسب سیره عقلاییه آنچه تمام الماک در انجام معاملات است، رشد می‌باشد و سنّ تأثیری ندارد، لذا سیره عقلاییه مستقر شد بر اینکه معاملات در اشیاء یسیر را به صبی (رشید) واگذار می‌کنند. لکن شارع با ادله شرطیت بلوغ، این سیره عقلاییه را رد کرده و فرمود علاوه بر رشد، بلوغ هم معتبر است.

پاسخ مرحوم امام به اشکال دوم

مرحوم امام در پاسخ به این اشکال دو بیان ارائه فرمودند؛

بیان اول: نمی‌توان ملتزم شد به اینکه ادله شرطیت بلوغ، این سیره عقلاییه را رد می‌کنند. چون این سیره عقلاییه از آن زمانی که اجتماعات بشری شکل گرفت و مدنیّت پیدا شد، محقق شده و تا زمان حاضر ادامه پیدا کرد و در اذهان عقلاء رسوخ کرده است. از آنجا که رادع باید متناسب با مردوع^۲ عنه باشد، شارع نمی‌تواند با اطلاقات این سیره را رد کند. چون در این صورت عقلاء سیره خود را از بیان مطلق^۳ شارع منصرف می‌دانند و می‌گویند این خطاب شارع ناظر به سیره ما نیست. مانند آنچه در رادعیّت ادله ناهی از عمل به ظنّ نسبت به سیره عقلاء بر عمل به خبر تقه گفته می‌شود^۴.

۱. کتاب المکاسب (ط-الحديث)، ج ۳، ص ۲۸۸؛ و فيه إشکال، من جهة قوّة احتمال كون السيرة ناشئة من عدم المبالة في الدين، كما في كثير من سيرهم الفاسدة. و يؤيد ذلك: ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين و غيرهم، و لا بينهم و بين المجانين، و لا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي أصلاً، و معاملتهم لأوليائهم على سبيل الآلية، مع أنّ هذه ممّا لا ينبغي الشكّ في فسادها، خصوصاً الأخير.

۲. کتاب البيع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۴۵؛ و هذا التعارف في عصر نزول الآية و صدور الأحاديث، كان موجباً لصرف الأذهان عمّا تعارف بينهم؛ فإنّ كسر ما هو المتعارف و ردع ما هو الشائع الذائع، يحتاج إلى بيان زائد على ما في مثل تلك الأدلة، كما قلنا نظيره في رادعيّة مثل قوله تعالى إنّ الظنّ لا يغني عن الحقّ شيئاً من أنّه غير صالح للرادعيّة عمّا هو المرتكز الشائع المعمول به.

- بیان دوم:** از آنجا که در محل بحث سیره‌ی مستقر وجود دارد و در عین حال اطلاقاتی داریم که بر بطلان معاملات صبی دلالت می‌کنند، در بدو امر سه احتمال وجود دارد که دو مورد از آنها باطل و احتمال سوم متعین است^۱:
۱. احتمال اول: ملتزم شویم به اینکه مومنین و متشرعین بعد از مواجهه با این اطلاقات، دیگر از سیره خود رفع ید کرده و با صبیان معامله نکردند. این احتمال با ضرورت باطل است، چون می‌بینیم که عملاً این طور نبود.
 ۲. احتمال دوم: ملتزم شویم به اینکه مومنین و متشرعین بعد از مواجهه با این اطلاقات و التفات به اینکه مراد شارع مطلق بود، با حکم شارع مخالفت کردند و به معامله با صبیان ادامه دادند. این احتمال افسد از احتمال اول است.
 ۳. احتمال سوم: ملتزم شویم به اینکه مومنین و متشرعین بعد از مواجهه با این اطلاقات، این خطابات را ناظر به اشیاء یسیره نگرفتند و لذا به معاملات خود با صبیان در اشیاء یسیر ادامه دادند. این احتمال متعین است.

بررسی پاسخ مرحوم امام

به نظر می‌رسد اشکال دوم (رادعیّت اطلاقات از سیره) تمام است و کلمات مرحوم امام قابل جواب است؛

بررسی بیان اول مرحوم امام: ما هم قبول داریم که باید بین رادع و مردوع^۲ عنه مناسبت وجود داشته باشد، لکن این طور نیست که هیچ اطلاقی را نتوان رادع سیره دانست. اگر مورد سیره امر خاص باشد، اطلاق نمی‌تواند رادع آن سیره باشد، چون عقلاء خطابات مطلق شارع را از عمل خود منصرف می‌بینند. اما اگر مورد سیره امر خاصی نباشد، بلکه امور متعددی باشد برای ردع آن امور متعدد بیان خاص لازم نیست بلکه اطلاق کافی است. محل بحث از قبیل همین قسم اخیر است. چون در نظر عقلاء، رشد تمام الماک برای صحت معاملات است و مدخلیتی برای بلوغ قائل نیستند، و رشد در هر معامله را متناسب با عوضین موجود در آن معامله می‌دانند، و فرقی بین اشیاء یسیر و خطیر نمی‌گذارند. وقتی مورد سیره عام بود، اطلاق صلاحیت ردع از این سیره را دارد. به این نحو که شارع علاوه بر رشد، بلوغ را نیز معتبر دانست.

۱. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۴۵: فلو كان مراد الشارع من الأدلة المتقدمة هو الإطلاق، وأراد نهی المسلمين عن المعاملة مع الصغار حتّى فی السيرة، و كان المسلمون يفهمون منها مراده، فلا بدّ و أنّ يلتزم إمّا بعدم تعارف بيع الصغير فی عصر النبوة و الخلفاء فی الدول الإسلامية، و هو باطل بالضرورة. أو يلتزم بتجاهر المسلمين بمخالفة الإسلام فی هذا الأمر الشائع من عصر النبی (صلی الله علیه و آله و سلّم) إلى عصر الخلفاء إلى سائر الأعصار، و ترك الجميع نهیهم عن ذلك الأمر الفاسد المفسد، و اكتفوا بمثل عمد الصبی خطأ و رفع القلم فهو أفسد. أو الالتزام بصحة معاملاته فی تلك المحقرات، و هو المطلوب.

بررسی بیان دوم مرحوم امام: در بین احتمالات سه‌گانه، به احتمال اول ملتزم می‌شویم به این نحو که؛ مومنین بعد از مواجهه با خطابات شارع، دیگر صبی را مستقل در معاملات قرار نمی‌دهند. ولی این مطلب منافاتی ندارد که آنها از صبیان به عنوان آلت (صورت سوم از صور شش‌گانه) برای معاملات استفاده نکنند.

اشکال سوم بر استدلال به سیره

اشکال سوم در کلمات مرحوم شیخ^۱ و محقق نائینی^۲ ذکر شده و قابلیت دارد که هم ناظر به سیره عقلاء باشد و هم ناظر به سیره متشرعه. ایشان فرمودند در محل بحث نمی‌توان سیره را دلیل بر تفصیل بین اشیاء یسیر و خطیر قرار داد. چون لازمه‌ی استناد به سیره، احاله دادن به امر مجهول و غیر منضبط است. در حالی که در مقام جعل قوانین و یا إفتاء، امور دخیل در قانون باید امر روشن و منضبطی باشد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: آنچه در خارج وجود دارد این است که بین اشیاء تفصیل می‌دهند به این نحو که؛ معامله آن اموری را به صبیان واگذار می‌کنند که زیرکی و فطانت متناسب به آن را داشته باشد. بعید است که قائلین به جواز ملتزم به چنین تفصیلی شوند^۳، چون بر خلاف تسالم اصحاب است. از آنجا که قائلین به جواز چنین تفصیلی را نمی‌پذیرند، پس باید إحاله به امر مجهول دهند، به این نحو که بگویند: هر چیز یسیری که عادت بر آن جاری شد، معامله صبی در آن صحیح است^۴.

اگرچه مرحوم شیخ از تعبیر «لا أَظُنَّ» استفاده کرده است، لکن مرحوم نائینی فرمودند معلوم است که کسی از متشرعه ملتزم به این تفصیل نمی‌شود.

• **ان قلت:** اگرچه کسی ملتزم به این تفصیل نشد ولی ما ملتزم به تفصیل مذکور می‌شویم و همان شق اول را انتخاب می‌کنیم.

۱. کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحديث)، ج ۳، ص ۲۸۸-۲۸۹.

۲. منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۱، ص ۱۷۵: لَأَنَّ السَّيْرَةَ مُخْتَلِفَةٌ بِاخْتِلَافِ الْأَشْيَاءِ وَ ثُبُوتُ السَّيْرِ مِنْ عَصْرِنَا إِلَى عَصْرِ الْأُمَّةِ عَنِ الْمُتَدَيِّنِينَ بِهَذَا التَّفْصِيلِ مُشْكَلٌ بَلِ الْمَعْلُومُ عَدَمُهَا فَإِنَّا نَرَى تَحَرُّزَ الْمُتَدَيِّنِينَ عَنِ الْمَعَامَلَةِ مَعَ الصَّبِيِّ فِي مِثْلِ اللَّحْمِ وَ نَحْوِهِ فَضْلًا عَنِ الثِّيَابِ.

۳. کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحديث)، ج ۳، ص ۲۸۸-۲۸۹: مَعَ أَنَّ الْإِحَالَهَ عَلَى مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِهِ كَالْإِحَالَهَ عَلَى الْمَجْهُولِ؛ فَإِنَّ الَّذِي جَرَتْ عَلَيْهِ السَّيْرَةُ هُوَ الْوَكُولُ إِلَى كُلِّ صَبِيٍّ مَا هُوَ فَطَنٌ فِيهِ، بِحَيْثُ لَا يَغْلِبُ فِي الْمَسَاوِمَةِ عَلَيْهِ، فَيَكُونُ إِلَى مَنْ بَلَغَ سِتَّ سَنِينَ شَرَاءً بَاقَةً بِقَلٍّ، أَوْ بَيْعَ بَيْضَةِ دَجَاجٍ بَقْلَسٍ، وَ إِلَى مَنْ بَلَغَ ثَمَانِيَةَ سَنِينَ اشْتِرَاءَ اللَّحْمِ وَ الْخَبْزِ وَ نَحْوَهُمَا، وَ إِلَى مَنْ بَلَغَ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً شَرَاءَ الثِّيَابِ، بَلِ الْحَيَوَانِ، بَلِ يَكُونُ إِلَيْهِ أُمُورُ التَّجَارَةِ فِي الْأَسْوَاقِ وَ الْبُلْدَانِ، وَ لَا يَفْرَقُونَ بَيْنَهُ وَ بَيْنَ مَنْ أَكْمَلَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، وَ لَا يَكُونُ إِلَيْهِ شَرَاءُ مِثْلِ الْقُرَى وَ الْبَسَاتِينِ وَ بَيْعُهَا إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَحْصَلَ لَهُ التَّجَارِبُ، وَ لَا أَظُنُّ أَنَّ الْقَائِلَ بِالصَّحَّةِ يَلْتَزِمُ الْعَمَلَ بِالسَّيْرِ عَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ.

۴. هِدَايَةُ الطَّالِبِ إِلَى أَسْرَارِ الْمَكَاسِبِ، ج ۲، ص ۲۵۲: أَقُولُ فَإِذَا لَمْ يَلْتَزِمْ بِهِ فَلَا بَدَّ أَنْ يُرِيدَ مِمَّا جَرَتْ الْعَادَةُ وَ السَّيْرَةُ بِهِ مَا جَرَتْ بِهِ فِي الْجُمْلَةِ وَ هُوَ الْإِحَالَهَ عَلَى الْمَجْهُولِ.

قلت: با توجه به توضیحات مذکور، مراد مرحوم شیخ این است که؛ این تفصیل بر خلاف تسالم اصحاب است. در جایی که تسالم اصحاب بر چیزی باشد، اگر روایت تامّ السند و الدلالة بر خلافت داشته باشیم، به آن أخذ نمی‌کنند چه برسد به سیره عملی^۱.

• **ان قلت:** می‌توانیم شقّ دوم (إحالة به مجهول) را انتخاب کنیم. به این نحو که گفته شود؛ در مقام اعطای قانون و بیان فتوا جایز است که حکم را روی یک عنوان عرفی ببرند، و لازم نیست که تفصیل و تطبیقات آن عنوان عرفی تحدید شود. به عبارت دیگر وقتی موضوع حکم در لسان دلیل یک عنوان عرفی بود، فقیه می‌تواند همان عنوان عرفی را در فتوای خود بیان کند و لازم نیست تفصیل و مصادیق آن را بیان کند. مانند عنوان «کثیر السفر» در بحث نماز و روزه مسافر و «مؤونه» در بحث خمس، که فقیه می‌تواند همین عناوین را در فتوای خود بیان کند و لازم نیست تفصیل این عناوین را تحدید کند، بلکه می‌تواند تطبیقات آنها را به خود مکلف واکذار بکند. در محل بحث نیز فقیه می‌تواند فتوا دهد به اینکه «يجوز معاملة الصبيان فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة»، و تحدید مصادیق آن را به عرف واکذار کند.

قلت: اگر آن عنوان عرفی‌ای که موضوع حکم قرار گرفته، مصادیق و تطبیقات آن برای نوع مردم واضح باشد و مورد اختلاف نظر باشد، بر فقیه لازم نیست که وارد در جزئیات و خصوصیات آن عنوان شود. اما اگر در تطبیقات آن عنوان بر مصادیق بین عرف اختلاف نظر وجود داشته باشد، بر فقیه لازم است تطبیقات آن عنوان عرفی را تحدید کرده و تفصیل آن را مشخص کند. مثلاً آیا هدیه از مصادیق عنوان «مؤونه» حساب می‌شود یا نه، چندان واضح و روشن نیست. در چنین مواردی بر فقیه لازم است حکم آن عنوان و مصادیق آن را به نحو مشخص بیان کند.

نتیجه بحث در شرطیت بلوغ

نتیجه بحث در شرطیت بلوغ این شد که؛ بلوغ فی‌الجمله در صحت معامله شرطیت دارد، و این طور نیست که معاملات صبیّ مانند معاملات بالغین محکوم به صحت باشد، بلکه بلوغ در صحت و فساد معاملات صبیّ دخالت دارد. اما در مورد اینکه سعه و ضیق دخالت بلوغ در صحت معاملات صبیّ به چه نحوی است، با توجه به صور شش‌گانه تصرفات صبیّ و مجموع ادله مطرح شده می‌توان این طور گفت^۲:

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۲۸، ص ۳۹۳؛ و الصحيح أن يقال: إنّ الموثقة مهجورة و متروكة عند جميع الأصحاب، و قد تسالموا على عدم العمل بها، و لا ريب أن ذلك يسقط الرواية عن الحجية و إن لم نلتزم ذلك في إعراض المشهور. رك: موسوعة الإمام الخوئي، ج ۲۶، ص ۱۵۹ و ج ۲۸، ص ۶۸؛ نهاية التقرير في مباحث الصلاة (للبروجردی)، ج ۲، ص ۵۰؛ مستمسك العروة الوثقى، ج ۵، ص ۹۱.

۲. این مباحثی که مطرح می‌شود در مورد صبیّ ممیّز است. صبیّ غیر ممیّز، قصدش کلا قصد است و اعتباری به قصدش نمی‌شود.

نسبت به صورت اول و صورت دوم حکم به بطلان معامله صبی می‌شود. نسبت به صورت سوم که صبی به منزله آلت بود، حکم به صحت می‌شد. در صورت چهارم که صبی به عنوان وکیل بود، نظر مختار این بود که حکم به صحت می‌شود، لکن برخی بزرگان مثل مرحوم شیخ انصاری حکم به بطلان کرده بودند و فرمودند که بر اساس روایات طایفه چهارم انشاء و فعل قصدی صبی کالعدم است. صورت پنجم که صبی در نفس خود تصرف می‌کرد، برخی ادله بالالتزام و برخی دیگر بالمطابقه دلالت بر بطلان آن می‌کردند. صورت ششم که تصرفات به نفع صبی بود (حیازت، قبول هبه و ...)، بر اساس روایات طایفه دوم (لایجوز أمر الصبی) محکوم به بطلان است.

نظر فقه عامه و قوانین حقوقی در شرطیت بلوغ

بعد از بررسی مساله شرطیت بلوغ در فقه امامیه، بحث واقع می‌شود در بررسی این مساله در فقه عامه و قوانین حقوقی. در فقه عامه و قوانین حقوقی برخی کشورهای اسلامی تصرفات صبی ممیز را به سه قسم تقسیم کردند؛^۱

۱. **قسم اول:** تصرفاتی که نفع محض در حق صبی است، مانند حیازت، قبول هبه و نسبت به این تصرفات حکم به صحت کردند، اگرچه بدون اذن ولی باشد. چون قبول در این تصرفات موجب نفع محض است و ضرر در این قسم منعدم است. ظاهراً شافعی حتی در صورت اذن ولی حکم به بطلان می‌کند و حنابله قبول صبی را صحیح می‌دانند ولی قبضش نیاز به اذن ولی دارد.

۲. **قسم دوم:** تصرفاتی که ضرر محض برای صبی است، مثل اینکه اموال صبی هبه یا وقف شود. در این صورت حکم به بطلان می‌شود، ولو ولی اذن بدهد، چون ولایت ولی برای حفظ منافع صبی است نه مطلقاً.

۳. **قسم سوم:** تصرفاتی که دو وجهی است، یعنی هم ضرربردار است و هم نفع‌بردار مانند معاوضات مالی (بیع، مصالحه، رهن، مزارعه و ...). صحت و نفوذ این نوع تصرفات محل اختلاف است. حنفیه، مالکیه و حنابله معامله صبی ممیز در این قسم را با اذن ولی صحیح می‌دانند، اما شافعیه قائل به عدم صحت شدند.^۲ در بین حقوق‌دان‌ها نیز برخی افراد مانند سنهوری^۳ نسبت به قسم سوم حکم به بطلان کردند.

۱. المدخل الفقهي العام (مصطفی الزرقاء)، ج ۲، باب ۸، فصل ۶۲، تقسیم تصرفات الصغیر الممیز، ص ۸۰۴-۸۰۸.

۲. المعاملات المالية أصالة و معاصرة (ابو عمر دبیان بن محمد الدبیان)، ج ۱، ص ۵۲۳-۵۲۵: المسألة الثانية فی بیع الصبی إذا كان مأذوناً له؛ [م - ۸۳] اختلف العلماء رحمهم الله فی بیع الصبی الممیز و شرائه إذا كان مأذوناً له فی ذلك علی قولین: القول الأول: یصح، وهو مذهب الحنفية والمالكية، والحنابلة.

القول الثاني: وقيل: لا یصح، ولو كان مأذوناً له وهو مذهب الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد.

القول الثالث: لا یصح إلا إذا اضطر إلى ذلك، كطعام یشتريه لیأكله، وثوب یستر به عورته إذا ضیعه أهل محلته، وهو رأى ابن حزم. وهذا القول یرجع إلى رأى الشافعية، لأن الاضطرار یبیح المحظورات.

۳. نظرية العقد (سنهوری)، ج ۱، ص ۳۳۰، فقره ۳۲۹.

در کتاب "مَجْلَّةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّة" ^۱ در مورد تصرفات صبیّ ممیّز این طور آمده است: «يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ الصَّغِيرِ الْمُمَيِّزِ إِذَا كَانَ فِي حَقِّهِ نَفْعًا مَحْضًا وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ بِهِ الْوَلِيُّ وَلَمْ يُجْزِهِ قَبُولُ الْهَدِيَّةِ وَالْهَبَةِ وَلَا يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُهُ الَّذِي هُوَ فِي حَقِّهِ ضَرَرٌ مَحْضٌ وَإِنْ أَذِنَ بِذَلِكَ وَلَيْتَهُ وَأَجَازَهُ كَانَ يَهَبُ لِأَخْرَ شَيْئًا أَمَّا الْعُقُودُ الدَّائِرَةُ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ فِي الْأَصْلِ فَتَنْعَقِدُ مَوْقُوفَةً عَلَى إِجَازَةِ وَلِيِّهِ، وَوَلِيِّهُ مُخَيَّرٌ فِي إعْطَاءِ الْإِجَازَةِ وَعَدَمِهَا فَإِنْ رَأَاهَا مُفِيدَةً فِي حَقِّ الصَّغِيرِ أَجَازَهَا وَإِلَّا فَلَا مَثَلًا: إِذَا بَاعَ الصَّغِيرُ الْمُمَيِّزُ مَالًا بِلَا إِذْنٍ وَإِنْ كَانَ قَدْ بَاعَهُ بِأَزِيدَ مِنْ ثَمَنِهِ يَكُونُ نَفَازُ ذَلِكَ الْبَيْعِ مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَةِ وَلِيِّهِ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ مِنَ الْعُقُودِ الْمُتَرَدِّدَةِ بَيْنَ النَّفْعِ وَالضَّرَرِ فِي الْأَصْلِ» ^۲.

در قانون مدنی ایران سعی شده است بر اساس آراء مشهور فقهای امامیه نوشته شود، و در نوع موارد با عبارات شرایع هم خوانی دارد (چون گفته می شود عبارات شرایع مطابق با نظر مشهور است)، لکن در برخی موارد مأخذ و منبع مواد قانونی همان کتاب مجله الأحكام العدلیة است.

در مورد تصرفات صبیّ، در قانون مدنی ایران آمده است: «اعمال و اقوال صغیر تا حدی که مربوط به اموال و حقوق مالی او باشد باطل و بلا اثر است. مع ذلك صغیر ممیز میتواند تملك بلاعوض کند. مثل قبول هبه و صلح بلاعوض و حیازت مباحات» ^۳. فقره اول این قانون که حکم به بطلان کرده است، شامل قسم دوم و قسم سوم می شود و فقره دوم شامل قسم اول می باشد. بر این اساس باید بگوییم که ظاهراً این ماده قانونی از کتاب شرایع گرفته نشده ^۴، بلکه از همان کتاب مجله گرفته شده است که موافق با نظر مشهور عامه می باشد.

در بین فقهای عامه برای احکام این اقسام وجوهی مطرح شده است، که به بررسی و مناقشه آنها خواهیم پرداخت:

۱. کتاب «مَجْلَّةُ الْأَحْكَامِ الْعَدْلِيَّة» تقریباً نخستین مجموعه از مجموعه های قوانین مدنی در کشورهای اسلامی است که در حکومت عثمانی (۱۲۹۳ق/ ۱۸۷۶م) توسط هیئتی از حقوق دان های اسلامی و به دستور دولت عثمانی و بر اساس فقه حنفی تهیه و تنظیم شده است، تا به عنوان قوانین عام در باب معاملات مورد اجرا قرار بگیرد. این مجله به ۱۶ کتاب تقسیم شده است و ۹۹ قاعده فقهی عام دارد و مشتمل بر ۱۸۵۱ ماده است. در بین عامه خصوصاً حقوق دان هایشان شروح متعددی بر این کتاب نوشته شده است و قوانین مدنی کشورهای عربی از این مجله اخذ شده است. از میان فقهای امامیه مرحوم شیخ محمدحسین کاشف الغطاء شرحی به نام «تحریر المجلة» بر این کتاب نوشته است. ایشان در تحریر المجله برخی مواد را شرح و توضیح داده است، برخی را نقد، و برخی را اصلاح و برخی مواد را نیز به آن افزود. در واقع ایشان اضافات مورد نظر خود را در قالب یک جلد (جلد پنجم تحریر المجلة) قرار داده است و احکامی که در مجله نیامده بود را در آنجا بیان کرد.

۲. مجله الأحكام العدلیة، ص ۱۸۷-۱۸۸، ماده ۹۶۷.

۳. قانون مدنی، ماده ۱۲۱۲ (کتاب دهم در حجر و قیمومیت، فصل اول): <http://www.davoudabadi.ir/۱۲۱۲>.

۴. چون در عبارت شرایع آمده است: «لا یصح بیع الصبی و لا شراؤه و لو أذن له الولی و کذا لو بلغ عسراً عاقلاً علی الأظهر». رک: شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۸؛ قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۸.

مناقشه در قسم اول

اینکه تصرفات قسم اول چون مشتمل بر نفع محض هستند پس صحت آنها مفروغ^۱ عنه است، مطلب صحیحی نیست. اشکالش این است که ترتب اثر قانونی در معاملات ذاتی^۲ آنها نیست، بلکه ثبوت اثر قانونی بر یک فعل یا قرارداد نیاز به دلیل دارد، خصوصاً از این جهت که مقتضای اصل عدم ترتب اثر است. بنابراین صرف اینکه این تصرفات مشتمل بر نفع محض است نمی‌تواند دلیل بر صحت باشد. برای ترتب اثر قانونی باید دلیل آورد که این فعل در اعتبار عقلاء موضوع برای ترتب اثر است.

بله، اگر استدلال می‌کردند به اینکه اصل اولی در معاملات نفوذ است و در تصرفات قسم اول چون مشتمل بر نفع محض است مانعی از شمول اصل اولی وجود ندارد و بدین جهت حکم به صحت می‌شود. به عبارت دیگر صرف نفع محض بودن مقتضی و مثبت اثر نیست، بلکه می‌تواند جلوی مانع (ضرر) را بگیرد.

بر این اساس مرحوم کاشف الغطاء در ذیل این حکم فرموده است: «هذا من الاستحسان الحسن عقلا بل و عرفا اما شرعا فمقتضى الأحاديث الكثيرة المشتملة على مثل قوله عليه السلام رفع القلم عن الصبي حتى يبلغ و عن المجنون حتى يفيق، عدم اعتبار جميع تصرفاته له أم عليه أم لا له و لا عليه الا ما ورد به الدليل الخاص مثل وصية من بلغ عشرة إذا كانت بالمعروف أو مطلقاً»^۱.

مناقشه در قسم دوم

اینکه تصرفات قسم دوم چون مشتمل بر ضرر محض هستند پس بطلان آنها مفروغ^۲ عنه است، مطلب صحیحی نیست. اشکالش این است که ضرر محض بودن دلیل بر بطلان نیست، مگر اینکه معتقد شوید اصل اولی در معاملات، بطلان است. در حالی که حکم به صحت معامله در قسم اول مبتنی بود بر اینکه اصل اولی در معاملات، صحت باشد. بنابراین قسم اول و قسم دوم از تصرفات صبی^۳ ممیز باید داخل در محل نزاع باشند.

مناقشه در قسم سوم

به حسب آنچه در کلمات مشهور عامه (حنفی، حنبلی، مالکی) آمده، نسبت به قسم سوم از اقسام تصرفات صبی^۴ ممیز، در صورتی که همراه با اذن ولی^۵ باشد حکم به صحت می‌شود. برای حکم به صحت به وجوهی تمسک شده است که عمده‌ی آن وجوه آیه شریفه «وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَى»^۶ است.

۱. تحریر المجلة، ج ۲، قسمت ۱، ص ۱۶۱.

۲. سوره نساء، آیه ۶.

دلیل اول: آیه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْع»^۱

تقریب استدلال: بر اساس این آیه شریفه اصل در بیع حلیت است، و فرقی بین بالغ و صبی وجود ندارد. وقتی بر معامله‌ی صبی، عنوان بیع صدق کند با این آیه شریفه حکم به صحت آن می‌شود.^۲ در اینجا می‌توان به ادله دیگری نظیر «النکاح سنتی» و «الصلح جایز» نیز تمسک کرد.

اشکال: این استدلال زمانی تمام است که دلیلی بر خلاف قائم نشده باشد. در حالی که در مباحث قبلی ثابت شد آیه شریفه «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى» و حدیث «رفع القلم عن الصبی» بر بطلان معاملات صبی دلالت می‌کنند. اگرچه دلالت حدیث رفع قلم را نسبت به جایی که ثقلی بر صبی نباشد (مثل حیازت) نپذیرفتیم، لکن قسم سوم که فعلاً محل بحث است قطعاً مشمول این حدیث می‌باشد و عامّه نیز در مواردی به این حدیث استدلال کردند.

دلیل دوم: صدر من أهله بولاية شرعية

تقریب استدلال: این معامله‌ای که صبی با اذن ولی انجام می‌دهد، هم اهلیت دارد چون این صبی ممیز است و می‌فهمد دارد چه کار می‌کند. ولایت شرعی هم وجود دارد، چون به حسب فرض از ولی اذن گرفته است.

اشکال: بر اساس آیه شریفه «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى» صبی اهلیت انجام معامله نسبت به اموال خود را ندارد.

دلیل سوم: قضیه عقد نکاح أم سلمة با پیامبر^۳

تقریب استدلال: در روایتی آمده است که بعد از وفات همسر أم سلمة، پیامبر^۴ به ایشان پیشنهاد ازدواج دادند، أم سلمة در عین اینکه ازدواج با پیامبر^۴ را موجب افتخار دانست لکن ابتدا عذر می‌آوردند. بعداً پسرش را فرستاد تا نزد پیامبر^۴ برود و او را به ازدواج پیامبر در بیاورد. این روایت دلالت می‌کند بر اینکه تصرفات صبی در صورتی که با اذن ولی باشد صحیح است.

اشکال: خود عامّه در این دلیل مناقشه کردند که؛ اولاً سند این روایت ناتمام است. ثانیاً این صبی در آن زمان غیر ممیز بود (تقریباً ۳ ساله بود)، در حالی که خود عامه صحت معاملات غیر ممیز را نپذیرفتند. ثالثاً این تصرفی که در روایت مطرح شده، صورت چهارم از تصرفات صبی (وکالت) است، در حالی که محل بحث قسم سوم (صورت دوم از صور شش‌گانه تصرفات صبی) است که در کلمات عامّه مطرح شده است.

۱. سوره بقره، آیه ۲۷۵.

۲. المعاملات المالية فی الفقه الاسلامی أصالة و معاصرة، ج ۱، ص ۵۲۵: الدلیل الأول: الأصل فی البیع الحل، قال تعالی: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ} [البقرة: ۲۷۵]. فأطلق الله الحل من غیر فصل بین أن يتولاه بالغ أو صبی.

دلیل چهارم: عرف و سیره

تقریب استدلال: سیره‌ی عرف بر این جاری شده است که صبیّ ممیّز را به انجام معاملات می‌فرستند.

اشکال: اشکال این دلیل قبلاً در ذیل بررسی نظر فقهای امامیه به نحو مفصّل بیان شد.

دلیل پنجم: آیه شریفه «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى»^۱

ابو حنیفه برای اثبات حکم صحت در قسم سوم می‌گوید: این آیه شریفه حکم می‌کند که صبیّ را قبل از بلوغ را امتحان کنید، امتحان کردن متوقف بر این است که اموال صبیّ را به او بدهند و انجام معامله را به خود او واگذار کنند.^۲ نسبت به این استدلال مناقشاتی مطرح شده است:

اشکال اول به دلیل پنجم

شافعی نسبت به این دلیل مناقشه کرده است و مرحوم نائینی بعد از نقل این مناقشه چیزی در نقد آن نمی‌گوید.^۳ در اشکال به این دلیل گفته است: اگرچه در صدر آیه امر به اختبار کرده است، لکن در ذیل آیه دفع مال را متوقف بر دو امر (بلوغ و رشد) کرده است. مفهوم ذیل دلالت می‌کند بر اینکه اموال صبیّ قبل از بلوغ و قبل از رشد به آنها دفع نمی‌شود. وقتی دفع مال قبل از بلوغ جایز نباشد معلوم می‌شود که تصرفات صبیّ قبل از بلوغ باطل است، چون قول به فرق وجود ندارد. یعنی بین جواز دفع و صحت معامله ملازمه وجود دارد و هکذا بین عدم الدفع و عدم صحة المعاملة.

بررسی اشکال اول

مرحوم امام در نقد اشکال شافعی فرموده است:^۴ مدعای ابو حنیفه این نیست که تصرفات صبیّ به نحو مطلق جایز است، بلکه می‌گوید بر اساس آیه شریفه، در موارد اختبار باید حکم به صحت تصرفات شود. بنابراین ابو حنیفه ادعا نمی‌کند که صحت تصرفات در موارد اختبار متوقف است بر دفع مال به صبیّ، تا اشکال شافعی به او وارد باشد. به

۱. سوره نساء، آیه ۶.

۲. رک: المعنی (ابن قدامة)، ج ۴، ص ۳۵۱: «وَأَخْتَبَارُهُ بِتَقْوِيضِ التَّصَرُّفَاتِ الَّتِي يَتَصَرَّفُ فِيهَا أَمْنَالُهُ إِلَيْهِ».

۳. منية الطالب في حاشية المكاسب، ج ۱، ص ۱۷۰: «وَأَجَابَ عَنْهُ الشَّافِعِيُّ بِمَا حَاصِلُهُ أَنَّ اللَّهَ سَبَّحَانَهُ أَمَرَ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِمْ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَإِنْسَاسِ الرَّشْدِ وَإِذَا ثَبِتَ بِمُوجِبِ هَذِهِ الْآيَةِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ دَفْعُ الْمَالِ إِلَيْهِ حَالِ الصَّغَرِ وَجِبَ أَنْ لَا يَجُوزَ تَصَرُّفُهُ حَالِ الصَّغَرِ لِأَنَّهُ لَا قَاتِلَ بِالْفَرْقِ».

۴. کتاب البيع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۱۷-۱۸: «وَالظَّاهِرُ عَدَمُ وَرُودِ إِشْكَالِهِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَدْعَاهُ أَنَّ الْآيَةَ تَدُلُّ عَلَى نَفُوذِ تَصَرُّفِهِ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ؛ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْإِخْتِبَارِ، لَا تَصَرُّفِهِ مُطْلَقاً، وَهُوَ لَا يَلَازِمُ دَفْعَ الْمَالِ إِلَيْهِ وَاسْتِقْلَالَهُ فِي الْمَعَامَلَاتِ، وَعَدَمُ الْقَاتِلِ بِالْفَرْقِ - عَلَى فَرْضِهِ لَا يُوْجِبُ جَوَازَ رَفْعِ الْيَدِ عَنْ ظَاهِرِ الْآيَةِ».

عبارت دیگر ممکن است ابو حنیفه این طور بگوید: اموال صبی در دست ولی باشد، ولی به صبی اجازه دهد که برود معامله را انجام بدهد و بعد از معامله مال را به مشتری تحویل دهد.

اشکال دوم به دلیل پنجم

مرحوم امام در اشکال به دلیل پنجم می‌فرماید^۱: نهایت چیزی که از آیه استفاده می‌شود این است که یتیمان امتحان بشوند، امتحان کردن آنها ملازمه ندارد با اینکه معامله آنها صحیح و نافذ باشد. بله، اختبار متوقف بر تفویض معامله به صبی است ولی تفویض انجام معامله به صبی تلازمی با صحت معامله ندارد. به عبارت دیگر آیه از جهت صحت و فساد معامله در مقام بیان نیست.

بررسی اشکال دوم

ممکن است در مقابل اشکال مرحوم امام گفته شود: مقصود از امتحان کردن در آیه شریفه این است که انجام کامل یک معامله صحیح را به صبیان واگذار کنند. اگر معامله‌ای که انجام می‌دهند صحیح نباشد با تفویض مطلق سازگاری ندارد.

مگر اینکه مراد مرحوم امام این باشد که؛ اگرچه امتحان کردن به معنای تفویض معامله به صبی است، لکن ممکن است مفاد آیه این باشد که با قطع نظر از امضای ولی این معامله فاسد باشد، اما بعداً با امضای ولی این معامله می‌تواند صحیح شود. که در این صورت اشکال ایشان وارد خواهد بود.

اشکال سوم به دلیل پنجم

مرحوم علامه در اشکال به دلیل پنجم فرمودند^۲: اختبار و امتحان کردن صبی به این نیست که انجام معامله را به نحو کامل به صبی واگذار کنند، بلکه اگر مقدمات معامله (مساومه و ماکسه) را به صبی واگذار کنند هم امتحان و اختبار صدق می‌کند. چون با این مقدار هم می‌توان تشخیص داد که آیا صبی به رشد کافی رسیده است یا نه؟

۱. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۱۸؛ و الأولى أن يقال في جوابه: إن إطلاق الآية لا يقتضي صحة المعاملة و نفوذها؛ لعدم إطلاقها من هذه الجهة، بل لها إطلاق من جهة الابتلاء فقط، و الابتلاء لا يلزم صحة المعاملة، بل الدخيل فيه نفس المعاملة، سواء كانت صحيحة نافذة أم لا.

۲. تذكرة الفقهاء (ط - الحديث)، ج ۱۰، ص ۱۱؛ و الجواب: الابتلاء يثبت بتفويض الاستيلاء و الماكسة و تدبير البيع ثم يعقد الولي.

اشکال چهارم به دلیل پنجم

به نظر می‌رسد اشکال چهارمی نیز در اینجا قابل طرح است و آن اینکه؛ بر اساس صور شش‌گانه‌ای که برای تصرفات صبیّ بیان شد، صورت چهارم این بود که نقش صبیّ به نحو وکالت بود و اموال دیگران را به عنوان وکیل معامله می‌کرد. بر این اساس می‌توان به ابو حنیفه این طور اشکال کرد: اختبار صبیّ متوقف نیست بر اینکه اموال خودش را به او تفویض کنند، بلکه اختبار با تصرف به نحو صورت چهارم نیز حاصل می‌شود.

نتیجه بحث در شرطیّت بلوغ

نتیجه بحث در شرطیّت بلوغ این شد که؛ بلوغ فی‌الجمله در صحت معامله شرطیت دارد، و این طور نیست که معاملات صبیّ مانند معاملات بالغین محکوم به صحت باشد، بلکه بلوغ در صحت و فساد معاملات صبیّ دخالت دارد. اما در مورد اینکه سعه و ضیق دخالت بلوغ در صحت معاملات صبیّ به چه نحوی است، با توجه به صور شش‌گانه تصرفات صبیّ و مجموع ادله مطرح شده می‌توان این طور گفت^۱:

نسبت به صورت اول و صورت دوم حکم به بطلان معامله صبیّ می‌شود. نسبت به صورت سوم که صبیّ به منزله آلت بود، حکم به صحت می‌شد. در صورت چهارم که صبیّ به عنوان وکیل بود، نظر مختار این بود که حکم به صحت می‌شود، لکن برخی بزرگان مثل مرحوم شیخ انصاری حکم به بطلان کرده بودند و فرمودند که بر اساس روایات طایفه چهارم انشاء و فعل قصدی صبی کالعدم است. صورت پنجم که صبیّ در نفس خود تصرف می‌کرد، برخی ادله بالالتزام و برخی دیگر بالمطابقه دلالت بر بطلان آن می‌کردند. صورت ششم که تصرفات به نفع صبیّ بود (حیازت، قبول هبه و ...)، بر اساس روایات طایفه دوم (لایجوز أمر الصبیّ) محکوم به بطلان است.

بحث از شرطیّت بلوغ تمام شد، بحث بعدی در مورد شرطیّت «رشد» در متعاقدين است.

ب) أهلیّت متعاقدين از حیث رشد

رشد در برابر سفه قرار دارد، بحث از شرطیّت رشد را در سه موضع پیگیری خواهیم کرد:

جهت اول: تبیین معنای رشد در برابر سفه.

جهت دوم: ادله شرطیت رشد.

جهت سوم: سعه و قلمرو شرطیّت رشد.

۱. این مباحثی که مطرح می‌شود در مورد صبیّ ممیّز است. صبیّ غیر ممیّز، قصدش کلا قصد است و اعتباری به قصدش نمی‌شود.

جهت اول: تبیین معنای رشد

معنای لغوی و متفاهم عرفی از واژه رشد این است که شخص بتواند مصلحت و مفسده مصارف اموالش را درک کند و قدرت بر حفظ آن را داشته باشد، یعنی این طور نباشد که به خاطر تشخیص ندادن مصلحت، مالش را تضییع می‌کند. در مقابل، سفیه به کسی گفته می‌شود که نتواند مصلحت مالش را تشخیص دهد و اموالش را تضییع و تباه می‌کند. مرحوم محقق در شرایع فرموده است: «الرشد و هو أن يكون مصلحاً لماله و أما السفیه فهو الذی یصرف أمواله فی غیر الأغراض الصحیحة»^۱.

البته مرحوم محقق در لابلای کلام خود یک بحثی مطرح می‌کند و می‌فرماید: آیا در صدق رشد علاوه بر تشخیص مصلحت، عدالت و امانت هم معتبر است؟ خود ایشان نسبت به اعتبار عدالت در صدق رشد تردید کرده است.^۲ مرحوم علامه در تذکرة همین معنا را برای رشد بیان کرده و در آنجا فرمود: اگرچه برخی از علمای امامیه (شیخ طوسی)^۳ و بعضی از عامه عدالت را در صدق رشد معتبر دانستند، لکن به نظر ما عدالت معتبر نیست.^۴

مرحوم علامه در قواعد فرموده است: «و أمّا الرشد: فهو کیفیة نفسانیة تمنع من إفساد المال و صرفه فی غیر الوجوه اللاتقة بأفعال العقل، و لا تعتبر العدالة، و یعلم باختباره بما یناسبه من التصرفات»^۵. یعنی رشد یک صفت نفسانی است، یعنی شخص نوعی شعور و درک داشته باشد به نحوی که اصلاح مال برخاسته از شعور درونی باشد، و صرف اصلاح خارجی کافی نیست.

محقق ثانی^۶ و شهید ثانی^۷ این قسمت از عبارت مرحوم علامه را تصحیح کردند و فرمودند: صرف کیفیت نفسانی (ولو سریع الزوال) برای تحقق رشد کافی نیست، بلکه مقصود از کیفیت نفسانی یک ملکه‌ی راسخه‌ای است که به سادگی

۱. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۸۵.

۲. شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۸۵: هل تعتبر العدالة؟ فیه تردد.

۳. الخلاف، ج ۳، ص ۲۸۳-۲۸۴: أن يكون مصلحاً لماله، عدلاً فی دینه، فإذا كان مصلحاً لماله غیر عدل فی دینه، أو كان عدلاً فی دینه غیر مصلح لماله، فإنه لا یدفع الیه ماله. و به قال الشافعی.

۴. تذکرة الفقهاء (ط الحدیث)، ج ۱۴، ص ۲۰۲-۲۰۳: قال أكثر أهل العلم: الرشد الصلاح فی المال خاصّة، سواء كان صالحاً فی دینه أو لا، و هو قول مالک و أبی حنیفة و أحمد، و هو المعتمد عنده.

۵. قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۱۳۴.

۶. جامع المقاصد، ج ۵، ص ۱۸۳: لا بدّ فی کیفیة من أن تكون ملکه ثابتة یعسر زوالها، و لا بدّ فی الإفساد من اعتباره فی نظر العقل، فالافراط فی المعروف لا ینافی الرشد و إن تجاوز القدر الممدوح، و ربما عد إفساداً، و لعل قوله: (و صرفه فی غیر الوجوه اللاتقة بأفعال العقل) کالتفسیر لإفساد المال.

۷. مسالک الأفهام، ج ۴، ص ۱۴۸: "لیس مطلق الإصلاح موجبا للرشد، بل الحقّ أن الرشد ملکه نفسانیة تقتضی إصلاح المال، و تمنع من إفساده و صرفه فی غیر الوجوه اللاتقة بأفعال العقل". و احترزنا بـ «الملکه» عن مطلق کیفیة، فإنها لیست کافیة، بل لا بدّ فیها من أن تصیر ملکه یعسر زوالها. و بـ «اقتضاها إصلاح المال» عمّا لو كان غیر مفسد له، لکن لا رغبة له فی إصلاحه علی الوجه المعبر عند العقل، فإنّ ذلك غیر کاف فی

قابل زوال نباشد. فقهای بعدی نوعاً همین تعریفی که توسط شهید ثانی ارائه شد را قبول دارند. مرحوم کاشف الغطاء نیز همین تعریف را بیان می‌کنند و می‌فرمایند: «إنَّ الرشد هو: ملكة نفسانية تمنع من إفساد المال و صرفه في غير الوجه المطابقة لأفعال العقلاء فالفقيه بخلافه. مثلاً: من يبيع ماله بأقل من ثمن المثل و يشتري بأكثر من ثمن المثل فهو سفيه، و من أنفق أكثر أمواله في الخمر غالباً و الملاهي أو شطراً من أمواله فيها فهو سفيه، و من يبيع ما يحتاجه فيصرفه فيما لا يحتاجه ممّا يسمّونه بالكماليات فهو سفيه، و هكذا أملاكه. و تعيين مصاديقه موکول إلى عرف العقلاء، و هو يختلف باختلاف أنواع الأشخاص و الأزمنة و الأمكنة و الظروف حتّى إنّ من ينفق أكثر أمواله في الخيرات و المبرّات زائداً على ما يليق بشأنه فضلاً عمّا إذا كان مجحفاً بعياله قد يعدّ عند العقلاء سفيهاً»^۱.

این معنایی که برای رشید بیان شد، از روایات متعددی هم فهمیده می‌شود:

۱. صحیحہ عیص بن قاسم: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ صَفْوَانَ بْنِ يَحْيَى عَنْ عِيصِ بْنِ الْقَاسِمِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ الْيَتِيمَةِ مَتَى يُدْفَعُ إِلَيْهَا مَالُهَا قَالَ إِذَا عَلِمْتَ أَنَّهَا لَا تُفْسِدُ وَلَا تُضَيِّعُ فَسَأَلْتُهُ إِنْ كَانَتْ قَدْ زُوِّجَتْ فَقَالَ إِذَا زُوِّجَتْ فَقَدْ انْقَطَعَ مُلْكُ الْوَصِيِّ عَنْهَا»^۲. از آنجا که در قرآن دفع مال به یتیم منوط به رشد شده است، منظور روایت این است که ایناس رشد چه وقتی است؟

۲. «قَالَ (الصدوق) وَ قَدْ رُوِيَ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ، قَالَ إِيْنَاسُ الرُّشْدِ حِفْظُ الْمَالِ»^۳.

۳. موثقہ عبد الله بن سنان: «وَعَنْهُ عَنْ مُحَمَّدٍ وَ أَحْمَدَ ابْنَيْ الْحَسَنِ عَنْ أَبِيهِمَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ عُمَرَ الْحَلَبِيِّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَ أَنَا حَاضِرٌ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ قَالَ الْإِحْتِلَامُ قَالَ فَقَالَ يَحْتَلِمُ فِي سِتِّ عَشْرَةَ وَ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً وَ نَحْوَهَا فَقَالَ لَا إِذَا أَتَتْ عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَتْ لَهُ الْحَسَنَاتُ وَ كُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ وَ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً فَقَالَ وَ مَا السَّفِيهِ؟ فَقَالَ الَّذِي يَشْتَرِي الدَّرْهَمَ بِأَضْعَافِهِ قَالَ وَ مَا الضَّعِيفُ قَالَ الْإِبْلَةُ»^۴.

بنابراین معنای رشد این شد که؛ انسان درجه‌ای از شعور و درک را داشته باشد به نحوی که تصرفاتش در راستای حفظ و اصلاح مال باشد نه افساد و تضییع مال.

تحقق الرشید، و من ثمّ یختبر باعتنائه بالأعمال الثلاثة بحاله، كما سیأتی. و ب«منعه من إفساده» عمّا لو كان له ملكة الإصلاح و العمل و جمع المال، و لكن ینفقه بعد ذلك في غير الوجه اللائق بحاله، فإنّه لا یكون رشیداً أيضاً.

۱. تحریر المجلة، ج ۳، ص ۲۴۲.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۱ از ابواب کتاب الحجر، ص ۴۱۰، ح ۳.

۳. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۲ از ابواب کتاب الحجر، ص ۴۱۱، ح ۴.

۴. وسائل الشیعة، ج ۱۹، باب ۴۴ از ابواب کتاب الوصایا، ص ۳۶۳، ح ۸.

جهت دوم: ادله اعتبار رشد

برای اعتبار رشد در صحت معاملات به وجوهی تمسک شده است:

دلیل اول: اجماع

شرطیت رشد مورد اجماع فریقین است و در موارد متعددی از کلام فقهای امامیه به این دلیل تصریح شده است. البته از آنجا که در این بحث ادله دیگری هم وجود دارد که این اجماع یقیناً یا احتمالاً مستند به آن ادله است، پس این اجماع مدرکی است و دلیل مستقل نخواهد بود.

دلیل دوم: آیه «فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا»

دلیل دوم بر شرطیت رشد در معاملات، تمسک به آیه إبتلاء یتیم است. در آیه إبتلاء یتیم آمده است: «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ أَنْسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَ لَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَ كَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا»^۱. در دلالت این آیه بر شرطیت رشد تردیدی وجود ندارد. اینکه دفع مال متوقف بر رشد شده است، کشف می‌کند از اینکه تصرفات سفیه نافذ نیست، و الا وجهی نداشت که دفع مال را متوقف بر آن کنند. یعنی این عدم جواز دفع مال یک حکم تکلیفی مستقل نیست، بلکه ارشاد به شرطیت رشد و بطلان معامله سفیه است.

اینکه آیه فقط در مورد یتیم وارد شده است اشکالی به استدلال وارد نمی‌کند، چون متفاهم عرفی از عبارت مذکور (عدم دفع مال به یتیم سفیه) این است که بخاطر این که سفیه صلاحیت تصرف ندارد مال را به او نمی‌دهند و در این جهت بین یتیم و غیر یتیم وجود ندارد. یعنی شرطیت رشد در یتیم به دلیل یک نکته‌ای است که آن نکته بین یتیم و غیر یتیم مشترک است و آن نکته این است که سفیه صلاحیت و أهلیت تصرفات را ندارد.

دلیل سوم: آیه «وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»

دلیل سوم بر شرطیت رشد در معاملات، تمسک به آیه دیگری از سوره نساء است. در آیه قبلی (آیه ۵) از همین سوره نساء آمده است: «وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَ ارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَ اكْسُوهُمْ وَ قُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا»^۲. در مورد اینکه مقصود از "اموالکم" در این آیه شریفه چیست، دو احتمال وجود دارد:

۱. سوره نساء، آیه ۶.

۲. سوره نساء، آیه ۵.

✓ (الف) اموال اولیاء: اولیای سفهاء نباید اموال خود را در اختیار سفیه قرار دهند. این احتمال با ظاهر ضمیر مخاطب در کلمه "اموالکم" تناسب دارد.

