

بسم الله الرحمن الرحيم

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

بررسی اجماع در مساله بیع صبی

ما تا به حال دو دلیل را مورد بحث قرار دادیم؛ یکی آیه **وَابْتَئُوا الْبَيْتَامَ** و یکی هم روایات را مورد بحث قرار دادیم، کسانی که قائل اند به اینکه بیع الصبی باطل، اینها علاوه بر آیه و روایات استدلال به اجماع هم کرده اند و دایره این اجماع را حتّی تا این اندازه که صبی مسلوب العبارة است توسعه دادند و ما باید بررسی کنیم ببینیم آیا اجماعی اینجا وجود دارد یا نه؟ حالا اگر از نظر فقهی ما نتوانستیم از آیات شریفه و روایات بطلان بیع صبی را استفاده کنیم، اگر ببینیم يك اجماع محصّلي در میان قداما باشد این برای ما حجّیت دارد. آیا اجماع وجود دارد یا نه؟

باز من این نکته را تذکر می دهم فقه همین است که فقیه بمجرد کتاب یا بمجرد الروایات یا به مجرد دلیل دیگر نمی تواند فتوا بدهد بلکه باید همه ی اینها را بررسی کند و نمی شود فقط بگوئیم روایات را ببینیم مثل اخباری ها که اخباری ها روایات را می بینند و طبق آن نظر و فتوا می دهند، این درست نیست. فقه ما یکی از خصوصیات و ویژگی های مهم اش مسائل اجماعی اش است و ما نباید يك کاری کنیم این مسائل اجماعی هر روز از بین برود و کمتر شود. می خواهیم ببینیم در این مسئله آیا اجماعی وجود دارد یا خیر؟

مرحوم علامه در تذکره، شاید اول جایی که ما تصریح به اجماع را پیدا کردیم خود مرحوم علامه در تذکره است، ایشان در آنجا می فرمایند «**الصغير محجور عليه بالنص و الإجماع**» صغیر محجور علیه است و معامله اش صحیح نیست، هم نص داریم و هم اجماع داریم. «سواء كان مميزاً أو لا» چه صبی ممیز باشد و چه نباشد «في جميع التصرفات إلا ما استثنى» استثناء را مثلاً در باب وصیت گفتند اگر به ده سال رسید روایت خاص داریم، در صدقه اش شاید روایت باشد، این مواردی که استثنا شده، این عبارت مرحوم علامه در تذکره است.

مرحوم شیخ در مکاسب می فرماید «**فالعامة في سلب عبارة الصبي هو الإجماع المحكي المعتضد بالشهرة العظيمة [1]**» شیخ از روایات مسلوب العبارة بودن صبی را استفاده نکردند. از آیه مسلوب العبارة بودن صبی را استفاده نکردند، می فرمایند عمده دلیل برای اینکه صبی مسلوب العبارة است اجماع است، اجماعی که شهرت عظیمه او را کمک می کند، بعد می فرمایند و الا اگر اجماع را کنار بگذاریم فالمسئلة محل اشكال است.

صاحب کتاب عناوین (این کتاب عناوین بسیار عمیق و جالب است، هم قواعد فقهی و هم قواعد اصولی دارد، ما می توانیم بگوئیم ضوابط و ابعاد فقه و چارچوب فقه در کتاب عناوین ذکر شده است) در جلد دوم صفحه 674 وقتی مسئله بطلان بیع صبی را مطرح می کند می فرماید «**الوجه في ذلك امورٌ أحدها الإجماع المحصّل من الأصحاب، الظاهر بالتتابع في كلامهم حيث إنهم يشترطون ذلك**» یعنی بلوغ را «**في جميع العقود و الإيقاعات و هو الحجة**» اجماع محصل دارد. بعد می فرماید دلیل دوم «**منقول الإجماع حدّ الاستفاضة**» در دلیل اول اگر خودمان برویم فتاوی فقه را از زمان شیخ مفید، سید مرتضی و دیگران بررسی کنیم اینها مطلقاً بیع صبی را باطل می دانند، اجماع منقول که نقل آن به حدّ استفاضة رسیده می فرماید آن را هم داریم.

