

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين و صلي الله علي سيدنا محمد و آله الطاهرين

بررسی دیدگاه فقیهان در وکالت صبی در انشاء عقد

در بحث گذشته عرض کردیم که بحث در این است که آیا بیع صبی و مطلق معاملات صبی صحیح و نافذ است یا خیر؟ تقریباً بحث در سه صورت کلی مطرح می‌شود:

یک صورت این است که آیا صبی ولو بدون اذن الولی استقلال در انشاء در معاملات دارد یا ندارد؟ آیا معاملات صبی بالاستقلال صحیح است یا خیر؟

بحث دوم این است که آیا معاملات صبی با اذن ولی صحیح است یا خیر؟

بحث سوم این است که آیا اگر صبی وکیل در انشاء عقد شود آیا صحیح است یا نه؟ که حالا بحث سوم مثلاً در آنجایی است که به یک صبی بگویند عقد نکاح را جاری کند و بحث معامله و داد و ستدی هم نیست و رد و بدل مالی در کار نیست، فقط صبی را وکیل کنیم در انشاء عقد، آیا این صحیح است یا نه؟

لعل همانطوری که مرحوم محقق ایروانی (اعلی الله مقامه الشریف) فرموده در مکاسب یک مقداری در عبارات شیخ خلط شده و بحث در اینکه کدام یک از این سه صورت است خودش خیلی مهم است و حالا اقوال را هم که می‌خواهیم مطرح کنیم در این جهت نقش دارد، چون شیخ در اول بحث می‌فرماید مشهور، بلکه ادعای اجماع شده بر بطلان بیع صبی. آیا این شهرت و اجماع مربوط به نزاع اول است؟ یعنی بگوئیم آیا اگر صبی بالاستقلال بخواهد معامله‌ای را انجام بدهد، یا شامل نزاع دوم می‌شود که بگوئیم اجماع داریم صبی حتی اگر اذن ولی هم داشته باشد معامله‌اش باطل است، یا اینکه شامل نزاع سوم می‌شود که در نزاع سوم می‌خواهند نتیجه بگیرند که آیا صبی مسلوب العبارة است یا نیست؟ آیا انشاء از صبی تمشی می‌شود یا نه؟ خیلی‌ها گفته‌اند این اجماع و شهرتی که ادعا شده اصلاً ارتباطی به این مطلب سوم ندارد که حالا باید این را بررسی کنیم.

نکته: در صبی غیر ممیز اصلاً بحثی وجود ندارد، صبی غیر ممیز کالبهائم و کالنائم است، نه قول و نه لفظش و نه فعلش هیچ اعتباری ندارد، آنچه که اینجا محل بحث است در صبی ممیز است. در صبی ممیز بحث وجود دارد که آیا معامله‌اش درست است یا خیر؟

حالا ما باید یک مقداری عبارات فقها را ذکر کنیم، ببینیم آیا اساساً در این مسئله شهرت و بالاتر از شهرت اجماعی وجود دارد یا نه؟ و آیا این اجماع خودش می‌تواند بر مدعا دلیل باشد یا خیر؟

مرحوم شیخ طوسی

اولین عبارتی که ذکر می‌کنیم عبارتی است که شیخ طوسی هم در مبسوط و هم در خلاف دارد، شیخ می‌فرماید «لا یصحّ بیع الصبی و لا شراءه أذن له الولي أم لم يأذن» [1] «بیع صبی و شراعی صحیح نیست، این عبارت شیخ است که شامل نزاع اول و دوم می‌شود، اما دیگر شامل نزاع سوم نیست، ما نمی‌توانیم بگوئیم از این عبارت شیخ استفاده می‌کنیم که صبی مسلوب العبارة است و وکالت در انشاء عقد به او باطل است.

مرحوم علامه حلی

بعد از این، مرحوم علامه در کتاب مختلف الشیعه می‌فرماید «لا یصحّ بیع الصبی و إن بلغ عשרاً عاقلاً» صبی ولو به ده سالگی برسد و عاقل هم باشد بیعی صحیح نیست «سواءً أذن له الولي أو لا» [2] «چه ولی اذن بدهد چه ندهد. این عبارت هم فقط شامل نزاع اول و دوم است.

مرحوم ابن حمزه

ابن حمزه در وسیله می‌فرماید «یشترط كون المتبايعين نافذی التصرف في مالهما» [3] «ابن حمزه در وسیله می‌گوید یکی از شرایط این است که متعاقدین نافذی التصرف در مالشان باشند! این هم ظهور دارد.