✓ (ب) اموال سفهاء: اولیاء نباید اموال سفهاء را در اختیار آنها قرار بدهند، یعنی "اموالکم" به معنای "اموالهم" است. سوال: پس چرا به جای ضمیر غایب، ضمیر مخاطب به کار رفته است؟ جواب: این اموال به عنوان امانت در دست اولیاء است و آنها موظف به حفظ آن هستند، و همین ارتباط اموال به آنها باعث شده است که اموال به آنها اضافه شود. به تعبیر دیگر اگرچه این نوع استعمال خلاف ظاهر است، لکن غیر متعارف نیست و با وجود قرینه استعمال صحیحی خواهد بود و مطابق با خطابات عقلاء است.

تقریب استدلال: اگرچه در بدو امر دو احتمال در آیه شریفه وجود دارد و بنابر احتمال اول آیه شریفه بر بطلان تصرفات سفیه در اموال خودش دلالت نمی‌کند، لکن احتمال دوم بر بطلان معامله دلالت می‌کند و قرائنی وجود دارد که مراد از آیه همان احتمال دوم است. دلالت معنای دوم بر محل بحث (شرطیت رشد) همان است که در آیه قبلی بیان شد. یعنی نهی از ایتاء مال به سفیه ارشاد است به بطلان تصرفات سفیه.

قرائن احتمال دوم

با توجه به اینکه ظاهر آیه شریفه {به قرینه‌ی ضمیر مخاطب "اموالکم"} با احتمال اول مناسبت دارد، به چه دلیل و قرائنی احتمال دوم متعین خواهد بود؟ برای تعین احتمال دوم قرائنی وجود دارد که عبارتند از:

قرینه اول

در ادامه همین آیه آمده است: «وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ». محقق اردبیلی می‌گوید اگر مراد از اموال، اموال اولیاء باشد لازم می‌آید که بر ولی واجب باشد که از اموال خود سفیه بر انفاق کند، در حالی که این انفاق واجب نیست. ولی اگر مراد از اموال، اموال سفیه باشد معنای ذیل قابل أخذ است و معنایش این است که با اموال سفهاء برای آنها انفاق کنید و احتیاجات آنها را تأمین کنید. اگر کسی بگوید که می‌توان مراد از اموال را اموال اولیاء قرار داد و آیه را حمل کرد به مواردی که سفیه واجب النفقه باشد، محقق اردبیلی جواب می‌دهد اگرچه این معنی فی نفسه صحیح است ولی حمل آیه بر این معنای مقید مستلزم تکلف و خلاف ظاهر است.^۱

۱. زبدة البیان، ص ۴۸۷: الَّذِي يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ أَمْوَالَهُمْ قَوْلُهُ تَعَالَى «وَأَرْزُقُوهُمْ فِيهَا» فَإِنَّ الضَّمِيرَ رَاجِعَ إِلَى السَّفَهَاءِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنِ الْمُرَادُ أَمْوَالَهُمْ يَلْزَمُ [إِجَابَ] أَرْزَاقِ السَّفَهَاءِ عَلَى غَيْرِهِمْ مُطْلَقًا، أَوْ عَلَى الْأَوْلِيَاءِ مِنْ غَيْرِ أَمْوَالِ السَّفَهَاءِ وَلَا قَائِلَ بِهِ، وَالتَّقْدِيرُ «إِنْ كَانُوا مِمَّنْ يَجِبُ نَفَقَتُهُمْ» تَكْلُفٌ.

قرینه دوم

در انتهای همین آیه آمده است: «وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا»، یعنی با گفتار خوش با آنها صحبت کنید جوری با سفهاء صحبت نکنید که آنها منكدر و ناراحت بشوند. محقق اردبیلی می‌فرماید مقصود این است که؛ وقتی سفیه اموال خود را مطالبه می‌کند به او بگویید: فعلاً داریم معامله می‌کنیم، بعداً که حالت خوب شد (رشد و خبرویتی پیدا کردی) اموال را به تو برمی‌گردانم. این نوع حرف زدن در جایی مناسب است که مراد از این اموال، اموال سفیه باشد. اگر این مال برای سفیه نباشد اصلاً جا ندارد که آن مال را مطالبه کند.^۱

- **ان قلت:** اگر سفیه آنچه را مطالبه می‌کند مال خودش نباشد، باز هم قول معروف مجال دارد. همان طور که در آیه صدقه آمده است: «قَوْلٌ مَعْرُوفٌ وَمَغْفِرَةٌ خَيْرٌ مِنْ صَدَقَةٍ يَتْبَعُهَا أَذَى»^۲.
- قلت:** قیاس این دو آیه مع الفارق است، در محل بحث ابتدا حکم شده است به اینکه احتیاجات سفیه با انفاق بر آنها برطرف می‌شود سپس می‌گوید که با قول معروف با آنها صحبت کنید. قول معروف، بعد از برطرف کردن احتیاجات بیشتر با این مناسبت دارند که اموال خود را بخواهند. یعنی گویا بعد از اینکه احتیاجات آنها برآورده می‌شود باز هم می‌گویند اموال ما را بدهید تا خودمان مستقل باشیم و لجاجت می‌کنند، آیه می‌گوید در اینجا با قول معروف با آنها صحبت کنید، و الا اگر اموال مال خود آنها نباشد بلکه به جهت فقر از اولیاء و افراد رشید در خواست کمک داشته باشند با دادن خوراکی و پوشاک جا برای مطالبه و لجاجت باقی نمی‌ماند تا مجال برای قول معروف پیدا شود .

قرینه سوم

محقق اردبیلی فرموده است که آیه بعدی (ابتلاء ایتام) هم قرینیت دارد. چون آیه بعدی نیز احکام ایتام و شرطیت رشد را بیان می‌کند و حکم می‌کند که دفع اموال ایتام به آنها متوقف بر رشد است و رشد شرط صحت معامله است. مضمون این آیه قرینه است بر اینکه مراد از اموال در آیه قبلی اموال سفهاء است، چون در هر دو حکم می‌کند که این اموال را تا قبل از رشد به آنها ندهید.^۳

۱. زبدة البیان، ص ۴۸۷: و ایضاً يدلّ علیه قوله «وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا» فَإِنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْخُطَابَ لِلْأَوْلِيَاءِ، أَوْ لِمَنْ بَيَّدهَ مَالِ السَّفَهَاءِ، لِأَنَّهُ فُسِّرَ بِأَن يَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا جَمِيلًا مَعْرُوفًا شَرعًا وَ عَقْلًا، بِأَن يَعْدهم وَعَدًا حَسَنًا، مِثْلَ إِنْ صَلَحْتُمْ وَرَشِدْتُمْ سَلَّمْنَا إِلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ أَوْ إِذَا رِبَحْتُمْ أَعْطَيْتُمْ أَوْ أَنْ يَتَلَطَّفُوا بِهِمْ وَ يَقَالَ لَهُمْ كَلَامٌ مَشْعَرٌ بِالرَّشْدِ وَ يَنْبَهُوهُمْ عَلَى ذَلِكَ وَ يَرشُدوهم إِلَيْهِ بِطَرِيقٍ حَسَنٍ وَ نَحْوِ ذَلِكَ.

۲. سوره بقره، آیه ۲۶۳.

۳. زبدة البیان، ص ۴۸۷: و يدلّ علیه ایضاً ما بعد الآية فَإِنَّهُ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْإِيتَامِ وَ الرِّشْدِ، وَ مِنْ بَيَّدهِ الْمَالِ وَ هُوَ مُؤَيَّدٌ لِلْعُمُومِ الَّذِي قُلْنَاهُ.

به نظر می‌رسد این قرینه تمام نیست، چون صرف اینکه آیه بعدی بر شرطیت رشد دلالت می‌کند قرینه نمی‌شود که در آیه قبلی نیز همین مطلب بیان می‌شود.

قرینه چهارم

هم آیه قبلی^۱ و هم آیه بعدی قرینه هستند بر اینکه مراد از اموال، اموال سفهاء است. یعنی در آیه قبلی مورد حکم این بود که اموال محجورین را به آنها بدهید و در آیه بعدی نیز موضوع حکم اموال محجورین است، پس در این آیه نیز موضوع حکم اموال محجورین خواهد بود.

محقق اردبیلی قرینیت آیه قبلی را از قاضی جصاص نقل می‌کند ولی این قرینه را بعید می‌داند و آن را نمی‌پذیرد. اینکه در چند آیه قبل (آیه ۲) موضوع یک حکمی اموال محجورین باشد چه قرینیتی دارد که موضوع حکم در این آیه نیز اموال محجورین باشد.

قرینه پنجم

آنچه مجال و معرضیت تحقق دارد این است که اموال سفیه را به او واگذار کنند، والا افراد رشید که اموال خود را عادةً در اختیار سفیه قرار نمی‌دهند تا آیه شریفه بخواهد از آن نهی کند. ظاهر نهی این است که می‌خواهد از آنچه را که مجال تحقق دارد نهی کند^۲.

قرینه ششم

قرینه ششم روایت علی بن ابی حمزة است که صاحب وسائل آن را از تفسیر عیاشی نقل می‌کند: «وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي حَمْزَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ، قَالَ هُمْ الْيَتَامَى لَا تُعْطُوهُمْ أَمْوَالَهُمْ حَتَّى تَعْرِفُوا مِنْهُمْ الرُّشْدَ قُلْتُ فَكَيْفَ يَكُونُ أَمْوَالُهُمْ أَمْوَالَنَا قَالَ إِذَا كُنْتَ أَنْتَ الْوَارِثَ لَهُمْ»^۳. در این روایت تصریح می‌کند به اینکه اموال سفهاء را به آنها ندهید و از ضمیر غایب استفاده شده است.

البته سند این روایت تمام نیست، چون سند عیاشی تا علی بن ابی حمزة بیان نشده است، علاوه بر اینکه اگر مراد از علی بن ابی حمزة علی بن ابی حمزة بطائی باشد تضعیف هم دارد.

۱. زبدة البیان، ص ۴۸۸: کأنه يريد بالمتقدمة قوله «وَأَتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ» نساء؛ آیه ۲ و هو بعید.

۲. فقه العقود، ج ۲، ص ۱۷۳: انّ غير السفیه لا يجعل عادة ماله تحت اختيار السفیه بلا حاجة إلى النهی، فهذا النهی ينصرف إلى النهی عن جعل مال السفیه تحت اختياره.

۳. وسائل الشیعة، ج ۱۹، باب ۴۵ از ابواب کتاب الوصایا، ص ۳۶۹، ح ۱۰. رک: تفسیر العیاشی، ج ۱، ص ۲۲۰، ح ۲۳.

قرائن احتمال اول

احتمال اول این بود که مراد از "اموالکم" اموال اولیاء باشد. برای این احتمال نیز قرائنی وجود دارد:

قرینه اول: ظاهر اولی "اموالکم" در اموال سفهاء است، چون ظهور اولی اضافه‌ی مال به یک نفر این است که این اضافه از باب ملکیت باشد نه از باب اختصاص تا با اضافه به غیر مالک هم سازگار باشد (البته در صورتی که آن غیر نسبتی با آن مال داشته باشد، مثل ولایت داشتن بر آن). اگرچه اضافه‌ی مال به غیر مالک نیز با وجود قرینه صحیح است، لکن خلاف ظاهر اولی است.

قرینه دوم: در روایات متعددی آمده است که اموال خود را به سفهاء ندهید و در آن روایات به این آیه استناد شده است. مثلاً در برخی روایات آمده است که اموال خود را به شارب الخمر ندهید، چون شارب الخمر سفیه است و به آیه «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ» استشهد شده است. برخی از این روایات عبارتند از:

۱. صحیحہ حریر: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ إِبْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عِيسَى عَنْ حَرِيرٍ قَالَ: كَانَتْ لِإِسْمَاعِيلَ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ دَنَانِيرُ وَ أَرَادَ رَجُلٌ مِنْ قُرَيْشٍ أَنْ يَخْرُجَ إِلَى الْيَمَنِ، فَقَالَ إِسْمَاعِيلُ يَا أَبَهُ إِنَّ فَلَانًا يُرِيدُ الْخُرُوجَ إِلَى الْيَمَنِ، وَ عِنْدِي كَذَا وَ كَذَا دِينَارًا فَتَرَى أَنْ أَدْفَعَهَا إِلَيْهِ يَبْتَاعَ لِي بِهَا بَضَاعَةً مِنَ الْيَمَنِ فَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَا بُنَيَّ أَمَا بَلَغَكَ أَنَّهُ يَشْرَبُ الْخَمْرَ فَقَالَ إِسْمَاعِيلُ هَكَذَا يَقُولُ النَّاسُ فَقَالَ يَا بُنَيَّ لَا تَفْعَلْ فَعَصَى إِسْمَاعِيلُ أَبَاهُ وَ دَفَعَ إِلَيْهِ دَنَانِيرَهُ فَاسْتَهْلَكَهَا وَ لَمْ يَأْتِهِ بِشَيْءٍ مِنْهَا فَخَرَجَ إِسْمَاعِيلُ، وَ قَضَى أَنَّ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ حَجَّ وَ حَجَّ إِسْمَاعِيلُ تِلْكَ السَّنَةَ فَجَعَلَ يَطُوفُ بِالْبَيْتِ وَ يَقُولُ اللَّهُمَّ أَجْرُنِي وَ أَخْلِفْ عَلَيَّ فَلَحِقَهُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَهَمَزَهُ بِيَدِهِ مِنْ خَلْفِهِ وَ قَالَ لَهُ مَهْ يَا بُنَيَّ فَلَا وَ اللَّهُ مَا لَكَ عَلَى اللَّهِ هَذَا وَ لَا لَكَ أَنْ يَأْجُرَكَ وَ لَا يُخْلِفَ عَلَيْكَ وَ قَدْ بَلَغَكَ أَنَّهُ يَشْرَبُ الْخَمْرَ فَاتَّمَنَّهُ فَقَالَ إِسْمَاعِيلُ يَا أَبَهُ إِنِّي لَمْ أَرَهُ يَشْرَبُ الْخَمْرَ إِنَّمَا سَمِعْتُ النَّاسَ يَقُولُونَ فَقَالَ يَا بُنَيَّ إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ يَقُولُ فِي كِتَابِهِ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ، يَقُولُ يُصَدِّقُ لِلَّهِ وَ يُصَدِّقُ لِلْمُؤْمِنِينَ فَإِذَا شَهِدَ عِنْدَكَ الْمُؤْمِنُونَ فَصَدِّقْهُمْ وَ لَا تَأْتِمِنْ شَارِبَ الْخَمْرِ إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ يَقُولُ فِي كِتَابِهِ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ، فَأَيُّ سَفِيهِ أَسْفَهُ مِنْ شَارِبِ الْخَمْرِ إِنَّ شَارِبَ الْخَمْرِ لَا يُزَوِّجُ إِذَا خَطَبَ وَ لَا يُشَفِّعُ إِذَا شَفَعَ وَ لَا يُؤْتَمِنُ عَلَى أَمَانَةٍ فَمَنْ اتَّمَنَّهُ عَلَى أَمَانَةٍ فَاسْتَهْلَكَهَا لَمْ يَكُنْ لِلَّذِي اتَّمَنَّهُ عَلَى اللَّهِ أَنْ يَأْجُرَهُ وَ لَا يُخْلِفَ عَلَيْهِ»^۱.

۲. موثقہ سکونی: «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ آبَائِهِ عَنْ عَلِيٍّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: الْمَرْأَةُ لَا يُوصَى إِلَيْهَا لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَ جَلَّ يَقُولُ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ»^۲. سند شیخ صدوق

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۹، باب ۶ از ابواب کتاب الودیعة، ص ۸۲، ح ۱.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۹، باب ۵۳ از ابواب کتاب الوصایا، ص ۳۷۹، ح ۱.

به سکونی مشکل ندارد.^۱ این روایت می‌گوید زن را وصیّ قرار ندهید، وصیّ قرار دادن زن به این است که موصی می‌خواهد اموال خود را در اختیار او قرار دهد. در این روایت برای نهی از وصیّ قرار دادن زن (سفیه تعبّدی) به همین آیه محل بحث استناد شده است.

البته در مقابل این روایت، روایاتی داریم که حکم می‌کنند به اینکه می‌توان زن را وصیّ قرار داد، برای جمع بین این دو دسته روایات وجوهی بیان شده است. یک جمع این است که نهی در روایت حمل بر کراهت شود. جمع دیگر این است که روایت ناهیه حمل بر تقیه شود، چون موافق با عامه است.^۲

بررسی قرائن دالّ بر احتمال اول

از هر دو قرینه تعیین احتمال اول جواب داده می‌شود. نسبت به قرینه اول گفته می‌شود: اگرچه ظهور اولی تعبیر "اموالکم" این است که اضافه‌اش ملکّی است، لکن ظهور اولی تا زمانی حجت است که قرینه‌ای بر خلافش نباشد. در حالی که قرائن متعددی بر خلاف معنای اول وجود دارد.

در پاسخ از قرینه دوم گفته می‌شود: قبول داریم که در این روایات برای ممنوع بودن دفع مال به شارب الخمر و وصیّ قرار دادن مرأه به آیه شریفه استشهد شده است و استشهد امام ۷ دلالت می‌کند بر اینکه آیه شریفه محل استشهد را هم شامل می‌شود، لکن صحت استشهد متوقف نیست بر اینکه مراد از "اموالکم" در آیه شریفه اموال اولیاء باشد بلکه حتی اگر مراد از آن اموال سفهاء باشد باز هم استشهد صحیح است.

توضیح بیشتر: صحت استشهد متوقّف نیست بر اینکه آیه به دلالت مطابقی شامل محل استشهد بشود بلکه ماگر آیه به دلالت التزامی شاملش بشود باز هم استشهد صحیح است. یعنی اگر معنای مطابقی آیه این باشد که اموال سفهاء را در اختیار آنها قرار ندهید (چون اموالشان را تضییع می‌کنند)، در این صورت مدلول التزامی آیه از باب اولویت این خواهد بود که اموال خودتان را در اختیار آنها قرار ندهید، تقریب اولویت این است که: وقتی سفهاء نسبت به اموال مالک هستند و از جهت صاحب مال بودن در خواست مالشان را دارند اما بخاطر در معرض ضیاع و فساد بودن شایسته نیست اولیاء، اموال آنها را در اختیارشان بگذارند، نسبت به اموال خود انسان رشید که سفهاء حقی در آن ندارند و بهانه مطالبه ندارند بطریق اولی شایسته نیست در اختیار آنها قرار بگیرد، اگر اولویت را هم نپذیریم از باب وحدت ملاک و عدم احتمال

۱. من لا یحضره الفقیه، ج ۴، مشیخه، ص ۴۵۹: و ما کان فیہ عن إسماعیل بن مسلم السکونیّ الکوفیّ فقد رویته عن أبی و محمد بن الحسن -رضی الله عنهما- عن سعد بن عبد الله، عن إبراهیم بن هاشم، عن الحسن بن یزید النوفلیّ، عن إسماعیل بن مسلم السکونیّ.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۹، باب ۵۳ از ابواب کتاب الوصایا، ص ۳۸۰: قَالَ الصَّدُوقُ إِنَّمَا يَعْنِي كَرَاهَةً اخْتِيَارِ الْمَرْأَةِ لِلْوَصِيَّةِ فَمَنْ أَوْصَى إِلَيْهَا لَزِمَهَا الْقِيَامُ بِالْوَصِيَّةِ عَلَى مَا تُؤْمَرُ بِهِ وَ يُوصَى إِلَيْهَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ وَ قَالَ الشَّيْخُ الْوُجْهُ فِيهِ أَنْ نَحْمِلَهُ عَلَى الْكَرَاهَةِ أَوْ عَلَى التَّقْيَةِ لِأَنَّهُ مَذْهَبُ كَثِيرٍ مِنَ الْعَامَّةِ قَالَ وَ إِنَّمَا قُلْنَا ذَلِكَ لِاجْتِمَاعِ عُلَمَاءِ الطَّائِفَةِ عَلَى الْفَتْوَى بِالْخَبَرِ الْأَوَّلِ.

فرق، حکم در اعطاء شخص مالش را به سفیه معلوم می شود. در نتیجه استشهاد امام ۷ در روایات با هر دو احتمال سازگار است بنابر این استشهاد به آیه شریفه قرینه اراده معنای اول نمی شود.

دلالت آیه بر شرطیت رشد بنابر احتمال اول

بحث دیگری که در ذیل این آیه شریفه وجود دارد این است که اگر کسی بگوید مراد از "أموالکم"، اموال اولیاء (احتمال اول) است، آیا باز هم این آیه دلالت بر اعتبار رشد در معاملات دارد؟ برخی از فقهاء معتقد شدند که حتی بنابر احتمال اول، آیه شریفه بر اعتبار رشد دلالت دارد. برای این قول سه تقریب ارائه شده است:

✓ **تقریب اول:** آیه می گوید اموال خود را در اختیار سفهاء قرار ندهید (تا آنها برای خود هزینه کنند)، بلکه شما خودتان نفقه آنها را تامین کنید، به این نحو که برای آنها لباس و غذا بخرید و به آنها بدهید. این معنا دلالت می کند بر اینکه سفهاء اهلیتی ندارند که آنها را بر اموال خود مسلط کنید و همین مقدار برای شرطیت رشد کافی است^۱.

✓ **تقریب دوم:** آیه می گوید مال خود را (مجاناً) در اختیار سفیه قرار ندهید. وقتی مدلول مطابقی آیه این شد که شخص سفیه از تصرف کردن در مال غیر که مجانی به او بذل شده محجور است با اینکه در صورت تلف یا اتلاف ضامن نیست، پس نسبت به تصرف در اموال خود به طریق اولی باید محجور باشد، چون نسبت به تلف یا اتلاف اموال غیر، خسارتی متوجه او نبود ولی نسبت به اموال خودش متضرر می شود^۲.

✓ **تقریب سوم:** مراد از آیه شریفه این است که اموال خود را در قالب معاوضه، در اختیار سفیه قرار ندهید. اگرچه فقرات بعدی این آیه مشعر به خلاف این معنا است، لکن روایات متعددی دلالت می کند که مراد از "أموالکم"، اموال مخاطبین است. ممنوع بودن اعطاء معاوضی معنایش فساد معامله خواهد بود^۳.

۱. العناوین الفقہیة، ج ۲، ص ۶۸۸: ثانیہما: ما أشیر إلیہ: من کون المراد أموال الأولیاء فنہوا عن إعطاء ذلک للسفہاء، بل أمروا بالإتفاق و القول المعروف. و هذا أیضاً یدل علی عدم کون السفیہ أهلاً لتسلیطہ علی المال، و هو کاف فی المدعی.

۲. العناوین الفقہیة، ج ۲، ص ۶۸۸: إن حجره عن مال الغیر المبدول لہ مجاناً بحیث لا ضرر علیہ فی تلفہ و إتلافہ یدل علی حجرہ فی مال نفسہ بالأولویة، فتدبر.

۳. تحریر المجلد، ج ۳، ص ۲۴۳: و الأصل فی ذلک قوله تعالی: وَ لَا تُؤْتُوا السُّفْهَاءَ أَمْوَالَكُمُ، بناءً علی ما هو الظاهر من أن المراد: لا تعطوا أموالکم معاوضه عن أموالهم، و إن کان بقیة الآیة قد تشعر بخلاف ذلک، و لکن الأخبار فیہ کثیرة. و هذا النهی وضعی یقتضی فساد المعاملة، و لازم ذلک أن من ابتاع من السفیہ مالا و دفع لہ الثمن فأتلفه لا ضمان علیہ، و یسترجع الولی المبیع سواء کان عالماً بسفہہ أم لا، و کذا لو باعه شیئاً، فلا تصح معاملاتہ التعاوضیة فضلاً عن معاملاتہ المجانیة کالہبہ و العاریة و نحوہما.

مناقشه در تقاریب مذکور

مناقشه در تقریب اول: بین نهی از اعطاء مال به سفیه و بطلان معاملات سفیه ملازمه‌ای وجود ندارد. چون ممکن است معامله‌ی آنها صحیح باشد و در عین حال اولیاء از اعطاء مال به آنها ممنوع باشند، به همان نحو که در اعطاء مال به شارب الخمر گفته شد که حتی اگر نهی در آنجا لزومی باشد باز هم دلالت نمی‌کند که معاملات شارب الخمر با آن مال باطل است. بنابراین عدم اعطاء مال به سفیه دلالت بر معامله سفیه نمی‌کند، بلکه چه بسا ادعا شود که این نهی اقتضاء می‌کند معامله‌ی آنها صحیح باشد و لذا شارع نهی کرد که اموال خودتان را در اختیار آنها قرار ندهید تا مبادا اموال‌تان توسط آنها تضییع شود.

مناقشه بر تقریب دوم: اولاً اینکه مفروغٌ عنه گرفتید که بر اساس مدلول مطابقی آیه، سفیه از تصرف در مال غیر که مجاناً به او بذل شده محجور است، اول الکلام است و دلیلی بر آن اقامه نکردید. ثانیاً سلمنا که مدلول مطابقی آیه این باشد که سفیه از تصرف در مال غیر که مجاناً به او بذل شده محجور است، لکن ملازمه‌ای وجود ندارد بین محجوریت از تصرف در مال غیر و بین محجوریت از تصرف در مال خود، همانطور که در حکم تکلیفی بین حرمت اضرار به غیر و حرمت اضرار به نفس ملازمه نیست چون تضییع مال غیر و اضرار بدنی به غیر مطلقاً جایز نیست در حالی که حرمت اضرار به نفس محل بحث است به نحوی که برخی ضررهای غیر مهم به نفس را جایز دانستند و فقط ضررهای مهم در حدّ از بین بردن عضو و مثل آن را حرام می‌دانند.

مناقشه بر تقریب سوم: آنچه از آیه استفاده می‌شود این است که دادن اموال به آنها ممنوع است، اما اشاره‌ای به اعطاء معاوضی نشده است، پس باید این اعطاء را حمل بر اعطاء مجانی کنیم. دلیل اول: اگرچه اصل اعطاء دو حصه (معاوضی-مجانی) دارد، لکن چون بیان اعطای معاوضی نیاز به قید زائد دارد، مقدمات حکمت اقتضاء می‌کند که عند الاطلاق حمل بر اعطای مجانی شود (كما قال المحقق الخراسانی فی الوجوب النفسی و التعینیّ و العینیّ). دلیل دوم: در ادامه همین آیه مطالبی آمده است که منافات با این برداشت (اعطاء معاوضی) دارد. در ادامه آیه آمده است: «وَ ارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ»، این فقره با اعطای مجانی سازگار است نه با اعطای معاوضی. یعنی آیه می‌گوید پول خود را مجاناً به سفیه واگذار نکنید تا خودشان لباس و غذا بخرند، بلکه خودتان مستقیماً برای آنها لباس و غذا بخرید و به آنها بدهید.

دلیل چهارم: آیه دین

دلیل چهارم بر شرطیت رشد در معاملات، تمسّک به آیه دین است. خداوند در آیه‌ی دین فرموده است: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ

ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُعْمَلَ هُوَ فَلْيُمْلَلْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ»^۱. در ابتدای آیه امر می‌کند که اگر دینی بین شما وجود دارد باید آن را املاء و مکتوب کنید، در ادامه می‌گوید اگر من علیه‌الحق سفیه باشد، املائی او نافذ نیست. املاء، حقیقتاً همان اقرار به دین است، وقتی اقرار سفیه به دینش نافذ نیست و در این حد هم اهلیت ندارد پس به طریق اولی تصرفات و تعهدات دیگرش هم نافذ نخواهد بود.

بنابراین از این آیه استفاده می‌شود که؛ اولاً شارع برای سفیه، ولیّ قرار داده است (ولو بالغ باشد). ثانیاً معاملات سفیه بالاستقلال صحیح و نافذ نیست.

*** تذکر:** مستفاد از آیات سه‌گانه‌ی فوق این است که تصرفات مالیّ سفیه ممنوع است، اعمّ از اینکه در مال خارجی تصرف معاملی بکند یا اینکه نسبت به یک مالی متعهّد و ملتزم بشود.

دلیل پنجم: روایات

دلیل پنجم بر شرطیت رشد در معاملات، تمسّک به روایات است. در طایفه اول و طایفه دوم از طوایف چهارگانه روایاتی که برای شرطیت بلوغ به آنها استدلال شده بود، روایاتی وجود دارد که مشتمل بر عبارتی هستند که شرطیت رشد نیز از آنها استفاده می‌شود:

۱. **طایفه اول؛** صحیح هشام بن سالم: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عِيسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ مَنْصُورٍ عَنْ هِشَامٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: انْقِطَاعُ يَتِمِّ الْيَتِيمِ بِالْاِحْتِلَامِ وَهُوَ أَشَدُّهُ، وَإِنْ اِحْتَلَمَ وَلَمْ يُؤْنَسْ مِنْهُ رُشْدُهُ، وَكَانَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا فَلْيُمْسِكْ عَنْهُ وَلِيُّهُ مَالَهُ. وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ حَازِمٍ عَنْ هِشَامٍ مِثْلَهُ»^۲.

این روایت صحیح السند است. مفادش این است که اگر صبیّ رشید و بالغ باشد، مالش به او دفع می‌شود و اگر سفیه یا مجنون بود ولیّ نمی‌تواند مال را به او دفع کند بلکه باید مال سفیه را پیش خودش نگه دارد. یعنی علاوه بر بلوغ، رشد هم شرطیت دارد.

۲. **طایفه دوم؛** صحیح عبد الله بن سنان: «وَفِي الْخِصَالِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَحْمَدَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ ابْنِ أَبِي نَصْرٍ عَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ الْخَادِمِ بَيَّاعِ اللَّوْلُو (عن عبد الله بن سنان) عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَأَنَا حَاضِرٌ عَنْ الْيَتِيمِ مَتَى يَجُوزُ أَمْرُهُ قَالَ حَتَّى يَبْلُغَ أَشَدُّهُ قَالَ وَ مَا أَشَدُّهُ قَالَ اِحْتِلَامُهُ قَالَ قُلْتُ: قَدْ يَكُونُ الْغُلَامُ ابْنَ ثَمَانَ عَشْرَةَ

۱. سوره بقره، آیه ۲۸۲.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۱ از ابواب کتاب الحجر، ص ۴۰۹، ح ۱.

سَنَةً أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ وَلَمْ يَحْتَلِمْ قَالَ إِذَا بَلَغَ وَكُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ (و نبت عليه الشعر) جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهَاً أَوْ ضَعِيفاً^۱.

این حدیث صحیح السند است. اگرچه در نقل و سائل راوی از امام ابو الحسین خادم است، ولی در خود خصال و بحار الانوار راوی از امام ۷، عبد الله بن سنان است. شاهد دیگر بر سقط عبد الله بن سنان از سند حدیث مذکور این است که همین مضمون که راوی بگوید «در مورد یتیم: سألہ أبی و أنا حاضر» در روایت دیگری وارد شده است که راوی اش عبد الله بن سنان است (موثقة عبد الله بن سنان). ابو الحسین الخادم همان آدم بن المتوکل است و مشکلی ندارد^۲. طریق دیگر برای توثیقش نقل بزنی از ایشان است که بر اساس قاعده توثیق مشایخ ثلاثه حکم به وثاقت او می شود. دلالت این روایت بر اعتبار رشد مشکلی ندارد.

۳. **طایفه دوم؛** موثقه عبد الله بن سنان: «وَعَنْهُ عَنْ مُحَمَّدٍ وَ أَحْمَدَ ابْنَيْ الْحَسَنِ عَنْ أَبِيهِمَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ عُمَرَ الْحَلَبِيِّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَ أَنَا حَاضِرٌ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشَدَّهُ قَالَ الْإِحْتِلَامُ قَالَ فَقَالَ يَحْتَلِمُ فِي سِتِّ عَشْرَةَ وَ سَبْعِ عَشْرَةَ سَنَةً وَ نَحْوَهَا فَقَالَ لَا إِذَا أَتَتْ عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَتْ لَهُ الْحَسَنَاتُ وَ كُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ وَ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهَاً أَوْ ضَعِيفاً فَقَالَ مَا السَّفِيهُ فَقَالَ الَّذِي يَشْتَرِي الدَّرْهَمَ بِأَضْعَافِهِ قَالَ وَ مَا الضَّعِيفُ قَالَ الْإِبْلَةُ»^۳.

این روایت به دلیل فطحی بودن بنو فضال که در سند روایت قرار دارند، موثقه است، و دلالتش بر اعتبار رشد در معاملات روشن است.

*** تذکر:** روایت اول مانند آیات سه گانه، فقط تصرفات مالی سفیه را ممنوع می کند، ولی روایت دوم و سوم با توجه به اینکه به نحو مطلق فرمودند: «جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهَاً أَوْ ضَعِيفاً»، مطلق تصرفات سفیه را ممنوع قرار می دهند، چه تصرفات مالی و چه تصرفات غیر مالی (مانند عقد نکاح یا اجیر شدن در عقد اجاره بنابر اینکه عمل حرّ قبل از عقد اجاره مال نیست بلکه بعد از اجاره مال می شود).

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۲ از ابواب کتاب الحجر، ص ۴۱۲، ح ۵.

۲. رجال النجاشی، ص ۱۰۴، شماره ۲۶۰: آدم بن المتوکل أبو الحسین بیاع اللؤلؤ: کوفی، ثقة، روی عن أبی عبد الله علیه السلام، ذکره أصحاب الرجال. له أصل رواه عنه جماعة.

۳. وسائل الشیعة، ج ۱۹، باب ۴۴ از ابواب کتاب الوصایا، ص ۳۶۳، ح ۸.

دلیل ششم: بناء عقلاء

دلیل ششم بر شرطیت رشد در معاملات، تمسک به بناء عقلاء است. روشن است که در بنای عقلاء، صحت معاملات منوط به رشد است. نزد عقلاء، فقط رشد معتبر است و بلوغ را شرط نمی‌دانند. این دلیل تمام است و جای مناقشه وجود ندارد.

جهت سوم: سعه و قلمرو شرطیت رشد

بنابر اینکه ادله مذکور (اجماع، آیات، روایات و بنای عقلاء) بر شرطیت رشد دلالت می‌کنند، میزان دلالت هر یک از آنها چقدر است؟ به عبارت دیگر بنابر اعتبار رشد و بطلان معاملات سفیه، در مورد اینکه آیا مقصود از تصرفات و معاملات سفیه، مطلق تصرفات و معاملات سفیه است یا معاملات استقلالی او، صور مختلفی وجود دارد که حکم هر یک از آنها باید بر اساس ادله مذکور مشخص شود.

قبل از اینکه حکم صور مختلف را بیان کنیم، ابتدا کلمات برخی از فقهاء و بزرگان را در مورد قلمرو محجوریت سفیه نقل می‌کنیم و سپس به بیان اقسام تصرفات سفیه و احکام آن خواهیم پرداخت:

مرحوم شهید اول در کتاب القواعد والفوائد در مورد محجوریت سفیه می‌فرماید: سفیه در اسباب قولی محجور است نه در اسباب فعلی. مراد ایشان از اسباب قولی عقد بیع، نکاح و ... است، و مرادشان از اسباب فعلی حیازت و ... است. چون اسباب فعلی نفع محض هستند و مشتمل بر ضرر یا تضییعی بر سفیه نیستند، ولی اسباب قولی در معرض زیان قرار دارد. نتیجه‌ی تفصیل مذکور این است که اگر سفیه با اُمه‌ی خود نزدیکی کند و اُمه باردار شود، این اُمه اُم ولد می‌شود و بعد از مرگ مولی آزاد خواهد بود. لکن اگر سفیه بخواهد با لفظ اُمه‌ی خود را عتق کند، این عتق صحیح واقع نمی‌شود.^۱ ایشان در جای دیگر می‌فرماید: محجوریت سفیه، به معنای مسلوب العبارة بودن سفیه نیست. بلکه می‌تواند وکیل از غیر شود و انشاء قولی انجام دهد. آن تصرفاتی که علیه سفیه باشد، به نحو استقلالی نافذ نیست.^۲

۱. القواعد و الفوائد، ج ۲، قاعده ۱۶۸، ص ۷۱-۷۲: الحجر علی الصبی و السفیه لا یؤثر فی الأسباب الفعلیه، کالاحتطاب و الاحتشاش (فیملکان بهما)، بخلاف الأسباب القولیه، کالبیع و غیره؛ لأن الأسباب الفعلیه فوائد محضة غالباً، بخلاف القولیه، فإنها من باب المکایسه و المعابنه، و عقلهما قاصر عن ذلك. و علی هذا: لو وطئ السفیه أُمته، فأحبها، صارت أُم ولد، و یكون وطؤه مباحاً و إن استعقب العتق، و لو أعتقها باللفظ لم یصح؛ لأن الطبع و تحصین الفرج یدعوه إلى الوطء، فلا یمنع خوفاً من نقص الثمن أو البدن، فإذا أبیح الوطء ترتب علیه مسیبه. و لهذا قیل: السبب الفعلی أقوى؛ لنفوذ من السفیه بخلاف القولی.

۲. القواعد و الفوائد، ج ۲، قاعده ۲۶۱، ص ۲۷۰: حجر السفیه متردد بین الأمرین، هل هو لنقصه أو لحفظ ماله؟ فإن قلنا لنقصه، سلبت عبارته، أصلاً و رأساً، و إلا سلب استقلاله، و هو الوجه. فعلى هذا، یصح أن یتوکل لغيره، و أن یمشی عقود نفسه بإذن ولیه، و یقبل إقراره بما لا یوجب مالا.

مرحوم فاضل مقداد در مورد قلمرو محجوریت سفیه می‌فرماید: سفیه در اموال محجور است و تصرفات غیر مالی سفیه نافذ است، لذا طلاق سفیه صحیح واقع می‌شود و همچنین اقرار در غیر مال^۱. ایشان در کنز العرفان می‌فرماید: «الحجر علی السفیه مختص بالتصرف المالی عملاً بالعلّة، فیکع تصرفه فی غیر المال کاستیفاء القصاص و الطلاق و غیرهما، بخلاف الصبی»^۲.

مرحوم مراغی در عناوین می‌فرماید: رشد در مطلق معاملات شرط نیست، بلکه فقط در تصرفات مالی شرط است. سفیه مسلوب العبارة نیست تا وکیل شدن در انجام عقود مالی نیز باطل باشد^۳.

مرحوم سید یزدی در کتاب الإجارة می‌فرماید: در مورد اینکه آیا سفیه می‌تواند در عقد اجاره خود را اجیر قرار دهد یا نه، دو احتمال وجود دارد. یک احتمال این است که اجیر شدن نیز تصرف مالی محسوب می‌شود، چون با اجیر شدن تحصیل مال می‌کند و تصرف مالی بر آن صدق می‌کند. احتمال دوم اینکه اجیر شدن تصرف در مال موجود نیست، در حالی که ادله‌ی حجر سفیه تصرفات مالی سفیه را ممنوع کردند. با وجود احتمال دوم معلوم می‌شود: بطلان نکاح زنی که سفیه است، محل نظر است، با این بیان که؛ منفعت بضع که این زن به زوج تملیک می‌کند مال نیست تا از تصرف در آن ممنوع باشد، لذا حکم به بطلان نکاح زن سفیه محل اشکال و نظر است^۴.

ایشان در کتاب النکاح فرمود: اگر سفیه، وکیل غیر باشد، عقد نکاحی که از طرف موکل انجام می‌دهد اشکالی ندارد^۵.

ایشان در جای دیگر از کتاب النکاح فرموده است: نکاح مرد سفیه جز با اذن ولی نافذ نیست^۱.

۱. التنتیح الرائع، ج ۲، ص ۱۸۱: و السفیه هو الذی یصرف الأموال فی غیر الأغراض الصحیحة. فلو باع و الحال هذه لم یمض بیعه. و کذا لو وهب أو أقر بمال. و یصح طلاقه و ظهاره و إقراره بما لا یوجب مالا.

۲. کنز العرفان، ج ۲، ص ۱۱۰.

۳. العناوین الفقهیة، ج ۲، عنوان ۸۷، ص ۶۸۶: نعم، هو شرط فی التصرفات المالیة، و هو ما یقال: إن السفیه محجور علیه فی المالیات. و بعبارة اخرى: عبارته لیست ملغاة حتی لا یصح توکیله فی العقد أیضا، بل إنما هو محجور علیه فی التصرف فی الأمر المالی، لا مطلقا. أما عدم اشتراطه فی اعتبار اللفظ، فلأن عمومات العقود و الإیقاعات أنواعا و أجناسا شاملة لمعاملات السفیه و ألفاظه الصادرة عنه من حیث هو عقد، فلا مانع من صحته، لعدم المعارض.

۴. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، کتاب الإجارة، فصل فی أركانها، مساله ۲، ص ۱۲-۱۴: أما السفیه فهل هو كذلك -أی تصح إجارة نفسه للاکتساب مع کونه محجورا عن إجارة داره مثلا- أو لا؟ وجهان من کونه من التصرف المالی وهو محجور، ومن أنه لیس تصرفا فی ماله الموجود بل هو تحصیل للمال، ولا تعد منافعه من أمواله، خصوصا إذا لم یکن کسوبا، ومن هنا یظهر النظر فیما ذکره بعضهم من حجر السفیهة من تزویج نفسها، بدعوى أن منفعة البضع مال فإنه أیضا محل إشکال.

۵. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، کتاب النکاح، فصل فی العقد و أحكامه، مساله ۱۴، ص ۶۰۴: لا بأس بعقد السفیه إذا کان وکیلا عن الغیر فی إجراء الصیغة، أو أصیلا مع إجازة الولی. و کذا لا بأس بعقد المکره علی إجراء الصیغة للغیر، أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك.

صور تصرفات سفیه

بنابر اینکه ادله مذکور (اجماع، آیات، روایات و بنای عقلاء) بر شرطیت رشد دلالت می‌کنند، میزان دلالت هر یک از آنها چقدر است؟ به عبارت دیگر بنابر اعتبار رشد و بطلان معاملات سفیه، در مورد اینکه آیا مقصود از تصرفات و معاملات سفیه، مطلق تصرفات و معاملات سفیه است یا معاملات استقلالیه او، صور مختلفی وجود دارد که حکم هر یک از آنها باید بر اساس ادله مذکور مشخص شود. به طور کلی همان تصرفاتی که برای صبی مطرح شده است، برای سفیه نیز مطرح است:

۷. سفیه معامله‌ی مال خود را به صورت مستقل و جدای از ولی انجام بدهد (مأذون نیست؛ نه در اصل معامله و نه در جزییات آن).

۸. سفیه با اذن ولی در مال خود تصرف و معامله می‌کند (در اصل معامله مأذون است)، ولی جزییات معامله (تعیین أجل، قیمت و ...) را خود سفیه انجام می‌دهد. استقلال سفیه نسبت به جزییات معامله در این فرض مثل استقلال وکیل در انجام جزییات معامله است. یعنی همان طور که مأذون بودن وکیل منافاتی با استقلال او در انجام معامله ندارد، سفیه نیز مأذون می‌باشد لکن مستقل در انجام معامله است (ولی به سفیه می‌گوید: فلان متاع را که مال خودت است به هر قیمتی که می‌خواهی می‌توانی بفروشی).

۹. سفیه هم در اصل معامله و هم در جزییات معامله (مثل تعیین قیمت) مأذون از جانب ولی است. در واقع سفیه در این فرض به منزله وسیله‌ای برای ابراز قصد معامله توسط ولی است - مثل ضبط صوت - (ولی به سفیه می‌گوید: فلان متاع خود را به فلان قیمت می‌توانی بفروشی). در این صورت سفیه صرفاً انشای معاملی ولی را ابراز می‌کند، ولی معامله منسوب به خود ولی است.

۱۰. سفیه با اذن غیر، در مال آن شخص تصرف می‌کند و مال غیر را برای مالکش معامله می‌کند (وکالت) به نحوی که جزییات معامله (تعیین أجل، قیمت و ...) بر عهده‌ی سفیه است.

۱۱. سفیه صرفاً تصرف در نفس می‌کند و امر مرتبط با مال انجام می‌دهد نه اینکه مالی را معامله کند (تعهد و قرار معاملی انجام می‌دهد، لکن مال را مورد معامله و تعهد قرار نمی‌دهد). به عنوان مثال آیا سفیه می‌تواند خود را در

۱. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، کتاب النکاح، فصل فی أولیاء العقد، مساله ۷، ص ۶۲۷-۶۲۸: لا یصح نکاح السفیه المبذّر إلّا بإذن الولی و علیه أن یعیّن المهر و المرأة، و لو تزوّج بدون إذنه وقف علی إجازته، فإن رأى المصلحة و أجاز صحّ، و لا یحتاج إلى إعادة الصیغة، لأنّه لیس کالمجنون و الصبیّ مسلوب العبارة. و لذا یصحّ وکالته عن الغير فی إجراء الصیغة، و مباشرته لنفسه بعد إذن الولی.

عقد اجاره اجیر کند تا مستحقّ اُجرت شود؟ بنا بر این قول که عمل حرّ قبل از عقد اجاره مال نیست، بلکه بعد از اجاره مال می‌شود. مثال دیگر اینکه آیا سفیه می‌تواند خود را به عقد نکاح کسی در بیاورد؟

۱۲. عمل سفیه برای تحصیل مال باشد نه تصرّف در مال، یعنی فعل یا تصرفی انجام دهد که مالی را برای خودش تحصیل کند نه اینکه مالی را از ملکش خارج کند (نه اموالش را مورد معامله قرار می‌دهد و نه تعهد و قرار معاملی برقرار می‌کند). مثلاً اگر مالی را به عنوان هبه قبول کند، آیا هبه برای او واقع می‌شود یا نه؟ آیا سفیه می‌تواند با حیازت مالک شود (در صورتی که در حصول ملکیت قصد حیازت معتبر باشد)؟ آیا می‌تواند عمل مورد جعّاله را به قصد دریافت جُعْل انجام دهد تا مستحقّ جُعْل شود؟

حکم صورت اول و دوم و سوم

ادله اعتبار رشد صورت اول و صورت دوم را قطعاً شامل می‌شود، لذا در این دو صورت حکم به بطلان معاملات سفیه می‌شود. چون آیات سه‌گانه و روایات مذکور شامل این دو صورت می‌شوند. این ادله دلالت می‌کردند بر اینکه تصرفات مالی سفیه ممنوع است.

صورت سوم، قطعاً مشمول ادله حجرِ سفیه واقع نمی‌شود، لذا حکم به صحت معامله می‌شود. چون در این صورت معامله کننده‌ی حقیقی ولیّ است و سفیه فقط وسیله‌ی ابراز قصد ولیّ است.

حکم صورت چهارم

در صورت چهارم، معامله‌ی انجام شده هم به سفیه نسبت داده می‌شود^۱ و هم به موکّل. از جهت اینکه به موکّل انتساب دارد، قطعاً مشمول ادله حجرِ سفیه نیست و بخاطر شمول اطلاعات صحت معامله حکم به صحت آن می‌شود. و از جهت اینکه به سفیه انتساب دارد نیز مشمول ادله حجرِ سفیه نیست و حکم به صحت آن می‌شود. اینکه در مورد صبیّ، معامله را از جهت انتساب به صبیّ در فرض وکالت باطل می‌دانستیم، دلیلش این بود که در آنجا روایات رفع قلم از صبیّ را داشتیم. حدیث رفع قلم باعث می‌شود که معامله‌ی انجام شده توسط صبیّ (ولو به عنوان وکیل)، به عنوان فعلی از افعال صبیّ اثر نداشته باشد و باطل باشد، و این مطلب (بطلان معامله از حیث اضافه به صبیّ) منافات ندارد با اینکه معامله‌ی مورد نظر از حیث اضافه به موکّل صحیح باشد. اما در مورد سفیه، حدیث رفع قلم یا دلیل دیگری که فعل او را

۱. یعنی این فعل، حقیقه فعل سفیه است و می‌توانیم بگوییم که سفیه کرده است (ولو به عنوان وکیل). لکن این بیع، حقیقه بیع سفیه نیست و امری از امور او به حساب نمی‌آید، بلکه امری از امور موکّل و شأنی از شؤون او محسوب می‌شود (چون در فرض وکالت، وکیل وسیله‌ای برای انجام کار برای دیگری است) تا روایات طایفه دوم شامل آن شود.

از جهت انتساب به او (عمل وکالتی او را) بلااثر کند نداریم، لذا این معامله‌ی وکالتی سفیه هم از حیث اضافه به موکل صحیح است و هم از حیث اضافه به وکیل (سفیه).

حکم صورت پنجم

صورت پنجم این بود که سفیه در مال موجود تصرف نمی‌کند بلکه در نفس تصرف می‌کند. مثلاً آیا سفیه می‌تواند در ضمن عقد اجاره خود را اجیر کند (بنابر اینکه منافع و عمل حرّ قبل از عقد اجاره مال نباشد)؟ و مثلاً آیا عقد نکاح زن یا مرد سفیه صحیح است؟ آیات سه‌گانه و روایات طایفه اول با مدلول مطابقی خود صورت پنجم را شامل نمی‌شوند، چون مدلول مطابقی آنها محجوریت سفیه از تصرفات مالی بود، در حالی که اجیر در عقد اجاره تحصیل مال می‌کند نه تصرف در مال و آنچه به دیگری واگذار می‌کند مال نیست. لکن سه وجه برای بطلان معامله در صورت پنجم بیان می‌شود:

وجه اول

آیات سه‌گانه و روایات طایفه اول با مدلول مطابقی خود صورت پنجم را شامل نمی‌شوند، لکن به مدلول التزامی این صورت را شامل می‌شوند. برای این وجه دو تقریب قابل ارائه است؛

✓ تقریب اول (فحوی): با مراجعه به ادله و خطابات شرعی معلوم می‌شود که اهتمام شارع نسبت به نفس بیشتر (اکثر و اشدّ) از اهتمام شارع به مال است. لذا وقتی شارع سفیه را از تصرف در مالش محجور کرده است، معلوم می‌شود که او را از تصرف در نفس به طریق اولی محجور کرده است.