صاحب کتاب جواهر در جلد 22 صفحه 260 می‌فرماید «الأشهر بل المشهور» این سؤالی بود که از شرح لمعه سؤال می‌کردند بگوئیم المشهور بل الأشهر یا بگوئیم الأشهر بل المشهور، که روشن است مشهور از أشهر قوی‌تر است، چرا؟ أشهر مخالفش مشهور است یعنی أشهر يك جمع زیادی در مقابلش است، مشهور مخالفش نادر است، لذا مشهور از أشهر قوی‌تر است. صاحب جواهر می‌فرماید «الأشهر بل المشهور» بعد می‌فرماید «بل لا أجد فيه خلافاً عدا ما يحكي عن الشيخ» من مخالفی را ندیدم غیر از این چیزی که از مرحوم شیخ طوسی حکایت می‌شود «و لم نتحققه» من او را هم تحقیق نکردم، بعد می‌فرماید صبی مسلوب العبارة است و لذا در آخر می‌فرماید فصَحَّ حينئذٍ للفقهاء نفي الخلاف في المسئلة علي الإطلاق، صاحب جواهر می‌فرماید فقیه می‌تواند ادعای نفي الخلاف کند، یعنی اگر ادعا نکنیم که همه موافق‌اند می‌توانیم ادعا کنیم که خلافي در مسئله نیست علي الإطلاق، یعنی حتّی در مسلوب العبارة بودنش، صبی مطلقاً معامله‌اش باطل است با اذن ولي، بدون اذن ولي، ممیز باشد یا نباشد، در مال خودش باشد یا در مال غیر، همه‌ی اینها را شامل می‌شود.

پس علامه و عده‌ای دیگر تا می‌رسیم به کلام صاحب جواهر، اینها می‌خواهند بگویند بطلان بیع صبی و تصرفات صبی در مال خودش با اذن ولي یا بدون اذن ولي، در مال خودش یا مال غیر همه باطل است و مسئله اجماعی است، و بالاتر: صبی مسلوب العبارة است یعنی ما باشیم و کلام صاحب جواهر، ما باشیم و کلام علامه در تذکرة و دیگران، اینها همه برمی‌گردد به مسلوب العبارة بودن صبی.

ارزیابی

حالا آیا این اجماع درست است یا نه؟ آیا اجماع دلیل برای قائلین به بطلان می‌تواند باشد یا نه؟ اینجا دو بحث وجود دارد، یکی اینکه از حیث کبری گفتند این اجماع مدرکی است و اجماع مدرکی حجّیت ندارد، یا محتمل المدرك است، چند نکته در این رابطه داریم.

نکته‌ی اول این است که اگر يك فقیهی تمام مدارك را مخدوش کرد، يك فقیهی گفت این مدارکی که در اینجا است هیچ کدام دلالت بر این مدعا ندارد، وقتی تمام مدارك را مخدوش کند اینجا دیگر مدرکی بودن اجماع چه معنایی پیدا می‌کند. به نظر ما - البته این را در کلمات ندیدم - آقایان می‌گویند اجماع مدرکی حجّت نیست ولي در جایی باید بگویند حجّیت ندارد که این مدرک صلاحیت برای مدرکیت در نزد این فقیه داشته باشد، اگر يك مدرکی صلاحیت برای مدرکیت ندارد، این فقیه می‌گوید ما غیر از این اجماع دلیلی نداریم، این عبارتی که شیخ انصاری فرمود فالعمدة، این همین است، شیخ انصاری ادله‌ی دیگر را قابل برای مدرک بودن در این مدعا نمی‌داند لذا اینجا دیگر بحث مدرکی بودن مطرح نمی‌شود، بحث مدرکی بودن جایی است که خود انسان بگوید این مدرک قابلیت استدلال دارد و لعلّ اجماع مجمعین مستند به این مدرک است لذا بگوئیم این اجماع از دلیلیّت خارج می‌شود، اما وقتی يك مدرکی قابلیت برای مدرکیت ندارد، اینجا دیگر نمی‌شود مسئله‌ی مدرکیت را مطرح کنیم.

نکته دوم اینکه ما اصلاً در کبرای اینکه اجماع مدرکی حجّت نیست بحث داریم و مکرر هم گفتیم به نظر ما اجماع مدرکی حجّیت دارد.

نکته سوم اینکه خود مرحوم شیخ و برخی دیگر از فقها، همه قبول دارند از هیچ کدام از این روایات سلب العبارة استفاده نمی‌شود، تمام فقها قبول دارند این روایاتی که در باب صبی بود، رفع القلم عن الصبی یا عمده خطاً، از آن سلب عبارت استفاده نمی‌شود، در حالی که این اجماع إنعقد در اینکه مسلوب العبارة است، یعنی در حقیقت ما بگوئیم از این اجماع يك مقدارش که روایات برایش دلالت دارد بگوئیم تا آن مقدار به درد نمی‌خورد و مدرکی می‌شود.

نکته سومی که در مورد اجماع می‌گوئیم این است که اجماع بر این است تصرفات مالی صبی در مال خودش و مال دیگری با اذن ولي یا بدون اذن ولي باطل است، این يك. دو: صبی مسلوب العبارة است حالا اگر قدما و صاحبان فتوا و مجمعین در

قسمت اول مدرک دارند اما در قسمت دوم مدرک ندارند، یقین داریم اگر از ایشان سؤال کنیم این روایات دلالت بر سلب عبارت می‌کند؟ می‌گویند نه، اما حالا اجماع حاصل شده و فتوای‌شان هم بر سلب عبارت است. پس ما این اجماع را به این مقدار می‌توانیم برایش اعتبار قائل شویم.