نکته: اینجا يك نکته‌ای را عرض کنم به مفتاح الکرامه اگر مراجعه کنید که معمولاً برای به دست آوردن اقوال یکی از کتب بسیار خوب این است که آقایان با کتاب مفتاح الکرامه ارتباط داشته باشند؛ ایشان در آنجا می‌گویند عبارات فقها دو دسته است، يك دسته ظهور در عدم صحت دارد و دسته‌ای از عبارات فقها بالاتر از ظهور است و صریح در عدم صحت است، این عبارت ابن حمزه ظهور دارد که بیعی باطل است [4].

مرحوم ابن زهره

عبارت ابن زهره در کتاب غنیة النزوع این است «و یرج علی ذلک ایضاً بیع من لیس بکامل العقل» [5] «بیع کسی که کامل العقل نیست! یعنی صبی، نه اینکه مراد در اینجا «من لیس بکامل العقل» یعنی آدم سفیه، یعنی آن کسی که عقلش هنوز رشد نکرده و صبی است. «ولا شراءه فانه لا ینعقد و إن أجازة الولي» بعد ابن زهره می‌گوید «بدلیل ما قدمناه من الإجماع» یکی از کسانی که ادعای اجماع کرده بر عدم صحت بیع صبی، ابن زهره در غنیه است.

همچنین سلازم در مراسم عبارتی دارد که ظهور در این دارد که بیع صبی صحیح نیست، اما کسانی که بالصراحة گفتند بیع صبی باطل است که گروه زیادی هستند [6]: محقق در شرایع، علامه در مختصر النافع، در تذکره، در نهاییه، در تحریر، در ارشاد الأذهان، شرح ارشاد، شهید اول در دروس و در لمعه، فاضل میسی در میسیّة، شهید ثانی در مسالک، در الروضة البهیة، اینها همه گفتند بیع صبی باطل است و تصریح هم کردند «أذن له الولي أم لم يأذن» وقتی ما اقوال را بررسی می‌کنیم، در میان اقوال برخی از فقها گفتند اگر صبی به ده سالگی رسید بیعی صحیح است «إذا بلغ عشر سنين و كان عاقلاً» از جمله می‌فرماید، یعنی در همان کتاب مفتاح الکرامه آمده که سید طباطبائی در کتاب ریاض در جلد هشتم صفحه 114 به شیخ طوسی نسبت داده و به محقق ثانی در جامع المقاصد نسبت داده و این قول را مرحوم اردبیلی در مجمع الفائده و البرهان اختیار نموده است. آن وقت

خود مرحوم سبزواري در كفاية الأحكام آمده به مجمع الفائدة و البرهان اشكال کرده گفته شيخ طوسي در مبسوط اين نظر را ندارد، شيخ طوسي در مبسوط آن عبارتي كه اول خوانديم را دارد «لا يصح بيع الصبي و لا شراء أذن له الولي أم لم يأذن» بعد دارد «وروي أنه إذا بلغ عشر سنين و كان رشيداً كان جاز التصرّف» اما اين را به عنوان قول خودش اختيار نكرده است.

اين عبارتي كه تا اينجا ملاحظه فرموديد عبارات فقهايي است كه ديديد عبارت بعضي از متقدمين ظهور و بعضي هم تصريح به بطلان بيع صبي داشت. همچنين در بين متأخرين كه بالتصريح آمدند گفتند بيع صبي باطل است.

مرحوم علامه در تذكره

مرحوم علامه در بحث حجر تذكره جلد دوم صفحه 73؛ ايشان در آنجا فرموده «الصغير محجورٌ عليه بالنص و الإجماع» صبي محجور عليه است، هم نص داريم و هم اجماع «سواءً كان مميزاً أو لا» أعم از اينكه اين صبي مميز باشد يا نباشد «في جميع التصرفات إلا ما استثنى» فقط يك موارد استثناء دارد. مرحوم علامه از اول يك قاعده كلي ذكر مي‌كند كه صبي محجورٌ عليه است و باز اين را دقت كنيد بعداً هم با آن كار داريم، صبي بما هو صبي محجورٌ عليه است «بالنص و الإجماع» سواءً كان مميزاً أو كان آن هم در همه تصرفات. بعد استثنائي دارد «إلا ما استثنى» استثنائش چيست؟ «كعبادة» عبادت صبي قبول است، اسلامش قبول است، احرامش قبول است، «اسلامه، احرامه، تدبيره» يعني اگر يك عبدي داشته باشد به او بگويد «أنت حرٌ بعد وفاتي» «و وصيته و ايصال الهدية» اگر هديه‌اي به وسيله او فرستاده شد «و اذنه في الدخول» اگر درب خانه را باز كرد اجازه داد كسي وارد خانه شود! عبادت، اسلام، احرام، تدبير، وصيت، ايصال هديه و اذن در دخول، اين هفت مورد. منتهي در آخر دارد «علي خلاف في ذلك» كه اين في ذلك احتمال قوي دارد اشاره به همين اذن در دخول داشته باشد كه آيا در اذن در دخول قول صبي مورد قبول هست يا نه؟