✓ تقریب دوم (وحدت ملاک): ملاک محجوریت سفیه از تصرف در اموال، در تصرف سفیه در نفس نیز وجود دارد. چون می‌دانیم که محجوریت سفیه به خاطر قصور ذاتی او (خفت عقل و ضعف ادراک) در حفظ اموال است، یعنی مصلحت و مفسده را درست تشخیص نمی‌دهد و اموال خود را در غیر محلّش استفاده می‌کند و موجب تضییع یا تلف مال می‌شود. این علّت هم در اموال و هم در اعمال و منافع وجود دارد. مرحوم آقای خوئی در کتاب الاجارة تقریب دوم را ذکر فرموده‌اند.^۱

۱. الموسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۰، ص ۵۲؛ و أمّا السقیة فمحجوریتة نشأت عن قصور فی ذاته من أجل سفاهته و خفة عقله و ضعف إدراکه، الموجب لتلف المال و تبذیره و صرفه فی غیر محلّه جهلاً منه بالمصلحة و المفسدة، فرّما یبیع ما یسوی خمسين بدرهم واحد، و هذه العلة كما ترى تشترک فیها الأموال و الأعمال، إذ كما یبیع ماله علی النحو الذی ذکر کذلک ربّما یؤاجر نفسه بإزاء درهم لعمل اجرة مثله خمسون درهماً، فلا فرق بین المال و العمل فی العلة المقتضیة للحجر، و كما أنّ حفظ مصالحه فی أمواله أمواله یتدعی نصب الولی فکذا فی أعماله بمنای واحد.

وجه دوم

روایات طایفه دوم قطعاً صورت پنجم را شامل می‌شود. چون اجیر شدن یا تملیک بضع یا تعهد و التزام به أداء مهر، امری از امور اشخاص محسوب می‌شود.

وجه سوم

وجه سوم این است که در مورد خصوص نکاح زن سفیه (ولو ثیب^۱) که از مصادیق صورت پنجم است، دلیل خاص بر بطلان وجود دارد:

۱. صحیحہ فضلاء: «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْفَضِيلِ بْنِ يَسَارٍ وَ مُحَمَّدٍ بْنِ مُسْلِمٍ وَ زُرَّارَةَ وَ بُرَيْدِ بْنِ مُعَاوِيَةَ كُلِّهِمْ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: الْمَرْأَةُ الَّتِي قَدْ مَلَكَتْ نَفْسَهَا غَيْرُ السَّفِيهِةِ وَلَا الْمَوْلَى عَلَيْهَا تَزْوِيحُهَا بِغَيْرِ وَلِيٍّ جَائِزٌ. وَ رَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنْ عَلِيٍّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ إِبْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ عُمَرَ بْنِ أُذَيْنَةَ عَنِ الْفَضِيلِ وَ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ وَ زُرَّارَةَ وَ بُرَيْدٍ وَ رَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ: مِثْلَهُ»^۲.

سند این روایت صحیح است. بر اساس این روایت، زنی که ثیب باشد، برای نکاح خود نیاز به اذن ولی ندارد، البته در صورتی که سفیه نباشد. موضوع حکم در این روایت تقیید شد به زنی که سفیه نباشد، مفهوم تقیید مذکور این است که اگر سفیه بود نیاز به اذن ولی دارد. مرحوم خویی در اینجا توضیح دادند که؛ اگرچه مفهوم وصف به معنایی که مشهور می‌گویند را قبول نداریم، لکن مفهوم وصف به نحو فی الجمله را قبول داریم^۳.

اینکه مرحوم سید یزدی در مساله ۲ از کتاب اجاره بطلان نکاح زن سفیه را محل اشکال دانستند^۴، مرحوم خویی در ذیل کلام ایشان می‌فرماید: «ینبغی أن یعدّ هذا من غرائب ما صدر منه (قدس سره) مع تضلّعه و کثرة اطلاعہ علی الروایات، إذ لو فرضنا أنّ القاعدة اقتضت اختصاص محجوریة السفیه بأمواله فقط دون أعماله و

۱. ثیب به معنای بیوه است و در مقابل دوشیزه (باکره) قرار دارد (قدر متیقن: زنی که شوهر داشته و بعد از دخول بی‌شوهر شد، اعم از اینکه طلاق گرفته باشند یا شوهر فوت کرده باشد). زن بیوه (ثیب) در صورتی که بالغ و رشید باشد مورد ولایت کسی قرار ندارد و می‌تواند بدون اذن پدر یا جد پدری ازدواج کند. در مورد اینکه ملاک ثیب بودن، مطلق دخول است یا دخول شرعی یا ازدواج اختلافاتی وجود دارد.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۰، باب ۳ از ابواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ص ۲۶۷، ح ۱.

۳. موسوعة الإمام الخوئی، ج ۳۰، ص ۵۴: أن الوصف وإن لم یکن له مفهوم بالمعنی المصطلح أعنی: الانتفاء عند الانتفاء کما فی مفهوم الشرط لکن لا مناص من الإذعان بدلالته علی عدم اشتراك الفاقد للقیّد مع الواجد فی الحکم المترتب علیہ، بحیث یكون موضوع الحکم هو الطبیعی الجامع بینهما، و إلّا لأصبح ذکر القیّد لغواً محضاً، فلو كانت السفیهة مشاركة مع غیرها فی استقلالها فی التزویج لکان التقیید بغير السفیهة فی الصحیحة من اللغو الظاهر. فلا جرم یستفاد منها اختصاص الحکم بغير السفیهة، أمّا هی فتحتاج فی نکاحها إلى إجازة الولی.

۴. العروة الوثقی (المحشی)، ج ۵، کتاب الإجارة، فصل فی أركانها، مساله ۲، ص ۱۲-۱۴.

بنینا مثلاً علی صحّة إجارته نفسه، إلّا أنّ خصوص النکاح مستثنی من تلك الأعمال و خارج عن مقتضى القاعدة، من أجل ورود النصّ الخاصّ فيه»^۱.

۲. روایت زرارة: «بإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِسْمَاعِيلَ الْمِثْمِيِّ عَنْ فَضَالَةَ بْنِ أَيُّوبَ عَنْ مُوسَى بْنِ بَكْرِ عَنْ زُرَّارَةَ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ مَالِكَةً أَمْرَهَا تَبِيعٌ وَ تَشْتَرِي وَ تُعْتِقُ وَ تُعْطَى مِنْ مَالِهَا مَا شَاءَتْ فَإِنْ أَمْرَهَا جَائِزٌ تَزَوُّجٌ إِنْ شَاءَتْ بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِئِهَا وَإِنْ لَمْ تَكُنْ كَذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ تَزْوِجُهَا إِلَّا بِأَمْرِ وَلِيِّهَا»^۲.

در این روایت نسبت به زنی که در اموراتی نظیر بیع، شراء، هبه و ... مالک امرش باشد و نیاز به اجازه‌ی ولیّ نداشته باشد حکم کرده است که برای ازدواجش نیاز به اجازه‌ی ولیّ ندارد. زن سفیه از موضوع این روایت خارج است، چون اختیار بیع و شراء اموالش را ندارد. بر همین اساس برخی اعلام از این روایت استفاده کردند که نکاح زن سفیه جایز نیست^۳.

لکن اشکالی در استدلال به این روایت وجود دارد، به این نحو که؛ موضوع این روایت همان ثیب بودن است (کما أشار إليه صاحب الوسائل^۴)، و امکان بیع و شراء در ثبوت حکم تاثیر ندارد، بلکه این‌ها عنوان مشیر هستند. شاهد بر عنوان مشیر بودن امکان بیع و شراء، صحیحه فضلاء است که در هر دو روایت موضوع اصلی و واقعی را عنوان «قَدْ مَلَكَتْ نَفْسَهَا - مَالِكَةً أَمْرَهَا» قرار دادند. پس آنچه از این روایت استفاده می‌شود بیش از این نیست که ثیب احتیاج به اذن ولیّ ندارد (به عبارت دیگر موضوع این روایت فقط عنوان ثیب است نه زن عاقل بالغ غیر سفیه).

این روایت اشکال سندی هم دارد، چون شیخ طوسی طریق خود به علی بن اسماعیل میثمی را نه در مشیخه و نه در فهرست ذکر نکرده است. مضافاً به اینکه مرحوم خویی در مورد ایشان فرموده است: خود علی بن اسماعیل میثمی (نوه میثم تمّار) هم اگرچه از متکلمان برجسته بوده لکن مدح یا توثیق صریح در مورد او وارد نشده است. لذا اینکه مرحوم بروجردی از این روایت تعبیر به موثقه کردند^۵، محل اشکال است^۶.

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۰، ص ۵۳-۵۴.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۰، باب ۹ از ابواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ص ۲۸۵، ح ۶.

۳. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۰، ص ۵۵: قد دلّت بوضوح علی أنّها إذا لم تكن مالكة أمرها والسفیهة كذلك طبعاً فلا تتزوج إلّا بأمر الولی.

۴. وسائل الشیعة، ج ۲۰، باب ۹ از ابواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ص ۲۸۵، ذیل ح ۶: لَا يَبْعُدُ أَنْ يُرَادَ مِنَ الْمَالِكَةِ أَمْرُهَا الثَّيِّبُ.

۵. العروة الوثقى (المحشی)، ج ۵، کتاب الإجارة، فصل فی أركانها، مساله ۲، ص ۱۳ (بروجردی): و قوله (عليه السلام) فی موثقة موسى ابن بكير عن زرارة عنه (عليه السلام) إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبیع و تشتري •

۶. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۰، ص ۵۵: أنّ سندها لا يخلو عن الخدش و إنّ عبّر عنها بالموثقة فی بعض الكلمات، نظراً إلى أنّ علی بن إسماعیل و إنّ كان من وجوه المتكلمين و قد كتب فی الإمامة كتاباً علی ما نصّ عليه الشيخ و النجاشی، إلّا أنّه لم يرد فيه أى مدح أو توثيق ما عدا رواية صفوان عنه الذى هو من أصحاب الإجماع، و قد ذكرنا غیر مرة أنّ رواية هؤلاء عن أحد لا تدلّ علی توثيقه بوجه.

این دو روایت در مورد نکاح زن سفیه وارد شده بودند و شامل مرد سفیه نمی‌شوند، ولی در عین حال وجه بطلان نکاح نسبت به مرد سفیه روشن‌تر است. چون عقد نکاح مرد سفیه اگرچه مستقیماً و مباشرةً تصرف مالی نیست، ولی متضمن تعهد و تصرف مالی (التزام به أداء مهر) است، لذا آیات سه‌گانه و روایات (طایفه اول و دوم) شامل این قسم می‌شوند. توضیح بیشتر: صحت عقد موقت منوط به ذکر مهر است به نحوی که اگر مهر ذکر نشود اصلاً عقد موقت صحیح واقع نمی‌شود. صحت عقد دائم اگرچه منوط به ذکر مهر نیست، لکن حتی اگر مهر را در ضمن عقد ذکر نکنند (عمداً یا سهواً)، نوبت به پرداخت مهر المثل می‌رسد.

حکم صورت ششم

صورت ششم این بود که سفیه نه التزام و تعهدی نسبت به امری پیدا می‌کند و نه در مال موجود تصرف می‌کند بلکه صرفاً تحصیل مال می‌کند، مثل اینکه هبه را قبول می‌کند یا چیزی را با حیازت یا احیا تملک می‌کند (بنابر اینکه حیازت یا احیا، امر قصدی باشد). آیات سه‌گانه و روایات طایفه اول که در مورد اموال موجود سفیه بودند این صورت را شامل نمی‌شوند. لکن طایفه دوم (عدم جواز امر سفیه) صورت ششم را شامل می‌شود. چون این طایفه از روایات مطلق امور سفیه^۱ (له یا علیه) را منوط به رشد می‌کنند، اعم از اینکه به نفع او باشد یا به ضرر او.

بررسی کلام شهید اول

بعد از اینکه معلوم شد صورت ششم نیز مشمول ادله حجر سفیه است و در این صورت هم حکم به بطلان تصرفات سفیه می‌شود، روشن می‌شود که کلام مرحوم شهید اول در کتاب قواعد و فوائد محل اشکال است. ایشان در قاعده ۱۶۸ از کتاب قواعد و فوائد بین تصرفات قولی و تصرفات فعلی سفیه تفصل دادند و فرمودند: ادله حجر سفیه، اسباب قولی را منع می‌کنند نه اسباب فعلی را. چون اسباب فعلی نفع محض هستند و مشتمل بر ضرر یا تضییقی بر سفیه نیستند، ولی در اسباب قولی اموال در معرض زیان قرار دارد و عقل سفیه از این جهت قاصر است. نسبت به این تفصیل مذکور حکمی را متفرع کردند؛ اگر سفیه با أمه‌ی خود نزدیکی کند و أمه باردار شود، این أمه أمّ ولد می‌شود و بعد از مرگ مولی آزاد خواهد بود. لکن اگر سفیه بخواهد با لفظ أمه‌ی خود را عتق کند، این عتق صحیح واقع نمی‌شود.^۲

۱. مراد از امر سفیه، امورات قصدی سفیه هستند، یعنی آنجایی که فعل قصدی موضوع حکم است، مانند معاملات به معنای اخص (عقود و ایقاعات) و آنچه ملحق به معاملات هستند مثل قبض و حیازت قصدی.

۲. القواعد و الفوائد، ج ۲، قاعده ۱۶۸، ص ۷۱-۷۲: الحجر علی الصبی و السفیه لا یؤثر فی الأسباب الفعلیه، کالاحتطاب و الاحتشاش (فیملکان بهما)، بخلاف الأسباب القولیه، کالبیع و غیره؛ لأن الأسباب الفعلیه فوائد محضة غالباً، بخلاف القولیه، فإنها من باب المکایسه و المغابنه، و عقلهما

به نظر می‌رسد تفصیل مذکور تمام نیست، چون وقتی مقتضای اصل اولی (استصحاب عدم ترتیب اثر)، عدم تاثیر سبب است، مجرد نفع محض بودن و فایده داشتن اسباب فعلی موجب نمی‌شود که آنها را ذات اثر و نافذ بدانیم. مگر اینکه کلام مرحوم شهید توجیه شود به اینکه؛ اگرچه مقتضای اصل اولی عدم تاثیر سبب و فساد معاملات است، لکن اطلاعات و عموماتی وجود دارد که مطلق اسباب (فعلی یا قولی) را موثر در اثر قانونی و حقوقی قرار می‌دهد. بله، اگر در برابر این اطلاعات و عمومات، مانع وجود داشته باشد، به مقدار مانع از این اطلاعات و عمومات رفع ید می‌شود. در محل بحث، ادله حجر مانع از نفوذ تصرفات سفیه است، ولی این ادله در جایی جاری می‌شوند که آن اثر قانونی به ضرر سفیه باشد. لذا در مواردی که آن اثر قانونی به نفع سفیه باشد (اسباب فعلی)، جریان اطلاعات و عمومات بلامانع است.

به نظر می‌رسد این توجیه نیز ناتمام است، چون ادله حجر سفیه اختصاص ندارند به جایی که اثر قانونی به ضرر سفیه باشد، بلکه بر اساس طایفه دوم از روایات (عدم جواز امر سفیه)، ادله حجر سفیه نیز اطلاق داشتند و مطلق امر سفیه را مورد حجر قرار دادند، اعم از اینکه سبب قولی باشد یا سبب فعلی، و اعم از اینکه به نفع سفیه باشد یا به ضرر او.

فرعی که به عنوان استشهاد برای تفصیل مذکور بیان شد نیز ناتمام است. چون محل بحث در مورد تصرفات اعتباری و قانونی سفیه است، یعنی تصرفاتی که در آنها قصد اخذ شده است، مانند عقود و ایقاعات و آنچه ملحق به عقود و ایقاعات است، مانند حیازت، إحياء و، در حالی که وطی أمه از مصادیق محل بحث نیست. چون وطی أمه از افعال قصدی نیست. موضوع عتق أمه بعد از مرگ مولا (به عنوان أم ولد)، مقاربت و نزدیکی ای است که موجب تولد فرزند برای مولا شود، ولو این مقاربت در خواب یا بالإجبار باشد. حتی وطی هم موضوع نیست، بلکه همین که ولد از این أمه برای مولا متولد شود کافی است (ولو با إفراغ الماء علی فرجها یا تلقیح مصنوعی با نطفه مولا). چون وجه اعتناق أم ولد این است که اموال مولا بعد از مرگ از طریق ارث به فرزندان می‌رسد، و آن مقداری از أمه که ملک این فرزند می‌شود، از سهم او آزاد می‌شود و این عتق به بقیه اجزای أمه سرایت می‌کند. بنابراین مناط اصلی اعتناق أم ولد بعد از مرگ مولا این است که این أمه فرزندی داشته باشد که از مولا ارث ببرد.

قاصر عن ذلك. و علی هذا: لو وطئ السفیه أمته، فأحبها، صارت أم ولد، و يكون وطؤه مباحا و إن استعقب العتق، و لو أعتقها باللفظ لم یصح؛ لأن الطبع و تحصین الفرج یدعوه إلى الوطء، فلا یمنع خوفاً من نقص الثمن أو البدن، فإذا أبيع الوطء ترتب علیه مسببه. و لهذا قيل: السبب الفعلی أقوى؛ لنفوذ من السفیه بخلاف القولی.

نتیجه بحث در شرطیت رشد این شد که از بین تصرفات شش گانه سفیه، به غیر از صورت سوم و صورت چهارم، بقیه صور تصرفات سفیه نافذ نیست. بعد از اینکه اصل شرطیت رشد و قلمرو آن بیان شد، بعضی از مطالب مربوط به شرطیت رشد وجود دارد که آنها را در ضمن تنبیهاتی مطرح می‌کنیم:

تنبیه اول: عدم جریان ادله حجر سفیه در احکام تکلیفی و احکام کیفری

تنبیه اول در مورد این است که آیا دایره‌ی حجر سفیه فقط اختصاص به تصرفات اعتباری و معاملی دارد یا اینکه شامل تکالیف (احکام تکلیفی) و عقوبات (مسئولیت‌های کیفری) نیز می‌شود؟ به عبارت دیگر؛ آیا در ثبوت تکالیف و عقوبات (مثل حدود و قصاص) علاوه بر عقل و بلوغ، رشد هم معتبر است یا نه؟

در مورد تکالیف (وجوب نماز، حرمت غضب)، کسی رشد را معتبر ندانست. لکن در مورد مسئولیت‌های کیفری توهّم شده است که رشد معتبر است، به این معنا که سفیه را به خاطر ارتکاب موجبات حدّ یا قصاص، نمی‌توان مورد حدّ یا قصاص قرار داد^۱.

با توجه به اینکه ادله ثبوت تکالیف {أَقِمُوا الصَّلَاةَ، کُتِبَ عَلَیْکُمُ الصَّیَامُ و ...} و ادله ثبوت عقوبات {دنیوی (حدود، قصاص، دیات) یا آخروی} اطلاق دارند و شامل سفیه هم می‌شوند، لذا اگر کسی بخواهد ادعا کند که در این موارد رشد معتبر است، باید برای تقیید این اطلاقات و عمومات، دلیل مقید ذکر کند. یعنی به همان نحوی که برای تقیید این اطلاقات و عمومات نسبت به غیر بالغ و مجنون دلیل اقامه می‌شود، برای خروج سفیه از تحت این اطلاقات نیز باید دلیل ذکر شود.

در حالی که با مراجعه به ادله شرعی می‌بینیم که برای تکالیف و عقوبات فقط عقل و بلوغ شرط دانسته شده است، ورشد به عنوان شرط برای تکالیف و عقوبات قرار داده نشده است، بلکه رشد فقط در تصرفات اعتباری شرط قرار داده شد. روایاتی که برای اعتبار بلوغ و عقل در تکالیف و عقوبات وارد شدند عبارتند از؛

۱. روایات شرطیت عقل: «مُحَمَّدُ بْنُ یَعْقُوبَ قَالَ حَدَّثَنِی عِدَّةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا مِنْهُمْ مُحَمَّدُ بْنُ یَحْیَى الْعَطَّارُ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْعَلَاءِ بْنِ رَزِینٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: لَمَّا خَلَقَ اللَّهُ الْعَقْلَ اسْتَنْطَقَهُ ثُمَّ قَالَ لَهُ أَقْبِلْ فَأَقْبَلَ ثُمَّ قَالَ لَهُ أَذْبِرْ فَأَذْبَرَ ثُمَّ قَالَ وَ عِزَّتِي وَ جَلَالِي مَا خَلَقْتُ خَلْقًا هُوَ

۱. ابوالفتح خالقی و علیبرززاده زواره: <https://civilica.com/doc> و حامد رستمی نجف آبادی: <http://ara.dadgostari->

<https://civilica.com/doc> و محمدجعفر صادق‌پور: <https://civilica.com/doc> و محسن رهامی: <https://jflps.ut.ac.ir> و مقالات

دیگری که در این موضوع در مجلات و نشریات مختلف منتشر شده است.

أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْكَ وَلَا أَكْمَلْتُكَ إِلَّا فِيمَنْ أَحَبُّ أَمَّا إِنِّي إِيَّاكَ أَمَرُ وَإِيَّاكَ أَنْهَى وَإِيَّاكَ أَعَاقِبُ وَإِيَّاكَ أُثِيبُ»^۱. بر

اساس این دسته از روایات، تکلیف مشروط به عقل است و عقل مدار مجازات و عقوبت می‌باشد.

۲. روایات شرطیت بلوغ: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ طَلْحَةَ بْنِ زَيْدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: إِنَّ أَوْلَادَ الْمُسْلِمِينَ مَوْسُومُونَ عِنْدَ اللَّهِ شَافِعٌ وَ مُشَفَّعٌ فَإِذَا بَلَغُوا اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَتْ لَهُمُ الْحَسَنَاتُ فَإِذَا بَلَغُوا الْحُلُمَ كُتِبَتْ عَلَيْهِمُ السَّيِّئَاتُ»^۲، «وَبِالْإِسْنَادِ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الْخِرَازِيِّ عَنْ يَزِيدَ الْكُنَاسِيِّ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: الْجَارِيَةُ إِذَا بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ ذَهَبَ عَنْهَا الْيَتَمُ وَ زُوجَتْ وَ أُقِيمَتْ عَلَيْهَا الْحُدُودُ التَّامَّةُ لَهَا وَ عَلَيْهَا»^۳، «وَفِي الْخِصَالِ عَنْ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدٍ السَّكُونِيِّ عَنْ الْحَضَرَمِيِّ عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ أَبِي مُعَاوِيَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ الْأَعْمَشِ عَنْ ابْنِ ظَبْيَانَ قَالَ: أَتَى عُمَرُ بِامْرَأَةٍ مَجْنُونَةٍ قَدْ زَنَتْ فَأَمَرَ بِرَجْمِهَا فَقَالَ عَلِيُّ عَلَيْهِ السَّلَامُ، أَمَا عَلِمْتَ أَنَّ الْقَلَمَ يُرْفَعُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ وَ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ»^۴ و «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ عَنْ عَمْرِو بْنِ سَعِيدٍ عَنْ مُصَدِّقِ بْنِ صَدَقَةَ عَنْ عَمَّارِ السَّابَّاطِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الْغُلَامِ مَتَى تَجِبُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ فَقَالَ إِذَا أَتَى عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً فَإِنْ احْتَلَمَ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَ جَرَى عَلَيْهِ الْقَلَمُ وَ الْجَارِيَةُ مِثْلُ ذَلِكَ إِنْ أَتَى لَهَا ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً أَوْ حَاضَتْ قَبْلَ ذَلِكَ فَقَدْ وَجَبَتْ عَلَيْهَا الصَّلَاةُ وَ جَرَى عَلَيْهَا الْقَلَمُ»^۵.

اما ادله شرطیت رشد فقط ناظر به تصرفات اعتباری هستند.

۳. ادله شرطیت رشد: در بین ادله‌ای که برای شرطیت رشد بیان شدند، هیچ یک از آیات و روایات مسوولیت‌های کیفری را شامل نمی‌شوند بلکه فقط سفيه را از تصرفات اعتباری حجر کردند. البته در بین آن ادله، روایات طایفه دوم که دلالتش اوسع بود مطلق تصرفات اعتباری سفيه را غیر نافذ قرار می‌داد (مالی یا غیر مالی / له یا علیه)، لکن این روایات هم عقوبات و مسوولیت‌های کیفری را شامل نمی‌شوند.

با توجه به ادله مذکور روشن می‌شود که ادله حجر شامل مسوولیت‌های کیفری نمی‌شود. اما برای نقد مقاله‌هایی که شمول ادله حجر نسبت به مسوولیت‌های کیفری را به دین نسبت می‌دهند، ابتدا دو اشکال عام به این نظریه وارد می‌کنیم، و سپس وجوهی که به آنها تمسک کردند را نقل و بررسی خواهیم کرد.

۱. وسائل الشیعة، ج ۱، باب ۳ از ابواب مقدمة العبادات، ص ۳۹-۴۱، حدیث ۱ و ۲ و ۶ و ۸ و ۹.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱، باب ۴ از ابواب مقدمة العبادات، ص ۴۲، ح ۱.

۳. وسائل الشیعة، ج ۱، باب ۴ از ابواب مقدمة العبادات، ص ۴۳، ح ۳.

۴. وسائل الشیعة، ج ۱، باب ۴ از ابواب مقدمة العبادات، ص ۴۵، ح ۱۱.

۵. وسائل الشیعة، ج ۱، باب ۴ از ابواب مقدمة العبادات، ص ۴۵، ح ۱۲.

اشکال اول: اجماع و تسالم بر خلاف

اشکال اول عبارت است از؛ اینکه در تکالیف و عقوبات فقط بلوغ و عقل شرطیت دارد و رشد معتبر نیست، از مسائل مورد تسالم بین فریقین است. یعنی در غیر از تصرفات مالی و اعتباری، رشد دخالتی ندارد. در چنین مسائلی که تسالم وجود دارد، حتی اگر روایت صحیح السند و تامّ الدلالتی بر خلاف تسالم وجود داشته باشد، نمی‌توان به آن حدیث أخذ کرد.^۱ برای تسالم این مساله بین فریقین می‌توان به برخی منابع ذیل مراجعه کرد:

۱. الفقه علی المذاهب الأربعة، ج ۲، ص ۳۲۸-۳۳۲: أما إذا أقر بما يوجب الحد و القصاص فإنه يعمل بإقراره.
۲. المغنی (لابن قدامة)، ج ۴، ص ۳۵۴: مَسْأَلَةٌ (۳۴۸۳)؛ قَالَ: (وَأَنْ أقرَّ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ بِمَا يُوجِبُ حَدًّا أَوْ قِصَاصًا، أَوْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ، لَزِمَهُ ذَلِكَ) وَجُمِلَتْهُ أَنَّ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ، لِفَلَسٍ، أَوْ سَفَهٍ، إِذَا أقرَّ بِمَا يُوجِبُ حَدًّا أَوْ قِصَاصًا، كَالزَّانَا، وَالسَّرِقَةِ، وَالشُّرْبِ، وَالْقَذْفِ، وَالْقَتْلِ الْعَمْدِ، أَوْ قَطْعِ الْيَدِ، وَمَا أَشَبَّهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ مَقْبُولٌ، وَيَلْزَمُهُ حُكْمُ ذَلِكَ فِي الْحَالِ. لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا.
۳. جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۶، ص ۵۷: نعم يصح طلاقه، و ظاهره، و خلعه، و إقراره بالنسب، و بما يوجب القصاص و نحو ذلك مما ليس هو تصرفا ماليا للأصل السالم عن المعارض.

اشکال دوم: قاعده «لو كان لبان»

دومین اشکال عام این است که؛ عدم شمول ادله عقوبات نسبت به سفیه از موارد تطبیق قاعده «لو كان لبان» است. توضیح بیشتر: از آنجا که جریان یا عدم جریان عقوبات (مانند حدود، تعزیرات و قصاص) نسبت به سفیه از مسائل مهم و مورد ابتلای مومنین (از ابتدای اسلام تا کنون) بوده است، اگر سفیه استحقاق این عقوبات را نداشت حتماً از امور واضح می‌شد، همان طور که در مورد مجنون واضح شده است. چون اگر سفیه محل اجرای حدّ و قصاص نمی‌بود، اجرای حدّ و قصاص بر او ظلم کثیر و فساد کبیر محسوب می‌شد. در حالی که نه تنها عدم استحقاقش مشهور نشد، بلکه بالعکس استحقاقش مشهور شده و در کلام قاطبه فقهاء مطرح شده است.

علاوه بر این دو اشکال عام، نسبت به وجوهی که برای "جریان ادله حجر در مسوولیت‌های کیفری" تمسک شده است نیز اشکالاتی وجود دارد که به آنها می‌پردازیم:

۱. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۲۸، ص ۳۹۳: والصحيح أن يقال: إنّ الموثقة مهجورة و متروكة عند جميع الأصحاب، و قد تسالموا على عدم العمل بها، و لا ريب أن ذلك يسقط الرواية عن الحجية و إن لم نلتزم ذلك في إعراض المشهور. ر.ك: موسوعة الإمام الخوئي، ج ۲۶، ص ۱۵۹؛ موسوعة الإمام الخوئي، ج ۲۸، ص ۶۸.

وجه اول: اطلاق روایات طایفه دوم

دلیل اول بر شرطیت رشد در مسوولیت‌های کیفری این است که؛ مستفاد از اطلاق روایات طایفه دوم (عدم جواز امر سفیه) این است که رشد در مسوولیت‌های کیفری نیز شرطیت دارد. اطلاق این طایفه از روایات همان طور که اختصاص به مال ندارند و اعمال و منافع سفیه را نیز شامل می‌شوند، عقوبت و کیفر سفیه را نیز شامل می‌شوند. توضیح بیشتر: وقتی مرحوم خویی و برخی دیگر از فقهاء تصریح کردند که واژه "امر" در این روایات اطلاق دارد و هم تصرف سفیه در اموال را شامل می‌شود و هم تصرف سفیه اعمال را، حال چه اشکالی دارد که بگوییم نسبت به کیفر و عقوبات هم اطلاق دارد. یعنی وقتی بیع و اجاره امری از امور سفیه است، عقوبت سفیه نیز کمتر از بیع و اجاره نیست و امری از امور سفیه است.

مناقشه در وجه اول

اگرچه به حسب ظاهر کلمه "امر" فی نفسه اطلاق دارد و هر فعلی (بیع، اجاره، نکاح، زنا، سرقت، قتل) را شامل می‌شود، لکن به قرینه تعلق جواز به امر باید از این اطلاق رفع ید شود. توضیح بیشتر: در این روایات به عدم جواز امر سفیه حکم شده است و جواز به معنای تاثیر و نفوذ است. اگرچه عنوان "امر" فی نفسه اطلاق دارد، ولی وقتی حکم جواز یا عدم جواز به آن تعلق گرفت، اقتضاء می‌کند که مراد از "امر" آن فعلی باشد که دارای اثر اعتباری قانونی است، به نحوی که اگر آن فعل از فرد رشید صادر می‌شد نافذ (موثر) در اثر قانونی) بود، و معلوم است زنا، سرقت و قتل تصرف اعتباری که اثر حقوقی و قانونی بر آن مترتب شده باشد نیست.

وجه دوم: مفاد استثنای موجود در موثقه عبد الله بن سنان

دلیل دیگری که بر شرطیت رشد در مسوولیت‌های کیفری مطرح شد این است که؛ در یکی از روایات طایفه دوم آمده است: «موثقه عبد الله بن سنان: وَ عَنْهُ عَنْ مُحَمَّدٍ وَ أَحْمَدَ ابْنَيْ الْحَسَنِ عَنْ أَبِيهِمَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ عُمَرَ الْحَلَبِيِّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: سَأَلَهُ أَبِي وَ أَنَا حَاضِرٌ عَنْ قَوْلِ اللَّهِ عَزَّ وَ جَلَّ حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ؟ قَالَ: الْإِحْتِلَامُ، قَالَ فَقَالَ: يَحْتَلِمُ فِي سِتِّ عَشْرَةَ وَ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً وَ نَحْوَهَا، فَقَالَ: لَا، إِذَا أَتَتْ عَلَيْهِ ثَلَاثَ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَتْ لَهُ الْحَسَنَاتُ وَ كُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ وَ جَازَ أَمْرُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا»^۱.

در این روایت جمله‌ی استثناء (إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا) بعد از سه جمله (كُتِبَتْ لَهُ الْحَسَنَاتُ + كُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ + جَازَ أَمْرُهُ) آمده است، یعنی از این روایت استفاده می‌شود که هر سه جمله منوط به عدم سفاقت هستند. بنابراین حتی اگر

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۹، باب ۴۴ از ابواب کتاب الوصایا، ص ۳۶۳، ح ۸.

عبارت «جَازَ أَمْرُهُ» اختصاص به معاملات داشته باشد، لکن عبارت «كُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ» هم منوط به عدم سفاهت شده است، یعنی کتابت سیئات (مسئولیت‌های کیفری) هم مشروط به رشد است و در حق سفيه جاری نمی‌شود.

مناقشه در وجه دوم

نسبت به این وجه نیز مناقشاتی وجود دارد:

۱. اشکال اول: این روایت از مواردی است که استثناء متعقب جملات متعدد است. در علم اصول ثابت شده است که در این موارد به حسب ظاهر عبارت، استثناء به خصوص جمله اخیر رجوع می‌کند. بنابراین اگر نگوییم که این استثناء ظهور دارد در رجوع به خصوص جمله اخیر، لأقلّ ظهور در رجوع به جمیع ندارد. پس اگر نگوییم این استثناء اختصاص به جمله اخیر دارد، لأقلّ قدر متیقّنش رجوع به خصوص جمله اخیر است و ظهور در رجوع به بقیه فقرات ندارد.

۲. اشکال دوم: سلّمنا که استثنای متعقب جملات متعدّد به تمام فقرات برگردد، لکن در خصوص این روایت قرینه داریم که رجوع استثناء به تمام فقرات ممکن نیست، پس باید به خصوص جمله اخیر برگردد. چون رجوع استثناء به فقره «كُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ» لازمه‌ی باطلی دارد.

توضیح بیشتر: لازمه‌ی استثناء در فقره «كُتِبَتْ عَلَيْهِ السَّيِّئَاتُ» این است که علاوه بر عقوبات، ثبوت تکالیف نیز مشروط به عدم سفاهت باشد. چون کتابت سیئات بالمطابقة دلالت دارد بر ثبوت احکام و تکالیف، و بالالتزام دلالت دارد بر عقوبت. بنابراین مفاد استثنای سفيه از فقره مذکور این است که هم تکالیف و هم عقوبات مشروط به رشد باشند، در حالی که هیچ کس (حتی قائلین به شرطیت رشد در عقوبات) قائل به شرطیت رشد در ثبوت تکالیف نشده است.

وجه سوم: قیاس اولویّت

همانطور که برخی از فقهاء برای اثبات محجوریت سفيه نسبت به تصرف در نفس و اعمالش، به قیاس اولویّت تمسّک کردند و فرمودند: برخی از ادله محجوریت سفيه (مانند آیات سه‌گانه)، فقط در مورد تصرف در مال وارد شدند، لکن از آنجا که اهتمام شارع نسبت به حفظ نفس و اعمال بیشتر (أكثر و أشدّ) است از اهتمام شارع به حفظ مال، پس این ادله به طریق اولی بر محجوریت سفيه در نفس دلالت دارند. ادعا شده این بیان در مورد عقوبات و مسئولیت‌های کیفری نیز خواهد آمد، به این بیان که؛ وقتی شارع نسبت به اموال سفيه اهتمام دارد و برای حفظ آن، سفيه را از تصرف در اموالش محجور کرد و تصرفاتش را کالعدم قرار داد، نسبت به عقوبات هم به طریق اولی باید اقوال و افعال صبیّ

کالعدم باشد. یعنی اگر سفیه مرتکب قتل یا سرقت شود و یا اقرار به زنا کند، این اقرار یا قتل یا سرقت نافذ نیستند و موجب مسؤولیت کیفری نمی‌شوند.

مناقشه در وجه سوم

ما قبول داریم در جایی که نصّ خاص بر خلاف وجود نداشته باشد می‌توان از قیاس اولویت برای اثبات حکم استفاده کرد، و اینکه اهتمام شارع نسبت به نفس اکثر و اشدّ است از اهتمام شارع به مال را هم قبول داریم. لکن این دو مطلب مدعای شما را ثابت نمی‌کند.

توضیح بیشتر: مراد از اینکه شارع نسبت به اموال سفیه و نفس او اهتمام دارد، این نیست که سفیه از هر صدمه واضرار به نفسش مصون است، بلکه مراد این است که سفیه از صدمات بدون علت و بلاموجب مصون است. اما در مسؤولیت‌های کیفری بحث در این است که سفیه به دلیل علّتی (قتل، سرقت و ...) باید مورد مجازات و عقوبت قرار بگیرد نه بلاموجب. بنابراین اهتمام شارع نسبت به حفظ اموال سفیه و اشدّیت اهتمام شارع نسبت به نفس سفیه مربوط به جایی است که اموال سفیه بلاموجب از او گرفته شود، اما در جایی که اموالش از باب تدارک و جبران خسارت بر دیگران از او گرفته می‌شود منافاتی با این اهتمام شارع ندارد. در قصاص که تدارک و جبران خسارت روشن است. در مورد حدود نیز گفته می‌شود: از ادله حدود استفاده می‌شود که عقوبات مقرر شده برای مرتکب سرقت یا زنا، برای تطهیر آن شخص و تطهیر جامعه از این جرائم است، لذا جریان حدود نیز بلاموجب نیست.

مضافاً به اینکه اگر این قیاس اولویت مقید نباشد و اطلاق داشته باشد، لازم می‌آید که تمام عقوبت‌های مربوط به نفس (حتی در مورد افراد عاقل بالغ رشید) را انکار کنیم، به این دلیل که شارع نسبت به حفظ نفوس مومنین اهتمام دارد و نمی‌خواهد آنها آسیب ببینند، در حالی که این مطلب قابل التزام نیست و سر از انکار قصاص و حدود در می‌آورد.

وجه چهارم: قبح عقاب بلایان

مقتضای قاعده قبح عقاب بلایان این است که سفیه به خاطر ارتکاب موجبات حدّ و قصاص، مستحقّ حدود و قصاص نباشد. چون سفیه درک و تشخیص مناسبی نسبت به جرم و جنایت ندارد و عقوبت کردن شخص سفیه که قبح زنا یا قتل را درک نمی‌کند، قبیح و ظلم است.

مناقشه در وجه چهارم

با توجه به معنایی که برای سفیه بیان شده بود، مناقشه این وجه روشن می‌شود. سفیه کسی نیست که نسبت به امور کلی و عقاید صحیح درک درستی نداشته باشد، و نتواند قبح زنا یا حرمت قتل یا حکم قصاص را درک کند. بلکه سفیه کسی است که در اداره امور خود در حیطه اجرائیات نقصان دارد و نمی‌تواند مصالح و مفاسد اموال و منافع خود را تدبیر کند. به تعبیر دیگر سفیه کسی است که عقل معاش ندارد، نه اینکه عاقل نیست و حق و باطل را درک نمی‌کند. بنابر این تعریف، معلوم است که سفیه مشمول قاعده قبح عقاب بلایان نمی‌شود.

آنچه در جریان حدود شرطیت دارد (چه نسبت به سفیه و چه نسبت به رشید)، علم به اصل حکم است نه علم به موجب حد. یعنی همین که شخص بداند زنا حرام است، حد بر او جاری می‌شود ولو نداند که زنا موجب حد می‌شود. در مورد روزه نیز همین را می‌گویند، یعنی آنچه باعث بطلان روزه می‌شود این است که بداند استمناء حرام است، ولو نداند استمناء موجب بطلان روزه می‌شود.

وجه پنجم: تمسک به سیره عقلاء

وقتی به قوانین جزایی کشورها نگاه می‌کنیم، معلوم می‌شود که در تمام قوانین جزایی کشورهای پیشرفته ملاک مسئولیت تام کیفری حصول سن ۱۸ سالگی شمسی است. با اینکه کشورهای مختلف از نظر نظام سیاسی، آداب و رسوم، دین، نژاد، فرهنگ و شرایط اقلیمی با یکدیگر تفاوت دارند، ولی در تعیین سن ۱۸ سالگی برای اجرای مسئولیت‌های کیفری اتفاق نظر دارند. از این اتفاق نظر در کشورهای مختلف کشف می‌شود که "عقلاء بما هم عقلاء" این نظر را دارند، وقتی سیره عام عقلایی بر حکمی وجود داشته باشد، حکم شرعی ثابت می‌شود.

مناقشه در وجه پنجم

نسبت به این وجه مناقشات متعددی وجود دارد:

۱. اشکال اول (صغروی): نه تنها چنین اتفاق نظری در بین اکثر کشورها وجود ندارد، بلکه در کشورهای پیشرفته نیز چنین اتفاقی وجود ندارد. در اکثر کشورهای دنیا (انگلیس، فرانسه، آمریکا، استرالیا، آلمان، اتریش، ایتالیا، ژاپن، روسیه، ترکیه، سوئیس، اسپانیا و) سن مسئولیت کیفری قبل از ۱۵ سالگی است. فقط در چهار کشور (اکوادور، کلمبیا، گینه و ونزوئلا) سن مسئولیت کیفری ۱۸ سالگی قرار داده شد. در بقیه کشورها کمتر از ۱۸ سال تعیین شده است. برخی کشورها ۷ سالگی را حداقل سن مسئولیت کیفری در نظر گرفتند مثل استرالیا، آمریکا، ایرلند، تایلند، لبنان، سوئیس، سوریه، قطر و ... در کشورهای اتیوپی، مالت و عمان سن مسئولیت

کیفری ۹ سال است. در کشورهای انگلستان، اکراین، کامرون، ترکیه و عربستان سعودی و ... سن مسئولیت کیفری ۱۰ سال است، البته در برخی از منابع سن مسئولیت کیفری در ترکیه ۱۱ سال ذکر شده است. در کشورهای اسپانیا، پرو، فلسطین اشغالی، هلند، یونان و ... سن مسئولیت کیفری ۱۲ سال است. در کشورهای الجزایر، ازبکستان، فرانسه، لهستان، نیجریه، تونس و ... سن مسئولیت کیفری ۱۳ سال است. در کشورهای آلمان، آذربایجان، اتریش، ایتالیا، چین، روسیه و ... سن مسئولیت کیفری ۱۴ سال است. در کشورهای اسلواکی، جمهوری چک، دانمارک، سوئد، فنلاند و نروژ سن مسئولیت کیفری ۱۵ سال است. در کشورهای بلژیک، پرتغال، شیلی، کوبا و ... سن مسئولیت کیفری ۱۶ سال است. البته در برخی از ایالت‌های آمریکا سن ۶ سالگی را به عنوان سن مسئولیت کیفری می‌دانند، لکن در بیشتر ایالت‌ها که بر اساس قانون "کامن‌لا" عمل می‌کنند، سن مسئولیت‌های کیفری بین ۷ تا ۱۴ سالگی است.^۱

۲. **اشکال دوم (کبروی):** سلّمنا که سنّ مسؤولیت‌های کیفری در اکثر کشورها یا تمام کشورها ۱۸ سالگی باشد، و تعیین این سنّ هم از باب "عقلاء بما هم عقلاء" باشد، لکن چنین سیره‌ای اعتبار ندارد. چون این سیره، سیره‌ی مستحدث است و در گذشته قطعاً چنین سیره و اتفاق نظری وجود نداشت تا امضای آن را احراز کنیم. اگرچه این سیره ردع نشده است، لکن صرف عدم ردع کافی نیست بلکه باید امضای شارع را کشف کنیم. امضای شارع نسبت به سیره در جایی قابل کشف است که این سیره معاصر با حضور معصومین علیهم السلام باشد.

۳. **اشکال سوم (کبروی):** سلّمنا که سیره‌ی مستحدث فی نفسه حجت باشد، لکن سیره‌ی مستحدث در جایی می‌تواند حجّیت داشته باشد که این سیره‌ی مستحدث مسبوق به سیره‌ی مخالف در زمان معصوم نباشد. چون اگر در زمان صدور نصّ، سیره‌ی عقلاء بر امری ثابت باشد، با همان سیره‌ی عقلاء نظر شارع کشف می‌شود و با تغییر سیره در زمان‌های متأخر آن حکم تغییر نمی‌کند. به عنوان مثال نظر شارع این بود که دیه قتل خطایی را عاقله باید بپردازد، اگر سیره‌ی عقلاء امروز این باشد که دیه را خود قاتل باید بپردازد، حکم شارع تغییر نمی‌کند. بنابراین وقتی حکم شارع کشف شد (چه با سیره و چه با دلیل دیگر)، این حکم تا قیامت باقی است، چون در روایات آمده است که: «حَلَالٌ مُحَمَّدٌ حَلَالٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَ حَرَامُهُ حَرَامٌ أَبَدًا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ لَا يَكُونُ غَيْرُهُ وَ لَا يَجِيءُ غَيْرُهُ»^۲. به حسب سیره‌ی عقلاء در زمان صدور نصّ، سقیه مانند رشید مورد مسؤولیت‌های کیفری قرار می‌گرفت، لذا حتی اگر روایت و دلیل خاص نداشتیم، با همان سیره‌ی عقلاء حکم شارع را کشف می‌کردیم و آن حکم تا ابد ثابت خواهد ماند.

۱. رک: <http://ensani.ir/fa/article>

۲. الکافی، ج ۱، ص ۵۸.

*** تذکر:** اگرچه سیره‌ی مستحدث (بر ثبوت حکم) را حجت نمی‌دانیم مخصوصاً در جایی که مسبوق به سیره-ی مخالف در عصر معصوم باشد، لکن قبول داریم که اگر یک امر عرفی در موضوع حکم شارع أخذ شود، با تغییر نظر عرف نسبت به آن موضوع، حکم تغییر خواهد کرد، مثلاً برای حرمت معامله‌ی ربوی، آنچه در خطاب شارع به عنوان موضوع قرار گرفته "أشیاء مکمل و موزون (ما یَتعارف کیلُهُ و وزنُهُ)" است که مصادیق آن با توجه به نظر عرف در زمان‌های مختلف می‌تواند متفاوت باشد. چون در این موارد حکم شارع به نحو قضایای حقیقیه، روی موضوع رفته است و فعلیت حکم تابع فعلیت موضوع است، و شارع کار ندارد که این موضوع کجا هست یا کجا نیست، بلکه امر موضوع را به عرف واگذار کرده است.

بنابراین باید تفصیل بدهیم بین جایی که نظر عرف در تعیین موضوع برای حکم دخالت دارد و بین جایی که نظر عرف (سیره‌ی عقلاء) در ثبوت حکم دخالت دارد، به این صورت که نظر عرف در تعیین موضوع حجیت دارد ولی حجیت نظر عرف در ثبوت حکم منوط به امضای شارع است. به عنوان مثال: شاید در زمان صدور نص، تخم مرغ به صورت شمارشی مورد معامله قرار می‌گرفت و معامله‌ی ربوی در آن راه نداشت، ولی در زمان‌های بعد تخم مرغ به صورت موزون یا مکمل معامله می‌شود و معامله‌ی ربوی در آن راه دارد. به عبارت دیگر؛ در مورد معامله‌ی تخم مرغ، سیره‌ی عرف و عقلاء در زمان لاحق با سیره‌ی عرف و عقلاء در زمان صدور نص تفاوت دارد، که باعث می‌شود حکم معامله‌ی تخم مرغ در این دو زمان متفاوت باشد.

تنبيه دوم: اثبات رشد و علامات آن

تنبيه دوم در مورد اثبات رشد و علامات آن بحث خواهیم کرد. در این تنبيه باید به دو سوال پاسخ دهیم:

۱. آیا اصل اولی در افراد سفاهت است و وجود رشد نیاز به اثبات و احراز دارد، یا اینکه اصل اولی در اشخاص رشد و عدم سفاهت است به نحوی که با افراد مجهول الحال و مشکوک الحال معامله رشید می‌شود؟
۲. در صورتی که رشد نیاز به اثبات و احراز داشته باشد، آیا اماره منضبطی برای احراز رشد وجود دارد؟ علامت-ها و راه‌های اثبات و احراز رشد کدامند؟

مطلب اول

مطلب اول این بود که آیا اصل اولی در افراد رشد است یا اینکه رشد نیاز به احراز و اثبات دارد. اگرچه نوع فقهاء متعرض پاسخ به این سوال نشدند، لکن در کلام برخی فقهاء اشاراتی به این بحث وجود دارد. در بین کسانی که متعرض این بحث شدند، نوعاً قائل شدند که بعد از احراز بلوغ و شک در تحقق رشد، بنا بر رشد گذاشته می‌شود و با این شخص معامله رشید می‌شود و نیازی به احراز رشد نیست.

در مورد دلیل اینکه چرا با فرد مشکوک الحال معامله‌ی رشید می‌شود، گفته شده است: سیره و بنای عقلاء از گذشته مستقرّ شد بر اینکه با افراد مجهول الحال معامله‌ی رشید می‌شود، همان طور که اگر جنون و عقلِ معامله‌گر مشکوک باشد بنا بر عاقل بودن او گذاشته می‌شود، مگر اینکه جنونش احراز شود. حال که مشخص شد چنین سیره‌ای از گذشته در بین عقلاء وجود داشت و از جانب شارع ردعی نرسید، معلوم می‌شود که این سیره حجت است و می‌توان به آن استدلال کرد.

در مورد نکته‌ی این بنای عقلاء گفته می‌شود: این بنای عقلاء مبتنی است بر اینکه؛ سفاهت نوعی نقصان در عقل است، و مانند جنون بر خلاف طبیعت اشخاص و بر خلاف اصل سلامت در انسان‌ها است. از آنجا اصل در افراد سلامت آنها از ضعف و نقصان عقلی است، سیره‌ی عقلاء بر این جاری شد که با افراد مشکوک الحال معامله‌ی عاقل و رشید بکنند. اصل سلامتِ عقلانی در افراد مبتنی است بر اینکه غالب افراد دارای سلامت عقلی هستند^۱.