نکته چهارم اشکال صغروی است و آن اینکه اینجا يك اشکال صغروي وجود دارد که آیا اصلاً در اینجا اجماعی وجود دارد یا نه؟

عباراتی در کلمات خود قدماست که اولین عبارت را از امام (رضوان الله علیه) نقل کنیم، چون امام هم از کسانی است که اجماع مدرکی را حجت نمی‌داند و می‌فرماید این اجماع در مسئله‌ای که تراکمت فيه الأدلة کتاباً و سنتاً، این اجماع دیگر به درد نمی‌خورد! چون ایشان هم اجماع مدرکی را حجت نمی‌داند. بعد می‌آیند سراغ اشکال صغروي، اولین مطلبی که می‌گویند می‌فرمایند این چه مسئله‌ای اجماعی است که در عصر شیخ الطائفة این اجماع محقق نبوده، می‌فرمایند ما وقتی به کتاب خلاف شیخ طوسی مراجعه می‌کنیم، شیخ طوسی در خلاف این عبارت را دارد: «لا یصحّ بيع الصبي و شرائه سواءً أذن له فيه الولي أم لم يأذن و به قال الشافعي» بعد کلام ابوحنیفه را می‌آورد که ابوحنیفه گفته «إن كان يأذن الولي صحّ و إن كان بغیر اذنه وقف علي الإجازة الولي» بعد شیخ که می‌فرماید بیع صبی باطل است چه ولی اجازه بدهد و چه ندهد! فرموده دلیلنا أن البیع و الشراء حکم شرعی و لا یثبت إلا بالشرع، فرموده بیع و شراء يك حکم شرعی است که نیاز به دلیل دارد، ما دلیلی بر صحّت بیع صبی نداریم. «ولیس فيه» یعنی فی الشرع «ما يدلّ علي أن بيع الصبي و شرائه صحیحان و أيضاً قوله عليه السلام رفع القلم».

امام (رضوان الله علیه) می‌فرمایند شیخ طوسی در اول کتاب خلاف فرموده هر مسئله‌ای که در نزد ما اجماعی باشد من تصریح می‌کنم که اجماعی است، شما خلاف را ببینید وقتی نظر شیعه و اهل سنت را بیان می‌کند، اگر مسئله اجماعی باشد می‌فرماید دلیلنا إجماع الطائفة، امام (رضوان الله علیه) می‌فرمایند پس چرا در اینجا شیخ طوسی حرفی از اجماع نزده، پس معلوم می‌شود بطلان بیع صبی مطلقاً چه ولی اذن بدهد و چه ندهد! این در زمان شیخ الطائفة اجماعی نبوده است.

باز امام فرمودند (واقعاً یکی از ویژگی‌های فقه امام این دقّت‌هایی است که در عبارات فقها دارد، بسیار ایشان در کلمات فقها دقّت کرده) در کتاب الحجر در مبسوط شیخ طوسی می‌گوید والأصل في الحجر علي الصبي قوله تعالى [وَأَنْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ](#)، در کتاب الحجر برای اینکه اثبات کند محجور بودن صبی را، فرموده دلیل برای محجور بودن این آیه شریفه است و اصلاً اسمی از اجماع نیاورده است.

باز این را ما اضافه می‌کنیم و در کتاب البیع امام نیست، در مبسوط شیخ طوسی این عبارت را دارد «لا یصحّ بيع الصبي و شرائه، بعد می‌فرماید و روي أنه إذا بلغ عشر سنين و كان رشيداً كان جایزاً»، شیخ طوسی می‌گوید روایتی هم نقل شده که اگر بچه به ده سالگی برسد و رشید باشد کان جائزاً و إن كان نافذاً، به معنای این است که مسئله اختلافی است، بعضی بر طبق این روایت فتوا دادند، پس معنایش این است که در نزد شیخ طوسی مسئله اجماعی نبوده. باز در مبسوط شیخ طوسی می‌گوید «إذا تزوّج الصبي بغیر اذن ولیّه فنکاحه باطل» اگر صبی بدون اجازه پدرش ازدواج کند نکاحش باطل است، «و إن تزوّج بإذنه صحّ نکاحه» اگر با اذن ولی باشد نکاحش صحیح است، بعد که به بیع می‌رسد «والبیع إن كان بغیر اذن ولی لم یصح» بیع اگر بدون اذن ولی باشد لم یصح اما «و إن كان بإذنه» اگر صبی به اذن ولی آمد معامله کرد «قیل فيه وجهان» گفته شده که در این دو وجه است یعنی مسئله اختلافی است «أحدهما یصحّ کالنکاح و الثاني لا یصح» اینها عبارات شیخ است. این فرمایش امام تام است، در عصر شیخ طوسی مسئله اجماعی نبوده است.