توجيه كلام مرحوم علامه

مرحوم شيخ انصاري در كتاب مكاسب، وقتي اين عبارت علامه را نقل مي‌كند، ايشان مي‌فرمايد [7] «واستثناء ايصال الهدية و اذنه في دخول الدار يكشف بفحواه أن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله» مي‌فرمايند ايصال هديه و اذن در دخول قرينه مي‌شود بر اينكه مستثنى منه مطلق افعال صبي است، چرا؟ مي‌فرمايد «لأن الإيصال و الإذن ليسا من التصرفات القولية و الفعلية و إنما الأول آلة في إيصال الملك» ايصال هديه نه تصرف قولي است و نه فعلي، چرا؟ صبي بمنزلة الآلة است، همانطور كه اگر روي حيواني هديه را بگذارند تا به مَهْدِي إليه برسد، اينجا هم هديه را به صبي دادند تا به مَهْدِي إليه برسد، عنوان آلت را دارد. پس صبي در ايصال الهديه نه تصرف قولي دارد و نه تصرف فعلي.

در اذن در دخول هم تصرف وجود ندارد، وقتي صبي اذن مي‌دهد مي‌فرمايد «والثاني كاشفٌ عن موضوعٍ تعلق عليه اباحة الدخول» اباحة الدخول موضوع رضاييت مالك است، صبي كه در را باز مي‌كند و مي‌گويد بفرماييد كشف از آن رضاييت مالك مي‌كند، يعني موضوع اباحة دخول رضاييت مالك است، اين اذن صبي كاشف از آن رضاييت مالك است، ولي خودش في نفسه عنوان تصرف را ندارد. شيخ مي‌خواهد بفرمايد اين مستثنى منه در عبارت علامه خصوص تصرفات نيست، بلكه مطلق افعال است و مطلق افعال يعني حتي انشاء صبي را هم شامل مي‌شود. اگر آن چيزي كه عنوان تصرف را هم ندارد شامل مي‌شود، ولو در عبارت علامه آمده في جميع التصرفات، اما به قرينه اين استثناء، يعني ايصال هديه و اذن در دخول، ما بايد در او يك تصرفي كنيم در كلمه تصرفات و بگوئيم «أي في جميع أفعاله» شيخ انصاري دنبال اين است كه مستثنى منه كلام علامه را بكد «في جميع الأفعال» أعم از اينكه تصرف باشد يا نباشد! آن وقت اگر اين باشد، نتيجه‌ي عبارت علامه مي‌شود «الصغير محجورٌ عليه بالنص و الإجماع سواءً كان مميزاً أو لا في جميع الأفعال» حتي شامل آن نزاع سوم هم بشود، يعني انشاء صبي هم

لغو است. چون بالأخره يك فعل صبي است.

اینجا يك مطلب این است که در عبارت شیخ دارد «یکشف بفحواه» مفهوم اولویت و محشین مکاسب دنبال این هستند که این یکشف بفحواه مفهوم اولویت از کجا آمد؟

مرحوم شهیدی در حاشیه مکاسب فرموده «لم أفهم الوجه [8]» من نفهمیدم وجه این اولویت چیست؟

مرحوم آقای پایانی - استاد ما (رضوان الله علیه) که عمده‌ی متن مکاسب را خصوصی خدمت ایشان خواندم و حق بزرگی هم بر ما دارد و خدا ایشان را رحمت کند، واقعاً از کسانی است که بسیار بر مکاسب مسلط بود، شاید پانزده یا شانزده دوره مکاسب در حوزه گفت و حق بزرگی هم بر فضایی حوزه دارد - فرمودند مراد از این اولیّتی که اینجا است این است که بر خود ایصال الهدیه و اذن در دخول «لا یترتّب علیها اثر شرعی» اثر شرعی مترتب نمی‌شود. در ایصال الهدیه چون خود مُهدی اذن در هدیه داده بر او مترتب است، در اذن در دخول هم اثر بر اذن مالک و رضایت مالک مترتب است، حالا می‌فرماید چون بر اینها که اثر شرعی مترتب نمی‌شود، اگر اینها نیاز به استثناء داشته باشد به طوری که اگر مرحوم علامه این را استثناء نمی‌کرد این هم داخل در مستثنی منه بود. بقیه‌ی افعال که اثر شرعی دارد، بطریق اولی داخل در مستثنی منه است و ایشان می‌خواهند بفرمایند بین عبادت صبی و اسلامش از يك طرف و ایصال هدیه و اذن در دخول از طرف دیگر فرق وجود دارد، بر آن اولی (یعنی عبادت و اسلام) اثر مترتب می‌شود، اما بر ایصال و اذن اثر برایش مترتب نمی‌شود.