مجرای بنای عقلاء

آیا نسبت به هر شخص مشکوک الحال این بنای عقلاء وجود دارد ولو در همان ابتدای بلوغ یا اینکه این بنای عقلاء اختصاص دارد به جایی است که مدت معتناهی از بلوغ شخص گذشته باشد (مثلاً در ۲۰ سالگی)؟ مستفاد از ظاهر کلمات فقهاء در بدو امر این است که این بنای عقلاء مطلق بوده و اختصاص به مورد خاصی ندارد. لکن همان کسانی که به سیره عقلاء استدلال کردند یک مورد (یتیم) را استثناء کردند و فرمودند: اگر اموال یتیم قبل از بلوغ در دست کسی قرار داشت و یتیم به بلوغ رسید، دفع مال به یتیم متوقف بر بلوغ و رشد است. در اینجا گفتند که باید رشد را احراز کرد و نمی‌توان بنا را بر رشید بودن یتیم بگذارند. دلیل استثناء کردن یتیم آیه شریفه «وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»^۲ است. بنابراین حتی اگر سیره‌ی عقلاء اطلاق و عموم داشته باشد، نسبت به مورد این آیه شریفه استثناء می‌خورد.

همان طور که نسبت به اصل این سیره‌ی عقلاء (عدم لزوم احراز رشد در افراد مجهول الحال) تردید وجود ندارد، نسبت به اصل این استثناء (لزوم احراز رشد در یتیم) هم تردیدی وجود ندارد. لکن سؤالی که در اینجا وجود دارد این است که؛ آیا در این استثناء، یتیم خصوصیت دارد یا نه؟ در پاسخ به این سوال سه احتمال وجود دارد:

۱. جامع المدارک، ج ۳، ص ۳۶۷-۳۶۸: بعد التجاوز عن حدّ البلوغ يعامل معه معامله الرشيد من جهة أصالة السلامة كما يعامل معه معامله العاقل يؤخذ بإقراره على نفسه و يقام عليه الحدّ و لعلّه لهذا جرت السيرة على المعاملة مع مجهول الحال معامله الرشيد.

جواهر الكلام، ج ۲۶، ص ۵۳: فالتحقيق ما عرفته من أن المناطق في تحققة و صدقه العرف و قد عرفت أن السيرة القطعية على معاملة مجهول الحال، عملاً بظاهر الحال و أصل الصحة و غير ذلك.

۲. سوره نساء، آیه ۶.

۱. یتیم خصوصیت دارد، و فقط در مورد یتیمی که به سن بلوغ می‌رسد باید رشد را احراز کرد نه در همه افراد. از برخی عبارات محقق خوانساری در جامع المدارک همین احتمال استفاده می‌شود.^۱
۲. یتیم خصوصیت ندارد، بلکه در مورد تمام افرادی که تازه بالغ شدند (یا مدت کوتاهی از بلوغ آنها گذشته است)، باید رشد را احراز کرد. از برخی عبارات دیگر محقق خوانساری در جامع المدارک این احتمال استفاده می‌شود.^۲
۳. یتیم خصوصیت ندارد، بلکه باید بین ابتدا و استدامة تفصیل دهیم، به این بیان که؛ در اولین معامله با هر شخصی که از حیث رشد مجهول الحال است باید رشد او را احراز کنیم (ولو سن او ۴۰ سال باشد)، ولی در استدامة بنا را بر بقای رشد او می‌گذاریم. به عبارت دیگر این سیره عقلاء، براینکه با افراد مجهول الحال معامله رشید می‌کنند مربوط به استدامة است. شهید ثانی در بحث اعتبار یا عدم اعتبار عدالت در تحقق رشد فرمودند: در تحقق رشد، عدالت شرط نیست، چون در غیر این صورت "لما قام للمسلمین سوق"، چون در بازار نمی‌توان عدالت افراد را احراز کرد و لازم می‌آید که اکثر معاملات باطل باشند و بازار تعطیل شود.^۳ مرحوم صاحب ریاض در اشکال به شهید ثانی فرموده است: شرطیت احراز رشد، مربوط به جایی است که ابتداء در رشد طرف مقابل شک داشته باشیم، ولی اگر ابتداء رشد احراز شود و در استدامة شک کنیم، نیازی به احراز رشد نداریم.^۴ در مفتاح الکرامة در نقد کلام صاحب ریاض آمده است: در اعتبار عدالت، نباید بین ابتدا و استدامة تفاوت قائل شد. اگر شرطیت عدالت در ابتدا را پذیرفتیم، باید شرطیت آن در استدامة را نیز بپذیریم.^۵

۱. جامع المدارک، ج ۶، ص ۲۸: أما مع الشک فی العقل أو الاختیار فالظاهر أن بناء العقلاء علی عدم الاعتناء بالشک فیعاملون مع الناس معاملة العقلاء المختارین، إلا أن یكون فی البین أمارۃ علی الخلاف، نعم فی رد مال الیتیم إلی صاحبه بعد البلوغ اشتراط إیئاس الرشد.

۲. جامع المدارک، ج ۳، ص ۳۶۷-۳۶۸: یمکن أن یقال فرق بین الرشد و سائر الکمالات الحاصلة بالممارسة و التمرین حیث أن الرشد ضده السفه و هی ترجع إلی سخافة العقل و نقصانه و السخافة فی العقل علی خلاف الطبیعة کالجنون فلا حاجة فی الرشد إلی الممارسة و لعل الأمر بالابتلاء و الامتحان من جهة أن الصبی غالباً ناقص العقل و یصل إلی الکمال العقلي بالتدریج و بمجرد البلوغ لم یحرز کماله العقلي المقتضی لإصلاح المال و التجنب عما لا یلیق بأفعال العقلاء و بعد التجاوز عن حد البلوغ یعامل معه معاملة الرشید من جهة أصالة السلامة أما صورة الشک فی الرشد فإن کان قبل البلوغ أو بعده قبل مضي مدة فلا بد من رفعه بالاختیار أو بشهادة البیئة، و لا یبعد الاكتفاء بما یوجب الوثوق و الاطمئنان لاعتماد العقلاء و إمضاء هذا البناء من طرف الشرع و قد سبق فی بعض المباحث السابقة و أما بعد مضي مدة من البلوغ فالظاهر عدم الحاجة إلی ما ذکر لقیام السیرة علی المعاملة مع المجهول الحال معاملة الرشید.

۳. مسالک الأفهام، ج ۴، ص ۱۴۹: و إنما یعتبر -علی القول بها- فی الابتداء لا فی الاستدامة و اعلم أنه لو اعتبرت العدالة فی الرشد لم یقم للمسلمین سوق، و لم ینتظم للعالم حال، لأن الناس -إلا النادر منهم- إنما فاسق أو مجهول الحال، و الجهل بالشرط یقتضی الجهل بالمشروط.

۴. ریاض المسائل، ج ۸، ص ۵۶۰: و فیه مناقشة، لعدم تماميته إلا علی تقدیر اشتراطها علی الإطلاق، و لیست كذلك بمشترطة، فقد صرح الأصحاب بأن اعتبارها علی القول به إنما هو فی الابتداء لا فی الاستدامة.

۵. مفتاح الکرامة، ج ۱۶، ص ۴۹: العدالة ما اعتبرت إلا لكونها داخله فی مفهومه کما یرشد إلیه استدلال القائل باعتبارها، فلو اعتبرت ابتداء لم اعتبارها استدامة، و هو ظاهر. و یؤیده أن الرشد بالمعنی الآخر -أعنی إصلاح المال- شرط مطلقاً ابتداء و استدامة.

بررسی احتمال سوم

احتمال سوم که بین ابتدا و استدامه فرق می‌گذارد، قابل التزام نیست. چون در بنای عقلاء این طور نیست که در اولین برخورد با طرف مقابل (ولو ۳۰ ساله باشد) رشد او را احراز کنند. یعنی عقلاء حتی در اولین برخورد با شخص معامله‌گر، او را رشید به حساب می‌آورند و با او معامله می‌کنند و فحص را لازم نمی‌دانند.

بررسی احتمال اول و دوم

نسبت به احتمال اول و دوم ممکن است بگوییم: اگرچه مورد آیه شریفه خاص است و فقط شامل یتیم می‌شود، ولی ممکن است حکم مذکور در آیه شریفه را موافق با بنای عقلاء بدانیم. توضیح بیشتر: همان طور که قبلاً گفته شد بنای عقلاء مبتنی بر أصالة السلامة است و این بنای عقلاء در ابتدای بلوغ و مدت کوتاهی بعد از بلوغ وجود ندارد. چون به صورت متعارف، غالب انسان‌ها قبل از بلوغ و هنگام بلوغ و مدت کوتاهی بعد از بلوغ، صفت رشد (سلامت و کمال عقل) را ندارند. به عبارت دیگر بنای عقلاء بر أصالة السلامة در جایی است که از جهت خارجی، سلامت، غلبه داشته باشد، و این غلبه در اوایل بلوغ وجود ندارد، بلکه عکسش (نقصان عقل) غلبه دارد.

بنابر توضیحات فوق یتیم در آیه شریفه خصوصیت ندارد و در نتیجه احتمال دوم صحیح است. بر اساس احتمال دوم، سیره‌ی عقلاء و آیه شریفه مفادشان واحد است، با این توضیح که؛ هم بر اساس آیه شریفه^۱ و هم بر اساس سیره‌ی عقلاء در ابتدای بلوغ و مدتی بعد از آن (مثلاً تا ۱۸ سالگی) احراز رشد معتبر است ولی بعد از آن دیگر احراز رشد شرط نیست، بلکه بنا گذاشته می‌شود که طرف مقابل رشید است.

مطلب دوم

بعد از اینکه در مطلب اول ثابت شد که احراز رشد به نحو فی الجملة (در ابتدای بلوغ و مدتی بعد از آن) لازم است، در مطلب دوم باید به دو سوال زیر پاسخ بدهیم؛

✓ آیا اماره منضبطی _ از خصوصیات و علائم تکوینی _ برای تعیین رشد در شریعت بیان شد؟

✓ در صورتی که تحدید خاصی برای رشد در شریعت معین نشده باشد، آیا شارع مقدس راهی را برای احراز و کشف رشد بیان کرده است یا نه؟

۱. آیه می‌گوید به مجرد بلوغ اموال یتیمان را به آنها ندهید، اگر می‌خواهید در همان دوران بلوغ اموال را به آنها بدهید، باید رشد آنها را احراز کنید. اگر می‌خواهید بعد از گذشت مدتی (مثلاً در سن ۲۵ سالگی) اموال را به او بدهید، دیگر نیازی به احراز رشد نیست، همین که عقلاء با این فرد معامله‌ی رشید می‌کنند کافی است.

تحدید و تعیین رشد در شریعت

اگرچه در مورد بلوغ، شارع مقدس علامت‌هایی مانند سن، احتلام و را برای احراز بلوغ قرار داد، لکن در مورد رشد وقتی به ادله شرعیه مراجعه می‌کنیم معلوم می‌شود که چنین علامات و اماراتی برای احراز رشد معین نشده است. چه بسا منشأش این باشد که احراز رشد به حسب واقعیت خارجی، بر اساس اختلاف شرایط زندگی، متفاوت است. از آنجا که امور متعددی نظیر: شرایط اقلیمی و محیطی، خصوصیات خانوادگی و در تحقق رشد افراد دخالت دارند، لذا در شرع سن خاصی برای رشد قرار داده نشد، نه در فقه امامیه و نه در فقه عامه.

حال که شارع حدی را برای تعیین رشد بیان نکرده، سوالی در اینجا مطرح می‌شود که آیا تحدید رشد از ناحیه سن، به این نحو که موکول به حاکم شرع باشد، ممکن است؟ جواب این سؤال به حسب مبانی فقه امامیه و فقه عامه، مختلف است. به حسب مبانی فقه امامیه معلوم است که اگر شارع حد خاصی را برای رشد قرار نداد فقیه هم نمی‌تواند سن خاصی (مثلاً ۱۸ سالگی) را برای رشد اعتبار کند یعنی چنین جایگاهی ندارد که بر اساس مصالح و مفاسدی که تشخیص می‌دهد قانون جعل کند، شأن فقیه کشف قوانین جعل شده از ناحیه شارع است نه جعل قانون. لکن به حسب فقه عامه گفته شده است که تحدید رشد به حاکم شرع موکول شده است. مصطفی الزرقاء در کتاب المدخل الفقهي بعد از اینکه اعتراف کرد شریعت سن خاصی را برای رشد تعیین نکرد، می‌گوید شارع تحدید سن برای رشد را به ولی‌الامر موکول کرده است، تا اینها به حسب مقتضیات زمان و سیاسات شرعیه در مصالح مرسله سن خاصی را برای رشد تحدید کنند.^۱ لکن با توجه به فساد مبنا و اینکه استناد به مصالح مرسله برای اثبات و تعیین حکم شرعی منهج باطلی است، معلوم می‌شود که در تحدید رشد و تعیین سن خاص برای آن نیز، فقیه و ولی امر حق دخالت ندارد.

طریق احراز و کشف رشد در شریعت

با توجه به اینکه سن خاصی برای رشد در شریعت معین نشده و فقیه هم نمی‌تواند سن خاصی را برای آن قرار دهد، آیا در مواردی که رشد معامله‌گر مشکوک است شارع مقدس راهی را برای احراز و کشف رشد بیان کرده است یا نه؟

در این قسمت، وقتی به ادله اعتبار رشد مراجعه می‌کنیم معلوم می‌شود که شارع مقدس ابتلاء و اختبار شخص مجهول الحال را طریق برای احراز و کشف رشد در مقام اثبات بیان کرده است. مضافاً به اینکه چون رشید بودن اشخاص از موضوعاتی است که طریق حسّی برای احراز آن وجود دارد، پس یکی از راه‌های اثبات رشد همان راه‌ها و طرقی

۱. المدخل الفقهي العام، ج ۲، ص ۸۲۴: اما تحدید سن لهذا الرشد فترکنه الشریعة لولاء الامر بحسب مقتضیات الزمن و السياسة الشرعية فی المصالح المرسله.

است که برای اثبات موضوعات دیگر وجود دارد. آن راه‌ها عبارتند از؛ بینه، إخبار ثقه. البته باید توجه داشت که حجیت بینه در سائر موضوعات مورد اتفاق است، اما حجیت إخبار ثقه محل خلاف می‌باشد.

مقصود از ابتلاء

حال که ابتلاء به عنوان راهی برای احراز رشد بیان شده است، باید ببینیم مقصود از اختبار و امتحان کردن چیست؟ مرحوم علامه در قواعد در معنای اختبار فرموده است^۱: نسبت به مردها، اگر شخص تاجر باشد باید بررسی شود که آیا این شخص توانایی انجام معامله را دارد؟ آیا زیرکی لازم در مقام تجارت را دارد؟ و اگر صانع باشد باید همراه او باشد تا ببینید تشخیص درستی نسبت به مسائل آن صنعت دارد؟ نسبت به خانم‌ها، باید ببینیم که آیا توانایی بافتن را دارد یا نه؟

مرحوم شیخ طوسی نیز در اختبار بین مرد و زن تفاوت گذاشته و فرمودند: «أن الأیتام علی ضربین ذکور و إناث، فالذکور علی ضربین: ضرب یبذلون فی الأسواق و یخالطون الناس بالبیع و الشراء، و ضرب یصانون عن الأسواق. فالذی یخالطون الناس و یبذلون فی الأسواق فإنه یقرب اختبارهم بأن یأمره الولی أن یدهب إلى السوق و یساوم فی السلع و یقول فیها و لا یعقد العقد فإن رآه یحسن ذلک و لا یغبن فیہ علم أنه رشید و إلا لم یفک عنه الحجر و إن کان الیتیم ممن یصان عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء و الأمراء فإن اختبارهم أصعب فیدفع إلیهم الولی نفقة شهر یختبرهم بها فینظر فإن دفعوا إلى أکرتهم و غلمانهم و عمالهم و معاملهم حقوقهم من غیر تبذیر و أقسطوا فی النفقة علی أنفسهم فی مطاعهم و مشاربهم و مکاسبهم [محاسبهم] سلم إلیهم المال، و إن وجدهم بخلاف ذلک لم یسلم إلیهم. و أما الإناث فإنه یصعب اختبارهن لأنهن لا یطلع علیهن أحد و لا یظهرن لأحد فیدفع إلیهن شیئا من المال و یجعل نساء ثقات یشرفن علیهن فإن غزلن و استغزلن و نسجن و استنسجن و لم یبذرن سلم المال إلیهن، و إن کن بخلاف ذلک لم یسلم إلیهن»^۲.

مرحوم صاحب جواهر بعد از کلام شیخ طوسی می‌فرماید: برخی‌ها فرمودند که باید این موارد را تکرار کرد تا برای ولیّ ظن غالب پیدا شود. ایشان در ادامه می‌فرماید: اگرچه کیفیت اختبار در کلمات فقهاء با توضیحات خاصی مطرح

۱. قواعد الأحکام، ج ۲، ص ۱۳۴: یعلم باختباره بما یناسبه من التصرفات، فإذا عرف منه: جودة المعاملة و عدم المغابنة إن کان تاجرا و المحافظة علی ما یتکسب به و الملازمة إن کان صانعا، و أشباه ذلک فی الذکر، و الاستغزال و الاستنساج فی الأئنی -إن كانت من أهلها- و أشباهه حکم بالرشد. و فی صحّة العقد -حیثئذ- إشکال.

۲. المبسوط، ج ۲، ص ۲۸۴.

شده است، لکن این توضیحات خصوصیت ندارد. چه بسا غیر فقیه نسبت به طرق اختبار، أعرف از فقیه باشد. اینکه برخی فقهاء طریق اختبار را ذکر کردند، از باب اشاره و مثال بوده است نه اینکه منحصر در همین باشد.^۱ بنابراین آنچه موضوعیت دارد، امتحان کردن است، امتحان کردنی که به وسیله‌ی آن معلوم شود شخص مجهول الحال درک و تدبیر لازم برای حفظ مال را دارد و مصالحش را تشخیص می‌دهد.

تنبيه سوم: فقه عامه و فقه وضعی

تنبيه سوم در مورد این است که شرطیت رشد به حسب فقه عامه و فقه وضعی (قانون) به چه نحو است؟ به حسب فقه عامه، نوع فقهاء و مذاهب عامه قائل به شرطیت رشد شدند، لکن حنفی‌ها رشد را شرط ندانستند و معاملات سفیه را نافذ دانستند. البته همانطور که در کتاب الفقه علی المذاهب الاربعة آمده تنها خود ابوحنیفه قائل به عدم شرطیت رشد شده است و الا بقیه حنفی‌ها حتی دو شاگرد معروف او (شیبانی و ابو یوسف) هم قائل به شرطیت هستند.^۲ به حسب فقه وضعی و قوانین کشورها شرطیت رشد واضح است. قبلاً بیان شد آنچه در اعتبار عقلاء وجود دارد این است که فقط رشد را شرط می‌دانند و برای بلوغ موضوعیت قائل نیستند، آنچه در قوانین کشورها هم شرط صحت معاملات قرار داده شده همین رشد است. بنابراین در اصل شرطیت رشد در قوانین جای شک و تردید وجود ندارد، لکن در تعیین سن خاص برای رشد در قوانین بین فقه و قانون اختلاف وجود دارد. چون در قوانین (به خلاف فقه) نوعاً سن خاصی را برای رشد تعیین می‌کنند.

کلام مصطفی الزرقاء^۳

آن طور که مصطفی زرقاء نقل می‌کند تحدید سن رشد در قوانین از گذشته ثابت بود، تا جایی که حتی در قانون روم قدیم هم سن خاصی برای رشد تعیین شده است، به این نحو که؛ در ابتدای امر سن رشد را در پسرها سن ۱۴ سالگی

۱. جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۱۱۱: و زاد بعضهم أنه لا بد من تكرار ذلك مراراً يحصل بها غلبة الظن، ليعلم الاتصاف بالملكة، و لعله مراد المبسوط أيضاً، إذ من المعلوم عدم إرادة الخصوصية، بل لعل غير الفقيه أعرف منه في طرق الاختبار المفيد ذلك، و من هنا لا ينبغي مناقشة في ذلك، و لا في ذكر الغزل و الاستغزال للإناث، مع أن ذلك غير واجب في الرشد، و بنات الرؤساء ليس ذلك طريق اختبارهن. و بالجملة البحث في ذلك ليس وظيفة الفقيه، و لذا خلت عنه النصوص و بعض الأصحاب إنما ذكره على طريق التنبيه كما هو واضح.

۲. الفقه علی المذاهب الأربعة، ج ۲، ص ۳۱۲: أما الحجر على الكبير العاقل بسبب سوء التصرف، و السفه و التبذير و نحو ذلك مما يأتي فذلك محل خلاف. و لكن جمهور الأئمة و علماء الإسلام على أنه في حكم المجنون و الصغير، لأن النتيجة التي شرع من أجلها الحجر متحققة في السفیه (در تعلیقه آمده است: الحنفية قالوا: الذي قال إن السفه ليس سبباً من أسباب الحجر هو الإمام أبو حنيفة وحده، أما أصحابه (شيباني و أبو يوسف) فقد قالوا كما قال جمهور الأئمة و هو أن السفه يحجر عليه كالصغير و المجنون).

۳. المدخل الفقهي العام (الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد)، ج ۱ و ۲، الباب الثامن، الفصل ۶۴، ص ۸۲۵: <https://archive.org/details>

و در دخترها سن ۱۲ سالگی قرار دادند، چون فعالیت‌ها و معاملات شکل ساده‌ای داشت و روابط خانوادگی به این نحو بود که خانواده‌ها احاطه و تسلط بیشتری بر فرزندان داشتند، لذا احتیاجی نبود که سن رشد را تاخیر بیاندازند. ولی وقتی به مرور زمان جامعه ازدحام بیشتری پیدا کرد و معاملات توسعه پیدا کردند و طمع ورزی در افراد افزایش یافت و از طرفی روابط و مراقبت‌های خانوادگی کاهش یافت، سن رشد را تا ۲۵ سال هم افزایش دادند.

در قوانین مدنی متاخر نیز سن رشد متفاوت است، برخی سن ۱۹ سالگی و برخی سن ۲۱ سالگی را برای تعیین رشد قرار دادند. قانون قدیم مصر سن ۱۸ سالگی را برای رشد قرار داده بود ولی بعداً آن را به سن ۲۱ سالگی افزایش داد.

ایشان مطلبی از رساله الأهلّیه احمد ابراهیم نقل می‌کند و آن را رد نمی‌کند، لذا معلوم می‌شود که آن را قبول دارد. آن مطلب این است که: سن رشد باید بالاتر از سن بلوغ قرار بگیرد، چون مصلحت اقتضاء می‌کند که به حسب شرایط و اوضاع امروز، سن رشد بالاتر از سن بلوغ قرار بگیرد. چون از یک طرف معاملات شکل پیچیده‌تری پیدا کردند و از طرف دیگر حیل‌ها و کلاهبرداری‌ها نیز افزایش زیادی داشته است.

از آنجا که مصطفی زرقاء سوری بوده، به تغییرات تحدید سن رشد در قانون سوریه هم اشاره کرده و می‌گوید: ابتدا در سال ۱۲۸۸ هـ در عهد عثمانی سن رشد بیش از ۲۰ سالگی قرار داده شد به نحوی که قبل از ۲۰ سالگی ادعای رشد نسبت به افراد پذیرفته نمی‌شد. بعداً که بر اساس فقه حنفی کتاب "مجلّة الأحکام العدلیّة" در سال ۱۲۹۳ هـ به عنوان قانون مدنی کشورهای اسلامی تدوین شد، سن خاصی برای تحدید رشد بیان نشد. چون به حسب موادی که در "مجلّة الأحکام العدلیّة" وجود دارد (ماده ۹۸۱ تا ۹۸۳)، اگر ولی بلافاصله بعد از بلوغ رشد صبی را احراز کرد می‌تواند مال را به او دفع کند و لازم نیست حتماً مدتی از بلوغ او بگذرد. بلکه به نظر می‌رسد بر اساس مواد موجود در "مجلّة الأحکام العدلیّة" تحقق رشد حتی قبل از بلوغ هم ممکن است. چون در ماده ۹۶۸ این کتاب آمده است: «لِلوَلِيِّ أَنْ يُسَلِّمَ الصَّغِيرَ الْمُمِيزَ مَقْدَارًا مِنْ مَالِهِ وَ يَأْذَنَ لَهُ بِالتَّجَارَةِ لِأَجْلِ التَّجَرِبَةِ فَإِذَا تَحَقَّقَ رُشْدُهُ دَفَعَ وَ سَلَّمَ إِلَيْهِ بَاقِيَ أَمْوَالِهِ»^۱.

۱. مجلّة الأحکام العدلیّة، ص ۱۹۰ (<http://lib.efatwa.ir/۲۳۸۱۲/۱۸۹۰>):

(مادّة ۹۸۱) لَا يَنْبَغِي أَنْ يُسْتَعَجَلَ فِي إِعْطَاءِ الصَّبِيِّ مَالَهُ عِنْدَ بُلُوغِهِ بَلْ يُجَرَّبُ بِالتَّائِي فَإِذَا تَحَقَّقَ كَوْنُهُ رَشِيدًا تُدْفَعُ إِلَيْهِ أَمْوَالُهُ حِينَئِذٍ.

(مادّة ۹۸۲) إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ غَيْرَ رَشِيدٍ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ أَمْوَالُهُ مَا لَمْ يَتَحَقَّقْ رُشْدُهُ وَيُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ كَمَا فِي السَّابِقِ.

(مادّة ۹۸۳) إِذَا دَفَعَ وَصِيُّ الصَّغِيرِ مَالَهُ إِلَيْهِ قَبْلَ ثُبُوتِ رُشْدِهِ فَضَاعَ الْمَالُ فِي يَدِ الصَّغِيرِ وَأَتْلَفَهُ يَضْمَنُ الْوَصِيُّ.

۲. مجلّة الأحکام العدلیّة، ص ۱۸۸.

در سال ۱۳۲۴ ه‍.ق قانون سوریه تغییر کرد و پایان سن ۲۰ سالگی را سن رشد قرار داد. سپس در سال ۱۹۴۹ میلادی (۱۳۶۸ ه‍.ق) سن رشد به ۱۸ سال شمسی کامل تغییر یافت، به این نحو که؛ هر کس سن ۱۸ سالگی را تمام کرد می‌تواند معامله انجام دهد و حجر او معنا ندارد.

قانون مدنی ایران

در قانون مدنی ایران، در ماده ۱۲۰۹ قانون مدنی سابق این طور آمده بود: «هر کس که دارای هیجده سال تمام نباشد در حکم غیر رشید است، مع ذلک در صورتی که بعد از پانزده سال تمام رشد کسی در محکمه ثابت شود از تحت قیمومیت خارج می‌شود». در ماده ۱۲۱۰ قانون مدنی آمده بود: «هیچکس را نمی‌توان بعد از رسیدن به هیجده سال تمام به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد».

البته در مورد خصوص نکاح، در ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی سابق این‌طور آمده بود: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضاء کند با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثناء معافیت از شرط سن اعطاء شود. ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به اناثی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند».

بعد از تجدید نظر و اصلاحاتی که در برخی مواد قانون مدنی در سال ۱۳۶۱ ه‍.ش انجام شد^۱، ماده ۱۲۰۹ حذف شد و ماده ۱۲۱۰ به این نحو تغییر کرد: «هیچکس را نمی‌توان بعد از رسیدن به سن بلوغ به عنوان جنون یا عدم رشد محجور نمود مگر آنکه عدم رشد یا جنون او ثابت شده باشد»^۲ و دو تبصره نیز به ماده ۱۲۱۰ اضافه کردند: «تبصره ۱: سن بلوغ در پسر پانزده سال تمام و در دختر نه سال تمام قمری است.» و «تبصره ۲: اموال صغیری را که بالغ شده است در صورتی می‌توان به او داد که رشد او ثابت شده باشد».

این تغییر موجب اعتراض و اشکال برخی حقوق‌دان‌ها شد، و آنها دو اشکال مطرح می‌کردند:

۱. این ماده در فرآیند اصلاح قانون مدنی حذف شده است.

۲. اگرچه تدوین قانون مدنی ایران از سال ۱۲۹۸ ه‍.ش شروع شد، لکن تدوین کامل مجلدات قانون مدنی و تصویب آن در سال ۱۳۲۳ ه‍.ش انجام گرفت. بعد از انقلاب جمهوری اسلامی ایران یک بازنگری و اصلاحاتی نسبت به قانون مدنی صورت گرفت. اصلاحات قانون مدنی که در سال ۱۳۶۱ ه‍.ش نهایی شد، به این نحو است: این اصلاحیه مشتمل بر ۴۷ ماده و ۸ تبصره می‌باشد، که به موجب آن سیزده ماده از قانون مدنی حذف، سه

ماده اضافه و سی و یک ماده نیز اصلاح شدند: <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/۹۰۶۲۵>.

۳. ر.ک: <http://www.davoudabadi.ir/page/۰۶۹۷۲۵۸>.

۱. **اشکال اول:** چرا سنّ رشد را به سنّ بلوغ تغییر دادید و هیچ فاصله‌ای بین آنها قرار ندادید؟ در حالی که معلوم است بسیاری از افراد در این سنّ رشید نیستند. برخی اشکال کردند که وقتی سنّ بلوغ دختر ۹ سالگی است، این اشکال بیشتر تشدید می‌شود.

۲. **اشکال دوم:** تغییری که در ماده ۱۲۱۰ انجام شد، مشتمل بر تناقض صدر و ذیل است. چون از یک طرف می‌گویند به مجرد سنّ بلوغ حکم به رشد می‌شود، ولی در عین حال در تبصره ۲ می‌گویند مال یتیم را بعد از بلوغ نمی‌توان به او داد مگر اینکه رشدش احراز شود.

ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی نیز بعد از انجام اصلاحات، به این نحو تغییر کرد: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح.»^۱

بررسی موادّ قانونی مذکور در قوانین مدنی

بعد از اینکه با موادّ قانونی موجود در قوانین مدنی کشورها آشنا شدیم، باید دخالت داشتن سنّ در تحدید رشد را از دو جهت مورد بررسی قرار دهیم: یکی اینکه به حسب مقام ثبوت، آیا تحقق رشد در عالم واقع با سنّ خاصی ملازمه دارد یا نه؟ جهت دوم اینکه به حسب مقام اثبات، آیا حکم به رشد در افراد مجهول الحال منوط است به اینکه مدّتی از زمان بلوغ بگذرد یا اینکه از همان ابتدای بلوغ حکم به رشد آنها می‌شود؟

آنچه ظاهر نوع قوانین می‌باشد این است که سنّ خاص را تحدیدی برای ثبوت واقعی رشد قرار دادند، یعنی بین ثبوت رشد و سنّ ۱۸ سالگی مثلاً ملازمه واقعی وجود دارد، به نحوی که قبل از این سنّ رشید نیستند، اگر قبل از این سنّ ادعای رشد هم بکنند ادعایش مسموع نیست و قابل اثبات نخواهد بود. اشکال این قسمت روشن است، چون عملاً این گونه نیست که برای وجود واقعی رشد یک سنّ خاصی وجود داشته باشد، بلکه به اختلاف شرایط افراد تحقق رشد در افراد متفاوت خواهد بود.

ولی اگر مقصود از تحدید سنّ رشد در قوانین این باشد که در این سنّ خاص با افراد مجهول الحال معامله افراد رشید می‌شود. یعنی بعد از سنّ بلوغ و قبل از سنّ رشد معامله‌ی رشید با آنها نمی‌شود، مگر اینکه از طریق اختبار و غیر آن رشد را احراز کنند. کما اینکه در قانون مدنی سابق ایران سنّ ۱۸ سال را برای رشد قرار دادند، ظاهراً همین احتمال است. این احتمال از جهت کبروی و صناعتی اشکال ندارد یعنی اشکال منهجی ندارد و با آنچه در تنبیه اول گفته شد

۱. ر.ک: <http://www.davoudabadi.ir/page/۲۶۹۳۲۱>

سازگار است. اشکالی که نسبت به این احتمال وجود دارد (اشکال صغروی) این است که؛ ما هم قبول داریم که بعد از گذشت یک مدتی از سنّ بلوغ با افراد مجهول الحال معامله‌ی رشید می‌شود، اما میزان این مدّت در تمام موارد و تمام بلاد یکسان نیست. ممکن است در یک استان، غلبه‌ی رشد در افراد سنّ ۱۷ سالگی باشد و در استان دیگر ۱۹ سالگی و هکذا. بله، اگر مدت معتناهی از سنّ بلوغ بگذرد، اغلیّیت تحقق پیدا می‌کند و با تحقق اغلیّیت، بنای عقلاء بر حکم به رشد در افراد مجهول الحال ثابت می‌شود.

با توجه به توضیح فوق معلوم می‌شود که اشکالاتی که نسبت به اصلاح قانون مدنی مطرح شده بودند وارد نیستند. اینکه در اشکال اول مطرح شده بود که چرا سنّ رشد را تغییر دادید، جوابش این است که سنّ رشد منوط به سنّ خاص نیست، بلکه ممکن است در همان ابتدای بلوغ رشید باشند. بله، می‌توان اشکال اول را به این شکل مطرح کرد: چرا در همان سنّ بلوغ حکم به رشد می‌کنید؟ یعنی اگرچه ممکن است پسر و دختر از ابتدای بلوغ، رشید باشند، لکن اگر احراز رشد نکردیم بر اساس آنچه در تنبیه اول گفته شد نمی‌توانیم در اوایل بلوغ حکم به رشد او بکنیم.

اشکال دوم هم وارد نیست، چون بنای عقلاء (معامله‌ی رشید با افراد مجهول الحال) عام است. بله، در خصوص دفع مال یتیم با توجه به آیه شریفه، شرط شده است که رشدش را احراز کنند، و تبصره ۲ نیز مبتنی بر مفاد همین آیه است. به عبارت دیگر، اصل ماده ۱۲۱۰ بر اساس بنای عام عقلایی نوشته شده و تبصره ۲ یک استثنایی بر آن قانون عام عقلایی است. اگرچه اصل ثبوت استثناء مسلم است، لکن در مورد اینکه دفع مال یتیم خصوصیت دارد یا نه، احتمالاتی وجود دارد که در تنبیه دوم مورد بررسی واقع شد.

تغییرات سنّ نکاح در قانون مدنی ایران

از آنجا که برای بررسی تحدید سنّ رشد در قانون مدنی ایران، سنّ زوجین در نکاح نیز مورد اشاره قرار گرفته بود، مناسب است که سنّ زوجین در عقد نکاح را بررسی کنیم. سوال این است که آیا برای صحت نکاح در قانون مدنی ایران (سابق یا جدید) سنّ خاصی در نظر گرفته شد یا نه؟

آنچه در قانون مدنی ایران به عنوان سنّ خاص برای زوجین بیان می‌شود، از باب شرطیت متعاقدين نیست، بلکه از باب شرایط زوجین است، یعنی ولو عاقد فرد دیگری باشد لکن لازم است که زوجین پایین‌تر از سنّ خاص نباشند. اگرچه این مساله ارتباطی با موضوع محل بحث (شرطیت رشد در متعاقدين) ندارد، لکن چون در ضمن بحث اشاره‌ای به آن کرده بودیم لازم است به آن پردازیم. خصوصاً از این جهت که شبهاتی در این قسمت به فقه امامیه مطرح می‌کنند.

توضیح بیشتر: از آنجا که در فقه امامیه ازدواج با دختر شرط سنی خاصی ندارد و دختر می‌تواند قبل از بلوغ نیز ازدواج کند، برخی از وهابیون شبهه می‌کنند که این حکم از انحرافات جنسی فقه شیعه است.^۱ آنها در مقام شبهه می‌گویند: فقهای امامیه ازدواج با دختر بچه غیر بالغ را جایز دانسته و جمیع استمتاعات (غیر از دخول) را حلال می‌شمارند، در حالی که این حکم واضح الفساد است. چه فساد از این بدتر که یک دختر بچه را به عقد فرد ۲۵ ساله یا ۴۰ ساله یا ۶۰ ساله در بیاورند.

اشکال دیگری که در این قسمت مطرح می‌شود مربوط به ازدواج‌هایی است که برای ایجاد محرمیت انجام می‌شود. چون یکی از راه‌های ایجاد محرمیت این بود که دختر کوچک خانواده را مورد صیغه‌ی موقت قرار می‌دادند. در حالی که وقتی عقد ازدواج برقرار شد، احکام مربوط به نکاح مانند استمتاع و جواز نظر جاری خواهد شد.

به مناسبت بحث از سن رشد و دفع شبهات مربوط به سن زوجین به بررسی قانون مدنی و نظر فقه امامیه می‌پردازیم. به حسب آنچه در قانون مدنی سابق بود، در ماده ۱۰۴۱ این طور آمده بود: «نکاح اناث قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام و نکاح ذکور قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام ممنوع است. مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضاء کند با پیشنهاد مدعی العموم و تصویب محکمه ممکن است استثناء معافیت از شرط سن اعطاء شود. ولی در هر حال این معافیت نمی‌تواند به اناثی داده شود که کمتر از ۱۳ سال تمام و به ذکوری شامل گردد که کمتر از ۱۵ سال تمام دارند».

بعداً به ماده ۱۰۴۱ ترتیب اثر دادند و گفتند نه تنها این نکاح جایز نیست بلکه عقوبت هم دارد. در ماده ۳ قانون ازدواج آمده است: «هر کس برخلاف مقررات ماده ۱۰۴۱ قانون مدنی، با کسی که هنوز به سن قانونی برای ازدواج نرسیده است مزاجت کند به شش ماه الی دو سال حبس تأدیبی محکوم خواهد شد و در صورتی که دختر به سن سیزده سال تمام نرسیده باشد لااقل به دو الی سه سال حبس تأدیبی محکوم می‌شود و در هر دو مورد ممکن است علاوه بر مجازات حبس به جزای نقدی از دو هزار ریال الی بیست هزار ریال محکوم گردد و اگر در اثر ازدواج برخلاف مقررات فوق واقعه منتهی به نقص یکی از اعضاء یا مرض دائم زن گردد مجازات زوج از پنج الی ده سال حبس با اعمال شاقه است.»

طبق این مواد، ازدواج دختر قبل از ۱۳ سالگی ممنوع است، ولو بالغ باشد.

بعداً در سال ۱۳۵۳ در ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده آمده است: «ازدواج زن قبل از رسیدن به سن ۱۸ سال تمام و مرد قبل از رسیدن به سن ۲۰ سال تمام ممنوع است مع ذلک در مواردی که مصالحی اقتضا کند استثنائاً در مورد زنی که سن او از ۱۵ سال تمام کمتر نباشد و برای زندگی زناشویی استعداد جسمی و روانی داشته باشد به پیشنهاد دادستان

۱. برخی دیگر نیز همین اشکال را با عناوینی مثل کودک همسری مطرح می‌کنند.

و تصویب دادگاه شهرستان ممکن است معافیت از شرط سن اعطاء شود. زن یا مردی که بر خلاف مقررات این ماده با کسی که هنوز به سن قانونی برای ازدواج نرسیده مزاجت کند حسب مورد به مجازات‌های مقرر در ماده ۳ قانون ازدواج مصوب ۱۳۱۶ محکوم خواهد شد.»

بعد از انقلاب در دولت موقت، ماده ۲۳ قانون حمایت خانواده لغو شد و سن قانونی ازدواج برای دختران ۹ سال تمام قمری و برای پسران ۱۵ سال تمام قمری تعیین شده است.

بعد از اصلاحاتی که در سال ۱۳۶۱ انجام گرفت، ماده ۱۰۴۲ (بعد از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام نیز انات نمی-توانند مادام که به ۱۸ سال نرسیده‌اند بدون اجازه ولی خود شوهر کنند) حذف شد. ولی ماده ۱۰۴۱ به همراه یک تبصره اصلاح شد: «نکاح، قبل از بلوغ ممنوع است. // تبصره: عقد نکاح قبل از بلوغ با اجازه ولی صحیح است، به شرط رعایت مصلحت مولی علیه». یعنی قبل از بلوغ هم ازدواج جایز است، البته مشروط به اجازه ولی و تشخیص مصلحت توسط ولی.

سپس در سال ۱۳۷۹ یک تغییر دیگر در ماده ۱۰۴۱ بدین صورت انجام گرفت: «عقد نکاح دختر قبل از رسیدن به سن ۱۳ سال تمام شمسی و پسر قبل از رسیدن به سن ۱۵ سال تمام شمسی منوط است به اذن ولی به شرط رعایت مصلحت با تشخیص دادگاه صالح». در این اصلاحیه، ملاک سن را سال شمسی قرار دادند و از طرفی اذن ولی و رعایت مصلحت را معتبر دانستند و تشخیص مصلحت بر عهده دادگاه گذاشته شد. بعد از اینکه این قانون تصویب شد و به شورای نگهبان رفت، شورای نگهبان آن را خلاف شرع دانست. سپس به مجمع تشخیص مصلحت رفت و در سال ۱۳۸۱ مورد تایید این شورا قرار گرفت و در متن قانون مدنی قرار گرفت.

بررسی تطوّر سن ازدواج در قانون مدنی و پاسخ به شبهات

همان طور که قبلاً هم بیان کردیم آنچه به عنوان سن در قانون مدنی مطرح است به عنوان شرط زوجین در عقد نکاح است نه شرط متعاقدين در عقد نکاح.

مقتضای ادله شرعی این است که برای تحقق زوجیت سن خاصی شرطیت ندارد. در واقع هم اطلاعات ادله نکاح شرطیت سن را نفی می‌کنند و هم ادله خاصه متعددی وجود دارد که دلالت بر صحت نکاح در زمان صغر زوجین دلالت می‌کند مثل روایاتی که دلالت می‌کند ولی می‌تواند دو صغیر را به نکاح هم در بیاورد. بله، بعد از بلوغ حق فسخ دارند، لکن این حق فسخ منافاتی با حکم به صحت و نفوذ عقد نکاح ندارد. لذا روشن است که تعیین سن برای زوجین به نحوی که قبل از آن سن ازدواج ممنوع باشد، حکمی مخالف با شرع است بنابراین هم ماده ۱۰۴۱ به صورت اولی آن که

کلا ازدواج قبل از سن خاص را ممنوع کرده خلاف شرع است و هم به صورت اصلاح شده که در سال ۱۳۸۱ تصویب شد و ازدواج قبل از سن خاص را بدون اجازه دادگاه ممنوع کرده خلاف شرع است.

بعد از روشن شدن حکم مساله در فقه امامیه، در پاسخ به شبهات مذکور گفته می‌شود: اگرچه در شریعت برای تحقق علقه زوجیت شرط سنی خاصی وجود ندارد، لکن در مواردی که دختر غیر بالغ است (و حتی بعد از بلوغ) تزویج او توسط ولی منوط به شرطی است که آن شرط مانع از فساد می‌شود. چون تزویج دختر از ناحیه ولی در صورتی صحیح است که به مصلحت مولی علیه باشد و مفسده نداشته باشد {بلکه صحت تزویج صغیر توسط حاکم شرع (در صورت فقدان ولی) علاوه بر عدم مفسده، منوط به وجود ضرورت است و صرف وجود مصلحت کافی نیست}. مضافاً به اینکه حتی بعد از صحت ازدواج، دخول قبل از بلوغ ممنوع است. با توجه به این دو شرط مواردی که به عنوان نقض و اشکال ذکر شده حل می‌شود، چرا که ازدواج دائم دختر بچه با سن کم مثل ۷ ساله یا حتی ۱۲ ساله و بیشتر با مردی که تفاوت سنی زیادی با او دارد حتی اگر برای استمتاعات دیگر (غیر از دخول) باشد، محکوم به بطلان است، چون چنین ازدواجی به مصلحت دختر نیست بلکه برای دختر مفسده دارد و تباه کردن دختر حساب می‌شود.

به این ترتیب مثال ایجاد محرمیت از راه به صیغه درآوردن دختر کوچک خانواده نیز اشکال و شبهه‌اش حل می‌شود چون هرچند عقد ازدواج موجب جواز نظر و سائر استمتاعات از زوجه است ولی موجب وجوب استمتاع و تحقق استمتاع در خارج نیست، آنهایی که از این راه می‌خواهند محرمیت ایجاد کنند در جایی اقدام به این کار می‌کنند که قطع و یقین به عدم تحقق استمتاع دارند و الا نسبت به موردی که احتمال استمتاع را بدهند هر چند احتمال ضعیف (در حدّ یک صدم یا کمتر) هیچ وقت این کار را انجام نمی‌دهند. اگر با این وصف عقد انجام دهند عقد صحیح نیست. در صورت علم و یقین به عدم تحقق استمتاع، عقد موقت برای ایجاد محرمیت صحیح است، چون مفسده‌ای برای دختر ندارد بلکه به مصلحت دختر است خصوصاً اگر مهریه مهمی برای او در نظر بگیرند. در فرضی هم که این عقد موقت در معرض تحقق استمتاع از طرف زوج باشد چون چنین ازدواجی مفسده برای دختر حساب می‌شود و به نوعی تباه کردن دختر است (اینکه دختر کوچک مورد استمتاع مرد بزرگ قرار گیرد ننگ و عاری برای دختر و خانواده‌اش حساب می‌شود که هیچ کس حاضر به پذیرفتن آن نیست) این عقد باطل است، و ولی او ولایت بر چنین تزویجی را ندارد.

بحث از شرطیت رشد تمام شد.

امر دوم: ملکیت یا ولایت یا وکالت متعاقدين

مقوم و رکن سوم از ارکان عقود، متعاقدين هستند. وجه رکنیت متعاقدين این است که با تأمل در تعریف عقد به دست می‌آید که متعاقدين نسبت به عقد مقومیت دارند. چون عقد را چه به «شدّ أحد الإلتزامین بالترام آخر» تعریف کنیم

یا به «توافق الإرادتين» یا «القرار المرتبط بقرار آخر»، حقیقت عقد یک اعتبار و انشاء متقوم به طرفین است و در برابر ایقاع (اعتبار و انشاء متقوم به طرف واحد) قرار دارد. اصل رکن بودن متعاقدين واضح است و جای تردید و شبهه وجود ندارد. آنچه در رکن سوم محل بحث می‌باشد، شرایط معتبر در متعاقدين است. در مورد شرایط متعاقدين جهات مختلفی از بحث وجود دارد، ولی عمده جهات در شرایط متعاقدين سه جهت است لذا در ضمن سه امر از آنها بحث می‌شود:

۱. امر اول: أهلیت متعاقدين در اجرای عقد {به لحاظ خصوصياتی که در ذات متعاقدين (مانند بلوغ و رشد) وجود دارد}.

۲. امر دوم: شرایط مالک بودن متعاقدين در اجرای عقد (یا مالک باشند یا وکیل یا ولی).

۳. امر سوم: شرطیت اختیار (یا مانعیت اکراه).

امر دوم در مورد متعاقدين این است که صحت معامله منوط است به اینکه متعاقدين باید نسبت به شیء مورد معامله ملکیت یا ولایت یا وکالت داشته باشند. بحث از شرط دوم را در دو مقام بررسی خواهیم کرد:

✓ مقام اول: اصل شرطیت ملکیت (یا ولایت یا وکالت) داشتن متعاقدين نسبت به عوضین.

✓ مقام دوم: بعد از فراغ اصل شرطیت، بحث می‌شود که آیا این شرط باید حین عقد به نحو مقارن وجود داشته باشد یا اینکه تحقق این شرط بعد از حصول عقد نیز کافی است.

مباحث مقدماتی

قبل از ورود به اصل بحث، لازم است ابتدا معلوم شود مراد از این شرط چیست و چه جایگاهی در ارکان و مقومات عقد دارد. توضیح این امر ضمن چند نکته انجام می‌گیرد:

نکته اول

مقصود از ملکیتی که در اینجا آمده این است که مورد عقد (آنچه مورد عقد و معامله واقع می‌شود) اختصاص به عاقد داشته باشد و مملوک او باشد، چه به ملکیت اعتباری و چه به ملکیت تکوینی. به عنوان مثال در اجارة الأعمال (بنا بر اینکه انسان مالک عمل خود نیست) گفته می‌شود: عقد اجاره در صورتی صحیح است که أجیر عمل خودش (که مالک تکوینی آن است) را اجاره دهد.

نکته دوم

محل بحث در اینجا شرط ملکیت برای خود عاقد است و این شرط غیر از شرط ملکیتی است که در عوضین مطرح می‌شود. آنچه در عوضین شرطیت دارد این است که شیء مورد معامله فی حدّ نفسه مملوک باشد و در دایره ملکیت واقع

شود، ولی آنچه در متعاقدين شرطيت دارد اين است که در مواردی که شیء مورد معامله فی حدّ نفسه مملوک هست و در دایره‌ی ملکیت اعتباری قرار دارد، صحت عقد بر این شیء در صورتی صحیح است که این عقد از ناحیه‌ی مالک یا مَنْ بحکمه (ولی یا وکیل) انجام شود.

نکته سوم

آنچه مشروط به این شرط است، صحت عقد است و مراد از مشروط بودن صحت عقد به شرط مذکور این است که اثر متوقع از این عقد در صورتی بر این عقد مترتب می‌شود که این شرط وجود داشته باشد. بطوری که اگر این شرط وجود نداشته باشد اثر فعلی مترتب نمی‌شود نه اینکه عقد کالعدم باشد و غیر مالک مسلوب العبارة باشد که حتی با اجازه‌ی لاحق هم عقد او قابل تصحیح نباشد.

نکته چهارم

آخرین نکته‌ای که قبل از ورود به بحث باید مطرح شود این است که عنوان و تعبیر مناسب برای بیان شرط دوم از شرایط متعاقدين چیست؟ یعنی با چه تعبیری این شرط را بیان کنیم تا بتواند به نحو کاملی محل بحث را تفهیم کند و تمام افرادی که "یصحّ البیع عنهم" را شامل بشود. به طور کلی در کلام فقهاء دو نحوه تعبیر آمده است.