می‌رسیم به مرحوم علامه؛ درست است در تذکره ما آن عبارت را خواندیم «الصغير محجورٌ عليه بالنص و الإجماع» ولی مرحوم علامه در جلد دوم قواعد الأحکام صفحه 137 می‌فرماید «هل یصحّ بيع الممیز و شرائه مع اذن الولي» بحث را آورده در فرض

اذن ولي، فرموده «نظر» يعني اشكال، يعني فيه خلاف، باز خود علامه در يك جاي ديگر تذكره فرموده «هل يصح بيع المميز و شرائه الوجه عندي أنه لا يصح» در جاي ديگر تذكره فرموده «الوجه عندي أنه» عندي يعني مسئله اختلافي است، پس ببينيد خود علامه در يك جا ولو مسئله ي اجماع را گفته ولي در چند جاي ديگر خلاف اين مطلب را دارد.

مرحوم محقق اردبيلي در مجمع الفائدة و البرهان جلد هشتم صفحه 152 بعد از اينكه اين عبارت علامه را نقل مي كند «الوجه عندي» مي فرمايد «يستشعر منه الخلاف في الجواز و الصحة» از آن استفاده مي شود كه خلاف وجود دارد و بعد فرموده «الإجماع مطلقاً» يعني يك اجماعي باشد كه صبي در مال خودش در مال غير، با اذن ولي و بدون اذن ولي، مسلوب العبارة است، يك اجماع مطلق ما در مسئله نداريم.

صاحب كتاب حقائق قول و فتاوي برخي از فقها كه گفتند اگر صبي به ده سالگي رسيد معاملاتش صحيح است را نقل مي كند و بعد مي گويد اولاً ما نمي توانيم بگوئيم بر مسلوب العبارة بودن صبي اجماع داريم. ثانياً ما نمي توانيم بگوئيم اگر صبي با اذن ولي اش معامله كرد اجماع بر بطلان داريم، اين دو مورد را صاحب حقائق گفته از دايره ي اجماع خارج است.

شيخ انصاري وقتي مسئله ي اجماع را مطرح مي كند مي فرمايد «نعم لقائل أن يقول إنما عرفت من المحقق و العلامة و ولده و القاضي و غيرهم، خصوصاً المحقق الثاني الذي بنى المسئلة علي شرعية أفعال الصبي يدلّ علي عدم تحقق الإجماع [2]» يعني شيخ انصاري هم در مكاسب از نظر صغروي به اجماع اشكال مي كند.

مرحوم آخوند در حاشيه مكاسب مي فرمايد أما الإجماع فإنّ المتيقّن من معقده غير هذه الصورة، اجماع متيقّن از معقد اجماع غير از اين صورت است، يعني آنجايي كه مسلوب العبارة است اجماع او را شامل نمي شود، آخوند مي فرمايد اجماع فقط در جايي است كه صبي در مال خودش بالاستقلال بخواهد تصرف كند.

مرحوم سيد در حاشيه مكاسب اجماع را رد مي كند، «لا يمكن دعوي الشهرة أو الإجماع علي سلب عبارته» ما نمي توانيم بگوئيم اجماع بر مسلوب العبارة بودن داريم «خصوصاً في غير ماله بأن يوكله الغير في إجراء الصيغة بعد المقاوله و المراضات».

مرحوم محقق اصفهاني در حاشيه مكاسب جلد دوم صفحه 16 فرموده «إنّ القدر المتيقّن من معقد الإجماع و مورد النصوص ما إذا استقل الصبي بالمعاملة» معقد اجماع قدر متيقّنش در جايي است كه صبي مستقل در معامله باشد، مرحوم ايرواني هم همينطور.

پس شيخ، آخوند، سيد يزدي، اصفهاني، ايرواني، تا برسيم به امام (رضوان الله تعالي عليهم اجمعين) تمام اينها در اجماع از حيث صغري اشكال دارند و مي گویند متيقّن از معقد اجماع در جايي است كه صبي بخواهد مستقلاً در مال خودش تصرف كند. اما مسلوب العبارة بودن را شامل نمي شود، فرض و كالت را شامل نمي شود، تصرف در مال غير و كالتاً را شامل نمي شود، اجراي صيغه ي عقد را شامل نمي شود، پس نتيجه اين شد كه اين اجماع از نظر صغروي هم مشكل دارد و ما نمي توانيم به اجماع در اينجا براي مدّعا به نحو مطلق استدلال كنيم.

فردا اين بحث را مي خواهيم بكنيم كه آيا در بيع صبي بين موارد يسيره و خطيره فرق وجود دارد يا نه؟

و صلي الله علي محمد و آله الطاهرين