کلام ایروانی را هم اینجا بگویم چون اینجا از جاهایی است که محشین خیلی به زحمت افتادند که یکشف بفحواه، فحواه ظهور در مفهوم اولویت دارد، شیخ انصاری چگونه می‌خواهند به عنوان مفهوم اولویت استفاده کنند که مستثنی منه در کلام علامه جمیع افعال است نه خصوص تصرّفات صبی. افعالش که شامل انشاء آن هم بشود. مرحوم ایروانی به شیخ اشکال کردند و می‌فرمایند «وفیه ما لا یخفی فإن عدم الإعتبار بفعله و قوله بمعنی عدم حجّیتها فی حکایتها بالتصرف فی مال الغیر بأخذ الهدیه و الدخول فی الدار بمجرد اختیاره لا یقتضی بوجه إلغاء انشاءه عن الإعتبار [9]» می‌فرماید اینکه ما بگوئیم فعل صبی اعتبار ندارد، قول صبی اعتبار ندارد که این عدم اعتبار می‌فرماید بازگشتش به معنای عدم حجّیت است نه به معنای عدم الغاء. خلاصه ایروانی می‌فرماید شیخ انصاری بین عدم الحجّیه و الغاء از اعتبار خلط کرده، اگر ما آمدم گفتیم قول صبی در مسئله‌ی ایصال هدیه معتبر نیست، اگر گفتیم قول صبی در اذن در دخول دار معتبر نیست، آیا به این معناست که بگوئیم انشاء صبی هم لغو است و صبی مسلوب العبارة است؟ نه، برای اینکه می‌فرماید در مسئله‌ی ایصال الهدیه، اگر صبی آمد گفت پدرم این را گفته به عنوان هدیه به شما بدهیم، لعلّ بگوئیم این قول نافذ نیست، یعنی حجّیت ندارد، اعتبار ندارد، یا در مسئله‌ی اذن در دخول دار؛ لذا ایشان هم می‌فرماید اینکه شما دنبال این هستید که بگوئید مستثنی منه مطلق افعال است نه خصوص تصرّفات، این معنا ندارد.

کلمه‌ی فحواه در اینجا به نظر ما به معنای اولیّت نیست، فحوی همان معنای لغوی اش است، یکشف بفحواه یعنی مفهومش، نه مفهوم اصطلاحی که بیائیم دنبال اولویت و بگوئیم این اولویت از کجا آمد؟ شیخ می‌فرماید معنای استثنای ایصال الهدیه و اذن در دخول این است که اگر این استثناء نبود، ایصال الهدیه و اذن در دخول داخل در مستثنی منه بود. پس باید مستثنی منه را يك معنای عام بگیریم، اینجا اصلاً بحث اولویت نیست، اینکه استاد ما مرحوم آقای پایانی (رضوان الله علیه) خواستند بگویند اولویت، و دنبال این بودند که اولویت را به نحوی درست کنند اصلاً اینجا مسئله‌ی اولویت نیست.

اما راجع به فرمایش مرحوم ایروانی؛ ببینید شیخ هم قبول دارد که بین عدم حجّیت و بین لغویّ انشاء ملازمه وجود ندارد، این را که شیخ قبول دارد و به عبارت دیگر شیخ نمی‌خواهد از استثناء استفاده کند که پس انشاء صبی لغو است، شیخ استثناء را قرینه قرار داده که مراد از آن جمیع تصرّفات، جمیع افعال است، بعد می‌گوید علامه می‌گوید صبی در تمام افعالش محجور است، چه افعال تصرّفی اش که همان شامل نزاع اول و دوم می‌شود و چه افعال غیر تصرّفی که شامل نزاع سوم است که در نزاع سوم گفتیم فقط صبی وکیل در انشاء است.

حالا ببینیم اینجا بالأخره اجماعی هست یا نیست؟ اجماع روی چه چیز معتبر است و معقد اجماع چیست؟

[1] . المبسوط، ج 2، ص 163.

[2] . مختلف الشيعة، ج 5، ص 58.

[3] . الوسيلة، ص 236.

[4] . مفتاح الكرامة، ج 12، ص 545.

[5] . غنية النزوع، ص 210.

[6] . رك: مفتاح الكرامة، ج 12، ص 545.

[7] . «و استثناء إيصال الهدية و إذنه في دخول الدار، يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله؛ لأنَّ الإيصال و الإذن ليسا من التصرفات القولية و الفعلية، و إنما الأوّل آلة في إيصال الملك كما لو حملها على حيوان و أرسلها، و الثاني كشف عن موضوع تعلّق عليه إباحة الدخول، و هو رضا المالك» كتاب المكاسب، ج3، صص 275 و 276.

[8] . هداية الطالب الى اسرار المكاسب، ج 2، ص 250.

[9] . حاشية المكاسب (للإيرواني)، ج 1، ص 106.