۱. تعبیر اول: تعداد زیادی از فقهاء (مانند مرحوم محقق^۱ و علامه) در این بحث برای شرط مذکور عنوان خاصی قرار ندادند بلکه تمام موارد را بالخصوص ذکر کردند. مثلاً مرحوم علامه در قواعد فرموده است: «یشترط كون البائع: مالکاً، أو ولیّاً عنه: کالأب و الجدّ له و الحاکم و أئمنه و الوصی، أو وکیلاً، فبیع الفضولیّ موقوف علیّ الإجازة علی رأی^۲». مرحوم علامه در این عبارت افراد مالک و مَنْ بحکمه را بالتفصیل نام بردند: مالک، ولیّ (پدر، جدّ پدری، حاکم، امین، وصی)، وکیل.

مرحوم شیخ انصاری در مورد این کلام علامه می‌فرماید: مراد از صحت عقد در اینجا صحت به معنای ترتیب اثر است، نه اینکه مواردی مثل عقد فضولی کالعدم باشند به نحوی که حتی با اجازه‌ی بعدی هم قابل تصحیح نباشند. لذا اشکال محقق ثانی به عبارت علامه وارد نیست.^۳

۱. شرایع الاسلام، ج ۲، ص ۸: و أن یکون البائع مالکاً أو ممن له أن یبیع عن المالک کالأب و الجدّ للأب و الوکیل و الوصی و الحاکم و أئمنه.

۲. قواعد الأحکام فی معرفة الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۱۸-۱۹.

رک: تذکرة الفقهاء، ج ۱۰، ص ۱۴: یشترط أن یکون البائع مالکاً أو ممن له ولاية کالأب و الجدّ له و الحاکم و أئمنه و الوکیل، فلو باع الفضولی صحّ.

۳. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۴۵: من شروط المتعاقدين: أن یکونا مالکین أو مأذونین من المالک أو الشارع. فعقد الفضولی لا یصحّ، أي لا یترتّب علیه ما یترتّب علی عقد غیره من اللزوم. و هذا مراد من جعل الملک و ما فی حکمه شرطاً، ثمّ فرّع علیه أن یبیع الفضولی موقوف علیّ الإجازة کما فی القواعد، فاعتراض جامع المقاصد: علیه بأنّ التفریع فی غیر محلّه، لعلّه فی غیر محلّه.

مرحوم محقق ثانی در اشکال به این کلام مرحوم علامه فرموده است: عبارت شما در بیان شرطیت با تفریع شما (موقوف بودن فضولی) سازگاری ندارد. چون وقتی شرط صحت بیع را مالک بودن بایع قرار دادید، باید معامله فضولی را باطل بدانید نه موقوف بر اجازه. اگر صحت بیع در کلام مرحوم علامه را به معنای ترتیب اثر و لزوم بگیریم اگرچه تفریع مذکور درست می‌شود، لکن باز هم عبارت ایشان اشکال دارد. چون ایشان بیع فضولی را "علی رأی" موقوف بر اجازه دانستند، در حالی که اگر صحت به معنای ترتب اثر باشد بیع فضولی مطلقاً و عند الجميع موجب ترتب اثر نیست نه اینکه علی رأی این طور باشد. علی‌ای حال، عبارت علامه خالی از اشکال و تکلف نیست.^۱

به نظر می‌رسد تعبیر "علی رأی" اشکالی در عبارت علامه ایجاد نمی‌کند. چون اگرچه یک قول در بیع فضولی این است که بیع فضولی از اساس باطل است و با اجازه‌ی بعدی هم قابل تصحیح نیست ولی عبارت مرحوم علامه را می‌توان این طور توضیح داد که لازمه شرطیت ملکیت (و ما بحکمه) در ترتب اثر بر عقد این است که بیع فضولی (که فاقد این شرط است) موجب ترتب اثر نباشد و اگر بخواهد اثر داشته باشد که بعضی‌ها قائل به آن هستند موقوف به اجازه مالک است.

۲. تعبیر دوم: برخی مانند مرحوم شیخ انصاری تعبیر «من شروط المتعاقدين: أن يكونا مالکین أو مأذونین من المالك أو الشارع» را به کار بردند. حالا باید ببینیم که آیا تعبیر دوم دلالت بر مقصود مورد نظر دارد یا نه؟ و کدام یک از دو تعبیر جامع‌تر هستند؟

اشکال فقه العقود به تعبیر دوم

آقای حائری در فقه العقود در اشکال به کلام شیخ انصاری (تعبیر دوم) فرمودند: این عبارت مشتمل بر مسامحه است و نمی‌تواند به نحو دقیقی محل بحث را تفهیم کند. چون "اذن از جانب شارع" که در کلام مرحوم شیخ آمده است، دارای سه احتمال است که همه آنها مورد اشکال است:

۱. احتمال اول: اگر مقصود از اذن شارع اباحه و اذن تکلیفی باشد (که در برابر حرمت تکلیفی قرار دارد)، اشکالش این است که اباحه و حرمت تکلیفی ارتباطی با صحت و فساد معامله ندارد، نه اباحه تکلیفی مستلزم صحت معامله است و نه حرمت تکلیفی مستلزم فساد معامله. این اشکال در صورتی است که حرمت تکلیفی از معامله را موجب فساد معامله ندانیم. اما اگر حرمت تکلیفی را موجب فساد معامله بدانیم، اشکالش این است که اگرچه بنابر این مبنا (النهی عن المعاملة مقتضی للفساد) اباحه تکلیفی شرط صحت معامله است، لکن در این صورت

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۶۸-۶۹: هذا التفریع أيضا غیر جید لأن المتبادر من اشتراط ما ذکره بطلان البیع هنا، لانتفاء الشرط إن کان ذلك شرطاً فی الصحة، أو عدم لزومه إن کان شرطاً فی اللزوم، فکونه موقوفاً علی الإجازة لا یظهر وجه تفریعه، إلا إذا حملنا العبارة علی أن الاشتراط فی اللزوم، و أن المراد بکونه موقوفاً عدم لزومه، لأنه فی قوته، لکن قوله: (علی رأی) لا موقع له حیثئذ، و کیف کان فالعبارة لا تخلو من تکلف.

شرط مذکور (اذن تکلیفی از جانب شارع) اختصاص به معامله ولیّ ندارد، بلکه معامله‌ی مالک و وکیل نیز مشروط به این شرط خواهد بود. لذا معنا ندارد که مأذونیّت از جانب شارع را در عرض مالک و وکیل قرار بدهیم.

۲. احتمال دوم: اگر مقصود از اذن شارع، اذن وضعی باشد به این معنا که تصرفات شخص باید از جانب شارع امضاء و تنفیذ شده باشد، اشکالش این است که اذن وضعی از جانب شارع به معنای صحت وضعی معامله نزد شارع است و چنین اذنی در صحت تصرفات خود مالک و وکیل هم شرط می‌باشد، لذا معنا ندارد که این شرط را در عرض مالک و وکیل قرار بدهیم.

۳. احتمال سوم: اگر مقصود از اذن شارع، اذن ولایی باشد به این معنا که شارع چون ولیّ اصلی و حقیقی بر همه افراد است به دیگران اذن در تصرف می‌دهد، اشکالش این است که اذن ولایی اختصاص به شارع ندارد بلکه هر کسی ولیّ شرعی باشد می‌تواند به دیگران اذن در تصرف دهد.^۱

بررسی کلام فقه العقود

به نظر می‌رسد اشکال فقه العقود وارد نیست، چون احتمال چهارمی در کلام شیخ انصاری وجود دارد که کلام مرحوم شیخ حمل بر آن می‌شود. احتمال چهارم عبارت است از اینکه؛ شارع "بما أنّه مقنّن لا بما أنّه ولیّ" به یک نفر ترخیص می‌دهد تا تمام امورات مالک یا برخی امورات (مثل بیع برخی از اموال) مالک را متصدی شود. به عبارت دیگر شارع در برخی موارد برای غیر مالک، جعل ولایت کرده است، به این معنا که غیر مالک می‌تواند متصدی امور مالک باشد.

بنابراین طبق احتمال چهارمی که برای کلام شیخ انصاری بیان شد هیچ یک از اشکالات فقه العقود وارد نیست، بلکه همان طور که مرحوم مامقانی در حاشیه‌ی مکاسب فرمودند: عبارت شیخ انصاری نه تنها در بیان مقصود کافی است بلکه از تعبیر دیگر جامع‌تر است، چون جمیع افرادی که وقوع بیع از جانب آنها صحیح است را شامل می‌شود.^۲ مرحوم

۱. فقه العقود، ج ۲، ص ۱۷۷: لعلّ فی العبارة نوعاً من المسامحة إذ ما ذا يقصد باذن الشارع هل هو الإذن التکلیفی أو الوضعی أو الاذن الولائی أى بما هو ولیّ علی المالك مثلاً؟ ان قصد به الأوّل فمن الواضح أنّ الإباحة التکلیفیة و الحرمة التکلیفیة لا علاقة لهما بصحة العقد و فساد، و لو فرضنا أنّ النهی التکلیفی یوجب الفساد و أنّه لا بدّ فی صحة العقد من الإباحة فهذا یثبت حتى بالنسبة لتصرّف المالك أو المأذون من قبله، فلیس الاذن من الشارع عدلاً للمالکة أو الاذن من المالك. و ان قصد به الثانی فالاذن الوضعی من الشارع لا بدّ منه حتى بلحاظ المالك أو المأذون من قبل المالك فلیس هذا شرطاً فی عرض المالکة أو المأذونیه من قبل المالك، و عدلاً لهما. و إنّ قصد به الثالث و هو الاذن الولائی فالأولی التعمیم للإذن من کل ولیّ شرعی لا التخصیص بالاذن من الشارع و كذلك التعمیم لنفس کون العاقد ولیّاً علی صاحب المال إلّا ان ینقل: إنّ هذا کلّه یعود إلی الاذن الولائی من الشارع.

۲. غایة الآمال فی شرح کتاب المكاسب (للمامقانی)، ج ۳، ص ۳۵۰: لا یخفی علیک ان هذه العبارة من جوامع الکلم فتشمل جمیع أقسام من یصحّ منه البیع.

مامقانی بعد از اینکه تعبیر مرحوم شیخ را جامع‌ترین تعبیر معرفی می‌کند، مصادیق افرادی که "یصحّ البیع عنهم" را بر اساس عبارت مرحوم شیخ، به تفصیل بیان می‌کند:

الف) مالک: این عنوان فقط شامل مالک‌ها می‌شود.

ب) مأذون از طرف مالک: این عنوان فقط شامل وکیل از طرف مالک‌ها می‌شود.

ج) مأذون از طرف شارع: این عنوان موارد متعددی را شامل می‌شود:

۱. آب و جدّ.

۲. منصوب از جانب آب و جدّ: وصی‌ای که قیمومیت صغار به او واگذار شد. + وکیلی که امور مولی علیه به او توکیل شده است.

۳. حاکم شرع و منصوبین از جانب حاکم (اعمّ از منصوب عام و منصوب خاص).

۴. عدول مومنین در جایی که حاکم شرع و منصوبین از جانب او نباشند.

۵. مقاصّ: در مواردی که مدیون دینش را اداء نکند، طلبکار می‌تواند مال مدیون را تملک کند و یا آن را بفروشد تا دین خود را استیفاء کند، حتی اگر قیمت متاع بیشتر از میزان طلب باشد، مشروط به اینکه بعد از فروش متاع فقط به میزان طلب خود تملک کند و ما بقی را به مالک برگرداند. یعنی شارع حق چنین تصرفی را به طلبکار داده است و برای او نسبت به فروش این متاع، ولایت جعل کرده است.

اگر کسی گمان کند اینکه علمای متقدّم بر شیخ انصاری (غیر از شهید اول در لمعة^۱ و دروس^۲) در محل بحث، مقاصّ را ذکر نکردند {در حالی که تصرفش را جایز می‌دانند} از این باب است که در نظر آنها مقاصّ ذیل عنوان مالک قرار می‌گیرد، گمان باطلی است، چون؛ اولاً این توجیه طبق مبنای کسانی صحیح است که در باب تقاصّ معتقدند مقاصّ ابتدا متاع را تملک می‌کند و سپس به عنوان ملک خودش آن را می‌فروشد، در حالی که طبق مبنای برخی دیگر تملک مقاصّ شرط نیست و او می‌تواند ابتداءً آن متاع را بفروشد. ثانیاً سلّمنا تمام فقهاء تملک را شرط بدانند، لکن این دفاع در صورتی تمام است که مالی که مقاصّ می‌خواهد آن را بفروشد قیمتش بیشتر از طلبش نباشد. چون در این صورت معنا ندارد که بیش از طلبش را تملک کند و بعد آن را بفروشد.

۶. وکعی: در مواردی که ودیعه در معرض تلف (عیناً و قیمه) باشد، ودعی از جانب شارع مأذون است و دیعه را بفروشد و ثمن را حفظ کند و به مالک تحویل دهد.

۱. اللّمة الدمشقیة، ص ۱۰۵.

۲. الدروس الشرعیة، ج ۳، ص ۱۹۲.

۷. مُلتقط: در مواردی که لقطه در معرض تلف باشد، ملتقط از جانب شارع مأذون است که لقطه را بفروشد و پولش را برای مالک حفظ کند.

۸. مرتهن: در مواردی که مدیون (راهن) طلبش را پرداخت نکرد، مرتهن می‌تواند مال مرهون که به عنوان وثیقه در نزدش بود را بفروشد و طلبش را استیفاء کند.

اگرچه مورد اخیر در کلام مرحوم مامقانی نیامده بود، ولی از باب تکمیل کردن موارد لازم بود ذکر شود. مرحوم مامقانی فرمودند: اگرچه فقهای دیگر تمام این موارد را در ابواب مختلف ذکر کردند، لکن در جایی که شرط متعاقدين را بیان می‌کردند تعبیرشان نسبت به شمول تمام این موارد قاصر است. بنابراین عبارت شیخ انصاری نه تنها اشکالی ندارد بلکه نسبت به کلمات فقهای دیگر جامع‌تر است.

مقام اول: اصل شرطیت ملکیت یا ولایت یا وکالت داشتن متعاقدين نسبت به عوضین

مقام اول در مورد این است آیا اساساً چنین شرطی ثابت است یا نه؟ نسبت به این مقام در دو موضع بحث می‌شود:

✓ موضع اول: عاقد، مالک باشد.

✓ موضع دوم: وکالت عاقد یا ولایت بر عقد جایگزین مالکیت است.

موضع اول: مالک بودن عاقد

موضع اول این است که آیا لازم است عاقد، مالک باشد به نحوی که عقد غیر مالک صحیح نباشد؟ برای شرطیت مالک بودن عاقد به ادله مختلفی تمسک شده است. در تقریرات مباحث بیع مرحوم حجت آمده است که نسبت به شرطیت ملکیت أدله أربعه (کتاب، سنت، عقل، اجماع) وجود دارد^۱:

۱. کتاب البیع (حجت)، ص ۲۶۶: يدل على اعتباره الأدلة الأربعة. اما من الكتاب فقوله تعالى «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» فان المراد من التراضي، تراضي ذوى الأموال، الَّذِينَ أُضِيفَ إِلَيْهِمُ الْأَمْوَالُ فِي الْآيَةِ. و قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» المستدل به على وجوب الوفاء بالعقود، فإنه لا يشمل عقد الفضولي فيبقى تحت أصالة الفساد رأساً. و من السنة روايات كثيرة منها التوقيع الشريف «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالکها أو بأمر منه أو رضى منه». و لا إشكال فى قيام الإجماع عليه، كما لا إشكال فى دلالة العقل فان قوله صَلَّى الله عليه و آله لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه، ليس الا تقريرا لحكم العقل.

وجه اول: کتاب

از بین آیات قرآن، آیهی «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ» دلالت دارد بر اینکه معاملات و تصرفات شما در اموال همدیگر صحیح نیست مگر اینکه در قالب تجارت و از روی تراضی باشد. معلوم است که مراد از تراضی در اینجا تراضی مالکین است.

وجه دوم: سنت

روایاتی که برای اثبات شرطیت ملکیت عاقد می‌توان به آنها استدلال کرد عبارتند از؛

۱. توقیع محمد بن عبد الله بن جعفر حمیری: «أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ الطَّبْرَسِيُّ فِي كِتَابِ الْإِحْتِجَاجِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرِ الْحَمِيرِيِّ: أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى صَاحِبِ الزَّمَانِ عَلَيْهِ السَّلَامُ، أَنَّ بَعْضَ أَصْحَابِنَا لَهُ ضِيعَةٌ جَدِيدَةٌ بِجَنْبِ ضِيعَةِ خَرَابٍ لِلسُّلْطَانِ فَأَجَابَهُ^۷ الضَّيْعَةُ لَا يَجُوزُ ابْتِئَاعُهَا إِلَّا مِنْ مَالِكِهَا أَوْ بِأَمْرِهِ أَوْ رِضَى مِنْهُ.»^۱ این روایت سنداً ضعیف است، چون مرحوم طبرسی سند خود تا حمیری را بیان نکرده است. اگرچه مرحوم حجت غیر از این روایت، روایت دیگری در این قسمت ذکر نکرده است، لکن روایات دیگری در کلام برخی فقهاء^۲ ذکر شده است.

۲. روایت سلیمان بن صالح: «وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَسْبَاطٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ عَنْ سَلْفٍ وَبَيْعٍ وَ عَنْ يَبْعَيْنِ فِي بَيْعٍ وَ عَنْ يَبْعٍ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ وَ عَنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ.»^۳

این روایت از حیث سند معتبر است و امرش دائر بین صحیح و موثق است. چون تمام راویان این روایت توثیق دارند، الا اینکه امامی یا فطحی بودن علی بن اسباط محل تردید است. مرحوم نجاشی در مورد او گفته است: «کوفی ثقة و کان فطحیا. جری بینہ و بین علی بن مهزیار رسائل فی ذلک (امر امامت)، رجعوا فیها (در مورد مسالهی امامت) إلى أبي جعفر الثاني (امام جواد)^۷ فرجع علی بن أسباط عن ذلك القول و تركه. و قد روی عن الرضا عليه السلام من قبل ذلك و كان أوثق الناس و أصدقهم لهجة.»^۴ طبق این قول مرحوم نجاشی، علی بن

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۷، باب ۱ از ابواب عقد البیع و شروطه، ص ۳۳۷، ح ۸.

۲. عمدة المطالب فی التعلیق علی المکاسب، ج ۲، ص ۲۷۹-۲۸۱.

۳. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۷ ابواب احکام العقود، ص ۴۷، ح ۲.

۴. رجال النجاشی، ص ۲۵۲.

اسباط مدتی فطحی بود و بعداً امامی شد. لکن برخی^۱ معتقدند که او تا آخر فطحی باقی ماند. علی‌ای‌حال، سند روایت معتبر است.

از جهت دلالت گفته می‌شود که «بیع ما لیس عندک» دلالت دارد که بیع غیر مالک صحیح نیست. اگرچه ظاهر این فقره از روایت این است که صرف مالک بودن بایع کافی نیست، بلکه متاع باید الآن نزد بایع باشد، لکن در کلمات محدثین و شراح حدیث آمده است که مقصود از این فقره صرفاً همان مالک بودن بایع است. شاهد بر این مطلب روایات بیع العینة است، آن روایات دلالت دارند بر اینکه در بیع شخصی اگر متاعی که مالک آن نیستیم را بفروشیم، به این نحو که بعداً برویم آن متاع را بخریم و تحویل بدهیم، این بیع باطل است. لذا مرحوم مجلسی اول فرموده است: «بأن یبیع ثوباً معیناً لم یدخل بعد فی ملكه أما لو باع فی الذمة ثوباً بالوصف الراجع للجهالة ثم یشتری ثوباً بذلک الوصف و یدفعه إلی المشتري فذلک جائز و سلف»^۲. مرحوم مجلسی دوم نیز همین گونه معنا کرده است: «أن یبیع مال رجل قبل أن یشتری منه، ثم یشتریه و یدفعه إلیه»^۳. صاحب وسائل در ذیل این روایت می‌نویسد: «المُرَادُ أَنَّهُ لَا یَجُوزُ أَنْ یَبِيعَ شَيْئاً مُعَيَّناً لَيْسَ عِنْدَهُ قَبْلَ أَنْ یَمْلِكَهُ وَ یَجُوزُ أَنْ یَبِيعَ أَمراً کلیّاً مَوْصُوفاً فی الذِّمَّةِ وَ یَحْتَمِلُ الْکَرَاهَةَ وَ النِّسْخُ وَ التَّقِیَّةُ فی الرِّوَايَةِ لِمَا مَضَى وَ یَأْتِی»^۴.

۳. روایت شعیب بن واقد: «وَبِإِسْنَادِهِ (مرحوم صدوق) عَنْ شُعَيْبِ بْنِ وَاقِدٍ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ زَيْدٍ عَنِ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ آبَائِهِ فِي مَنْاهِي النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ قَالَ: وَ نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ وَ نَهَى عَنْ بَيْعِ وَ سَلَفٍ»^۵.

سند این روایت ضعیف است، چون طریق مرحوم صدوق به شعیب بن واقد عبارت است از: «و ما کان فیہ عن شعیب بن واقد فی المناهی فقد رویته عن حمزة بن محمد بن أحمد ابن جعفر بن محمد بن زید بن علی بن الحسین بن علی بن ابی طالب علیهم السّلام قال: حدّثنی أبو عبد الله عبد العزيز بن محمد بن عيسى الأبهريّ قال: حدّثنا أبو عبد الله محمد بن زكريّا الجوهريّ الغلابيّ البصريّ قال: حدّثنا شعيب بن واقد»^۶. حمزة بن محمد العلوی توثیق ندارد و عبد العزيز بن محمد الأبهري مجهول است، مضافاً به اینکه خود شعیب بن واقد نیز مجهول است.

۱. رجال الکشی، ص ۵۶۲: کان علی بن أسباط فطحياً و لعلی بن مهزیار إلیه رسالة فی النقض علیه مقدار جزء صغیر قالوا فلم ینجع ذلک فیہ و مات علی مذهبه.

۲. روضة المتّقین فی شرح من لا یحضره الفقیه (ط-القديمة)، ج ۹، ص ۳۴۷.

۳. ملاذ الأخیار فی فهم تهذیب الأخبار، ج ۱۱، ص ۴۴۴.

۴. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۷ ابواب احکام العقود، ص ۴۷، ح ۲.

۵. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۷ ابواب احکام العقود، ص ۴۸، ح ۵.

۶. من لا یحضره الفقیه، ج ۴، المشیخه، ص ۵۳۲.

۴. روایت محمد بن قاسم بن فضیل: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ الْبَرْقِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْقَاسِمِ بْنِ الْفُضَيْلِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْحَسَنِ الْأَوَّلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى مِنْ امْرَأَةٍ مِنْ آلِ فُلَانٍ بَعْضَ قَطَائِعِهِمْ وَكَتَبَ عَلَيْهَا كِتَاباً بِأَنَّهَا قَدْ قَبِضَتْ الْمَالَ وَ لَمْ تَقْبِضْهُ فَيُعْطِهَا الْمَالَ أَمْ يَمْنَعُهَا قَالَ قُلْ لَهُ لِيَمْنَعُهَا أَشَدَّ الْمَنْعِ فَإِنَّهَا بَاعَتْهُ مَا لَمْ تَمْلِكْهُ.»^۱ این روایت صحیح السند است. امام ۷ در ذیل روایت می‌فرماید: از آنجا که فروشنده‌ی زمین مالک نبوده است (چون دولت عباسی زمین‌هایی را به نا حق از مردم می‌گرفت و در اختیار خویشاوندانش قرار می‌داد)، پس نباید پول را به فروشنده پرداد.

علاوه بر روایات فوق روایت دیگری نیز بر محل بحث دلالت دارد:

۵. صحیح محمد بن مسلم: «وَعَنْهُ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ حَرِيزٍ وَ صَفْوَانَ عَنِ الْعَلَاءِ جَمِيعاً عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ أَتَاهُ رَجُلٌ فَقَالَ ابْتَغْ لِي مَتَاعاً لَعَلِّي أَشْتَرِيهِ مِنْكَ بِنَقْدٍ أَوْ نَسِيئَةٍ فَأَبْتَاغَهُ الرَّجُلُ مِنْ أَجْلِهِ قَالَ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ إِنَّمَا يَشْتَرِيهِ مِنْهُ بَعْدَ مَا يَمْلِكُهُ.»^۲

*** تذکر:** گرچه آنچه بدو از این روایات استفاده می‌شود اعتبار مالک بودن عاقد در خصوص عقد بیع است، ولی ممکن است به خاطر تعلیل وارد در بعضی از این روایات بگوییم متفاهم عرفی از این روایات شرطیت ملکیت عاقد در تمام عقود و قراردادهای است.

وجه سوم: اجماع

دلیل سومی که در تقریرات مرحوم حجت ذکر شد، تمسک به اجماع است. ظاهراً تمسک به اجماع و تسالم در این مساله اشکالی ندارد. چون شرطیت ملکیت برای عاقد از مسائل واضح نزد اصحاب است و برخی فرمودند: فریقین قبول دارند که معاملات غیر مالک صحیح نیست.

وجه چهارم: عقل

چهارمین دلیل در کلام ایشان، تمسک به عقل است. فرموده اند از نظر عقلی روشن است که انسان حق ندارد مال دیگران را بفروشد. اینکه در روایات از تصرف در مال غیر نهی شده است، ارشاد و تقریر حکم عقل است.

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۷، باب ۱ از ابواب عقد البیع و شروطه، ص ۳۳۳-۳۳۴، ح ۲.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۸ ابواب احکام العقود، ص ۵۱، ح ۸.

بررسی وجه چهارم

دلیل چهارم قابل مناقشه است، چون ثبوت حکم عقل در این موارد (لو ثبت) از باب قبح ظلم است. در حالی که این عنوان با محل بحث مناسبت ندارد. چون مورد بحث این است که شخصی بدون اینکه در مال غیر تصرف خارجی کند، در مرتبه‌ی اعتبار و عقد، مال غیر را به دیگری بفروشد. صرف انشاء عقد نسبت به مال غیر از مصادیق ظلم نیست. بله، اگر به جای حکم عقل به بنای عقلاء تمسک می‌شد، صحیح بود. چون در بنای عقلاء این طور است که عاقد باید مالک یا لأقلّ مأذون در انجام بیع باشد. یعنی به حسب بنای عقلاء این طور نیست که هر کسی بتواند نسبت به مال غیر عقد و قرارداد ببندد.

طریق دوم: اصل عملی

تا به حال در مرحله دلیل اجتهادی چهار دلیل برای اثبات شرطیت ملکیت برای عاقد بیان شده است. طریق دوم برای اثبات شرطیت، این است که گفته شود: مقتضای اصل عملی، شرطیت ملکیت عاقد است. چون اصل اولی در معاملات بطلان و فساد است، و صحت هر معامله‌ای احتیاج دارد به اینکه عمومات و اطلاقات شامل آن شوند و یا دلیل خاص بر صحت آن دلالت کند. لذا در مواردی که شک کنیم که آیا ملکیت شرط صحت عقد است یا نه؟ و آیا عقد صادر از غیر مالک صحیح است یا نه؟ و دلیل خاص وجود نداشته باشد، نمی‌توانیم به عمومات و اطلاقات تمسک کنیم، چون مفاد عمومات فقط عقدی که از مالک صادر شود را شامل می‌شوند. وقتی عمومات و اطلاقات، عقد غیر مالک را شامل نشد، نوبت به اصل عملی می‌رسد که مقتضای آن فساد است.

به عبارت دیگر: ادله صحت عقود اختصاص دارند به عقودی که از مالکین صادر شده باشد. لذا صحت و فساد عقود صادر از غیر مالک، محل شک واقع می‌شوند. وقتی اطلاقات و عمومات صحت معاملات، عقد صادر از غیر مالک را نگرفت، نوبت به اصل عملی (أصالة الفساد) می‌رسد. در مورد اینکه وقتی نوبت به اصل عملی رسید مجرای أصالة الفساد است، جای مناقشه وجود ندارد. در فقه العقود فقط به همین طریق دوم (اصل عملی) اشاره شده است.^۱

در مورد اینکه چرا ادله صحت معاملات، به عقد صادر از مالکین اختصاص دارد و عقد غیر مالک را شامل نمی‌شود، تقاریبی مطرح شده است تا اختصاص ادله صحت به عقود صادر از مالکین را تبیین کنند:

۱. فقه العقود، ج ۲، ص ۱۷۷-۱۷۸: والدلیل علی شرط المالكیة أو ما یحل محلّها من الولاية أو الاذن وعدم كفاية اقتران العقد بمجرد الرضا الباطنی من قبل المالك انّ إطلاقات أدلة المعاملات من قبیل (اوفوا بالعقود) أو (تجارة عن تراض) أو (أحلّ الله البيع) تدلّ بالمناسبات العرفیة علی أنّ كل أحد تنفذ بشأنه المعاملة المرتبطة به، لا كل معاملة أوقعها أحد علی ماله ولو مقترناً برضاه الباطنی، فإذا لم تشمل الإطلاقات العقد الذی یجریه غیر المالك رجعنا فیهِ إلى أصالة الفساد.

تقریب اول: مناسبات عرفی

آقای حائری در فقه العقود تبعاً لبعض الأعلام (میرزای نائینی^۱، مرحوم خویی^۲، مرحوم تبریزی^۳ و دیگران) می-فرماید: عمومات و اطلاقاتی نظیر «أحلّ الله البيع»، «أوفوا بالعقود»، «تجارة عن تراضٍ» و امثالهم به دلیل مناسبات عرفی، انصراف و اختصاص دارند به عقود صادر از مالکین، و عقود صادر از غیر مالک را شامل نمی‌شوند^۴.
به عبارت دیگر متفاهم عرفی از ادله‌ی صحت معاملات این است که معامله‌ی هر شخصی فقط در حقّ خودش نافذ است و نسبت به معامله‌ی مربوط به خودش باید ترتیب اثر بدهد نه نسبت به معامله‌ی دیگران.
این تقریب، بیان عامی است و اختصاص به «أحلّ الله البيع» و «أوفوا بالعقود» ندارد، بلکه در تمام ادله‌ی صحت معاملات (تجارة عن تراضٍ، الصلح جائز بین المسلمین، ادله صحت اجاره و) می‌آید.

تقریب دوم: مقابله‌ی جمع با جمع

تقریب دوم در کلام مرحوم نائینی و برخی دیگر از أعلام آمده است و عبارت است از اینکه؛ آیه‌ی «أوفوا بالعقود» از موارد جمع (مخاطبین) مقابل با جمع دیگر (عقود متعدّد) است و مقابله‌ی جمع با جمع مقتضی توزیع است. به عنوان مثال وقتی در آیه‌ی وضو گفته می‌شود «إغسلوا وجوهكم»، مراد این نیست که یک نفر بتواند صورت طرف دیگر را برای وضو بشوید، بلکه معنایش این است که هر یک از مکلفین باید صورت خودش را بشوید. بنابراین مفاد آیه‌ی «أوفوا بالعقود» این است که به این نحو که هر مکلفی فقط نسبت به عقد صادر از خودش وجوب وفا دارد، نه نسبت به عقد صادر از هر شخصی. منتها از آنجا که عقد، یک قرارداد و اعتبار طرفینی است، منحلّ می‌شود به مجموعه‌های دو طرفه‌ای

۱. منية الطالب، ج ۱، ص ۲۱۰: أما قوله عزّ من قائل أوفوا بالعقود فلأنّ مقابلة الجمع بالجمع يقتضي التوزيع أي كلّ مكلف يجب عليه الوفاء بعقده.
المكاسب و البيع، ج ۲، ص ۴: أما آية وجوب الوفاء فلأنّ مقتضى تقابل الجمع بالجمع، اعني أوفوا بالعقود هو التوزيع، اعني وجوب وفاء كل واحد بعقد نفسه.

۲. موسوعة الإمام الخوئي، ج ۳۶، ص ۴۶۵: أنّ الآية تدلّ على وجوب الالتزام تكليفاً إلّا أنّها إنّما تختصّ بالملك، لأنّها خطاب إلى المالكين وموضوعها العقد أي الارتباط بين التزامي المالكين، فإذا كان أحدهما أصيلاً والآخر فضولياً فتمامية العقد إنّما هي بعد الاجازة على فرض القول بالنقل، وأما قبلها فلا عقد حتّى يجب الالتزام به بل هناك إلّزام من قبل الأصيل إلّا أنّه غير مرتبط بالالتزام المالك الآخر حتّى يكون عقداً ويجب عليهما الوفاء به على نحو الانحلال. ر.ك: همان، ص ۳۸۶: شمله عموم «أوفوا بالعقود» الذي هو خطاب إلى المالك.

۳. إرشاد الطالب، ج ۳، ص ۲۸۷: فإنّ مدلولهما بمناسبة الحكم والموضوع وجوب وفاء كل بعقده وجواز الأكل بتجارته، ولا يكون عقد الأجنبي عقد المالك وتجارته بمجرد الرضا باطلاً، بل لابد في إضافة العقد والتجارة إليه، من إنشاء رضا وإمضائه.

۴. فقه العقود، ج ۲، ص ۱۷۷: إنّ إطلاقات أدلة المعاملات من قبيل أوفوا بالعقود أو تجارة عن تراضٍ أو أحلّ الله البيع تدلّ بالمناسبات العرفية على أنّ كلّ أحد تنفّذ بشأنه المعاملة المرتبطة به، لا كلّ معاملة أوقعها أحد على ماله.

که بین آنها عقد منعقد شد، و این دو طرف باید به قراردادی که بین آنها وجود دارد وفا بکنند، نه اینکه به عقد دیگران وفا کنند.

بنابراین دلیل «أوفوا بالعقود» عقد فضولی را شامل نمی‌شود، ولو مالک راضی هم باشد (چون مجرد رضایت مالک، استناد عقد به مالک را درست نمی‌کند).

این تقریب فقط در مورد «أوفوا بالعقود» می‌آید و در مورد «أحلّ الله البيع» جاری نمی‌شود. آیهی «تجارةً عن تراضٍ»، در صورتی که معنایش این باشد: "برای شما صحیح است که از روی تراضی خودتان معامله کنید"، مشمول تقریب دوم خواهد بود.

اشکال فقه العقود به تقریب دوم

آقای حائری در اشکال به تقریب دوم فرموده است: اگرچه برخی از فقهاء مقابله‌ی جمع با جمع را دلیل مستقلاً برای اختصاص ادله‌ی صحت، به عقود صادر از مالکین ذکر کردند، لکن مقابله‌ی جمع با جمع به تنهایی کافی نیست، بلکه به کمک مناسبات عرفیه می‌تواند مفید توزیع و اختصاص مذکور باشد.

شاهدش این است که اگر مولی به مخاطبین بگوید: "أتركوا شرب الخمر"، معنایش این نیست که هر شخصی فقط شرب خمر مربوط به خودش را باید ترک کند و نسبت به شرب خمر دیگران مُجاز است، بلکه متفاهم عرفی از خطاب مذکور این است که؛ تمام مخاطبین باید شرب خمر را ترک کنند، اعمّ از اینکه خمر خودشان باشد یا خمر دیگران. اینکه در این مثال انحلال و توزیع فهمیده نمی‌شود، کشف می‌کنیم که صرف مقابله‌ی جمع با جمع (با قطع نظر از مناسبات عرفی) مقتضی توزیع و انحلال نیست.^۱

بررسی اشکال فقه العقود

به نظر می‌رسد کلام مرحوم نائینی تمام است و مناقشه‌ی مذکور وارد نیست. چون مراد مرحوم نائینی از اینکه "مقابله‌ی جمع با جمع مقتضی توزیع می‌باشد"، این است که؛ در آن خطابات که دو جمع در مقابل هم ذکر شوند و هر دو جمع به یک جماعت واحد برگردند (اعمّ از اینکه غائب باشند یا مخاطب)، در این موارد مقابله‌ی جمع با جمع مفید توزیع است. روشن است که در این موارد، مقابله‌ی جمع با جمع اقتضای توزیع می‌کند. مانند آنچه در آیهی «اغسلوا وجوهکم»، «حرمت علیکم أمهاتکم و بناتکم»، «لا تُکرهوا فتیاتکم علی البغاء»، «یوصیکم الله فی أولادکم» گفته می‌-

۱. فقه العقود، ج ۲، ص ۱۷۷-۱۷۸؛ و يمكن أن يقال في خصوص أوفوا بالعقود: أن مقابلة الجمع بالجمع تفيد التوزيع من قبيل اغسلوا وجوهكم إلّا أن هذا يجب أن يرجع في الحقيقة إلى ما ذكرناه من المناسبات العرفية، وإلا فليس كل مقابلة للجمع بالجمع تفيد التوزيع، فلو قال مثلاً: اتركوا شرب الخمر فهذا لا يعني أن كل أحد يترك شرب خمره هو أمّا لو أراد شرب خمر الآخرين فهو غير مشمول لهذا النهي.

شود. در مواردی که به جای مضاف‌الیه، بر سر مضاف "ال" در بیاید نیز همین مطلب صادق است، مشروط بر اینکه این مضافی که "ال" دارد، مرتبط باشد به جمع دیگری که در مقابل او قرار دارد. مانند «أفوا بالعقود» که "العقود" به معنای "عقودکم" است و مانند "لا تسرفوا فی الأموال"، بنابر اینکه مراد از "الأموال"، "أموالکم" باشد.

بنابر توضیحات فوق روشن شد که مثال مذکور در کلام فقه العقود، نقض این قاعده به حساب نمی‌آید. چون اگرچه در این مثال دو جمع در مقابل هم داریم، ولی هر دو به یک چیز بر نمی‌گردند. مراد از جمع اول، مخاطبین هستند و مراد از جمع دوم (الخمور)، به قرینه‌ی "ال" جنس، خمرهای خارجی است و این دو غیر از هم هستند.

بله، اگر مقصود از "الخمور"، "خمورکم" باشد در این صورت مراد از این مثال همان توزیع خواهد بود، یعنی هر کسی باید از خمر مربوط به خود اجتناب کند.

بله، ممکن است در برخی از مثال‌ها، به دلیل الغای خصوصیت یا اولویت یا علم به مناط، متفاهم عرفی مخالف با توزیع باشد. مثل اینکه شارع به مکلفینش بگوید: «أكرموا علماءكم». در این مثال، مفاد خطاب همان توزیع است، یعنی هر کس باید عالم مربوط به خودش را اکرام کند، ولی بر اساس علم به مناط مثلاً، حکم می‌شود به اینکه باید هر عالمی را اکرام کرد.

تقریب سوم: مقتضای ماده "وفاء"

در فقه العقود تقریب سومی در مورد خصوص آیه‌ی «أوفوا بالعقود» بیان شده است: از آنجا که در این آیه‌ی شریفه ماده‌ی "وفاء" به کار رفته، مفادش این است که هر کدام از شما باید به عقد مربوط به خودش وفاء کند. چون وفا کردن یعنی ترتیب اثر دادن، و ترتیب اثر دادن معنا ندارد مگر اینکه آن عقد مربوط به خود انسان باشد. به عبارت دیگر؛ ماده‌ی وفاء اقتضاء می‌کند که تکلیف به وفاء در جایی باشد که متعلق وفاء در اختیار انسان بوده و امکان وفاء وجود داشته باشد.^۱

بررسی تقریب سوم

به نظر می‌رسد این تقریب قابل مناقشه است. اینکه در تقریب سوم گفته شد: "وفا کردن یعنی ترتیب اثر دادن، و ترتیب اثر دادن معنا ندارد مگر اینکه آن عقد مربوط به خود انسان باشد"، این مقدمه محل اشکال است.

۱. فقه العقود، ج ۲، ص ۱۷۸: و يمكن ان يقال أيضاً في خصوص (أوفوا بالعقود): إنَّ الوفاء لا معنى له إلا إذا كان العقد عقده، والعمل بعقد الغير ليس وفاءً.

بیان اشکال: به مناسبت اینکه آیا آیهی «أوفوا بالعقود»، بعد از اجازه‌ی مالک، عقد فضولی را شامل می‌شود یا نه، مرحوم ایروانی در حاشیه مکاسب فرموده است: در این آیه «أوفوا بالعقود» دو احتمال وجود دارد. احتمال اول: هر عقدی در عالم خارج محقق شود، همه مکلفین مخاطب به وجوب وفاء هستند. احتمال دوم: هر شخصی که عقدی از او صادر بشود، فقط همان شخص مخاطب به وجوب وفاء است نه همه مکلفین.^۱

ما هم قبول داریم که ماده‌ی وفاء اقتضاء می‌کند که تکلیف به وفاء در جایی باشد که متعلق وفاء در اختیار انسان باشد و امکان وفاء وجود داشته باشد، ولی این مطلب باعث نمی‌شود که به نحو مطلق بگوییم: هر جایی که عاقد، مالک نباشد، وجوب وفاء نسبت به مالک در آنجا معنا ندارد.

توضیح بیشتر: در جایی که شخصی نسبت به یک عقد، اجنبی محض باشد، وجوب وفای به آن عقد متوجه او نمی‌شود. ولی در جایی که شخصی نسبت به یک عقد، اجنبی محض نباشد بلکه یک نحوه ارتباطی با آن عقد داشته باشد، وجوب وفاء نسبت به این شخص معنا دارد. مثل اینکه فضولی کتاب زید را بفروشد و زید به این بیع راضی باشد، در اینجا گفته می‌شود: اگرچه صرف رضایت برای انتساب عقد به مالک کافی نیست (بلکه باید اذن سابق یا اجازه لاحق وجود داشته باشد)، لکن این رضایت باعث می‌شود که زید نسبت به این عقد، اجنبی محض نباشد. وقتی این عقد یک نوع ارتباطی با مالک پیدا کرد، همین مقدار باعث می‌شود که وفای به این عقد نسبت به مالک معنا داشته باشد.

در نتیجه وفای به عقد دلالت ندارد بر اینکه عاقد فقط باید مالک باشد، بلکه همین که یک ارتباطی بین یک شخص و یک عقد وجود داشته باشد، وفای به عقد معنا دارد و وفاء کردن نسبت به این شخص ممکن خواهد بود. به عبارت دیگر آیهی «أوفوا بالعقود» فقط از کسی که نسبت به عقد، اجنبی محض باشد انصراف دارد.

بنابراین مفاد اشکال مذکور این است که ماده‌ی وفاء این مقدار اقتضاء ندارد که فقط ناظر باشد به عقود مالکین، بلکه عقد فضولی را نیز در برخی فروض شامل می‌شود. بله، اگر در مرتبه‌ی قبل گفته شود مراد از «العقود»، «عقودکم» است، این تقریب هم تمام خواهد بود، لکن در این صورت تقریب سوم متوقف بر تمامیت تقریب اول و دوم است، به این معنا که اگر آن دو تقریب (مناسبات عرفیه / مقابله‌ی جمع با جمع) را تمام ندانیم، تقریب سوم نیز ناتمام خواهد بود.

مناقشه‌ای بر کلام مرحوم امام

۱. حاشیه‌ی مکاسب (لایروانی)، ج ۱، ص ۱۱۶: مبنی القولین هو أن أوفوا بالعقود وكذا تجارة عن تراضٍ وأحلّ الله البيع هل يراد منه الوفاء بكل عقد على أن يخاطب كل شخص بالوفاء بكل عقد غاية الأمر يخصّ لمكان مادة الوفاء بما أمكن فيه الوفاء وعدم الوفاء فيخرج الأجنبي المحض أو أن مؤداه وفاء كل شخص بعقد نفسه فلا يخاطب كل شخص إلا بالوفاء بعقد صدر منه مباشرة أو تسبباً وبالتوكيل وأما العقد الذي لم ينسب إليه بوجه فلا يخاطب بالوفاء به.

تا اینجا روشن شد که برای شرطیت ملکیت برای صحت عقود، از یک طرف دلیل اجتهادی وجود دارد و از طرف دیگر این مقدمه که؛ "مفاد اطلاقات و عمومات صحت عقد اختصاص دارد به عقود صادر از مالکین و شامل عقود صادر از غیر مالک نمی‌شود" تمام است، و مقتضای اصل عملی نیز فساد عقد غیر صادر از مالک است.

با توضیحات فوق معلوم می‌شود که کلام مرحوم امام قابل مناقشه است. مرحوم امام در این بحث که؛ آیا بیع مقارن با رضای مالک (بدون وجود اذن سابق) داخل در عقد فضولی است یا خارج از آن؟ فرموده است: بیع مقارن با رضای مالک اگرچه داخل در عقد فضولی است ولی می‌تواند مشمول اطلاقات و عمومات صحت بیع باشد، چون در این ادله عنوان "بیعکم" یا "عقودکم" یا "تجارتکم" به نحو مقید نیامده است. بلکه این تقيیدات از باب انصراف است و انصراف در بیع فضولی مقترن به رضای مالک وجود ندارد.^۱ این کلمات مرحوم امام قابل مناقشه است.

چون اگرچه موضوع وجوب وفا و ترتیب اثر در اطلاقات و عمومات عنوان "بیعکم" یا "عقودکم" یا "تجارتکم" نیست ولی بر اساس تقریب اول و تقریب دوم به مناسبات عرفیه و به مقتضای مقابله‌ی جمع با جمع مفاد ادله‌ی تنفیذ و تصحیح، تصحیح و تنفیذ عقود مخاطبین است. در صورتی یک عقد می‌تواند مصداق "عقود مخاطبین" باشد که از مالک صادر شود. عقدی که از غیر مالک صادر شود، مشمول عنوان "عقودکم" نیست. بنابراین عقدی که مقرون به رضای مالک است نمی‌تواند مصداقی برای عنوان "عقودکم" باشد. اما اینکه آیا در مورد اذن و اجازه، آیا عنوان "عقودکم" صدق می‌کند یا نه، موکول به مباحث آینده است.

موضع دوم: جایگزینی ولایت و وکالت بر عقد نسبت به مالکیت عاقد

موضع دوم از بحث شرطیت ملکیت، در مورد این است که آیا ولایت و وکالت بر عقد می‌تواند جایگزین شرطیت ملکیت شود؟ دلیل بر این جایگزینی چیست؟

الف) جایگزینی ولایت از ملکیت

در مورد اینکه ولایت می‌تواند جایگزین ملکیت شود به نحوی که عقد صادر از ولیّ مانند عقد صادر از مالک صحیح باشد، هیچ اشکالی وجود ندارد و وجهش نیز روشن است. دلیلش همان چیزی است که در فقه العقود بیان شده

۱. کتاب البیع (للإمام)، ج ۲، ص ۱۴۸: والأولی أن یقال: إن بیع الفضولی مع مقارنته لرضا المالك مشمول لمثل أو قوا بالعقود و تجارة عن تراض منكم لأن التقييد بعقودكم أو تجارتكم ليس في الأدلة، وإنما هو من باب الانصراف، ولا تنصرف الأدلة إلا عن أجنبي لا تنسب إليه المذكورات بوجه. و أما العقود المأذون فيها و المجازة و المرضی بها، فلا وجه لانصرافها عنها، بعد كونها صحيحة لازمة عرفاً و في محیط العقلاء.

است^۱. یعنی مقتضای خود دلیل ولایت که برای شخصی غیر از مالک ولایت بر عقد را درست می‌کند، این است که عقد صادر از ولیّ مانند عقد صادر از خود مالک صحیح و نافذ است. به عبارت دیگر معنای جعل ولایت برای ولیّ این است که امورات و شؤونات مولیّ علیه به ید ولیّ است.

در جایی که ولایت بر شخص قرار داده شود، نفس دلیل جعل ولایت دلالت می‌کند بر صحت تصرفات صادر از ولیّ. همین طور است در جایی که در خصوص انجام عقد، ولایت جعل شود (مانند ولایت مرتهن بر بیع عین مرهونه عند امتناع الدائن من اداء الدين)، یعنی خود همان دلیلی که ولایت را برای مرتهن جعل کرده است، بر صحت و نفوذ عقود صادر از ولیّ (مثل مرتهن) دلالت می‌کند.

در حقیقت ادله‌ی ولایت شخصی بر مالک یا ادله‌ی ولایت غیر مالک بر خصوص عقد، به منزله‌ی تبصره‌ای هستند که به ادله‌ی صحت عقود و ایقاعات ملحق می‌شوند. در موارد ولایت، عقدی که از جانب ولیّ صادر می‌شود، عقد مالک نیست بلکه مستند به ولیّ است، لکن به واسطه‌ی دلیل الحاقی (دلیل ولایت) این عقد حکم عقد مالک را دارد و صحیح و نافذ است. بر این اساس اگر پدر نسبت به مال صبیّ تصرف معاملی بکند، این عقد مستند به ولیّ است، لکن چون شارع برای پدر ولایت جعل کرد این معامله صحیح و نافذ خواهد بود.

ب) جایگزینی وکالت و اذن از ملکیت

در مورد اصل اینکه وکالت و اذن از جانب مالک می‌تواند جایگزین ملکیت شود به نحوی که عقد صادر از وکیل و مأذون مانند عقد صادر از مالک صحیح و نافذ باشد، هیچ تردیدی وجود ندارد، بلکه از ضروریات فقه است و همچنین سیره‌ی قطعی عقلاء و سیره‌ی متشرعیه مستقرّ شد بر اینکه وکالت و اذن قائم مقام ملکیت است. بلکه سیره‌ی عملی معصومین نیز بر جواز این جایگزینی دلالت می‌کند، چون در بسیاری از موارد، معاملات و امور مربوط به معصومین از طریق وکلاء انجام می‌گرفت. لکن چون این ادله، ادله‌ی لّبی هستند و اطلاق ندارند تا موارد مشکوک را شامل شود. مثلاً در مواردی که اذن متاخر از وقوع عقد باشد (که از آن تعبیر به اجازه می‌شود)، شک می‌شود که آیا این نوع از اذن هم می‌تواند قائم مقام ملک شود یا نه؟ این ادله قابل تمسّک نیستند. بلکه لازم است در مورد ادله‌ی لفظیه‌ی دالّ بر قیام وکالت و اذن مقام ملک بحث کنیم و ببینیم آیا دلیل لفظی وجود دارد تا به آن استدلال شود یا نه؟

در مجموع چهار وجه به عنوان دلیل لفظی بر کفایت اذن و وکالت در صحت عقود و قیام آنها مقام ملک ذکر شده است:

۱. فقه العقود، ج ۲، ص ۱۷۸: أَمَّا الْوَلَايَةُ فَلَا تَنْفُسُ دَلِيلَهَا هُوَ الَّذِي يَجْعَلُ الْوَلِيَّ بِحُكْمِ الْمَالِكِ بِالْحُكْمَةِ فَيَصْبِحُ تَصَرُّفُ الْوَلِيِّ صَحِيحًا وَ نَافِذًا وَ وَاجِبُ الْوَفَاءِ، بِمَقْتَضَى الْقَاعِدَةِ بِالْقِيَاسِ لِلْوَلِيِّ أَوَّلًا ثُمَّ بِالْقِيَاسِ لِلْمَوْلَى عَلَيْهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ عَنِ الْحَجَرِ.

وجه اول

دلیل اول که در کلام مرحوم خویی و برخی از اعلام دیگر (محقق ایروانی، مرحوم نائینی، محقق اصفهانی و مرحوم حجت) وارد شده این است که؛ در امور اعتباری و تصرفات قانونی اذن و وکالت موجب استناد این تصرفات اعتباری به آذن و موکل می‌شود. چون در صدق عناوین اعتباری مباشرت مالک نسبت به این امور شرط نیست. بلکه همان طور که اگر خود مالک مباشرت کند و خودش عقد را انجام دهد، این عقد به مالک مستند می‌شود، اگر مالک اذن یا وکالت به شخصی بدهد و آن شخص این تصرفات را انجام دهد، این عناوین صدق می‌کند و به مالک مستند خواهد بود. به عبارت دیگر تصرفات اعتباری مانند افعال تکوینی خارجی (مثل اکل و شرب) نیستند که فقط به فاعل مباشری نسبت داده می‌شود، بلکه تصرفات اعتباری هم به شخص مباشر نسبت داده می‌شود و هم به غیر مباشر (آذن و موکل) نسبت داده می‌شود.

*** تذکر:** همان طور که خود مرحوم خویی در موارد دیگر اشاره کردند، افعال تکوینی و خارجی دو دسته هستند: در برخی از افعال خارجی، صدق آنها منوط به مباشرت فاعل است مانند اکل و شرب. در دسته‌ی دیگر از افعال خارجی، صدق آن عنوان منوط به مباشرت فاعل نیست، بلکه موارد اذن و وکالت را شامل می‌شود مانند حلق و ذبح.

بنابراین تقریب صحیح در وجه اول این است که بگوییم: تصرفات اعتباری مانند افعال خارجی‌ای نیست که در صدق آنها مباشرت لازم است، بلکه تصرفات اعتباری از اموری هستند که صدق آنها منوط به مباشرت فاعل نیست، و قابل استناد به غیر مباشر نیز می‌باشد. وقتی وکالت و اذن موجب استناد عقد به مالک شود، عقد مذکور مشمول اطلاعات و عمومات صحت و نفوذ عقد خواهد شد.

حاصل وجه اول این است که؛ چون در امور اعتباری و تصرفات قانونی، اذن و وکالت از ناحیه مالک موجب استناد آن تصرفات به موکل و آذن می‌شود، آن عقد صادر از وکیل و مأذون صحیح و نافذ خواهد بود. چون این عقد، عقد خود مالک به حساب می‌آید، وقتی عقد خود مالک شد، مشمول ادله‌ی صحت معاملات خواهد بود.

مناقشه مرحوم امام بر وجه اول

مرحوم امام در مناقشه بر وجه اول فرمودند: عقد وکیل و عقد مأذون را نمی‌توان از طریق انتساب عقد به مالک تصحیح کرد و همین طور است در مواردی که مالک عقد را اجازه (اذن متأخر) می‌کند. یعنی اذن سابق و اجازه‌ی لاحق موجب استناد عقد به مالک نمی‌شود. چون مفهوم عرفی اجازه و وکالت نه تنها موجب استناد نمی‌شود بلکه مانع می‌شود

از استناد عمل مذکور به آذن و موکل می‌شود. حقیقت اجازه عبارت است از تثبیت آنچه از غیر صادر شد، لذا لحاظ اجازه ملازم است با لحاظ صدور فعل از غیر. با فرض اینکه فعلی از غیر صادر شد دیگر معقول نیست که همان فعل، فعل مالک نیز باشد. لذا نفس حیثیت اجازه جلوی انتساب فعل به مجیز را می‌گیرد.

نسبت به وکالت و اذن سابق نیز به همین نحو است، یعنی عقد صادر از وکیل مستند به موکل نیست مگر از روی مسامحه، چون حیثیت وکالت عبارت است از ایکال انجام فعل به غیر. وقتی مفهوم عرفی و حقیقت وکالت عبارت شد از ایکال الأمر الی الغير، حیثیت و لحاظ وکالت متضمن صدور فعل از غیر است و دیگر معقول نیست که این فعل را فعل موکل بدانیم.

بنابراین تصحیح معامله‌ی وکیل و مأذون از طریق استناد فعل به موکل و آذن تمام نیست.

پاسخ مرحوم تبریزی به مناقشه مرحوم امام

مرحوم تبریزی نسبت به این اشکال مرحوم امام جواب تقضی و حلّی دادند. جواب نقضی: اینکه گفته شود فعل وکیل و فعل مجاز به موکل و مجیز نسبت داده نمی‌شود، مستلزم محاذیری است که قابل التزام نیستند:

۱. اگر فرض کنیم وکیل فقط عاقد باشد و ایجاب یا قبول را انشاء کرده باشد، لازم می‌آید که موکل خیار مجلس و خیار حیوان نداشته باشد (اگرچه در مجلس عقد حاضر باشد). چون در روایات ما خیار مجلس برای بایع و مشتری و خیار حیوان برای مشتری جعل شده است در حالی که طبق اشکال شما طرف واقعی معامله وکیل است و اصلاً بیع و شراء به موکل استناد داده نمی‌شود تا خیار داشته باشد. در حالی که در این موارد نمی‌توان به عدم ثبوت خیار برای موکل ملتزم شد.

۲. در باب احرام گفته می‌شود که حلق رأس و ناخن گرفتن در حال احرام جایز نیست. اگر مُحرم در حال احرام از شخصی درخواست کند که ناخن او را بگیرد یا رأس او را حلق کند، باید ملتزم شوید که شخص محرم مرتکب حرام نشد و کفاره بر او واجب نمی‌شود، چون طبق اشکال شما فعل مأذون و فعل وکیل به موکل و آذن نسبت داده نمی‌شود. در حالی که روشن است در این موارد نیز ناخن گرفتن و حلق رأس بر مُحرم حرام است و موجب ثبوت کفاره بر او می‌شود.

جواب حلّی: هر چند حقیقت اجازه، تنفیذ فعل غیر است و حقیقت وکالت ایکال الأمر الی الغير است، لکن بعد از تعلّق اجازه به فعل غیر و تنفیذ فعل او، آن فعل به مجیز نیز نسبت داده می‌شود. به عبارت دیگر: متعلّق اجازه، بدون در نظر گرفتن اجازه فعل غیر است، ولی بعد از تعلّق اجازه، این فعل به مجیز نیز نسبت داده می‌شود. اگرچه انتساب فعل به

مجیز اعتباری است نه تکوینی، ولی ادله صحت معاملات (به مناسبت حکم و موضوع) انتساب‌های اعتباری را نیز شامل می‌شود.

به عبارت دیگر؛ اگرچه قوام اجازه به این است که فعل را با لحاظ صدورش از غیر در نظر بگیرم، لکن این مطلب با قطع نظر از تعلّق اجازه است ولی بعد از تعلّق اجازه این فعل به مجیز هم نسبت داده می‌شود.

مناقشه فقه العقود بر وجه اول

آقای حائری در مناقشه بر وجه اول فرمودند: آن امر اعتباری که وجودش در مورد عقود فرض می‌شود، در سه عالم وجود پیدا می‌کند. وجود اول این امر اعتباری، در عالم اعتبار متعاقدين است. یعنی متعاقدين در حین انجام معامله نقل و انتقال را اعتبار می‌کنند. وجود دومش در عالم اعتبار عقلاء است. یعنی در جایی که معامله متعاقدين واجد شرایط عقلایی باشد، عقلاء نقل و انتقال را بر طبق آنچه متعاقدين اعتبار کردند، اعتبار می‌کنند. وجود سومش تحقق این امر اعتباری در عالم اعتبار شارع است. یعنی در جایی که معامله متعاقدين واجد شرایط شرعی باشد، شارع نیز نقل و انتقال را اعتبار می‌کند. البته قراردادهایی که در خارج انجام می‌شوند، ممکن است فقط در عالم اول ایجاد شوند و یا در دو عالم اول ایجاد شوند و ممکن است در هر سه عالم ایجاد شوند.

با توجه به اینکه امر اعتباری در سه عالم وجود دارد، اشکال ما این است؛ مقصود از صحت اسناد امر اعتباری به آذن و موکل چیست؟ اگر مقصود، صحت اسناد وجود اعتباری اول (در عالم اعتبار متعاقدين) به آذن و موکل باشد، قابل التزام نیست. چون این امر اعتباری فعل خود وکیل است نه فعل موکل و آذن. بله، اگر مقصود از صحت اسناد، صحت اسناد وجود اعتباری دوم (در عالم اعتبار عقلاء) باشد، صحیح است. لکن صحت این اسناد در صورتی صحیح است که عقلاء اذن موکل را جزء الموضوع برای وجود این امر اعتباری بدانند.

ایشان در ادامه فرمودند: بین آنچه نظر صحیح است و ما اختیار می‌کنیم و بین آنچه در کلام مرحوم خویی آمده بود (خود عقد مستقیماً به آذن نسبت داده می‌شود)، اثر مترتب می‌شود به این نحو که؛ بنابر نظر مرحوم خویی ما می‌توانیم از ادله به عنوان دلیل مطلق استفاده کنیم و به اطلاق آن تمسک کنیم ولی بنابر نظر ما نمی‌توان به اطلاق تمسک کرد.

بررسی مناقشه فقه العقود

به نظر می‌رسد این مناقشه تمام نیست، چون ورود این اشکال بر وجه اول مبتنی است که مراد مرحوم خویی و اعلام دیگر از استناد تصرف اعتباری به آذن و موکل، استناد معتبر در عقد و ایقاع باشد، که در این صورت اشکال ایشان

وارد است. در حالی که مراد مرحوم خوئی و اعلام دیگر از تصرف اعتباری، نفس العقد (بما أنه سببٌ لأمرٍ اعتباری) / آی بمعناه المصدری) است. عقد به معنای مصدری، دیگر آن وجودهای سه‌گانه در عوالم اعتباری را ندارد. بنابراین وجه اول تمام است و مناقشات مطرح شده تمام نیستند.

وجه دوم

وجه دوم برای تصحیح عقد وکیل و مأذون عبارت است از اینکه؛ حقیقت عقد چیزی جز التزام و عهد نیست. عهد و التزام هم امر تکوینی نفسی است. و در موارد وکالت و اذن، قوامش به موکل و آذن است، یعنی متعهد حقیقی در موارد اذن و وکالت، موکل و آذن هستند. وکیل و مأذون تعهد و التزامی را برعهده نمی‌گیرند. وقتی تعهد و التزام مربوط به موکل و آذن بود، ادله‌ی دالّ بر وفای به عقد (که عقد نیز به معنای عهد است)، شامل موکل و آذن می‌شود. در واقع وقتی وکیل عقد را اجراء می‌کند، تعهد و التزام موکل را ابراز می‌کند.

مناقشه فقه العقود بر وجه دوم

اگرچه این وجه فی‌الجمله تمام است، لکن در تمام عقود جاری نیست. چون همه‌ی عقود متعارف که به عهد و التزام (که امر تکوینی نفسی متقوم به موکل و آذن است) بر نمی‌گردد. بلکه حقیقت برخی از عقود، مجرد قرار بر امر اعتباری است، یعنی صرف قرار مرتبط به قرار دیگر، نه اینکه مشتمل بر تعهد باشد. لذا این وجه نمی‌تواند عقد وکیل و مأذون را در این دسته از عقود توجیه کند.

در عقودی مانند اجارة الأعمال که در آنها تعهد و التزام انشاء می‌شود، این وجه جاری می‌شود. ولی در عقودی نظیر عقد بیع (بنابر اینکه حقیقتش نفس نقل مبیع به مشتری در مقابل عوض اعتباراً است کما علیه الفقه الاسلامی نه التزام به نقل کما علیه الفقه الغربی و القانونيون) که التزام و تعهد مورد انشاء قرار نمی‌گیرد وجه دوم تمام نیست.

بررسی مناقشه فقه العقود

همان‌طور که در مقدمه چهارم (حقیقت عقد)، در مقام بیان حقیقت عقد و تعریف صحیح از عقد در اصطلاح بیان شد، مراد از عنوان "التزام" که هم در تعریف قانونیون و هم در تعریف مشهور فقهای امامیه در تعریف عقد آمده خصوص عنوان التزام نیست، بلکه مراد از التزام اعم از عنوان و مفهوم التزام و واقع التزام است. بنابر اینکه مراد از التزام معنای اعم باشد، تعریف عقد به "شدّ أحد الإلتزامین بالإلتزام الآخر"، شامل عقد بیع نیز خواهد شد. چون اخراج مال توسط بایع از ملک خودش و تملیک مبیع به مشتری، اگرچه به حسب عنوان و مفهوم در اینجا التزام وجود ندارد ولی به حمل شایع و

از حیث مصداق در اینجا التزام وجود دارد. مراد از التزام، التزام به عمل نیست، بلکه مراد از التزام این است که شخص در عالم اعتبار کاری انجام دهد که از نظر قانونی نوعی تضییق برای خودش نسبت به اموالش پیدا شود.

در همان بحث گفتیم که؛ تفاوت تعریف مشهور (شد أحد الالتزامین بالالتزام الآخر) با تعریف مرحوم اصفهانی (القرار المرتبط بقرار آخر) در این است که عنوان عقد به حسب تعریف مشهور شامل عقود اذنی (وکالت، مضاربه، عاریه و ...) نمی‌شود، چون در اینها التزامی وجود ندارد نه عنواناً و مفهوماً و نه مصداقاً. والا عنوان عقد هم طبق تعریف مشهور و هم طبق تعریف محقق اصفهانی شامل تمام عقود عهدی مانند بیع می‌شود.

مناقشات صحیح بر وجه دوم

اگرچه اشکال فقه العقود وارد نبود، لکن چند اشکال دیگر به وجه دوم وارد است:

۱. اشکال اول به وجه دوم این است که؛ این وجه بر فرض تمامیتش فقط در عقود عهدی جاری است، ولی در عقود اذنی جاری نمی‌شود، چون در عقود اذنی التزام و تعهدی وجود ندارد حتی مصداقاً و به حمل شایع.
۲. اشکال دوم به وجه دوم این است که؛ التزام و تعهد هرچند امر تکوینی نفسی است، لکن آنچه که موضوع اثر (نزد عقلاء و شارع) در باب معاملات است التزام و تعهد ابراز شده است، یعنی مجرد التزام نفسانی، بدون اینکه به مرحله‌ی ابراز و اظهار برسد موضوع اثر نیست. با توجه به این نکته در مواردی که شخص به دیگری وکالت می‌دهد که از ناحیه‌ی او چیزی را تعهد کند و ملتزم به چیزی بشود، این التزام و تعهد، تعهد ابراز شده‌ی موکل محسوب نمی‌شود. چون صرف توکیل که ابراز تعهد موکل به آن شیء نیست. مجموع توکیل موکل و انشاء عقد توسط وکیل نیز تعهد ابراز شده‌ی موکل به حساب نمی‌آید، چون جزء اولش (توکیل) که مُبرز تعهد موکل نیست، جزء دوم هم که فعل وکیل است، بما أنه فعل الغیر نمی‌تواند مُبرز تعهد نفسانی موکل باشد. مگر اینکه گفته شود؛ فعل وکیل، فعل موکل حساب می‌شود. اگرچه این مطلب صحیح است لکن وجهی برای اثبات آن، جز وجه اول وجود ندارد. در نتیجه وجه دوم به تنهایی تمام نیست و متوقف بر وجه اول است. وقتی وجه اول به تنهایی می‌تواند مشکل را حل کند، دیگر ضرورتی ندارد سراغ وجه دوم برویم.

وجه سوم

وجه سوم برای تصحیح عقد وکیل و مأذون که در کلمات مرحوم امام ذکر شد عبارت است از اینکه؛ اگر ما بودیم و اطلاق لفظی عقود و ایقاعات، مقتضای ظاهر اولی و اطلاق لفظی ادله‌ی عقود این بود: هر عقدی که بر مال شخص بسته می‌شود لازم الوفاء است مطلقاً (اعم از اینکه از طرف اصیل باشد یا وکیل یا مأذون یا فضولی یا غاصب)، لکن ادله‌ی

صحت عقود نسبت به آن عقودی که بدون ارتباط با مالک انشاء می‌شوند انصراف دارد. یعنی ادله‌ی صحت عقود از عقد فضولی و عقد غاصب انصراف دارد. باید توجه داشت که مورد انصراف آن عقودی است که هیچ ارتباطی با مالک نداشته باشد، ولی آن عقودی که یک نحوه ارتباطی با مالک دارند (ولو بالإذن أو الإجازة أو الرضا) مشمول ادله‌ی صحت عقود خواهند بود.

توضیح بیشتر: آنچه در ادله‌ی صحت عقود آمده است اطلاق دارد، یعنی در آیه‌ی «أحلَّ الله البيع» یا «أوفوا بالعقود»، عنوان البيع و العقود اضافه به ضمیر مخاطب نشدند و هیچ قید لفظی ندارند، آن تقییدی که ثابت است از باب انصراف است. مقدار انصراف هم جایی است که عقد مورد نظر هیچ ارتباطی با مالک نداشته باشد و اجنبی محض باشد.

بررسی وجه سوم

به نظر می‌رسد این وجه تمام نیست، چون تمامیت این وجه برای تصحیح عقد وکیل و مأذون متوقف بر این است که به مقتضای ادله اجتهادی ملکیت عاقد شرط صحت عقد نباشد و اطلاقات و عمومات صحت عقود اختصاص به عقود صادر از مالکین نداشته باشد. چون اگر به مقتضای ادله‌ی اجتهادی، ملکیت عاقد را شرط صحت عقد بدانیم (کما هو الحق)، با همان ادله‌ی اجتهادی اطلاق و عمومات صحت عقود مقید می‌شوند به عقدی که صادر از مالکین باشد. و همچنین اگر دلیل اجتهادی بر شرطیت ملکیت عاقد نداشته باشیم ولی اطلاقات و عمومات صحت عقود را مختص عقود صادر از مالکین بدانیم (کما هو الحق بمقتضى الأصل العملي)، دیگر این ادله اطلاق نخواهند داشت تا به اطلاق آنها تمسک شود.

وجه چهارم

وجه چهارم برای تصحیح عقد وکیل و مأذون تمسک به روایات باب وکالت است. در فقه العقود دو تقریب برای استدلال به این روایات بیان شده است:

✓ **تقریب اول:** وکالت از عقود اذنی است و مضمونش چیزی جز اذن نیست. وقتی آن ادله وکالت را نافذ قرار دادند و تصرفات وکیل را از ناحیه‌ی موکل در امور معاملی تنفیذ کردند، نسبت به مواردی که وکالتی وجود ندارد و مجرد اذن است نیز حکم ثابت خواهد بود.

✓ **تقریب دوم:** اگر ملتزم شویم که وکالت مجرد اذن نیست، بلکه مشتمل بر چیزی زائد بر مجرد اذن است و ادله‌ی وکالت فقط وکالت را تنفیذ می‌کنند، ولی متفاهم عرفی از ادله‌ی وکالت (به مناسبت حکم و موضوع) این است که نکته‌ی نافذ بودن تصرفات وکیل این است که وکالت مشتمل بر اذن است، یعنی موضوع حقیقی

برای تنفیذ وکالت همان اذن موکل است. وقتی موضوع تنفیذ اذن باشد، در مواردی که مجرد اذن وجود داشته باشد، حکم به نفوذ هم ثابت خواهد شد.

مناقشه فقه العقود بر وجه چهارم

در فقه العقود بعد از بیان دو تقریب مذکور، نسبت به این وجه اشکال کردند: هدف از این بحث که آیا دلیل لفظی برای تصحیح عقد صادر از وکیل و مأذون داریم یا نه، اثبات اصل کفایت اذن در صحت معاملات نبود، چون این مطلب از واضحات است و احتیاج به بحث ندارد. بلکه هدف و مقصود از بحث مذکور این است که ببینیم آیا دلیلی وجود دارد که بتوان با استناد به آن در موارد شک (اذن متأخر) نیز حکم را ثابت کنیم. در حالی که در وجه چهارم به روایاتی تمسک می‌شود که عنوان وکالت در آن اخذ شده و عنوان وکالت شامل اذن متأخر (اجازه) نمی‌شود.

بررسی مناقشه فقه العقود

به نظر می‌رسد که این اشکال وارد نیست. چون اگر ما در ادله‌ی وکالت دلیلی پیدا کردیم که دلالت بر نفوذ معاملات صادر از وکیل بکند، می‌توان با استناد به این دلیل حکم را در اذن متأخر نیز ثابت کرد، با این تقریب که؛ متفاهم عرفی (به مناسبت حکم و موضوع) از این دلیلی که معامله را در مقام وکالت تصحیح می‌کند این است که آنچه موجب صحت عقد می‌شود این است که مالک اذن دارد و اذن مالک تعلق می‌گیرد به عقد صادر از غیر، سبق اذن خصوصیت ندارد اعم از اینکه این اذن قبل از تحقق عقد باشد یا بعد از تحقق عقد، سبق اذن خصوصیت ندارد. به عبارت دیگر؛ همان طور که از عنوان وکالت که مأخوذ در این ادله است، می‌توان به مطلق اذن تعدی کرد (به مناسبت حکم و موضوع) / کما فی التقریب الثانی)، می‌توان از اذن سابق به اذن لاحق نیز تعدی کرد.

اما اینکه آیا دلیلی در ادله‌ی وکالت وجود دارد که دلالت بکند بر نفوذ عقود صادر از وکیل یا نه، به نظر می‌رسد با تمسک به برخی از روایات باب وکالت می‌توان به این مقصود رسید:

۱. روایت معاویه بن وهب و جابر بن یزید: «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ وَهَبٍ وَ جَابِرِ بْنِ يَزِيدَ جَمِيعاً عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ وَكَّلَ رَجُلًا عَلَى إِمْضَاءِ أَمْرِ مِنَ الْأُمُورِ فَالْوَكَّالَةُ ثَابِتَةٌ أَبَدًا حَتَّى يُعْلِمَهُ بِالْخُرُوجِ مِنْهَا كَمَا أَعْلَمَهُ بِالْدُخُولِ فِيهَا.»^۱ این روایت از حیث دلالت تمام است، لکن از جهت سندی مشکل دارد. چون سند شیخ صدوق به جابر بن یزید به دلیل اشتغال بر عمرو بن شمر و محمد بن علی ماجیلویه مشکل دارد و سند مرحوم صدوق به معاویه بن وهب هم به دلیل اشتغال بر محمد بن علی ماجیلویه

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۹، باب ۱ از ابواب کتاب الوکالة، ص ۱۶۱، ح ۱.

مورد اشکال قرار می‌گیرد. بله، ممکن است از طریق قاعده تعویض سند این روایت تصحیح شود. چون در سند مرحوم صدوق به معاویه بن وهب، حسن بن محبوب قرار دارد و حسن بن محبوب جزو افرادی است که مرحوم شیخ طوسی در فهرست در مورد آن افراد سند تامّ و صحیحی به جمیع کتب و روایاتش نقل کرده است. شیخ طوسی در مورد حسن به محبوب می‌نویسد: «اخبارنا جمیع کتبه و روایاته عدة من اصحابنا عن ابي جعفر محمد بن علی بن الحسین ابن بابویه القمّی عم ابيه عن سعد بن عبد الله عن الهيثم بن ابي مسروق و معاوية بن بکیر و احمد بن محمد بن عیسی عن الحسن بن محبوب». با این سند معتبر عام می‌توان سند مرحوم صدوق به معاویه بن وهب را تصحیح کرد، یعنی آن سند عام را تطبیق می‌کنیم بر روایاتی که مرحوم صدوق از معاویه بن وهب نقل کرده است.

۲. صحیح هاشم بن سالم: «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ هِشَامِ بْنِ سَالِمٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: فِي رَجُلٍ وَكَّلَ آخَرَ عَلَى وَكَّالَةٍ فِي أَمْرٍ مِنَ الْأُمُورِ وَ أَشْهَدَ لَهُ بِذَلِكَ شَاهِدَيْنِ فَقَامَ الْوَكِيلُ فَخَرَجَ لِإِمْضَاءِ الْأَمْرِ فَقَالَ أَشْهَدُوا أَنِّي قَدْ عَزَلْتُ فَلَانًا عَنِ الْوَكَّالَةِ فَقَالَ إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ أَمْضَى الْأَمْرِ الَّذِي وَكَّلَ فِيهِ قَبْلَ الْعَزْلِ (تحقق عزل) فَإِنَّ الْأَمْرَ وَاقِعٌ مَاضٍ عَلَى مَا أَمْضَاهُ الْوَكِيلُ كَرِهَ الْمُوَكَّلُ أَمْ رَضِيَ. قُلْتُ: فَإِنَّ الْوَكِيلَ أَمْضَى الْأَمْرِ قَبْلَ أَنْ يَعْلَمَ الْعَزْلُ - أَوْ يُبْلَغَهُ أَنَّهُ قَدْ عُزِلَ عَنِ الْوَكَّالَةِ - فَالْأَمْرُ عَلَى مَا أَمْضَاهُ قَالَ نَعَمْ. قُلْتُ لَهُ فَإِنْ بُلِّغَهُ الْعَزْلُ قَبْلَ أَنْ يُمَضَّى الْأَمْرُ ثُمَّ ذَهَبَ حَتَّى أَمْضَاهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بَشْيْءٍ (آیا این معامله بی اثر است؟) قَالَ نَعَمْ إِنْ الْوَكِيلَ إِذَا وَكَّلَ ثُمَّ قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ فَأَمَرَهُ مَاضٍ أَبَدًا وَ الْوَكَّالَةُ تَابِتَةٌ حَتَّى يُبْلَغَهُ الْعَزْلُ عَنِ الْوَكَّالَةِ بِتَقَةٍ يُبْلَغُهُ أَوْ يُشَافُهُ بِالْعَزْلِ عَنِ الْوَكَّالَةِ». ۱. سند این روایت مشکلی ندارد، چون سند شیخ صدوق به محمد بن ابی عمیر مشتمل بر أجلاء است و صحیح می‌باشد. این روایت دلالت دارد بر اینکه وکالت در تمام امور شخص جریان دارد و تصرفات وکیل در آن امور نافذ است، لااقلّ از باب قدر متیقّن امور معاملی را شامل می‌شود.

* نتیجه‌ی بحث این شد که؛ در تصحیح عقد صادر از وکیل و مأذون با تمسک به ادله‌ی لفظی می‌توان این حکم را ثابت کرد که وکالت و اذن می‌توانند قائم مقام ملکیت عاقد نسبت به مورد عقد باشند، بلا فرق بین اذن سابق و بین اذن لاحق. در نتیجه وجه اول و وجه چهارم تمام بودند. وجه دوم و وجه سوم محل مناقشه و اشکال بودند.

ج) جایگزینی رضایت باطنی از ملکیت

بحث در این است که آیا مجرد رضای باطنی مالک به عقد صادر از غیر، بدون اینکه اماره و مبرز برای آن رضا وجود داشته باشد، می‌تواند جایگزین مالکیت عاقد شود؟

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۹، باب ۲ از ابواب کتاب الوکالة، ص ۱۶۲، ح ۱.

به حسب آنچه مرحوم شیخ در مکاسب فرمودند، ظاهر کلمات اصحاب این است که صرف رضای باطنی مالک، برای صحت عقد صادر از غیر کافی نیست. خود ایشان نیز در ابتدای بحث همین نظر را اختیار می‌کنند و دلیلش را این طور بیان کردند: مجرد رضای باطنی مالک، که عاقد را مسلط بر تصرف و عقد قرار نمی‌دهد تا عقد صحیح باشد. صرف اینکه عاقد بداند مالک راضی است، موجب نمی‌شود که عاقد از فضولیت خارج شود.

ایشان سپس استشهد می‌کند به کلمات فقها در شرط لزوم عقد، به این بیان که؛ تعبیر فقها در شرط لزوم عقد اقتضاء می‌کند که مجرد طیب نفس برای خروج از فضولیت کافی نیست. فقهاء در لزوم عقد شرط کردند که عاقد باید مالک یا ولی یا مأذون باشد و حکم بیع فضولی را بر آن تفریع کرده اند. مقتضای تعبیر مذکور این است که مجرد رضای مالک کافی نیست، چون مجرد رضای مالک موجب صدق هیچ یک از این عناوین (مالک، ولی، مأذون) نمی‌شود.

و همچنین استشهد کردند به اینکه فقهاء برای صحت فضولی به حدیث عروه‌ی بارقی تمسک کردند. حدیث عروه بارقی این بود که پیامبر^۹ یک دینار به او داد تا برود شاة بخرد، او با آن دینار دو شاة خرید و یکی از آنها را به یک دینار فروخت و به حضرت تحویل داد، حضرت برای او دعا کرد. وجه استشهد: اینکه به این روایت استدلال کردند معلوم می‌شود که مورد روایت را از مصادیق بیع فضولی می‌دانستند، در حالی که عروه بارقی علم به رضای پیامبر^۹ داشت. پس معلوم می‌شود که مجرد رضای مالک سبب خروج عقد از فضولیت نمی‌شود.

ایشان در نهایت از این قول برمی‌گردند و قول مقابل (کفایت رضای باطنی برای صحت عقد) را تقویت می‌کنند و به وجوهی استدلال می‌کنند.

برخی از محققین مثل مرحوم امام همین نظر اخیر مرحوم شیخ را اختیار کردند، ولی نوع محققین قائل به عدم کفایت رضای باطنی شدند. برخی از فقهاء مانند مرحوم سید در حاشیه مکاسب تفصیل دادند بین جایی که عقد از مالک صادر شود ولی احتیاج به اذن غیر مالک داشته باشد مانند بیع عین مرهونه توسط راهن و بین جایی که عقد از غیر مالک صادر شود و محتاج به اذن مالک باشد، در قسم اول رضا در حکم اذن است و می‌تواند جایگزین اذن باشد، به خلاف قسم دوم. مرحوم خوئی و مرحوم تبریزی نیز همین تفصیل را قائل شدند.

این مساله باید در دو مقام مورد بررسی واقع شود:

✓ مقام اول: مقتضای ادله عام.

✓ مقام دوم: مقتضای ادله خاص.

مقام اول: مقتضای ادله عام

محل بحث در مقام اول این است که؛ آن وجوهی که صحت عقد وکیل و مأذون از مالک را اقتضاء می‌کرد و بر جایگزینی وکالت و اذن به جای ملکیت دلالت می‌کرد، آیا در مورد رضای باطنی و طیب نفس نیز جاری می‌شود یا نه؟ به نظر می‌رسد باید بین آن وجوه چهارگانه تفصیل داد. برخی از آن وجوه در مورد رضای باطنی جاری می‌شوند (وجه سوم)، ولی برخی دیگر در مورد رضای باطنی جاری نمی‌شوند.

وجه اول

وجه اول از آن وجوه چهارگانه که در کلام جمع کثیری ذکر شده بود و حاصلش این بود که اذن و وکالت از مالک موجب استناد تصرف اعتباری و عقد به مالک می‌شود، در مورد رضای باطنی جاری نمی‌شود. چون در مورد رضای باطنی مالک، هیچ فعل خارجی از او صادر نشده تا به سبب آن فعل، تصرف اعتباری به او استناد داده شود. آنچه در این موارد در مورد رضای باطنی اتفاق می‌افتد، مجرد یک حالت نفسانی و انفعالی است که در مالک وجود دارد، این مقدار باعث استناد عقد به مالک نمی‌شود. بر خلاف جایی که مالک اذن بدهد و رضایت خودش را اظهار کند، در این موارد عرفاً عقد مستند به مالک می‌شود.

نکته‌اش این است؛ عقدی که از غیر مالک صادر می‌شود، حقیقتاً و به حسب تکوین فعل غیر مالک است، اگر بخواهد اثر فعل مالک بر این فعل (فعل غیر) بار شود، لازم است که در مقام اعتبار و تنزیل بتوان این فعل را فعل مالک حساب کرد. این اعتبار و تنزیل به حسب نظر عرف و عقلاء در جایی است که مالک نسبت به انجام این فعل درخواست (امر و طلب) داشته باشد و یا لأقلّ اذن خودش به این کار را ابراز و اظهار کند.

وجه دوم

وجه دوم برای تصحیح عقد وکیل عبارت بود از اینکه حقیقت عقد همان عهد و التزام است، و در موارد وکالت و اذن، آن کسی که حقیقتاً متعهد و ملتزم است، موکل و آذن می‌باشد. این وجه نیز در مورد رضایت باطنی جاری نمی‌شود. چون در موارد وکالت ممکن است گفته شود صرف وکالت موجب می‌شود که متعهد اصلی خود موکل باشد، در حالی که صرف رضای باطنی موجب نمی‌شود که متعهد و ملتزم اصلی خود مالک باشد. مضافاً به اینکه این وجه دارای دو اشکال نیز بود.

وجه سوم

وجه سوم از این وجوه چهارگانه که در کلام مرحوم امام ذکر شده بود، هم عقد مقرون به اذن و وکالت را تصحیح می‌کند و هم عقد مقرون به رضای باطنی را. وجه سوم این بود که اطلاق ادله صحت عقود جمیع عقود را شامل می‌شود، چه از مالک صادر شوند و چه از غیر مالک. فقط عقودی که نسبت به مالک اجنبی محض باشند، از باب انصراف خارج هستند. اگر این وجه در مورد وکالت و اذن تمام باشد، در مورد رضایت باطنی نیز تمام خواهد بود. چون صرف رضایت باطنی مالک به عقد، باعث می‌شود که این عقد نسبت به مالک اجنبی محض نباشد.

اشکالی که نسبت به این وجه وجود دارد این است که این وجه فی‌نفسه تمام نبود و در مورد وکالت و اذن جاری نبود، چه برسد به مجرد رضای باطنی.

وجه چهارم

وجه چهارم که روایات باب وکالت بود، نیز در مورد رضای باطنی جاری نمی‌شود. چون عنوان مذکور در این روایات، عنوان وکالت است. حتی اگر به مناسبت حکم و موضوع از عنوان وکالت تعدی شود، نهایتش این است که به مطلق اذن (اعم از سابق و لاحق) تعدی می‌شود. اما نسبت به مجرد رضای باطنی وجهی برای تعدی وجود ندارد، چون هم عرفاً و هم بالوجدان احتمال خصوصیت برای اذن وجود دارد.

*** نتیجه مقتضای ادله عام:** به حسب مقتضای ادله عام، وجهی برای کفایت رضای باطنی مالک برای صحت عقد وجود ندارد و مجرد رضا حکم اذن را ندارد.

بله، در مواردی که عقد از مالک صادر می‌شود ولی صحت عقد بر اذن غیر مالک متوقف است (مثل بیع عین مرهونه توسط راهن)، در این موارد عقد از مالک صادر شده و مستند به او است، و احتیاج به اذن غیر از باب این است که غیر مالک حقی نسبت به عین مرهونه دارد، در این موارد ممکن است که ملتزم شویم (کما اینکه سید یزدی، مرحوم خویی و مرحوم تبریزی به آن ملتزم شدند) که رضای باطنی صاحب حق کافی است و نیازی به ابراز و اظهار آن نداریم. عقد نکاح رشیده‌ی باکره نیز از همین قبیل است، چون زوجه و طرف اصلی عقد همین رشیده‌ی باکره است که عقد نکاح از او صادر شده و به او انتساب دارد، ولی شارع از باب رعایت حق پدر و جد پدری، اذن پدر یا جد پدری را شرط دانسته است.^۱

۱. ارشاد الطالب ج ۲ ص ۲۷۱.

مقام دوم: مقتضای ادله خاص

مرحوم شیخ انصاری برای کفایت رضای باطنی در صحت عقد، علاوه بر ادله عام به چند دلیل خاص نیز استدلال کرده است:

روایت اول

دلیل اولی که مرحوم شیخ انصاری به آن تمسک کردند روایت «لایحل مال امرئ مسلم الا بطیبة نفسه» است. این روایت در کتاب وسائل در دو جا نقل شده است یکی در ابواب مکان مصلی و دیگری در ابواب القصاص فی النفس:

✓ موثقه سماعة: «مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي حَدِيثٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ: مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَجِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيِّبَةِ نَفْسِهِ. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ إِبْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أُسَامَةَ زَيْدٍ الشَّحَّامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: مِثْلَهُ.»^۱

✓ صحیحه زید شحام: «وَعَنْهُ عَنْ أَبِيهِ عَنْ إِبْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ أَبِي أُسَامَةَ زَيْدٍ الشَّحَّامِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَقَفَ بِمَنَى، حِينَ قَضَى مَنَاسِكَهَا فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ أَلَا مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنْ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا فَإِنَّهُ لَا يَجِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيِّبَةِ نَفْسِهِ وَلَا تَظْلِمُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كُفَّارًا. وَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عِيسَى عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَخِيهِ الْحَسَنِ عَنْ زُرْعَةَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: مِثْلُهُ. وَ رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ زُرْعَةَ وَ رَوَاهُ عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ فِي تَفْسِيرِهِ مُرْسَلًا.»^۲

سند هر دو روایت تمام است. اما از حیث دلالت، تقریب استدلال به این روایت برای کفایت رضای باطنی در صحت معاملات این است که؛ تصرف و تملک در مال مسلمان اگر به طیب نفس او باشد، اشکالی ندارد.

نسبت به استدلال ره این روایت سه مناقشه مطرح شده است:

مناقشه اول

مرحوم حکیم در مناقشه براستدلال به این روایت (ذیل اشکال به آیه تجارة عن تراضی) فرمودند^۳: تراضی و طیب نفس در اینجا در برابر اکراه قرار دارد. یعنی تصرف در مال غیر نباید از روی اکراه مالک باشد. چون اگر تراضی به

۱. وسائل الشیعة، ج ۵، باب ۳ از ابواب مکان المصلی، ص ۱۲۰، ح ۱.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۹، باب ۱ از ابواب القصاص فی النفس، ص ۱۰، ح ۳.

۳. مستمسک العروة الوثقی، ج ۱۴، ص ۵۰۱.

معنای رضایت و توافق طرفین باشد، خلاف ظاهر لازم می‌آید. ظاهر این است که قیود برای تاسیس باشند نه برای تاکید، در حالی که اگر طیب نفس و تراضی در اینجا به معنای توافق و رضایت باشد، خود عنوان تجارت بر آن دلالت می‌کند چون در تمام تجارت‌ها و معاملات (حتی معاملات اکراهی) تراضی وجود دارد.

بررسی مناقشه اول

ممکن است از این مناقشه به این نحو پاسخ داده شود: حمل عنوان طیب نفس در آیه شریفه و روایت مذکور بر اختیار (عدم الإکراه) خلاف ظاهر است. مراد از تراضی در آیه شریفه همان تراضی معاملی و توافق است که در موارد اکراه هم وجود دارد. آنچه در موارد اکراه وجود ندارد، طیب نفس و رضای قلبی (ابتهاج نفس) است. دلیل بر بطلان معامله‌ی اکراهی، این آیه شریفه نیست، بلکه حدیث رفع و غیر آن است، و الا بر اساس این آیه شریفه معامله‌ی اکراهی هم صحیح است و از موارد اکل مال به حلال حساب می‌شود.

مناقشه دوم

مراد از حلّ در این روایت، حلیّت تکلیفی است و طبعاً به تصرفات تکوینی در مال غیر اختصاص دارد، در حالی که مراد از حلیّت در محل بحث حلیّت وضعی است. این اشکال نیز در مستمسک ذکر شده است. اما اینکه چرا مراد از آن حلیّت تکلیفی است، مرحوم حکیم به قرینیت سیاق تمسک می‌کند، به این بیان که فقرات قبلی این روایت در مورد حکم تکلیفی است، پس این فقره نیز به معنای حکم تکلیفی خواهد بود.

بررسی مناقشه دوم

ممکن است در پاسخ از مناقشه دوم گفته شود: عنوان حلّ اعمّ است از حلیّت تکلیفی و حلیّت وضعی، و صرف اینکه در فقرات قبلی خصوص حکم تکلیفی اراده شده موجب نمی‌شود که مراد از حلّ در این فقره فقط حکم تکلیفی باشد. بلکه اگر مراد از آن اعمّ از حکم تکلیفی و حکم وضعی باشد نیز با فقرات قبلی مناسبت خواهد داشت. مگر اینکه برای توجیه، این طور گفته شود: اراده معنای اعمّ ممکن نیست و امر دائر است که حمل بر حکم تکلیفی یا حکم وضعی شود، و به اقتضای سیاق و مناسبت فقرات قبلی، باید حمل بر حکم تکلیفی شود.

مرحوم امام فرمودند: این توجیه صحیح نیست، چون حلیّت یک معنا (رفع المنع) بیشتر ندارد. رفع المنع به اعتبار متعلّق خود، می‌تواند وضعی باشد و می‌تواند تکلیفی باشد. اگر رفع المنع نسبت به فعلی باشد که متعلق حکم تکلیفی است، مراد از آن حلیّت تکلیفی خواهد بود. و اما رفع المنع نسبت به موضوع حکم وضعی به معنای حکم وضعی خواهد بود. بر همین اساس مرحوم امام فرمودند: در حدیث مذکور، ملتزم می‌شویم به اینکه حلیّت در معنای جامع استعمال شده

است و هم شامل حکم تکلیفی (نسبت به تصرفات تکلیفی) و هم شامل حکم وضعی (نسبت به تصرفات معاملی) می- شود.^۱

مناقشه ای که نسبت به این جواب وجود دارد و در کلام مرحوم خویی در مصباح الفقاهة آمده این است که : ما هم قبول داریم که حلّ در لغت به معنای اعمّ (اطلاق و ارسال) است، و این معنای اعمّ هم با حلیّت وضعی و هم با حلیّت تکلیفی تناسب دارد، لذا استعمال حلّ در هر یک از این دو به تنهایی صحیح است و هم می تواند در معنای جامع به کار برود. اما اینکه در چه مواردی به کار می رود، به حسب موارد مختلف است. اگر به امور اعتباری مانند بیع و اجاره اسناد داده شود، قبول داریم که مراد از آن می تواند هم حلیّت تکلیفی و هم حلیّت وضعی باشد. ولی اگر به اعیان خارجی اسناد داده شود، مراد از آن خصوص حلیّت تکلیفی خواهد بود و اراده ی حلیّت وضعی در این موارد ممکن نیست.

بر این اساس، وقتی به روایت محل بحث رجوع می کنیم می بینیم که حلیّت به مال نسبت داده شد، و مال یا از اعیان خارجی است و یا از منافع خواهد بود، و علی کلا التقديرین مراد از آن حلیّت تکلیفی خواهد بود. چون خود مال که معنا ندارد موضوع حکم وضعی باشد، پس باید فعل مناسب با او موضوع حکم تکلیفی باشد. فعل مناسب با مال، تصرفات تکوینی در مال است.^۲

*** نتیجه:** با توجه به این نقض و ابرامی که در کلام مرحوم خویی آمده بود، مناقشه دوم تمام است و مراد از حلّ در این روایت حلّ تکلیفی است. ولی نه به خاطر سیاق که در کلام مرحوم حکیم آمده بود، بلکه به خاطر اینکه مراد از حلّ مسند به مال، حلّ تکلیفی است.

مناقشه سوم

مرحوم خویی در اشکال به استدلال به این روایت می فرماید: حتی اگر مراد از حلّ در این روایت اعمّ باشد و شامل حلیّت وضعی هم بشود، نهایت چیزی که حدیث بر آن دلالت می کند این است که رضای باطنی مالک در حلیّت مال او برای غیر، معتبر است. اما اینکه تمام الموضوع برای حلیّت مال، رضای مالک است و چیز دیگری در حلیّت مال شرطیّت ندارد، از حدیث فهمیده نمی شود. به عبارت دیگر این روایت نهایتاً بر شرطیّت رضای باطنی دلالت می کند نه بر کفایت آن و عدم اعتبار شرط دیگر. تعبیر موجود در این روایت مانند تعبیر «لا صلاة الا بطهور» و «لا صلاة الا بفاتحة الكتاب» است، که از آن شرطیّت طهارت و جزئیّت فاتحة الكتاب فهمیده می شود ولی دلالت بر حصر ندارد (به این معنا که با صرف تحصیل طهارت و یا قرائت فاتحة الكتاب، نماز محقق شود).

۱- کتاب البیع ج ۱ ص ۱۶۵.

۲- مصباح الفقاهة ج ۲ ص ۱۳۹.

نکته‌ی اینکه چرا چنین تعبیری دلالت بر حصر ندارند همانطور که در استدلال به آیه شریفه (الا ان تكون تجارة عن تراض) در بحث ادله عام صحت عقود بیان شد این است که؛ در مواردی که مستثنی‌منه، مرکب دارای اجزاء و شرایط باشد، غرض از استثناء در این موارد حصر مستثنی‌منه در مستثنی نیست، لذا استثناء در این موارد دلالت بر مفهوم و اختصاص ندارد. بلکه استثناء فقط برای بیان شرطیت و جزئیت مستثنی برای مستثنی‌منه استعمال می‌شود. این مناقشه نیز تمام است.

روایت دوم

روایت دومی که مرحوم شیخ انصاری به آن تمسک کردند آن دسته از روایاتی هستند که دلالت می‌کنند بر اینکه؛ اگر عبد بدون اذن مولا ازدواج کند و مولایش در حالی که به نکاح عبد علم دارد سکوت کند، این سکوت مولا، اقرار او حساب می‌شود. به عنوان مثال در صحیحہ معاویہ بن وهب آمده است: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ وَهَبٍ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ فَقَالَ إِنِّي كُنْتُ مَمْلُوكًا لِقَوْمٍ وَإِنِّي تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً حُرَّةً بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَى ثُمَّ أَعْتَقُونِي بَعْدَ ذَلِكَ فَأَجَدُّ نِكَاحِي إِيَّاهَا حِينَ أُعْتِقْتُ فَقَالَ لَهُ أَكَانُوا عَلِمُوا أَنَّكَ تَزَوَّجْتَ امْرَأَةً وَأَنْتَ مَمْلُوكٌ لَهُمْ فَقَالَ نَعَمْ وَسَكْتُوا عَنِّي وَلَمْ يُغَيِّرُوا عَلَيَّ قَالَ فَقَالَ سَكُوتُهُمْ عَنْكَ بَعْدَ عِلْمِهِمْ إِفْرَاقٌ مِنْهُمْ أَثْبَتَ عَلَى نِكَاحِكَ الْأَوَّلِ». تقریب استدلال: این روایت دلالت می‌کند که رضای باطنی کافی است، چون در حالت سکوت رضای ابراز شده وجود ندارد. نسبت به دلالت این روایت مناقشاتی مطرح شده است.

مناقشه اول به روایت دوم

مرحوم خویی نسبت به این روایت دو مناقشه مطرح می‌کنند. ایشان در مناقشه اول می‌فرماید: این روایت دلالتی بر مدعای شما (کفایت رضای باطنی) ندارد. چون آنچه به عنوان رضای مولا در مفروض این روایت وجود دارد، از موارد تحقق اذن (رضای مبرز) است نه صرف رضای باطنی. چون همین مقدار که مولا بداند عبدش دارد ازدواج می‌کند ولی چیزی نگوید، به حسب نظر عرف کاشف از رضای مالک است، یعنی عرفاً از موارد ابراز رضایت به حساب می‌آید. مانند اینکه در نکاح باکره رشیده گفته می‌شود سکوتش کاشف از رضا است.

- ان قلت: صرف سکوت و عدم اعتراض در جایی که مولا به نکاح عبد علم دارد، کاشف عرفی از رضای مولا نیست و از موارد ابراز رضا به حساب نمی‌آید. چون این احتمال وجود دارد که سکوت مولا به خاطر یک دلیل خارجی باشد به نحوی که نتواند مخالفتش را ابراز کند.

قلت: بله، ما هم قبول داریم که سکوت فی حدّ نفسه کاشفیتی از رضا ندارد بلکه هم با رضا قابل جمع است و هم با عدم رضا. لکن در برخی موارد قرائنی وجود دارد که با ضمیمه شدن آن قرائن، سکوت می‌تواند کاشف از رضا باشد. مانند سکوت زن باکره در تزویج خودش، قرینه‌ای که در اینجا وجود دارد این است که ازدواج برای او در محل عجب و حياء است، لذا سکوت او در این مقام عرفاً کاشف از رضا محسوب می‌شود، با توجه به قرینیت استحیاء برای اعلام رضایت دختر باکره به ازدواج منتظر لفظ وکلام او نمی‌شوند بلکه سکوت او بعد از نظر خواهی را دلیل و کاشف از رضایت او می‌بینند. در محل بحث نیز قرینه‌ای وجود دارد که با ملاحظه‌ی آن قرینه سکوت مولا کاشف از رضا است. قرینه‌ی موجود در نکاح عبد این است که؛ با توجه سلطه و قدرتی که مولا دارد بطوری که با یک اشاره می‌تواند اوضاع را تغییر دهد اگر نکاح عبد در مرأی و منظر او انجام شود ولی او سکوت کند و اعتراض و مخالفتی نکند، عرف سکوت مولا وعدم اعتراض او را کاشف از رضای او حساب می‌کند.

مناقشه دوم به روایت دوم

مرحوم خویی در اشکال دوم می‌فرماید: سلّمنا که سکوت مولا عرفاً رضای مُبرَز محسوب نشود (بلکه صرفاً رضای باطنی است) و در عین حال برای صحت نکاح عبد کافی باشد، لکن این مطلب دلالت نمی‌کند بر اینکه رضای باطنی به نحو کلی و در تمام معاملات برای حکم به صحت کافی است و نیاز به ابراز ندارد.

توضیح بیشتر: به طور کلی در مورد کفایت رضای باطنی در معاملات سه قول وجود دارد: «عدم کفایت رضای باطنی مطلقاً»، «کفایت رضای باطنی مطلقاً» و «تفصیل؛ احتیاج به رضایت غیر عاقد یا از باب تحقیق استناد عقد به مالک است یا از باب رعایت حقّ شخصی است که حقّ او به مورد عقد تعلق گرفته است». قول سوم بین این دو مورد تفصیل می‌دهد، به عنوان مثال در بیع عین مرهونه توسط راهن، صرف رضایت باطنی مرتهن را کافی می‌داند. ولی در بیع فضولی ابراز رضایت را معتبر می‌داند. در محل بحث (روایت؛ نکاح عبد) نیز بر اساس قول سوم، حکم به کفایت رضای باطنی مولا می‌شود. چون این نکاح، مربوط به عبد است و او طرف عقد می‌باشد و از حیث استناد عقد به او مشکلی وجود ندارد، دلیل نیاز به اذن مولا از این باب است که حقّ مولا به این عبد تعلق گرفته است.

بنابراین اگرچه بر اساس این روایت، صرف رضایت باطنی مولا برای صحت نکاح عبد کافی است، لکن این مطلب موجب نمی‌شود که رضایت باطنی را در مطلق معاملات کافی بدانیم.

روایت سوم

روایات دسته سوم^۱ آن روایاتی هستند که در مورد سکوت بکر در نکاح آمده است. به این بیان که؛ اگر ولی از دختر باکره نظرخواهی کند و او سکوت کند، سکوت او برای صحت عقد کافی است، به همان تقریبی که در روایت دوم گفته شد. به عنوان مثال در صحیحہ بزنطی آمده است: «محمد بن یعقوب عن محمد بن یحیی عن أحمد بن محمد عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: قال أبو الحسن^۷: في المرأة البكر إنها صماتها، و التيب أمرها إليها. و رواه الحميري (في قرب الاسناد) عن أحمد بن محمد عن ابن أبي نصر، مثله.»^۲ در حدیث دیگری در مورد عقد نکاح حضرت زهرا^۳ با امیرالمؤمنین علی^۷ آمده است: «الحسن بن محمد الطوسي في الأمالي: عن أبيه عن المفيد عن محمد بن الحسين الشهرزوري عن الحسين بن محمد الاسدي عن جعفر بن عبدالله العلوي عن يحيى بن هاشم عن محمد بن مروان عن جويبر بن سعد عن الضحاک بن مزاحم قال: سمعت علي بن أبي طالب^۷ يقول - و ذکر حدیث تزویج فاطمة^۳ و أنه طلبها من رسول الله^۹ - فقال: يا علي، إنه قد ذكرها قبلك رجال فذكرت ذلك لها فرأيت الكراهة في وجهها، و لكن علي رسلک حتى أخرج إليك فدخل عليها فأخبرها و قال: إن علياً و قد ذكر من أمرک شيئاً فما ترين فسكت و لم تول وجهها و لم ير فيه رسول الله^۹ كراهة، فقام و هو يقول: الله أكبر سكوتها إقرارها، الحديث.»^۳

مناقشه روایت سوم

همان دو مناقشه‌ای که به روایت قبلی مطرح شده بود، نسبت به این روایت نیز می‌آید.

* به طور کلی در مورد نکاح دختر باکره دو قول وجود دارد: قول اول) رضایت باکره هیچ دخلتی ندارد و طرف عقد خود ولی است ولی عقد صادر از ولی باید با نظرخواهی از دختر انجام بگیرد. قول دوم) رضایت او مدخلیت دارد و در واقع طرف عقد همین دختر است، لکن رضایت ولی نیز معتبر است، بنابر قول اول مناقشه دوم به استدلال به روایت سوم این است که: باتوجه به اینکه عقد مستند به ولی است و احتیاج به نظرخواهی از دختر بخاطر رعایت حق دختر است، رضایت باطنی برای صحت عقد کافی است چون به همین مقدار حق او رعایت می‌شود ولی کفایت رضایت باطنی در این مورد دلیل بر این نمی‌شود که رضایت باطنی را در مطلق معاملات کافی بدانیم.

روایت چهارم

۱. فقه العقود، ج ۲، ص ۱۹۱.

۲. وسائل الشیعة، ج ۲۰، باب ۵ از ابواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ص ۲۷۴، ح ۱.

۳. وسائل الشیعة، ج ۲۰، باب ۵ از ابواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ص ۲۷۵، ح ۳.

چهارمین روایتی که برای کفایت رضای باطنی به آن تمسک می‌شود روایت عروۃ بارقی است که مرحوم شیخ انصاری در کتاب المکاسب به عنوان روایت سوم به آن تمسک کردند.^۱ این روایت در کتب روایی با تعابیر مختلفی نقل شده تا جایی که در برخی نقل‌ها نام حکیم بن حزام به جای عروۃ بارقی ذکر شده است، که در ادامه این روایات را ذکر می‌کنیم.^۲

۱. «أَبُو جَعْفَرٍ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ الطُّوسِيُّ فِي تَأْقِيبِ الْمَنَاقِبِ، عَنْ عُرْوَةَ بْنِ جَعْدٍ الْبَارِقِيِّ قَالَ: قَدِمَ جَلَبٌ (یک گروه معامله‌گر) فَأَعْطَانِي النَّبِيُّ ص دِينَارًا فَقَالَ اشْتَرِ بِهَا شَاةً فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بَدِينَارٍ فَلَحَقَنِي رَجُلٌ فَبِعْتُ أَحَدَهُمَا مِنْهُ بَدِينَارٍ ثُمَّ أَتَيْتُ النَّبِيَّ ص بِشَاةٍ وَدِينَارٍ فَرَدَّهُ عَلَيَّ وَقَالَ بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفَقَةِ يَمِينِكَ وَلَقَدْ كُنْتُ أَقُومُ بِالْكُنَاسَةِ أَوْ قَالَ بِالْكُوفَةِ فَأَرْبِحُ فِي الْيَوْمِ أَرْبَعِينَ أَلْفًا».^۳

۲. «عَنْ عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ: "أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ مَعَهُ بَدِينَارٍ يَشْتَرِي لَهُ أُضْحِيَّةً"، وَقَالَ مَرَّةً: أَوْ شَاةً، فَاشْتَرَى لَهُ اثْنَتَيْنِ، فَبَاعَ وَاحِدَةً بَدِينَارٍ، وَأَتَاهُ بِالْأُخْرَى، "فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ" فَكَانَ لَوْ اشْتَرَى التُّرَابَ لَرَبِحَ فِيهِ».^۴

۳. «عَنْ عُرْوَةَ بْنِ أَبِي الْجَعْدِ قَالَ: عَرَضَ لِلنَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَلَبٌ، فَأَعْطَانِي دِينَارًا، فَقَالَ: "أَيُّ عُرْوَةٍ أَتَتْ الْجَلَبَ" فَاشْتَرِ لَنَا شَاةً، قَالَ: فَأَتَيْتُ الْجَلَبَ، فَسَاوَمْتُ صَاحِبَهُ، فَاشْتَرَيْتُ مِنْهُ شَاتَيْنِ بَدِينَارٍ، فَجِئْتُ أَسْوَقَهُمَا، أَوْ قَالَ: أَقُودُهُمَا، فَلَقِينِي رَجُلٌ، فَسَاوَمَنِي فَأَبِيعُهُ شَاةً بَدِينَارٍ، فَجِئْتُ بِالْأُخْرَى وَجِئْتُ بِالشَّاةِ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَذَا دِينَارُكُمْ، وَهَذِهِ شَاتُكُمْ، قَالَ: "وَصَنَعْتَ كَيْفَ؟" فَحَدَّثْتُهُ الْحَدِيثَ، فَقَالَ: "اللَّهُمَّ بَارِكْ لَهُ فِي صَفَقِ يَمِينِهِ" فَلَقَدْ رَأَيْتُنِي أَقِفُ بِكُنَاسَةِ الْكُوفَةِ فَأَرْبِحُ أَرْبَعِينَ أَلْفًا قَبْلَ أَنْ أَصِلَ إِلَى أَهْلِي وَكَانَ يَشْتَرِي الْجَوَارِيَ وَيَبِيعُ».^۵

۴. «عَنْ حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ مَعَهُ بَدِينَارٍ يَشْتَرِي لَهُ أُضْحِيَّةً، فَاشْتَرَاهَا بَدِينَارٍ وَبَاعَهَا بَدِينَارَيْنِ، فَرَجَعَ فَاشْتَرَى لَهُ أُضْحِيَّةً بَدِينَارٍ وَجَاءَ بَدِينَارٍ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَتَصَدَّقَ بِهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَدَعَا لَهُ أَنْ يُبَارَكَ لَهُ فِي تِجَارَتِهِ».^۶

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۳۴۷-۳۴۸؛ و روایۃ عروۃ البارقی الآتیة، حیث أقبض المبیع و قبض الدینار؛ لعلمه برضا النبی^۹ و لو کان فضولیاً موقوفاً علی الإجازة لم یجز التصرف فی المعوض و العوض بالقبض و الإقباض، و تقریر النبی^۹ له علی ما فعل دلیل علی جوازه.

۲. فقه العقود، ج ۲، ص ۱۸۹-۱۹۰. ر.ک: مصباح الفقاهة، ج ۴، ص ۲۳.

۳. مستدرک الوسائل، ج ۱۳، باب ۱۸ از ابواب عقد البیع و شروطه، ص ۲۴۵.

۴. مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج ۳۲، ص ۱۰۰، ح ۱۹۳۵۶. ر.ک: صحیح بخاری، ج ۶، ص ۷۰، ح ۳۲۵۷.

۵. مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج ۳۲، ص ۱۱۰، ح ۱۹۳۶۷.

۶. الأمالی (للطوسی)، ص ۳۹۹، ح ۸۹۰. ر.ک: بحار الأنوار، ج ۱۰۰، ص ۱۳۶؛ سنن أبی داود، ج ۳، ص ۱۴۷۱، ح ۳۳۸۶.

مرحوم شیخ فرمودند: از این روایت استفاده می‌شود که مجرد رضای باطنی برای صحت عقد کافی است و ابراز رضایت معتبر نیست. بر همین اساس می‌توان گفت طبق این روایت اصلاً بیع فضولی محقق نشده و احتیاجی به اجازه لاحق نیست. چون همین که عروۀ علم داشت که پیامبر^۹ راضی است، معامله‌ی او صحیح واقع شده بود.

توضیح بیشتر: اگر معاملاتی (خرید - فروش) که عروۀ انجام داد صحیح نبود، تصرفات بعدی او در مبیع و ثمن جایز نبود، با این حال وقتی داستان را برای پیامبر^۹ می‌گویند، پیامبر^۹ او را سرزنش نمی‌کند بلکه او را بر این تصرفاتش تقریر کرد، لذا کشف می‌شود که این معاملات صحیح بود و تصرفاتش مشکلی نداشت. به عبارت دیگر با اینکه پیامبر^۹ نسبت به فروش شاة به او اذن نداده بود، ولی اقباض شاة به مشتری و قبض ثمن از او را تقریر کرد، لذا معلوم می‌شود که رضای باطنی برای صحت معامله کافی است و عروۀ نیز بر همین اساس معاملات را انجام داد.

مناقشه اول

هیچ یک این روایات سند معتبر ندارند، چون اساساً در منابع شیعی نقل نشده است.^۱

مناقشه دوم

استدلال به این روایت با تقریب مذکور متوقف است بر اینکه معامله دوم (فروش یک شاة به یک دینار) مبتنی بر رضای باطنی باشد، در حالی که احتمال می‌رود که عروۀ بارقی وکیل و مأذون پیامبر^۹ در انجام معاملات ایشان بوده است همانطور که در کلام محقق ایروانی و مرحوم آقای خویی آمده است.^۲

مناقشه سوم

آنچه از این روایت استفاده می‌شود این است که؛ قبض و اقباضی که در هنگام معامله انجام می‌شد اشکالی نداشت، لذا پیامبر^۹ نسبت به آن ردع نکردند. بنابراین حتی اگر از اشکال دوم صرف نظر کنیم و بگوییم در این معامله رضای میرز وجود نداشت، نهایتش این است که صرف رضای باطنی مالک برای جواز قبض و اقباض (تصرفات تکوینی) کفایت

۱. مصباح الفقاهة، ج ۴، ص ۹؛ أولاً: أن الرواية غير مذكورة في أصول الشيعة مسنداً وإنما هي مذكورة في كتب العامة بسند ضعيف فلا يمكن الاستناد إليها في شيء في الاحكام الشرعية.

۲. مصباح الفقاهة، ج ۴، ص ۹ و ۲۵؛ ثانياً: أن كون الصادر من عروۀ فضولياً أو مندرجاً تحت الكبرى المتقدمة متوقف على عدم كونه وكيلاً مطلقاً ومفوضاً من النبي صلى الله عليه وآله في أمر شراء الشاة أو مطلقاً الذي سمي في لغة فارس بكلمة (وكيل خرج) ومن المحتمل أن يكون هو كذلك وعليه، فلا يمكن الاستدلال بالرواية على صحة بيع الفضولي إذ لا قرينة في الرواية ولا من الخارج على كون البيع الصادر من عروۀ فضولياً.

حاشية المكاسب (للإيرواني)، ج ۱، ص ۱۱۷؛ قضيه عروه مشتبه الحال عندنا فلعلّ عروه كان وكيلاً للنبي صلى الله عليه وآله في أمر المعاملات خادماً له فيما يرجع إلى السوق ومع ذلك فالتمسك بروايته في المقام وفي بيع الفضولي خال عن السداد فإنه يكون من المأذون بالإذن الصريح في أمر المعاملات ويكون أجنبياً عن باب الفضولي وأيضاً أجنبياً عن المعاملة المقرونة بصرف الرضى الباطني من المالك.

می‌کند، ولی این مطلب ملازمه‌ای با صحت عقد (تصرفات اعتباری) ندارد. یعنی همین که عروه علم داشت به رضایت پیامبر^۹ نسبت به این تصرفات تکوینی، قبض و اقباضش جایز بود و لذا پیامبر^۹ او را ردع و سرزنش نکردند. اما این مطلب دلالت نمی‌کند که معامله‌ی مذکور بدون ابراز رضایت صحیح بود و احتیاج به حقوق اجازه نداشت، بلکه احتمال دارد وقتی پیامبر^۹ رضایت خود را ابراز کردند از آن زمان معامله صحیح شد^۱.

روایت پنجم

پنجمین روایتی که برای کفایت رضای باطنی به آن تمسک می‌شود توقیع حمیری است^۲. در این روایت آمده است:

«أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ الطَّبْرَسِيُّ فِي كِتَابِ الْإِحْتِجَاجِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ جَعْفَرِ الْحَمِيرِيِّ أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى صَاحِبِ الزَّمَانِ ع - أَنَّ بَعْضَ أَصْحَابِنَا لَهُ ضِيعَةٌ جَدِيدَةٌ بِجَنْبِ ضِيعَةِ خَرَابٍ لِلسُّلْطَانِ فِيهَا حِصَّةٌ وَ أَكْرَتُهُ رَبَّمَا زَرَعُوا وَ تَنَازَعُوا فِي حُدُودِهَا وَ تُؤْذِيهِمْ عَمَالُ السُّلْطَانِ وَ تَتَعَرَّضُ فِي الْكُلِّ مِنْ غَلَّاتِ ضِيعَتِهِ وَ لَيْسَ لَهَا قِيَمَةٌ لِخَرَابِهَا وَ إِنَّمَا هِيَ بَائِرَةٌ مُنْذُ عِشْرِينَ سَنَةً وَ هُوَ يَتَحَرَّجُ مِنْ شِرَائِهَا لِأَنَّهُ يُقَالُ إِنَّ هَذِهِ الْحِصَّةَ مِنْ هَذِهِ الضِيعَةِ كَانَتْ قُبِضَتْ مِنَ الْوَقْفِ قَدِيمًا لِلسُّلْطَانِ فَإِنْ جَازَ شِرَاؤُهَا مِنَ السُّلْطَانِ كَانَ ذَلِكَ صَوْنًا وَ صَلَاحًا لَهُ وَ عِمَارَةً لِضِيعَتِهِ وَ أَنَّهُ يَزْرَعُ هَذِهِ الْحِصَّةَ مِنَ الْقَرْيَةِ الْبَائِرَةِ بِفَضْلِ مَاءِ ضِيعَتِهِ الْعَامِرَةِ وَ يَنْحَسِمُ عَنْ طَمَعِ أَوْلِيَاءِ السُّلْطَانِ وَ إِنْ لَمْ يَجْزُ ذَلِكَ عَمَلٌ بِمَا تَأْمُرُهُ بِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ. فَأَجَابَهُ^۷: الضِيعَةُ لَا يَجُوزُ ابْتِيَاعُهَا إِلَّا مِنْ مَالِكِهَا أَوْ بِأَمْرِهِ أَوْ رِضَى مِنْهُ»^۳.

تقریب استدلال؛ در این روایت حضرت فرمودند: معامله‌ی صحیح باید از یکی از این طرق سه‌گانه باشد. یکی از این طرق را رضایت مالک بیان کردند.

حدیث ششم

ششمین روایتی که برای کفایت رضای باطنی به آن تمسک می‌شود صحیح محمد بن مسلم است^۴. در این روایت آمده است: «وَعَنْهُ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنِ الْعَلَاءِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ فِي حَدِيثٍ قَالَ: سَأَلَهُ رَجُلٌ مِنْ

۱. ارشاد الطالب، ج ۲، ص ۲۷۳-۲۷۴؛ و اما بیعه واحده منهما بدینار فلا بعد فی کونه بیعا فضولیا یحتاج إلى الإجازة و لكن یجوز معه القبض و الإقباض فإن عدم جوازهما من الفضولی باعتبار کونهما تصرف خارجی فی مال الغیر و مع إحراز رضا المالك بهما فلا حرمة بل قد یكون إجازة العقد بعد ذلك إجازة لذلك القبض أو الإقباض كما لا یخفی. رک: مصباح الفقاهة، ج ۴، ص ۹؛ فقه العقود، ج ۲، ص ۱۹۰.

۲. جامع المدارک (للخوانساری)، ج ۳، ص ۸۳؛ فقه العقود، ج ۲، ص ۱۹۲.

حاشیه المکاسب (للایروانی)، ج ۱، ص ۱۱۷؛ فالأولی تبديل الاستدلال بالآیه بالاستدلال بما ورد عن مولانا الحجة فی جواب مسائل الحمیری أن الضیعة لا یجوز ابتیاعها إلا من مالکها أو بأمره أو رضی منه.

۳. وسائل الشیعة، ج ۱۷، باب ۱ از ابواب عقد البیع و شروطه، ص ۳۳۷، ح ۸.

۴. جامع المدارک (للخوانساری)، ج ۳، ص ۸۳؛ فقه العقود، ج ۲، ص ۱۹۱.

أَهْلُ النَّبْلِ عَنْ أَرْضٍ اشْتَرَاهَا بِفَمِ النَّبْلِ - وَأَهْلُ الْأَرْضِ يَقُولُونَ هِيَ أَرْضُهُمْ وَأَهْلُ الْأُسْتَانِ يَقُولُونَ هِيَ مِنْ أَرْضِنَا. فَقَالَ: لَا تَشْتَرِهَا إِلَّا بِرِضَا أَهْلِهَا. وَرَوَاهُ الْكَلْبِيُّ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَأَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ ابْنِ مَحْبُوبٍ مِثْلَهُ.^۱

تقریب استدلال؛ در این روایت حضرت صرف رضا را برای جواز شراء کافی دانستند.

مناقشه اول بر روایت پنجم و ششم

مرحوم خوانساری در جامع المدارک در مورد این دو روایت می‌فرماید: اگرچه ظاهر این دو روایت کفایت رضایت باطنی است، لکن نمی‌توان به ظاهرش أخذ کرد، لذا باید آنها را توجیه کرد. خود ایشان توجیه و اشکالی در مورد این دو روایت بیان نمی‌کند.

اعلام دیگر در مناقشه بر این دو روایت فرمودند: حتی اگر مراد از حلیت در این روایات شامل حلیت وضعی بشود، لکن این نوع تعابیر که مشتمل بر استثناء هستند، نهایت چیزی که از آنها استفاده می‌شود این است که؛ رضای باطنی مالک در حلیت مال او برای غیر، معتبر است. به عبارت دیگر این دو روایت نهایتاً بر شرطیت رضای باطنی دلالت می‌کند نه بر کفایت آن و عدم اعتبار شرط دیگر.^۲

به طور کلی همان طور که در مناقشه سوم بر روایت اول بیان شد: در مواردی که مستثنی‌منه، مرکب دارای اجزاء و شرایط باشد، غرض از استثناء در این موارد {لاصلاة الا بطهور/ لاصلاة الا بفاتحة الكتاب/ لاتشترها الا برضا اهله} حصر مستثنی‌منه در مستثنی نیست، لذا استثناء در این موارد دلالت بر مفهوم و اختصاص ندارد. بلکه استثناء در این موارد فقط برای بیان شرطیت و جزئیت مستثنی برای تحقق مستثنی‌منه استعمال می‌شود.

- **ان قلت:** روایت محمد بن مسلم با روایت حمیری تفاوت دارد. در روایت محمد بن مسلم فقط رضای مالک را استثناء کرده است، ممکن است در این روایت بپذیریم که فقط دلالت بر اعتبار رضایت می‌کند، اما اینکه چیز دیگری غیر از رضا معتبر نیست، را دلالت ندارد. لذا به واسطه ادله دیگر این روایت را مقید می‌کنیم به اینکه ابراز رضا معتبر است. اما در روایت حمیری، رضا را در عرض خرید از مالک و امر مالک قرار داد. از آنجا که مراد از عنوان "بأمره" جایی است که مالک اذن داده باشد (وکالت یا إذن)، پس مراد از عنوان "برضی‌منه" صرف رضایت باطنی است، چون در غیر این صورت عطف به واسطه "أو" بی‌معنا خواهد بود.
- قلت:** مراد از عنوان "بأمره" جایی است مالک از غیر طلب کند که متاعش را بیع کند. لذا مراد از عنوان "برضی‌منه" می‌تواند رضای مبرز باشد و اشکالی در عطف به وجود نمی‌آید.

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۷، باب ۱ از ابواب عقد البیع و شروطه، ص ۳۳۴، ح ۳.

۲. مصباح الفقاهة، ج ۴، ص ۱۶؛ إرشاد الطالب، ج ۲، ص ۲۷۱؛ فقه العقود، ج ۲، ص ۱۹۲.

مرحوم تبریزی در اشکال دوم به این دو روایت می‌فرماید: احتمال دارد مراد از رضا در این دو روایت، ابراز رضا (رضایت ابراز شده) است. که در این صورت روایت ارتباطی با مدعا ندارد.^۱

بررسی مناقشه دوم

در بدو امر به نظر می‌رسد می‌توان به مناقشه دوم پاسخ داد، به این نحو که؛ ظاهر هر عنوانی که در خطاب اخذ می‌شود این است که خود آن عنوان با تمام خصوصیاتش دخیل در خطاب است نه اینکه اشاره به چیز دیگری باشد. معلوم است که متفاهم عرفی از رضا، همان رضای باطنی است.

لکن به نظر می‌رسد می‌توان از این اشکال جواب داد و از مناقشه دوم دفاع کرد. چون با توجه به اینکه عنوان تراضی در آیه "تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ" موضوع برای حکم قرار گرفته است، اگر در روایات هم این قید رضا ذکر شود این احتمال بعید نیست که این رضا اشاره به همان عنوان تراضی در آیه باشد که مراد از آن رضایت ابراز شده از طرفین است.

* نتیجه بحث تا اینجا این شد که؛ با توجه به اینکه مقتضای ادله عام این شد که عقد مستند به مالک صحیح است نه هر عقدی که یک نحوه ارتباطی به مالک داشته باشد، لذا در عقد غیر مستند به مالک نوبت به اصل عملی می‌رسد که مقتضای آن اصاله الفساد است. از آنجا که مجرد رضای باطنی موجب استناد عقد به مالک نمی‌شود، لذا بر اساس مقتضای ادله عام و اصل عملی مجرد رضای باطنی برای صحت عقد کافی نیست. روایات شش‌گانه‌ای هم که برای این مدعا استدلال شدند تمام نبودند. یک دلیل دیگر در کلام مرحوم امام آمده است.

دلیل هفتم (بنای عقلاء)

مرحوم امام می‌فرماید: عقدی که مالک نسبت به انجام آن رضایت باطنی داشته باشد، عرفاً و عقلاً صحیح و نافذ است و به آن عقد ترتیب اثر می‌دهند. ایشان می‌فرماید: اگرچه مجرد رضایت مالک، موجب استناد عقد به مالک نمی‌شود، لکن همین مقدار موجب صحت عقد است.^۲

۱. إرشاد الطالب، ج ۲، ص ۲۷۱: مع احتمال ان يراد بالرضا إبرازه كما لا يخفى.

۲. کتاب البیع، ج ۲، ص ۱۳۳-۱۳۴: إنَّ بَیْعَ الْفُضُولَى مَعَ مَقَارَنَتِهِ لِرِضَا الْمَالِكِ مَشْمُولٌ لِمَثَلِ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ تِجَارَةٌ عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ لِأَنَّ التَّقْيِيدَ بِعُقُودِكُمْ أَوْ تِجَارَتِكُمْ لَيْسَ فِي الْأَدْلَةِ، وَ إِنَّمَا هُوَ مِنْ بَابِ الْإِنْصِرَافِ، وَ لَا تَنْصَرِفُ الْأَدْلَةُ إِلَّا عَنْ أَجْنَبِيٍّ لَا تَنْسَبُ إِلَيْهِ الْمَذْكُورَاتُ بِوَجْهِهِ. وَ أَمَّا الْعُقُودُ الْمَأْذُونُ فِيهَا وَ الْمَجَازَةُ وَ الْمَرْضَى بِهَا، فَلَا وَجْهَ لَانْصِرَافِهَا عَنْهَا، بَعْدَ كَوْنِهَا صَحِيحَةً لِزِمَةِ عَرَفَاءٍ وَ فِي مُحِيطِ الْعُقَلَاءِ..... الْعَقْدُ مَعَ

به نظر می‌رسد عقلاء صرف رضایت مالک را برای صحت عقد کافی نمی‌دانند. آنچه در نزد عقلاء موضوع صحت و نفوذ عقد می‌باشد تعهد یا قرار قانونی و حقوقی است که از افراد صادر می‌شود. حقیقت عقد چه التزام مشدود به التزام دیگر باشد یا قرار مرتبط به قرار دیگر، در جایی که مالک صرفاً راضی باشد ولی نظرش را ابراز نکرده است، تحقق ندارد، مالک تعهدی نداده است تا عقلاء او را ملزم به تعهدش بدانند، قرار و انشاء قانونی از او صادر نشده است تا مورد الزام عقلانی قرار بگیرد.

نتیجه بحث در کفایت رضای باطنی

نتیجه بحث در کفایت رضای باطنی این شد که صرف رضای باطنی کافی نیست، مگر در جایی که احتیاج به رضا، به دلیل استناد عقد به شخص نباشد بلکه از باب رعایت حق او باشد. چون در این موارد نکته‌ی احتیاج به رضا، با مجرد رضای باطنی تأمین می‌شود و نیازی به ابراز نیست. مرحوم خوئی در مصباح الفقاهة شش مورد از این مواردی که صرف رضای باطنی کافی است را نام بردند^۱:

۱. رضایت مرتهن نسبت به بیع عین مرهونه توسط راهن.
۲. رضایت غرماء نسبت به بیع مفلس.
۳. رضایت عمه و خاله نسبت به عقد نکاح زوج با خواهرزاده و برادرزاده‌ی زوجه.
۴. رضایت مولا نسبت به عقد عبد.
۵. رضایت ورثه نسبت به وصیت به مازاد بر ثلث.
۶. رضایت ولی نسبت به عقد نکاح دختر باکره (بنابر اینکه طرف عقد خود باکره است، لکن از باب رعایت حق ولی، رضایت او معتبر است).

مقام دوم: تحقق شرط (مالکیّة أو المأذونیّة) بعد از وقوع عقد

همان طور که در ابتدای شرط دوم اشاره شد، مباحث مربوط به این شرط در دو مقام بررسی خواهند شد. مقام اول در مورد اصل شرطیّت ملکیت متعاقدين و موارد جایگزین آن (ولایت، وکالت و اذن) بود که آیا اساساً چنین شرطی ثابت است یا نه؟ مباحث مربوط به مقام اول گذشت.

رضا المالک، لا یكون عقده و إن انتسب إلیه نحو انتساب، و هو کاف فی الصحّة و اللزوم عند العقلاء، فیحتجّون علی صاحب المال «بأنک کنت راضیاً به، و لیس لک التخلّف و النقض».

۱. مصباح الفقاهة، ج ۴، ص ۱۳-۱۴.

در مقام دوم بحث می‌شود که بعد از فراغ از اصل شرطیت یکی از امور سه گانه (ملکیت، ولایت، وکالت یا إذن)، آیا این شرط باید در حین عقد و به نحو مقارن وجود داشته باشد یا اینکه تحقق این شرط بعد از وقوع عقد نیز کافی است. به عنوان مثال اگر بایع در حین عقد نسبت به متاع مورد معامله اجنبی باشد، اما بعداً نسبت به آن متاع مالک شود (از طریق ارث یا خریدن یا) یا ولایت پیدا کند، آیا حصول شرط ملکیت یا ولایت بعد از وقوع عقد برای صحت عقد کافی است یا نیاز به اجازه جدید دارد؟ در بیع فضولی نیز همین بحث نسبت به إذن متأخر وجود دارد و در کلمات فقهاء مطرح شده است. بنابراین در مقام دوم نسبت به موارد ذیل بحث خواهیم کرد:

۱. تحقق إذن لاحق و ابراز رضای متأخر از جانب مالک (بیع فضولی).

۲. حصول ملکیت برای بایع بعد از وقوع عقد (من باع شیئاً ثم ملکه).

۳. تحقق ولایت برای بایع نسبت به عقد بعد از وقوع عقد.

الف) بیع فضولی (تحقق إذن متأخر از جانب مالک)

فرض اول این است که؛ عاقد در هنگام وقوع عقد مالک نباشد و نسبت به اجرای این عقد ولایت یا وکالت هم ندارد، ولی بعداً مالک نسبت به این عقد إذن داد. آیا این إذن متأخر موجب صحت عقد می‌شود؟ اگرچه در کلمات برخی از فقهاء صحت این عقد مسلم گرفته شده، ولی جای بحث وجود دارد. چون باید ببینیم آن ادله و وجوهی که در مقام اول برای جایگزینی وکالت و إذن از جانب مالک مطرح شده بودند، آیا در مورد إذن متأخر هم جاری هستند یا نه؟ بنابراین برای پاسخ به این سوال ابتدا باید ببینیم مقتضای قاعده در مورد بیع فضولی چیست؟ برای این کار لازم است همان وجوه چهارگانه سابق را در مورد إذن لاحق هم بررسی کنیم.

وجه اول

وجه اول که در کلام مرحوم خویی و بسیاری از اعلام دیگر (محقق ابروانی، مرحوم نائینی، محقق اصفهانی و مرحوم حجت) وارد شده این است که؛ در امور اعتباری و تصرفات قانونی اذن و وکالت موجب استناد این تصرفات اعتباری به آذن و موکل می‌شود. چون در صدق عناوین اعتباری مباشرت مالک نسبت به این امور شرط نیست. به عبارت دیگر تصرفات اعتباری مانند افعال تکوینی خارجی (مثل اکل و شرب) نیستند که فقط به فاعل مباشری نسبت داده می‌شود، بلکه تصرفات اعتباری هم به شخص مباشر نسبت داده می‌شود و هم به غیر مباشر (آذن و موکل) نسبت داده می‌شود.

*** تذکر:** همان طور که خود مرحوم خوبی در موارد دیگر اشاره کردند، افعال تکوینی و خارجی دو دسته هستند: در برخی از افعال خارجی، صدق آنها منوط به مباشرت فاعل است مانند اُكل و شرب. در دسته‌ی دیگر از افعال خارجی، صدق آن عنوان منوط به مباشرت فاعل نیست، بلکه موارد اذن و وکالت را هم شامل می‌شود مانند حلق و ذبح.

بنابراین تقریب صحیح در وجه اول این است که بگوییم: تصرفات اعتباری مانند افعال خارجی‌ای نیست که در صدق آنها مباشرت لازم است، بلکه تصرفات اعتباری از اموری هستند که صدق آنها منوط به مباشرت فاعل نیست، و قابل استناد به غیر مباشر نیز می‌باشد. وقتی وکالت و اذن موجب استناد عقد به مالک شود، عقد مذکور مشمول اطلاقات و عمومات صحت و نفوذ عقد خواهد شد.

حاصل وجه اول این است که؛ چون در امور اعتباری و تصرفات قانونی، اذن و وکالت از ناحیه مالک موجب استناد آن تصرفات به موکل و آذن می‌شود، عقد صادر از وکیل و مأذون صحیح و نافذ خواهد بود. چون این عقد، عقد خود مالک به حساب می‌آید، وقتی عقد خود مالک شد، مشمول ادله‌ی صحت معاملات خواهد بود.

این وجه هم در مورد اذن سابق و هم در مورد اذن لاحق جاری می‌شود. چون وقتی مالک بعد از وقوع عقد اذن می‌دهد، موجب می‌شود عقد سابق به او استناد داده شود. در نتیجه مشمول عمومات و اطلاقات می‌شود.

وجه دوم

آنچه موضوع نفوذ معامله می‌باشد، تعهدات اشخاص می‌باشد. در جایی که خود مالک متصدی معامله نشود ولی به دیگران اذن دهد که معامله را انجام دهند، این اذن موجب می‌شود که این تعهد و التزام، تعهد و التزام خود مالک حساب شود. چون بنابر اینکه حقیقت عقد چیزی جز التزام و عهد نباشد، التزام و تعهد از کسی صادر می‌شود که ارتباطی با مورد معامله داشته باشد. به عبارت دیگر متعهد حقیقی در موارد اذن و وکالت، مالک (موکل و آذن) است و الا مأذون و وکیل تعهد و التزامی را برعهده نمی‌گیرند. وقتی تعهد و التزام مربوط به موکل و آذن بود، ادله‌ی دال بر وفای به عقد (که عقد نیز به معنای عهد است)، شامل موکل و آذن می‌شود. اینکه گفته شود: تعهدی موضوع امضاء است که ابراز شده باشد، در پاسخ می‌توان گفت: وقتی مالک به دیگری وکالت و اذن می‌دهد با این توکیل تعهد خود را ابراز می‌کند.

اگرچه نسبت به اصل این وجه مناقشه شده بود، لکن در صورت تمام بودن این وجه، فرقی بین اذن سابق و لاحق وجود ندارد.

وجه سوم

وجه سوم برای تصحیح عقد وکیل و مأذون که در کلمات مرحوم امام ذکر شده بود، عبارت است از اینکه؛ اگر ما بودیم و اطلاق لفظی عقود و ایقاعات، مقتضای ظاهر اولی و اطلاق لفظی ادله‌ی عقود این بود: هر عقدی که بر مال شخص بسته می‌شود لازم الوفاء است مطلقاً (اعمّ از اینکه از طرف اصیل باشد یا وکیل یا مأذون یا فضولی یا غاصب)، لکن ادله‌ی صحت عقود نسبت به آن عقود که بدون ارتباط با مالک انشاء می‌شوند انصراف دارد. یعنی ادله‌ی صحت عقود از عقد فضولی و عقد غاصب انصراف دارد. باید توجه داشت که مورد انصراف آن عقود است که هیچ ارتباطی با مالک نداشته باشد، ولی آن عقود که یک نحوه ارتباطی با مالک دارند (ولو بالاذن أو الإجازة أو الرضا) مشمول ادله‌ی صحت عقود خواهند بود.

توضیح بیشتر: آنچه در ادله‌ی صحت عقود آمده است اطلاق دارد، یعنی در آیه‌ی «أحلّ الله البيع» یا «أوفوا بالعقود»، عنوان البيع و العقود اضافه به ضمیر مخاطب نشدند و هیچ قید لفظی ندارند، آن تقییدی که ثابت است از باب انصراف است. مقدار انصراف هم جایی است که عقد مورد نظر هیچ ارتباطی با مالک نداشته باشد و اجنبی محض باشد. اگرچه این وجه فی‌نفسه ناتمام بود، لکن در صورت جریان این وجه فرقی بین اذن سابق و اذن متأخر وجود ندارد، و در کلام مرحوم امام تصریح شد به اینکه عقد مجاز مثل عقد مأذون مشمول اطلاقات باقی می‌ماند.

وجه چهارم

وجه چهارم برای تصحیح عقد وکیل و مأذون تمسک به روایات باب وکالت بود. یعنی با مراجعه به ادله وکالت می‌توان عقد وکیل و مأذون را تصحیح کرد. در فقه العقود دو تقریب برای استدلال به این روایات بیان شده بود:

✓ **تقریب اول:** وکالت از عقود اذنی است و مضمونش چیزی جز اذن نیست. وقتی آن ادله وکالت را نافذ قرار دادند و تصرفات وکیل را از ناحیه‌ی موکل در امور معاملی تنفیذ کردند، نسبت به مواردی که وکالتی وجود ندارد و مجرد اذن است نیز حکم ثابت خواهد بود.

✓ **تقریب دوم:** اگر ملتزم شویم که وکالت مجرد اذن نیست، بلکه مشتمل بر چیزی زائد بر مجرد اذن است و ادله‌ی وکالت فقط وکالت را تنفیذ می‌کنند، ولی متفاهم عرفی از ادله‌ی وکالت (به مناسبت حکم و موضوع) این است که نکته‌ی نافذ بودن تصرفات وکیل این است که وکالت مشتمل بر اذن است، یعنی موضوع حقیقی برای تنفیذ وکالت همان اذن موکل است. وقتی موضوع تنفیذ اذن باشد، ولی مجرد اذن وجود داشته باشد، حکم به نفوذ هم ثابت خواهد شد.

مناقشه فقه العقود بر وجه چهارم

در فقه العقود بعد از بیان دو تقریب مذکور، نسبت به این وجه اشکال کردند: هدف از این بحث که آیا دلیل لفظی برای تصحیح عقد صادر از وکیل و مأذون داریم یا نه، اثبات اصل کفایت اذن در صحت معاملات نیست. بلکه هدف و مقصود از بحث مذکور این است که ببینیم آیا دلیلی وجود دارد که بتوان با استناد به آن در موارد شک (إذن متأخر) نیز حکم را ثابت کنیم یا نه، در حالی که در وجه چهارم به روایاتی تمسک می‌شود که عنوان وکالت در آن اخذ شده است، با اینکه می‌دانیم عنوان وکالت شامل اذن متأخر (اجازه) نمی‌شود.

بررسی مناقشه فقه العقود

به نظر می‌رسد که این اشکال وارد نیست. چون اگر ما در ادله‌ی وکالت دلیلی پیدا کردیم که دلالت بر نفوذ معاملات صادر از وکیل بکند، می‌توان با استناد به این دلیل حکم را در اذن متأخر نیز ثابت کرد، با این تقریب که؛ متفاهم عرفی (به مناسبت حکم و موضوع) از این دلیلی که معامله را در مقام وکالت تصحیح می‌کند این است که آنچه موجب صحت عقد می‌شود این است که مالک اذن دارد و اذن مالک تعلق می‌گیرد به عقد صادر از غیر، اعم از اینکه این اذن قبل از تحقق عقد باشد یا بعد از تحقق عقد. به عبارت دیگر؛ همان طور که از عنوان وکالت که مأخوذ در این ادله است، می‌توان به مطلق اذن تعدی کرد (به مناسبت حکم و موضوع / كما فی التقریب الثانی)، می‌توان از اذن سابق به اذن لاحق نیز تعدی کرد.

اما اینکه آیا دلیلی در ادله‌ی وکالت وجود دارد که دلالت بکند بر نفوذ عقود صادر از وکیل یا نه، به نظر می‌رسد با تمسک به برخی از روایات باب وکالت (صحیحه هشام بن سالم^۱ و معاویه بن وهب^۲) می‌توان به این مقصود رسید. بنابراین وجه چهارم نیز هم در اذن سابق و هم در اذن لاحق قابل جریان است.

*** نتیجه بررسی وجوه چهارگانه؛** بنابراین روشن شد در صورتی که وجوه چهارگانه فوق در مورد کفایت اذن مقارن با وقوع عقد تمام باشد (كما فی الوجه الاول و الرابع)، اذن لاحق نیز موجب صحت عقد خواهد شد. در نتیجه صحت عقد فضولی، بعد از اجازه مالک، مطابق با مقتضای قاعده است.

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۹، باب ۲ از ابواب کتاب الوکالة، ص ۱۶۲، ح ۱.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۹، باب ۱ از ابواب کتاب الوکالة، ص ۱۶۱، ح ۱.

بررسی جریان فضولیت در ایقاعات

بحث دیگری که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا ایقاعات فضولی نیز مانند عقود فضولی با اذن متأخر صحیح و نافذ می‌شوند؟ مرحوم شیخ انصاری در ابتدای عقد فضولی فرمودند: آنچه در بین فقهاء محل اختلاف است عقد فضولی می‌باشد. اما ایقاع فضولی در نظر اصحاب محکوم به بطلان است.^۱

نوع محشین مکاسب نسبت به این کلام مرحوم شیخ اشکال کردند به اینکه؛ نباید از جهت اجماع در این مساله توقف بکنیم، چون اساساً چنین اتفاق و اجماعی در بین اصحاب وجود ندارد، چون؛ اولاً اصحاب فقط در برخی از ایقاعات (طلاق و عتق) متعرض بطلان ایقاع فضولی شدند. ثانیاً در همین دو مورد هم اجماع تعبّدی وجود ندارد، بلکه اجماع موجود در این دو مساله از اجماعات مدرکی و یا محتمل المدرکی است، چون برای بطلان ایقاع در این دو مورد به وجوهی استدلال کردند. بلکه حتی محقق اصفهانی فرمودند که در برخی موارد به صحت ایقاع فضولی تصریح شده است.^۲

مقتضای قواعد

حال که بطلان ایقاع فضولی مورد اجماع نیست، باید ببینیم مقتضای قاعده چیست؟ برای بررسی مقتضای قواعد در این بحث (ایقاع فضولی) باید به ادله صحت عقد فضولی مراجعه کرد، که آیا صحت عقد فضولی بر اساس مقتضای قواعد است یا به خاطر دلیل خاص می‌باشد؟ در آن بحث گفته شد که صحت عقد فضولی بر اساس مقتضای قاعده است، چون برای صحت عقود استناد عقد به مالک را لازم داشتیم و بعد از اذن متأخر این عقد مستند به مالک شده و بر اساس اطلاعات حکم به صحت می‌شود. نکته‌ی موجود در این تقریب در ایقاع فضولی نیز وجود دارد. چون اذن متأخر باعث استناد عقد یا ایقاع به مالک می‌شود، وقتی آن عقد یا ایقاع بعد از اجازه به مالک استناد داده شد، عمومات و اطلاعات دالّ بر صحت شامل آن می‌شوند.^۳

۱. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۳۴۵-۳۴۶: اختلف الأصحاب و غیرهم فی بیع الفضولی، بل مطلق عقده بعد اتّفاقهم علی بطلان إیقاعه کما فی غایة المراد.

۲. حاشیه کتاب المكاسب (للإصفهانی)، ج ۲، ص ۷۶: والتحقق: أن بطلان الفضولية فی الايقاعات عموماً أو خصوصاً حتی بعد لحوق الاجازة لا دلیل علیه، ویؤیده ذهب الكل أو الجُلّ إلى صحة عتق الراهن للعبد المرهون متوقفاً للفق أو الاجازة، بل صرح بعضهم بصحة عتق المرتهن عن الراهن مع إجازته، والحال أن أمر العتق أشکل من غیره من حیث اشتراطه بقصد القرية، وعن العلامة صحة عتق المفلس مع إجازة الغرماء، وعن المحقق الکرکی صحة تدبیر الفضولی مع إجازة المولی، وعن کاشف الغطاء: تقوية الجواز فی الايقاعات ما لم یقم الاجماع علی المنع منه، بل لو كانت الوصية من الايقاعات - کما هو الأوجه - لكانت الوصية بما زاد علی الثلث داخلة فی الفضولی ولا شبهة فی صحتها مع اجازة الوارث، إلى غیر ذلك مما یقف علیه المتتبع من الشواهد علی جریان الفضولی فی الايقاعات.

۳. مصباح الفقاهة، ج ۴، ص ۴-۶.

در فقه العقود نسبت به این تقریر از مقتضای قاعده که در کلام مرحوم خوئی آمده بود مناقشه شده است: با استناد به قواعد نمی‌توانیم حکم به صحت ایقاع فضولی کنیم، با اینکه صحت عقد فضولی را مطابق با قواعد می‌دانیم. چون برای صحت عقد فضولی دو وجه مطرح شده بود که هیچ کدام از آنها در ایقاع فضولی جاری نمی‌شوند^۱:

۱. **وجه اول:** وجه اول این بود که اذن مالک (مقارن باشد یا متأخر) موجب استناد عقد به مالک می‌شود، وقتی موجب استناد به مالک شد مشمول اطلاقات می‌شود. این وجه برای اثبات صحت ایقاع فضولی تمام نیست، چون؛ **اولاً** این وجه اساساً نمی‌تواند استناد عقد به مالک را درست کند. چون همان طور که قبلاً توضیح داده شد آن امر اعتباری که وجودش در مورد عقود فرض می‌شود، در سه عالم (عالم اعتبار متعاقدين، عالم اعتبار عقلاء، عالم اعتبار شارع) وجود پیدا می‌کند، حال اشکال ما این است؛ مقصود از صحت استناد امر اعتباری به مالک چیست؟ اگر مقصود، صحت استناد وجود اعتباری اول (در عالم اعتبار متعاقدين) به مالک باشد، قابل التزام نیست. چون این امر اعتباری فعل فضولی است نه فعل مالک. بله، اگر مقصود از صحت اسناد، صحت اسناد وجود اعتباری دوم (در عالم اعتبار عقلاء) به مالک باشد، صحیح است. لکن صحت این اسناد در صورتی تمام است که در ارتکاز و بنای عقلاء اذن متأخر مالک جزء الموضوع برای وجود این امر اعتباری باشد. اگرچه احراز بنای عقلاء در مورد عقد فضولی ممکن است ولی در مورد ایقاعات چنین بنایی از عقلاء محرز نیست. **ثانیاً** سلمنا که اذن متأخر موجب استناد عقد یا ایقاع به مالک می‌شود (ولو به اعتبار متعاقدين، به نحوی که نیازی به احراز بنای عقلاء نباشد)، لکن صرف استناد ایقاع فضولی به مالک موجب حکم به صحت نمی‌شود، بنابراین بین عقد و ایقاع فضولی از این جهت تفاوت وجود دارد. توضیح بیشتر: بعد از اینکه عقد و ایقاع فضولی با اذن متأخر به مالک استناد پیدا کردند، از آنجا که در مورد عقود اطلاقات دال بر صحت (ادله‌ای مثل اوفوا بالعقود و احل الله البيع و...) وجود دارد حکم به صحت این عقد می‌شود. اما در مورد ایقاعات چنین اطلاقاتی نداریم تا بر اساس آنها حکم به صحت این ایقاعات بشود چون ادله ایقاعات مثل طلاق در مقام امضای ایقاع وارد نشده‌اند بلکه در مقام بیان جهات دیگر مثل شرایط صحت و غیره وارد شده‌اند.

۲. **وجه دوم:** وجه دوم این بود که مضمون اصلی عقد صرف اعتبار و قرار نیست، بلکه مشتمل بر تعهد و التزام است. وقتی مالک عقد فضولی را اجازه می‌کند، این اذن موجب می‌شود که این تعهد و التزامی که در مضمون عقد وجود داشت، تعهد و التزام خود مالک حساب شود. وقتی تعهد و التزام مربوط به مالک شد، ادله‌ای دال بر وفای به عقد (که عقد نیز به معنای تعهد و التزام است)، شامل مالک می‌شود. این وجه اگرچه فی الجمله تمام

۱. فقه العقود، ج ۲، ص ۲۰۱-۲۰۳.

بود و موجب صحت عقد فضولی در برخی موارد می‌شد، لکن در مورد ایقاعات جاری نمی‌شود. چون ایقاعات که مشتمل بر تعهد و التزام نیستند. بله، در برخی از موارد ایقاع فضولی ممکن است از جهات دیگری حکم به صحت شود، لذا دو مورد را می‌توان استثناء کرد:

الف) استثنای اول: اگر متفاهم عرفی از إذن متأخر این باشد که خود این إذن متأخر نوعی ایقاع است (نه اینکه ایقاع سابق را اجازه کند)، در این موارد ایقاع فضولی با إذن متأخر صحیح می‌شود. به عنوان مثال در مورد ابراء ممکن است گفته شود: اگر شخص ثالثی به صورت فضولی، ذمه‌ی مدیون را ابراء کند، اگر دائن بعداً اجازه کند، خود این اجازه‌ی متأخر انشای ابراء و ایقاع جدید محسوب می‌شود و حکم به صحت این ایقاع می‌شود.

ب) استثنای دوم: اگر عرف در یک مورد بگوید که صرف ابراز رضایت در تحقق مقصود کافی است و نیازی به اعتبار و جعل وجود ندارد، در این موارد نیز ایقاع فضولی با إذن متأخر صحیح می‌شود. چون به حسب فرض صرف ابراز رضا برای تحقق چنین ایقاعی کافی است و در إذن متأخر این رضا توسط مالک ابراز می‌شود. به عنوان مثال ممکن است گفته شود ابراء از همین قبیل است، چون واقعیت ابراء این طور نیست که نیاز به إنشاء و جعل داشته باشد، بلکه همین که داین رضایت خود را نسبت به بریء الذمه شدن مدیون ابراز کند کافی است.

بررسی کلام فقه العقود

همان طور که در مباحث قبلی آمده بود وجه حکم به صحت عقد فضولی منحصر در این دو وجه نیست، بلکه مجموعاً چهار وجه برای صحت وجود داشت که باید هر یک از آنها را مورد بررسی قرار دهیم، اگرچه برخی از آن وجوه در نظر ایشان تمام نبودند:

وجه اول

وجه اول این بود که اذن مالک موجب استناد تصرفات اعتباری فضولی به مالک می‌شود. همان طور که قبلاً بیان شد، إذن متأخر موجب استناد عقد یا ایقاع به مالک می‌شود و اشکال فقه العقود وارد نیست. چون مراد مرحوم خوئی و اعلام دیگر از اینکه تصرف اعتباری بعد از اذن مستند به مالک می‌شود، نفس العقد (بما أنه سببٌ لأمر اعتباری؛ ای بمعناه السببی و بمعناه المصدری) است. عقد به معنای سببی و مصدری، آن وجودهای سه‌گانه در عوالم اعتباری را ندارد. بلکه آن عوالم اعتباری سه‌گانه مربوط به عقد به معنای مسببی است. در این جهت فرقی بین عقود و ایقاعات نیست. یعنی بعد

از إذن متأخر، عقد یا ایقاع فضولی مستند به مالک می‌شود و از این جهت اشکالی به وجه اول وجود ندارد. بنابراین اشکال اول فقه العقود به وجه اول وارد نیست.

اما اشکال دوم فقه العقود که فرمودند: «برای حکم به صحت عقد یا ایقاع فضولی، علاوه بر انتساب آن عقد یا ایقاع به مالک، به اطلاقات یا عمومات دال بر صحت نیاز داریم»، اصل این مطلب، مطلب صحیحی است. یعنی در هر مورد از ایقاعات که دلیل مطلق پیدا بشود، بر اساس وجه اول (بعد از اجازه مالک) حکم به صحت آن ایقاع فضولی می‌شود، ولی اگر دلیل مطلق پیدا نشود نمی‌توان حکم به صحت کرد. علی‌ای حال اینکه به نحو مطلق و جزمی بگوییم هیچ دلیل مطلق در مورد صحت ایقاعات نداریم، جای تأمل دارد، چون ممکن است در برخی از ایقاعات قائل به وجود اطلاق دال بر صحت بشویم.

علاوه بر اینکه در مباحث سابق بیان شد که صحیحہ عبدالله بن سنان عقود را به عهود تفسیر کرده است، و از آنجا که "عهد به حمل شایع" در ایقاعات نیز وجود دارد، در نتیجه ایقاعات نیز مشمول عمومات صحت (نظیر "أوفوا بالعقود") هستند.

وجه دوم

وجه دوم این بود که عقد از این جهت که عهد است، نافذ و صحیح می‌باشد. از آنجا که در عقود فضولی، عاقد نسبت به مورد معامله اجنبی است تعهد و التزامی ندارد. بلکه طرف التزام، خود مالک است، که بعد از إذن دادن، تعهد ثابت در این معامله تعهد او خواهد بود. فقه العقود در این وجه مناقشه کرده بودند که؛ ایقاع مصداق عهد نیست.

لکن همان طور که قبلاً بیان شد؛ برخی عقود مشتمل بر عهد و تعهد هستند (عقود عهدی) و برخی دیگر مشتمل بر عهد و التزام نیستند بلکه مجرد إذن هستند (عقود إذن). مقصود از عهد، تعهد به انجام عمل نیست، بلکه مقصود از عقود عهدی عقود هستند که مضمون آنها مشتمل بر تعهد است. منظور از تعهد در عقود عهدی، تعهد به حمل اولی نیست بلکه مقصود از تعهد این است که یک اعتباری انجام شود که آن اعتبار مشتمل بر تضییقی برای اعتبار کننده باشد. مثلاً بیع، اگرچه مضمونش انشاء نقل و تملیک است، لکن در عین حال از عقود عهدی است. چون همین که بایع ملتزم و متعهد می‌شود که مبیع از ملکش خارج شود و به ملک مشتری دربیاید، خود این التزام و تعهد بایع، به حمل شایع، مصداق تعهد و التزام می‌باشد. "عهد به حمل شایع" در ایقاعات نیز وجود دارد، و در نتیجه ایقاعات نیز مشمول عمومات صحت (نظیر "أوفوا بالعقود") هستند. بنابراین وجه دوم هم شامل عقود عهدی و هم شامل ایقاعات می‌شود. در فقه العقود دو استثناء نسبت به ایقاعات مطرح شده بود که هیچ کدام از آنها تمام نیستند:

الف) مناقشه در استثنای اول: استثنای اول ایشان اگرچه از حیث کبروی تمام بوده و قابل تصور است، چون ممکن است موردی پیدا شود که عمل متأخر (قول باشد یا فعل)، ایجاد و انشای عقد محسوب شود. لکن تطبیق آن بر روی ابراء محل مناقشه است. چون اجازه‌ی ابراء (چه با لفظ و چه با فعل)، عرفاً انشاء ابراء محسوب نمی‌شود، بلکه صرفاً امضای ابراء سابق حساب می‌شود.

برای توضیح بیشتر می‌توان در این مثال دقت کرد: از شرایط بیع سلف این است که ثمن در مجلس عقد قبض شود، یعنی هر مقدار از ثمن که در مجلس قبض شود، معامله فقط نسبت به همان مقدار صحیح است و قبض ثمن در خارج از مجلس عقد تاثیری در صحت عقد سلف ندارد. لذا اقساطی که بعد از مجلس عقد سلف پرداخت و قبض می‌شود (مانند خرید اقساطی خودرو)، اگر از باب وفای به همان معامله‌ی سلف باشد، نمی‌تواند آن معامله را تصحیح کند. ولی اگر پرداخت ثمن از باب خرید جدید نسبت به مقدار دیگری از مبیع (بالنسبة الی هذه الحصة من الثمن) باشد، این کار صحیح است (از باب معامله‌ی معاطاتی) و وقتی تمام اقساط را به همین شکل پرداخت کند در نهایت کل مبیع را مالک می‌شود.

اما تطبیق این مطلب بر اجازه‌ی ابراء محل اشکال است.

ب) مناقشه در استثنای دوم: استثنای دوم نیز ناتمام است، چون عناوین قانونی (در عقود یا ایقاعات) که موضوع اثر هستند از سنخ امور اعتباری بوده که متقوم به فرض و اعتبار می‌باشند، این طور نیستند که با قطع نظر از فرض و اعتبار تحقق پیدا کنند. لذا ابراء که یک عنوان قانونی و موضوع دارای اثر حقوقی است، مانند بقیه عقود و ایقاعات متقوم به اعتبار و جعل است.

وجه سوم

وجه سوم برای تصحیح عقد فضولی که در کلمات مرحوم امام ذکر شد، ایشان فرمودند؛ عقد فضولی صحیح است، ولی نه به این دلیل که اذن مالک استناد درست می‌کند، چون اساساً برای صحت عقود استناد عقد به مالک لازم نیست. بلکه از این جهت که مقتضای ظاهر اولی و اطلاق لفظی ادله‌ی عقود این است که هر عقدی که بر مال شخص بسته می‌شود لازم الوفاء است مطلقاً (اعم از اینکه از طرف اصیل باشد یا وکیل یا مأذون یا فضولی یا غاصب)، لکن ادله‌ی صحت عقود نسبت به آن عقود که بدون ارتباط با مالک انشاء می‌شوند انصراف دارد. مقدار انصراف هم جایی است که عقد مورد نظر هیچ ارتباطی با مالک نداشته باشد و اجنبی محض باشد. ولی آن عقود که یک نحوه ارتباطی با مالک دارند (ولو بالاذن أو الإجازة أو الرضا) مشمول ادله‌ی صحت عقود خواهند بود.

این وجه علی فرض تمامیت، در مورد ایقاعات نیز جاری می‌شود. چون اموری مثل طلاق، عتق و دیگر ایقاعات فضولی بعد از حقوق اجازه یک نوع ارتباطی به مالکش پیدا می‌کند.^۱

بلی ممکن است اشکال شود این وجه در جایی تمام است که اطلاقات دالّ بر صحت داشته باشیم. اگرچه در مورد عقود چنین اطلاقاتی وجود دارد، لکن در مورد ایقاعات اطلاقات دالّ بر صحت وجود ندارد. مگر اینکه کسی بگوید (همان طور که در ذیل وجه دوم بیان شد): اگرچه عنوان وارد در اطلاقات، واژه "عقود" است لکن در روایات ما واژه "عقود" به "عهود" تفسیر شده است. از آنجا که عنوان عهد، تعهدات یک طرفه را نیز شامل می‌شود. بنابراین عنوان عقود، بر ایقاعات نیز صادق است. چون ایقاعات نیز مشتمل بر تعهد و التزام هستند، لذا "عهد به حمل شایع" در ایقاعات نیز وجود دارد، و در نتیجه ایقاعات نیز مشمول عمومات صحت (نظیر "أوفوا بالعقود") خواهند بود.

البته اشکالی که نسبت به این وجه وجود داشت این بود که این وجه فی نفسه تمام نیست.

وجه چهارم

وجه چهارمی که برای تصحیح عقد فضولی بیان شد روایات وکالت بود. در بحث تصحیح عقد فضولی در فقه العقود گفته شد: اگرچه در این روایات عنوان "وکالت" آمده است، ولی در عین حال از همین روایات استفاده می‌شود که "إذن مالک" برای صحت عقد کافی است. چون متفاهم عرفی از ادله‌ی وکالت (به مناسبت حکم و موضوع) این است که نکته-ی نافذ بودن تصرفات وکیل این است که وکالت مشتمل بر اذن است، یعنی موضوع حقیقی برای تنفیذ وکالت همان اذن موکّل است. سپس خود ایشان اشکال کردند: نهایت چیزی که این روایات می‌توانند بر آن دلالت کنند، کفایت اذن سابق است.

در جواب از این اشکال می‌توان گفت: همان طور که از عنوان وکالت که مأخوذ در این ادله است، می‌توان به مطلق اذن تعدّی کرد (به مناسبت حکم و موضوع)، می‌توان از اذن سابق به اذن لاحق نیز تعدّی کرد. به عبارت دیگر؛ نکته‌ی موجود در اذن سابق، در اذن متأخر نیز وجود دارد و از این جهت فرقی بین آنها وجود ندارد. در نتیجه از روایات وکالت استفاده می‌شود که آن اعتبار قانونی‌ای که با اذن، به مالک ارتباط پیدا کند کافی است.

۱. کتاب البیع، ج ۲، ص ۱۲۸: أن دائرة العمومات أوسع مما ذكره، فلا يلزم أن يكون العقد عقدًا للأصيل و منسوباً إليه حتّى يجب الوفاء به، و لا التجارة تجارة له برضاه حتّى تكون خارجة عن المستثنى منه، و إن كان ذلك مقتضى الجمود على الظواهر. لكن لا يبعد استفادة لزوم الوفاء و الدخول في المستثنى بالنسبة إلى العقد و القرار الذي هو بين الفضوليين بلحوق الإجازة، و إن لم يصر منسوباً إلى الأصيل و لا عقداً له.

ب) من باع شیئاً ثم ملکه

فرض دوم این است که؛ اگر عاقد در هنگام وقوع عقد مالک نباشد و نسبت به اجرای این عقد ولایت یا وکالت هم نداشته باشد، ولی بعد از وقوع عقد مالک شود یا نسبت به آن ولایت پیدا کند، آیا با حقوق ملک یا ولایت این معامله قابل تصحیح است؟ مرحوم شیخ انصاری این بحث را در شرایط مجیز مطرح کرده و فرموده است: در مواردی که بایع در حین عقد مالک نبود و بعداً مالک می‌شود، بحث در دو مسأله قابل بررسی هست، چون بعد از مالک شدن یا عقد سابق را اجازه می‌کند و یا اینکه اجازه نمی‌کند، در مسأله اول (بعد از مالک شدن اجازه بکند) بحث می‌شود آیا اجازه عاقد فضولی بعد از مالک شدن موجب صحت عقد می‌شود یا نه؟ و در مسأله دوم (بعد از مالک شدن اجازه نکند) بحث می‌شود آیا صرف مالک شدن موجب صحت عقد می‌شود یا نه؟

از حیث اقوال، مرحوم شیخ انصاری فرمودند: در این مسأله اختلاف وجود دارد. ظاهر عبارات مرحوم محقق در معتبر این است که اگر عاقد بعد از مالک شدن اجازه دهد، معامله صحیح می‌شود. کلام محقق در معتبر چنین است: شخصی که زکات بر او واجب است، اگر تمام مالش را بفروشد یا رهن دهد و سپس زکات را از اموال دیگر خود پرداخت کند، مرحوم شیخ طوسی این بیع یا رهن را صحیح دانسته، لکن کلام شیخ طوسی تمام نیست بلکه به اجازه جدید نیاز دارد. بنابراین از عبارات شیخ طوسی استفاده می‌شود که نیاز به اجازه نیست، بلکه همین که مالک شد معامله قهراً صحیح می‌شود، مگر اینکه گفته شود شیخ طوسی در باب زکات قائل به تعلق زکات به عین نیست، بلکه از باب تعلق حق می‌داند.

فخر المحققین (بناءً علی صحة الفضولی)، مرحوم شهید اول در دروس و مرحوم شهید ثانی در مسالک (کتاب هبه) نیز قائل به صحت و عدم احتیاج به اجازه شدند، ولی محقق ثانی در تعلیقه إرشاد، صاحب جواهر و صاحب مقابیس قائل به احتیاج اجازه شدند. مرحوم شیخ انصاری در مسأله اول (بعد از مالک شدن اجازه بکند) قائل به صحت^۱ و در مسأله دوم (بعد از مالک شدن اجازه نکند) قائل به بطلان شدند^۲، یعنی مجرد مالک شدن کافی نیست بلکه باید اجازه کند.

مقتضای قواعد

برای روشن شدن حکم در هر دو مسأله، ابتدا باید مقتضای قواعد عام را در هر دو مسأله در نظر بگیریم، و سپس ببینیم که آیا دلیلی بر خلاف مقتضای قاعده وجود دارد یا نه؟

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۳۵-۴۳۷.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۵۷.

مساله اول

مساله اول این است که بایع، بعد از مالک شدن، عقد سابق را اجازه کند. از عبارات مرحوم شیخ انصاری استفاده می‌شود که مقتضای قاعده، صحت است. ایشان چنین می‌فرماید: «و الأقوی هو الأوّل [الصحة مع الإجازة]؛ للأصل و العمومات السلیمة عمّا یرد علیه»^۱.

در مورد اینکه مراد مرحوم شیخ از تعبیر "اصل"، که در کنار "عمومات" ذکر شده چیست، مرحوم ایروانی می‌فرماید: ظاهر عطف "عمومات" بر "اصل"، این است که مراد از آن اصل عملی باشد، در حالی که مقتضای اصل عملی (استصحاب عدم حصول نقل و انتقال متوقّع) فساد معامله است نه صحت آن. چون در صورتی که مُجیز در حال عقد مالک نبود و بعداً مالک شد، شک می‌کنیم که آیا در صحت عقد فضولی همین مقدار که در زمان اجازه مالک باشد کافی است یا اینکه لازم است مُجیز در حین عقد نیز مالک باشد؟ در نتیجه به شک در شرطیّت برمی‌گردد، که مقتضای اصل عملی در موارد شک در شرطیّت فساد معامله است.

محقق ایروانی در ادامه می‌فرماید: اینکه مرحوم شیخ فرمودند مقتضای اصل عملی صحت معامله است، توجیهی ندارد مگر اینکه گفته شود: در موارد شک در شرطیّت و جزئیّت چیزی در معاملات (که مورد شک حکم وضعی است) نیز برائت جاری می‌شود، لکن این مطلب مورد قبول شیخ انصاری نیست^۲.

همان طور که قبلاً بالتفصیل بیان شد در موارد شک در صحت و فساد معاملات، مقتضای اصل عملی (استصحاب عدم حصول نقل و انتقال متوقّع) بطلان و فساد معامله است. در آن مباحث بیان شد که از برخی کلمات مرحوم ایروانی استفاده می‌شود که ایشان معتقد است مقتضای اصل عملی صحت معاملات است، چون در موارد شک در صحت و فساد معاملات، برای نفی شرطیّت یا جزئیّت شیئی مشکوک می‌توانیم به بعضی از ادله برائت (حدیث رفع) تمسّک کنیم و در نتیجه حکم به صحت معامله بکنیم. چون اگرچه برخی از ادله برائت اختصاص به احکام تکلیفی دارند، لکن برخی دیگر از آنها (مثل خود حدیث رفع) اطلاق دارند و می‌توانند احکام وضعی را نیز بردارند^۳.

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۳۷.

۲. حاشیة المکاسب (محقق ایروانی)، ج ۱، ص ۱۳۴: لا بدّ أن یراد من الأصل فی مقابل العمومات الأصل العمليّ و کون الأصل هو الصّحة مع أنّ الأصل فی المعاملات هو الفساد و عدم التأثير فی النّقل و الانتقال لا بدّ أن یراد من بناء علی القول بجریان أصالة البراءة عند الشکّ فی الجزئیة و الشرطیة للأسباب کالعقود و الإیقاعات لعموم بعض أدلتها لذلك و إن اختصّ بعض آخر منها بخصوص الشکّ فی الأحکام التکلیفیة لکن هذا غیر مرضی عند المصنّف ره و قد تقدّم التصريح به فی المقدّمه.

۳. حاشیة المکاسب (محقق ایروانی)، ج ۱، ص ۸۹: لا مانع من هذه الأصالة بناء علی جریان البراءة فی الأحکام الوضعیة كما یراه من استدلال الإمام بحديث الرفع علی فساد طلاق المکره و عناقه فینفی بأصالة عدم الوجوب و وجوب کل خصوصيّة شکّ فیها بمعنی عدم دخلها فی تأثیر السبب و عدم

لکن کلام ایشان توسط مرحوم خویی و مرحوم تبریزی مورد اشکال قرار گرفت، به این بیان که؛ جزئیت و شرطیت امر جعلی نیست بلکه امر انتزاعی است. ولو مبنای مرحوم شیخ انصاری در انتزاعی بودن احکام وضعی به نحو مطلق را قبول نداریم، و احکام وضعی را قابل جعل می‌دانیم، لکن معتقدیم عناوینی مثل جزئیت، شرطیت، سببیت و مانعیت جعل مستقل ندارند، بلکه از امور انتزاعی هستند که از کیفیت خاصی از تعلق تکلیف انتزاع می‌شوند. وقتی شرطیت و جزئیت از امور جعلی نبودند، نمی‌توانند مجرای حدیث رفع قرار بگیرند. چون حدیث رفع، چیزی را که قابل جعل باشد رفع می‌کند.

به عبارت دیگر برای جریان حدیث رفع نسبت به جزئیت و شرطیت باید به منشأ انتزاع نگاه کنیم به لحاظ منشأ انتزاع، بین باب عبادات (تکالیف) و معاملات (احکام وضعی) تفاوت وجود دارد. در ابواب عبادات و تکالیف (تکلیف، واحد و به نحو صرف الوجود است و در متعلق تکلیف واحد شک داریم) وقتی در جزئیت سوره شک می‌کنیم، شک ما برمی‌گردد به اینکه آیا تکلیف به صلاة مع السورة تعلق گرفته است یا به صلاة مطلق نسبت به سورة؟ دوران امر بین اقل و اکثر لازم می‌آید، نسبت به اکثر براءت جاری می‌شود بلامعارض. چون اقل مشتمل بر سعه است و حدیث رفع ضیق را برمی‌دارد نه سعه را. در نتیجه رعایت آن شرط لازم نیست و حکم به صحت می‌شود.

ولی در ابواب معاملات و احکام وضعی (که حکم متعدّد و به نحو انحلالی است) وقتی در شرطیت عربی بودن صیغه شک می‌کنیم، شک ما برمی‌گردد به اینکه آیا شارع در دلیل امضاء (مثل أوفوا بالعقود یا أحل الله البيع) تمام مصادیق بیع (فارسیاً کان أو عربياً) را امضاء کرد یا خصوص بیع عربی (واجد شرط) را امضاء کرد؟ وقتی شک ما به این برگردد که مقدار جعل و امضای شارع تا چه حدّ است، نسبت به مقدار متیقّن حکم به امضاء و صحت می‌شود و نسبت به بقیه مصادیق اصل امضاء مشکوک است. شک در جعل و امضاء مجرای عدم امضاء و عدم جعل است.

بنابراین تعبیر "اصل" در کلام شیخ انصاری که به "عمومات" عطف شده است، نمی‌تواند به معنای اصل عملی باشد، چون با مبنای خود ایشان سازگاری ندارد.

تقریب تمسّک به عمومات در مساله اول

اگرچه مفاد ادله امضاء این است که هر کس باید به عقد صادر از خود و عقد مستند به خود وفا کند، لکن عقدی که این فرد انجام می‌دهد، در حین انجام عقد مستند به مالک نیست. اما وقتی بعداً مالک می‌شود و آن عقد را اجازه می‌کند، بعد از اجازه آن عقد مستند به مالک می‌شود و عمومات صحت شامل آن می‌شود.

كونها من أجزاء السبب و لا يبقى معها مجال الرجوع إلى استصحاب عدم تحقق النقل و الانتقال لأنّ هذا في مرتبة السبب و ذاك في مرتبة المسبب و الاستصحاب إنّما يقدم على أصالة البراءة حيث يكونان في مرتبة واحدة.

مساله دوم

مساله دوم این است که بایع، بعد از مالک شدن، عقد سابق را اجازه نکند. آیا صرف مالک شدن موجب صحت عقد سابق (عقد فضولی) می‌شود؟

در بدو امر ممکن است توهّم شود که مقتضای قاعده، صحت عقد است. چون این عقد، در هنگام عقد مستند به عاقد بود، ملکیت هم که الآن حاصل شد. وقتی استناد به ذات عاقد و مالک بودن او در آینده حاصل شد، در نتیجه باید حکم به صحت شود.

مناقشه‌ای که در این قسمت وجود دارد عبارت است از اینکه؛ آنچه از ادله استفاده می‌شود این است که عقد باید به مالک، بمآلّه مالک، استناد داشته باشد. در حالی که این شخص در حین عقد، مالک نبود. و الآن که مالک است، اجازه نداده است تا استناد به "مالک" درست شود. در نتیجه مقتضای قاعده در مساله دوم، حکم به بطلان معامله است.

ادله‌ی دالّ بر بطلان

حال که مقتضای قاعده در مساله اول صحت معامله و در مساله دوم بطلان معامله بود، باید ببینیم آیا دلیلی بر خلاف مقتضای قاعده وجود دارد؟

مرحوم شیخ در ذیل مساله اول فرمود: در برابر عموماتی که اقتضای صحت می‌کنند، دلیل خاصی که بر بطلان معامله دلالت کند وجود ندارد، مگر وجوهی که در کلام محقق تستری آمده است. ایشان هفت وجه از محقق تستری نقل کرده و به همه‌ی آنها پاسخ می‌دهد.^۱ مهم‌ترین آن وجوه (به حسب ترتیبی که در مکاسب ذکر شده) عبارتند از: از وجه سوم، وجه چهارم و وجه هفتم.

وجه اول

یکی از وجوهی که توسط محقق تستری برای بطلان بیع فضولی در محل بحث (مَنْ باع شیئاً ثمّ ملکه فأجاز) بیان شد این است که؛ حتی بعد از اجازه هم نمی‌توان حکم به صحت کرد. چون بنابر صحت عقد فضولی، قول صحیح این است که باید اجازه را کاشفه بدانیم مطلقاً. در حالی که در محل بحث (مَنْ باع شیئاً ثمّ ملکه) نمی‌توان قائل به صحت عقد فضولی و کاشفه بودن اجازه شویم. چون اگر در محل بحث اجازه را به نحو کشف موثر بدانیم لازم می‌آید مبیع قبل از

۱. کتاب المكاسب، ج ۳، ص ۴۳۷: الأقوی هو الأول؛ للأصل و العمومات السلیمة عمّا یرد علیه، ما عدا أمور لفّقها بعض من قارب عصرنا ممّا یرجع أكثرها إلى ما ذکر فی الإیضاح و جامع المقاصد.

اینکه به ملک بایع دربیاید، داخل در ملک مشتری شود، در حالی که چنین چیزی قابل التزام نیست^۱. بنابراین در این قسم از اقسام بیع فضولی نمی‌توانیم اجازه را موثر در صحت عقد فضولی بدانیم.

پاسخ شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری در پاسخ از این وجه فرمودند: ما هم قبول داریم که اجازه به نحو مطلق و در تمام موارد کاشفه است، لکن معنای کاشفه بودن اجازه این نیست که در تمام موارد کاشف از ترتب آثار صحت عقد از حین وقوع معامله باشد، بلکه معنای کاشفه بودن اجازه این است که کاشفیت اجازه تابع صحت عقد است، یعنی از اولین زمانی که حکم به صحت و ترتیب آثار عقد ممکن است، حکم به صحت و ترتب آثار می‌شود. بنابراین در عقد فضولی متعارف، اجازه کشف می‌کند که از حین عقد آثار ملکیت مترتب شده است. لکن در محل بحث (مَنْ باع شیئاً ثمَّ ملكه)، چون از حین وقوع معامله حکم به ترتیب اثر ممکن نیست، اجازه کشف نمی‌کند که آثار ملکیت از حین عقد مترتب می‌شود، بلکه اجازه کشف می‌کند که از حین مالک شدن بایع، آثار ملکیت مترتب می‌شود^۲.

● **ان قلت:** همان طور که در عقدهای فضولی متعارف اگر مالک هنگام اجازه کردن، عقد را بعد از زمان وقوعش اجازه کند به نحوی که اثر عقد از حین عقد بار نشود بلکه در زمان متأخر از وقوع عقد اثر مترتب شود، اجازه ی او تاثیری در صحت عقد ندارد، در محل بحث نیز اجازه ی مالک تاثیر ندارد. چون عقدی که واقع شد، مضمونش نقل و انتقال از زمان عقد است، ولی اجازه ی مالک اقتضاء می‌کند در زمان متأخر از وقوع عقد این اثر مترتب شود.

قلت: مرحوم شیخ در جواب این اشکال می‌فرماید: محل بحث با عقدهای فضولی متعارف فرق دارد. در عقد فضولی متعارف، چون عقد فضولی از حین وقوعش قابلیت داشت که اثر بر آن مترتب شود، تخصیص در ناحیه

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۳۸: الثالث: أن الإجازة حيث صحت كاشفة على الأصح مطلقاً؛ لعموم الدليل الدال عليه، و يلزم حينئذٍ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۳۸-۴۳۹: فيه: منع كون الإجازة كاشفة مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد، فإن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذي أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد في المحل القابل للعقد عليه، و لا مانع من وقوعه إلّا عدم رضا مالكة، فكما أن مالكة الأول إذا رضی يقع البيع له، فكذلك مالكة الثاني إذا رضی يقع البيع له، و لا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممن هو مالك حال العقد، و حينئذٍ فإذا ثبت صحته بالدليل فلا محيص عن القول بأن الإجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمته قابليته؛ إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر، و لا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي و لا شرعي حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة.

اجازه مانع از صحت اجازه بود. ولی در محل بحث، قبل از دخول مبیع در ملک مالک اصلاً قابلیت ترتیب اثر وجود نداشت، لذا مشکل از ناحیه‌ی اجازه و تخصیص اجازه نیست.^۱

بررسی پاسخ شیخ انصاری

به حسب آنچه در کلام مرحوم خویی و اعلام دیگر آمده، این اشکالی که در قالب "انقلت" مطرح شده تمام است. چون آنچه موضوع دلیل امضاء می‌باشد، عقد مستند به مالک و مجاز از ناحیه‌ی او است، لذا اجازه‌ی مالک باید به همان مضمون عقد تعلق بگیرد تا صحیح و مؤثر واقع شود. از آنجا که آنچه توسط فضولی انشاء شده، نقل و انتقال از حین عقد است، اجازه‌ی مالک در صورتی در محلّ خودش واقع می‌شود که به همان مضمون عقد تعلق بگیرد، در حالی که در محل بحث اجازه نمی‌تواند به این نحو واقع شود. و اجازه‌ی او که به تمام مضمون عقد تعلق نگیرد نمی‌تواند عقد فضولی را تصحیح کند، چون "ما وقع لم یکن مورداً للإجازة و ما أجازة المالك لم یقع".

وجه دوم

یکی دیگر از وجوهی که توسط محقق تستری برای بطلان بیع فضولی در محل بحث (مَنْ باع شیئاً ثمّ ملکه فأجاز) بیان شد این است که؛ با توجه به اینکه صحت اجازه به نحو کشف است، اگر در محل بحث قائل به صحت شویم، مستلزم اجتماع ضدّین است که محال می‌باشد. چون لازم می‌آید که مال واحد در زمان واحد (از زمان عقد اول تا زمان مالک شدن فضولی) هم ملک مالک اول و هم ملک مشتری باشد.^۲

توضیح بیشتر: به عنوان مثال شخص فضولی در روز جمعه عقد فضولی را انجام داد و در روز سه‌شنبه این مال را از مالک اصلی خرید و در روز چهارشنبه معامله‌ی روز جمعه را اجازه کرد و مبیع را به مشتری تحویل داد. از یک طرف صحت اجازه متوقف است بر اینکه معامله‌ی روز سه‌شنبه صحیح باشد، چون در غیر این صورت فضولی مالک نمی‌شود تا بتواند در روز چهارشنبه اجازه کند، و صحت عقد روز سه‌شنبه متوقف است بر اینکه مبیع تا روز سه‌شنبه در ملک مالک اصلی باقی باشد تا او بتواند آن را به فضولی بفروشد. از طرف دیگر لازمه‌ی تأثیر اجازه به نحو کشف این است که مبیع از روز جمعه در ملک مشتری وارد شود.

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۳۹؛ و لا یتوهم أنّ هذا نظیر ما لو خصّص المالك الإجازة بزمان متأخّر عن العقد؛ إذ التخصیص إنّما یقدح مع القابلیة، كما أنّ تعمیم الإجازة لما قبل ملک المبیع بناءً علی ما سبق فی دلیل الکشف من أنّ معنی الإجازة إمضاء العقد من حین الوقوع أو إمضاء العقد الذی مقتضاه النقل من حین الوقوع غیر قادح مع عدم قابلیة تأثیرها إلّا من زمان ملک المبیع للمبیع.

۲. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۳۹-۴۴۰.

در نتیجه از یک طرف صحت اجازه متوقف است بر اینکه این مبیع تا قبل از عقد روز سه‌شنبه ملک مالک اصلی باشد و از طرف دیگر صحت اجازه (آن هم به نحو کشف) مستلزم است که این مبیع از روز جمعه در ملک مشتری وارد شده باشد.

• **ان قلت:** این محذور اختصاص به بحث "مَنْ بَاعَ شَيْئاً ثُمَّ مَلَكَهُ" ندارد، بلکه یک مُعضلی است که نسبت به تمام عقد فضولی، حتی فضولی‌های متعارف نیز وجود دارد. چون صحت اجازه‌ی مالک اصلی در عقد فضولی متعارف متوقف است بر اینکه او مالک باشد و از طرفی کاشفه بودن اجازه اقتضاء می‌کند که از زمان عقد مبیع از ملک مالک خارج شده و داخل ملک مشتری شود. در نتیجه نمی‌توان این را محذور حساب کنیم، چون معنایش انکار صحت عقد فضولی است، در حالی که در این بحث، صحت فضولی‌های متعارف مفروغ‌عنه است. **قلت:** این اشکال در عقود فضولی متعارف وارد نیست، چون اگرچه در آن عقود هم صحت اجازه متوقف است بر اینکه مبیع تا زمان اجازه در ملک مالک باقی باشد. لکن صحت اجازه متوقف بر ملکیت واقعی نیست، بلکه وجود ملکیت ظاهری هم کفایت می‌کند که با استصحاب اثبات می‌شود.

پاسخ شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری در پاسخ به این اشکال همان پاسخ اشکال قبلی را بیان می‌کنند، یعنی ما هم صحت اجازه به نحو کشف را قبول داریم، لکن معنای کاشفه بودن اجازه این نیست که در تمام موارد کشف از ترتب آثار صحت عقد از حین وقوع معامله باشد، بلکه معنای کاشفه بودن اجازه این است که کاشفیت اجازه تابع صحت عقد است، یعنی از اولین زمانی که حکم به صحت و ترتیب آثار عقد ممکن است، حکم به صحت و ترتب آثار می‌شود. در نتیجه صحت اجازه اگرچه متوقف است بر اینکه این مبیع تا قبل از عقد روز سه‌شنبه ملک مالک اصلی باشد، ولی مستلزم این نیست که مبیع از روز جمعه در ملک مشتری وارد شود، بلکه از روز سه‌شنبه (که اولین زمان امکان است) به ملک او درمی‌آید^۱.

بررسی پاسخ شیخ انصاری

همان طور که در ذیل وجه اول بیان شد، این پاسخ مرحوم شیخ انصاری صحیح نیست. چون مصحح بودن اجازه از این باب است که موضوع ادله‌ی امضاء "عقد مُجاز" است، عقد مجاز یعنی نفس همان انشائی که در خارج به نحو فضولی محقق شد مورد اجازه قرار بگیرد. ولی اگر اجازه به تمام آنچه انشاء شده تعلق نگیرد، اجازه‌ی آن عقد محسوب نمی‌شود. از آنجا که آنچه توسط فضولی انشاء شده، نقل و انتقال از حین عقد است، اجازه‌ی مالک در صورتی در محل

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۴۰-۴۴۳.

خودش واقع می‌شود که به همان مضمون عقد تعلق بگیرد، در حالی که در محل بحث اجازه نمی‌تواند به این نحو واقع شود (چون مستلزم اجتماع ضدین است). و اجازه ای که به تمام مضمون عقد تعلق نگیرد نمی‌تواند عقد فضولی را تصحیح کنند، چون "ما وقع لم یکن مورداً للإجازة و ما أجازة المالك لم یقع".

بله، اگر دلیل خاصی بر خلاف قاعده داشته باشیم، ملتزم می‌شویم که نقل و انتقال بعد از زمان عقد اتفاق می‌افتد. مثلاً در عقد صرف و سلم چون دلیل خاص داریم که نقل و انتقال بعد از قبض واقع می‌شود، به آن ملتزم می‌شویم.

وجه سوم: روایات

یکی دیگر از وجوهی که محقق تستری برای بطلان بیع فضولی در محل بحث (مَنْ باع شیئاً ثمَّ ملكه فأجاز) به آن تمسک کردند برخی از روایات باب ۷ و ۸ از ابواب احکام العقود هستند. بر اساس این روایات باید حکم شود به اینکه در مسأله‌ی "مَنْ باع شیئاً ثمَّ ملكه فأجازة" اجازه‌ی متأخر اثر ندارد.^۱

روایت اول

به عنوان مثال در روایت سلیمان بن صالح آمده است: «وَبِإِسْنَادِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَسْبَاطٍ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ص عَنْ سَلَفٍ وَ بَيْعٍ وَ عَنْ بَيْعَيْنِ فِي بَيْعٍ وَ عَنْ بَيْعٍ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ وَ عَنْ رِبْحٍ مَا لَمْ يُضْمَنْ».^۲

سند این روایت مشکلی ندارد، چون هم علی بن أسباط و هم سلیمان بن صالح توثیق دارند. در این روایت از "بِیْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ" نهی شده است، یعنی نهی شد از فروختن چیزی که آن را مالک نیست. این نهی ارشاد به فساد معامله است و اطلاق دارد. یعنی حتی اگر بعد از مالک شدن اجازه بدهد، معامله صحیح و نافذ نمی‌شود.

تقریب استدلال: نهی در این روایت دلالت بر بطلان معامله می‌کند، ولی دو احتمال در آن وجود دارد:

۱. احتمال اول: به صورت مطلق دلالت بر بطلان می‌کند، یعنی هم نسبت به مالک و هم نسبت به فضولی. طبق این احتمال تمام عقود فضولی (متعارف و محل بحث) باطل خواهند بود.
۲. احتمال دوم: فقط نسبت به شخص فضولی باطل است نه نسبت به مالک حال العقد.

بنا بر هر دو احتمال معامله نسبت به فضولی باطل است، و با لحوق ملک و اجازه تصحیح نمی‌شود، یا به این دلیل که روایت اطلاق دارد و فرض مالک شدن و اجازه دادن را هم شامل می‌شود، و یا به این دلیل که اساساً این روایت

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۴۶-۴۴۹.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۷ از ابواب احکام العقود، ص ۴۷، ح ۲.

ظهور در بیان حکم خصوص همین فرض (مالک شود و اجازه دهد) دارد، چون بطلان بیع نسبت به فضولی در فرض مالک نبودن واضح است و نیاز به بیان ندارد.

روایت دوم

روایت دیگری که محقق تستری بیان می‌کند روایت یحیی بن حجاج است، در این روایت آمده است: «وَعَنْهُ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ يَحْيَى بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ رَجُلٍ قَالَ لِي اشْتَرِ هَذَا الثَّوْبَ وَهَذِهِ الدَّابَّةَ وَبِعْ بِهَا أُرْبِحَكَ فِيهَا كَذَا وَكَذَا قَالَ لَا بَأْسَ بِذَلِكَ اشْتَرِهَا وَلَا تُوَاجِبْهُ الْبَيْعَ قَبْلَ أَنْ تَسْتَوْجِبَهَا أَوْ تَشْتَرِهَا. مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ مِثْلَهُ»^۱.

در این روایت و روایات دیگر ائمه: فرمودند: در این موارد، اگر آنچه از پیش بیان می‌شود از باب مقاوله و گفتگو باشد و الزامی در بین نباشد (به نحوی که بعداً ملزم به معامله نباشند)، ایراد ندارد. ولی اگر آن گفتگو از باب ایجاب و الزام باشد، چنین معامله‌ای باطل است.

مرحوم شیخ از این روایت به "المصححة اليه" تعبیر کرده است، یعنی سند تا خود یحیی بن حجاج صحیح است، اما خود یحیی معلوم نیست که صحیح باشد. لکن این تعبیر صحیح نیست، چون در مورد یحیی بن حجاج توثیق صریح وارد شده است.

روایت سوم

روایت دیگری که محقق تستری بیان می‌کند روایت خاص خالد بن حجاج است. یعنی روایتی که در خصوص موردی وارد شد که شخص دنبال متاعی است، فروشنده آن متاع را ندارد ولی با هم قول و قرار می‌کنند تا آن متاع را بخرد و به متقاضی بفروشد. متن روایت خالد بن حجاج چنین است: «وَعَنْهُ عَنْ ابْنِ أَبِي عُمَيْرٍ عَنْ يَحْيَى بْنِ الْحَجَّاجِ عَنْ خَالِدِ بْنِ الْحَجَّاجِ قَالَ: قُلْتُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَجِيءُ فَيَقُولُ اشْتَرِ هَذَا الثَّوْبَ وَأُرْبِحَكَ كَذَا وَكَذَا قَالَ أَلَيْسَ إِنْ شَاءَ تَرَكَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذْتُ قُلْتُ بَلَى قَالَ لَا بَأْسَ بِهِ إِنَّمَا يُحِلُّ الْكَلَامُ وَيُحَرِّمُ الْكَلَامُ»^۲.

سند این روایت تا یحیی بن حجاج، معتبر است، لکن برادرش (خالد بن حجاج)، که یحیی از او نقل می‌کند، محل خلاف است. چون در مورد خالد بن حجاج توثیق صریح و مستقلاً وارد نشده است. مرحوم نجاشی در مورد یحیی بن الحجاج چنین می‌نویسد: «یحیی بن الحجاج الکرخي بغدادی ثقة و أخوه خالد. روی عن أبي عبد الله عليه السلام. له

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۸ از ابواب احکام العقود، ص ۵۲، ح ۱۳.

۲. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۸ از ابواب احکام العقود، ص ۵۰، ح ۴.

کتاب^۱. در رابطه با معنای این عبارت دو احتمال وجود دارد. یکی اینکه جمله "أخوه خالد" یک جمله اسمیه و مستقل است. در نتیجه این توثیق شامل خالد نمی‌شود. احتمال دیگر اینکه "خالد" بدل (یا عطف بیان) از "أخوه" باشد و معنای عبارت این باشد که "یحیی ثقه است و همچنین برادرش که خالد نام دارد". البته چون مضمون این روایت در روایات معتبر دیگر وارد شده است، مشکلی در اصل مطلب پیش نمی‌آید.

در ذیل این وجه، در مورد معنای عبارت «إِنَّمَا يُحِلُّ الْكَلَامُ وَيَحْرُمُ الْكَلَامُ» سه احتمال مطرح شده است:

۱. احتمال اول این است که مراد از کلام عقد بیع باشد، در این صورت هم نوع کلام و هم محل وقوع متحد است، ولی از حیث نفی و اثبات تفاوت دارند: «بناءً على أن المراد بالكلام عقد البيع، فيحلل نفياً و يحرم إثباتاً، كما فهمه في الوافی». یعنی نبودن عقد بیع (کلام بیعی) محلل معامله است و بودن آن محرم است.
۲. احتمال دوم این است که مراد از کلام عقد بیع باشد، ولی به این نحو که محل وقوع آنها تفاوت دارد: «يحلل إذا وقع بعد الاشتراء و يحرم إذا وقع قبله». یعنی اگر کلام بیعی قبل از شراء باشد محرم است ولی اگر بعد از شراء باشد محلل است.
۳. احتمال سوم این است که نوع کلام متفاوت است ولی محل وقوع واحد است: «أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم و يحلل إذا كان على وجه المساومة و المراضاة». یعنی کلام بیعی‌ای که قبل از شراء واقع می‌شود، اگر به عنوان عقد بیع باشد محرم است ولی اگر صرفاً به عنوان مقاوله باشد محلل است.

بنابر هر سه احتمال، روایت خالد بن حجاج دلالت دارد بر اینکه اگر قبل از شراء، بیعی واقع شود این بیع صحیح نیست. مفروض روایت هم بر محل بحث تطبیق می‌شود، چون فرض روایت جایی است که این شخص بعداً مالک می‌شود.

روایات دیگری نیز بر این مطلب دلالت دارند. برخی از این روایات در خصوص محل بحث (من باع شیئاً ثم ملكه) وارد شدند، برخی دیگر نیز مشتمل بر تعلیلی هستند که آن تعلیل محل بحث را شامل می‌شود.

پاسخ مرحوم شیخ انصاری

۱. رجال النجاشی، ص ۴۴۵، شماره ۱۲۰۴.

مرحوم شیخ انصاری در پاسخ از این وجه فرمودند^۱: این روایات جلوی عمومات صحت را نمی‌گیرد. چون روایات عام (روایت اول) در جایی دلالت بر عدم صحت می‌کنند که اگر قبل از شراء، بیع انجام شود. ولی مقصود از عدم صحت بیع این است که اثر متوقع از بیع (نقل و انتقال فعلی و منجز) در این موارد مترتب نمی‌شود.

روایات خاص (روایات باب ۸ از ابواب احکام العقود) فقط دلالت می‌کنند بر اینکه تا وقتی شراء انجام نشد نباید اثر متوقع را بر بیع سابق مترتب کنند، و همین طور در صورتی که شراء انجام شده ولی عاقد آن را اجازه نکرده است (که موضوع بحث در مسأله دوم است). و نسبت به مسأله اول (که اثر متوقع زمانی مترتب می‌شود که شراء انجام شود و مالک جدید اجازه کند) منعی ندارند. مؤید این معنا تعبیری است که در روایت یحیی بن حجاج آمده است: "و لا تواجهه البیع قبل أن تستوجبها".

بررسی پاسخ شیخ انصاری

اشکالی که به کلام شیخ انصاری وارد است و در کلام برخی اعلام مثل مرحوم تبریزی مطرح شد این است که؛ از این روایت استفاده می‌شود که معامله در صورتی صحیح است که در زمان ملکیت عاقد واقع شود، لذا عقد قبل از شراء (مالک شدن) مؤثر نیست، ولو بعداً مالک شود و اجازه کند.

• **ان قلت:** برخی از این روایات اطلاق دارند، هم بیع عین شخصی و هم بیع کلی را شامل می‌شوند. در حالی که این اطلاق قابل التزام نیست، چون در بیع کلی لازم نیست که بایع در حین عقد مالک مبیع باشد.

قلت: اگرچه برخی از این روایات اطلاق دارند، ولی در خصوص بیع کلی از این روایات رفع ید می‌کنیم، چون دلیل خاص وجود دارد. یعنی روایاتی داریم که در بیع کلی وارد شده اند و در حالی که بایع در حین بیع مالک نیست حکم به صحت بیع حال شده است.

به عنوان مثال در صحیحہ عبد الرحمن بن حجاج آمده است: «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ وَ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ جَمِيعًا قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرَّجُلِ لَيْسَ عِنْدَهُ فَيَشْتَرِي مِنْهُ حَالًا قَالَ لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ قُلْتُ إِنَّهُمْ يُفْسِدُونَهُ عِنْدَنَا قَالَ وَ أَى شَيْءٍ يَقُولُونَ فِي السَّلَمِ قُلْتُ لَا يَرَوْنَ بِهِ بَأْسًا يَقُولُونَ هَذَا إِلَى أَجَلٍ فَإِذَا كَانَ إِلَى غَيْرِ أَجَلٍ وَ لَيْسَ عِنْدَ صَاحِبِهِ فَلَا يَصْلُحُ فَقَالَ فَإِذَا لَمْ يَكُنْ إِلَى أَجَلٍ كَانَ أَجُودَ - ثُمَّ قَالَ لَا بَأْسَ بَأْنِ يَشْتَرِي الطَّعَامَ وَ لَيْسَ هُوَ عِنْدَ صَاحِبِهِ (وَ إِلَى أَجَلٍ فَقَالَ) لَا يُسَمَّى لَهُ أَجَلًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْعًا لَا يُوجَدُ مِثْلُ الْعَنْبِ وَ الْبَطِيخِ وَ شَبِهِهِ فِي غَيْرِ زَمَانِهِ فَلَا يَنْبَغِي شِرَاءَ ذَلِكَ حَالًا. وَ

۱. کتاب المکاسب، ج ۳، ص ۴۴۹-۴۵۳.

رَوَاهُ الصَّدُوقُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ نَحْوَهُ وَرَوَاهُ الْكُلَيْنِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ
عَنِ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ مِثْلَهُ.^۱

نتیجه بحث در مساله "مَنْ باع شیئاً ثم ملكه"

بنابراین در مساله اول (بعد از مالک شدن اجازه کند) اگرچه مقتضای عمومات صحت بود، ولی با ملاحظه این سه وجهی که از محقق تستری نقل شد باید حکم به بطلان معامله بشود. وقتی در مساله اول حکم به بطلان شد، معلوم است که در مساله دوم نیز باید حکم به بطلان شود.

• **ان قلت:** در روایات باب زکات وارد شده است: شخصی که زکات بر او واجب است، اگر تمام مالش را بفروشد و سپس زکاتش را از اموال دیگر خود پرداخت کند، حکم به صحت این بیع شده است، در حالی که این بیع از مصادیق محل بحث است. برخی فقهاء بر اساس این روایت حکم به صحت بیع در مساله‌ی "مَنْ باع شیئاً ثم ملكه" کردند، اعم از اینکه اجازه بکند یا نه.

قلت: نسبت به این اشکال پاسخ داده می‌شود به اینکه؛ اولاً نهایتش این است که در خصوص باب زکات به این حکم ملتزم شویم، ولی التزام به صحت در باب زکات باعث نمی‌شود در ابواب دیگر نیز قائل به صحت شویم، چون احتمال اختصاص حکم به باب زکات وجود دارد. ثانیاً در باب زکات بحث است که کیفیت تعلّق زکات به چه نحوی است؟ اگر زکات به عین مال تعلّق بگیرد، مورد این روایت می‌تواند مصداقی از محل بحث (من باع شیئاً ثم ملک) باشد. ولی اگر زکات به ذمه تعلّق بگیرد دیگر این روایت دلالتی بر مدعا ندارد و نسبت به محل بحث بی‌ارتباط خواهد بود.

ج) تحقق ولایت بعد از وقوع عقد

فرض سوم این است که؛ اگر عاقد در هنگام وقوع عقد مالک نباشد و نسبت به اجرای این عقد ولایت یا وکالت هم نداشته باشد، ولی بعد از وقوع عقد، نسبت به آن ولایت پیدا کند، آیا با حقوق ولایت این معامله قابل تصحیح است؟ آیا این معامله با اجازه‌ی او قابل تصحیح است؟

لحوق اجازه و لحوق ملکیت بحثش تمام شد و بحث تحقق ولایت بعد از وقوع عقد باقی می‌ماند، که حکم آن از مباحث قبلی روشن می‌شود. چون وجه صحت عقد ولیّ از باب دلیل خاص (نفس دلیل ولایت) بود نه از این باب که عقد را مستند به مالک می‌کند، بر این اساس به مقداری که ادله ولایت دلالت دارد به صحت عقد ولیّ ملتزم می‌شویم. آنچه از ادله ولایت استفاده می‌شود این است که؛ اگر در حال عقد، ولایت به نحو مقارن وجود داشته باشد، عقد صحیح

۱. وسائل الشیعة، ج ۱۸، باب ۷ از ابواب احکام العقود، ص ۴۶، ح ۱.

است. ولی اگر حین عقد ولایت نداشته باشد و بعداً ولایت حاصل شود، ادله ولایت دلالتی نسبت به آن ندارند، بنابراین
لحوق ولایت موجب صحت عقد نخواهد شد.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمین