



درس فارج فقه استاد حام سید مجتبی نوامفیدی

موضوع کلی: نکاح

تاریخ: ۱۳ اسفند ۱۴۰۱

مصادف با: ۱۱ شعبان ۱۴۴۴

موضوع جزئی: احکام عقد - مسأله ۱۱ - شروط معتبر در عقد - ادله اشتراط بلوغ - دلیل دوم: روایات -

بررسی شمول روایات نسبت به فرض اجرای صیغه توسط صبی و کالتا - اقوال - کلام شیخ انصاری

جلسه: ۴۸

سال پنجم

«اَكْحَدُ اللَّهُ رَبُّ الْعَالَمِينَ وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ وَاللَّعْنُ عَلَى اَعْدَاءِهِمْ اجمعِينَ»

خلاصه جلسه گذشته

عرض کردیم به مقتضای آیه «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ» و نیز روایاتی که در مورد بلوغ وارد شده، اجمالاً می‌توانیم بگوییم بلوغ در جایی که صبی بخواهد استقلالاً برای خودش چه به اذن ولی و چه بدون اذن ولی عقد جاری کند، این صحیح نیست؛ بلوغ در چنین فرضی حتماً معتبر است و به عبارت دیگر در این فرض مسلوب العبارة است.

بورسی شمول روایات نسبت به فرض اجرای صیغه توسط صبی و کالتا

فرض دیگر آنجایی است که صبی بخواهد صرفاً اجرای صیغه کند؛ مثلاً وکالتا عن الغیر صرفاً عقد را جاری کند؛ دیگر بحث این نیست که عقد را برای خودش انجام دهد، مقدمات عقد را خودش فراهم کند؛ بلکه صرفاً مجری صیغه است، همه کارها را دیگران کرده‌اند، لکن او فقط اجرای صیغه می‌کند. آیا اینجا هم مسلوب العبارة است یا نه؟ به عبارت دیگر همانطور که قبلاً هم اشاره شد، بحث در این است که آیا صبی مطلقاً مسلوب العبارة است یا صرفاً در جایی که استقلالاً بخواهد عقد کند مسلوب العبارة است؟

نسبت به قسمت اول تقریباً مورد اتفاق است، همانطور که قبلاً گفتیم ادله هم ولو برخی به دلالت آیات اشکال کرده‌اند مثل مرحوم شیخ، اما مرحوم شیخ اجماع را ذکر کرده و البته در آن هم اشکال می‌کند؛ لکن به دلیل شهرت قویه و اخبار مستفضیه‌ای که در این باره وجود دارد، اعتبار بلوغ را می‌پذیرد، که اشاره خواهیم کرد. قدر مسلم این است که نسبت به فرض استقلال صبی می‌توانیم اعتبار بلوغ را ثابت کنیم.

دو دلیلی که ما ذکر کردیم، یکی این آیه و دیگری برخی روایات بود، و دلیل سوم را هم می‌توانیم بگوییم اجماع است. شیخ انصاری آیه را ذکر نکرده، روایت رفع قلم را ذکر کرد و در آن اشکال کرد و فرمود قابل استدلال نیست. بعد اجماع را مستمسک قرار داد و بعد از بیان و نقل عبارات فقهاء، حتی در اجماع هم تشکیک می‌کند؛ عبارت ایشان این است: «نعم، لقائل أن يقول إنما عرفت من المحقق والعلامة و ولده و القاضي وغيرهم خصوصاً المحقق الثاني ... يدل على عدم تحقق الاجماع»، ایشان حتی در اجماع هم اشکال می‌کند؛ با اینکه عده‌ای نسبت به مسأله اعتبار بلوغ ادعای اجماع کرده‌اند. حالاً اجماع منقول داریم، ولی اجماع منقول قابل اخذ نیست؛ اجماع محصل هم وجود ندارد. ولی شهرت عظیمه - به قول شیخ - در این مقام وجود دارد و مؤید آن هم برخی از اخبار و روایات است. لذا می‌فرماید «و كيف كان فالعمل على المشهور» که بلوغ را معتبر می‌دانند. «و يمكن أن يستأنس له أيضا بما ورد في الأخبار المستفيضة»، در اخبار مستفيضه این وارد شده که بلوغ معتبر است. مرحوم شیخ در واقع به استناد این شهرت قویه عظیمه، اعتبار بلوغ را می‌پذیرد؛ با اینکه شهرت را از ادله محسوب نمی‌کند، اما

اینجا به استناد شهرت این را قبول می‌کند. بعد یک سری روایاتی را مرحوم شیخ نقل می‌کند که به آنها تمسک شده برای بطلان عقد صبی؛ خود ایشان هم به آن روایات برای بطلان عقد صبی استناد کرده که عرض خواهیم کرد.

ولی اجمالاً دلیل سوم در مسأله که اجماع باشد، این هم محقق نیست؛ اما شهرت حتماً وجود دارد. لذا این دلیل هم نمی‌تواند مسلوب العبارة بودن صبی مطلقاً را اثبات کند. قدر مسلم از این شهرت محققه قویه و از روایات که ما اجمالاً آن را پذیرفتهیم و آیه بنابر برخی احتمالات این است که صبی در فرض استقلال مسلوب العبارة است؛ این قدر متیقн از مسأله است. اما بخش دیگر محل اختلاف واقع شده است؛ یعنی صبی برای دیگران وکالتاً، صرفاً مبادرت به اجرای صیغه کند.

اقوال

۱. عده‌ای مثل امام(ره) قائل هستند به اینکه صبی مطلقاً مسلوب العبارة است، احتیاطاً. عبارت ایشان در تحریر این است: «و الاحوط البناء على سقوط عبارة الصبي»، احوط آن است که عبارت صبی مطلقاً ساقط است. «لکن لو قصد المميز المعا و عقد لغيره وکالتاً أو فضولاً و اجازه أو عقد لنفسه مع إذن الوالى أو اجازته أو اجاز هو بعد البلوغ يتخلص بالاحتياط»، ایشان اینجا می‌گوید اگر ممیز (مطلق صبی منظور نیست، بلکه صبی ممیز مقصود است؛ چون صبی غیرممیز به نظر ایشان مطلقاً مسلوب العبارة است. زیرا قبل از آن هم همین را فرمود: «فلا اعتبار بعقد الصبي و المجنون ولو ادوارياً حال جنونه سواء عقدا لنفسهما أو لغيرهما». پس امام(ره) معتقد است صبی مطلقاً مسلوب العبارة است) قصد معنا کند و برای غیر عقد نماید با شروط مرتبط، يتخلص بالاحتیاط.

۲. اما مرحوم سید در عروه می‌فرماید «لكنه في الصبي الوكيل عن الغير محل تأمل لعدم الدليل على سلب عبارته إذا كان عارفاً بالعربية و علم قصده حقيقة و حديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا»؛ ایشان قبلش فرمود: فلا اعتبار بعقد الصبي، اما اینجا می‌فرماید لکن در صبی که وکیل از غیر است، محل تأمل. مرحوم آقای خوبی اینجا فرمودند «بل منع»، محل منع، یا «في الصبي الوكيل عن الغير منع»، یعنی هیچ اشکالی ندارد صبی وکالتاً عن الغير عقد را جاری کند. یک پله بالاتر از مرحوم سید، مرحوم سید فرمود محل تأمل، ایشان می‌گوید بلکه منع است؛ یعنی صبی وکیل عن الغير اگر عقد جاری کند، هیچ اشکالی ندارد و عقد او باطل نیست و واقع می‌شود.

فرق نظر مرحوم سید آقای خوبی اینجا معلوم می‌شود؛ مرحوم سید می‌فرماید «لعدم الدليل على سلب عبارته»، دلیلی بر سلب عبارت صبی در حالی که فقط مجری عقد باشد وجود ندارد. اما مرحوم آقای خوبی نظرشان این است که دلیل بر عدم سلب عبارت صبی داریم؛ صرف عدم الدليل بر سلب العبارة نیست؛ ما می‌توانیم از روایات (که بعداً ذکر خواهیم کرد)، روایتی را پیدا کنیم که دلالت می‌کند بر عدم سلب عبارت صبی. البته مرحوم سید یک شرط می‌گذارد «إذا كان عارفاً بالعربية و علم قصده حقيقة»، اولاً باید با عربی آشنا باشد و قصد کند؛ ما یقین داشته باشیم که او صرف لقلقه لسان ندارد، بلکه قصد انشاء عقد به این الفاظ دارد. «و حديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا»، می‌گوید «رفع عن الصبي حتى يحتمل» مربوط به آنجایی است که صبی بخواهد استقلالاً مبادرت به عقد کند، اما وکالتاً به هیچ وجه مشمول روایت نیست.

بعد مرحوم سید می‌فرماید: «و كذا إذا كان لنفسه باذن الوالى او اجازته او اجاز هو بعد البلوغ»، یعنی در مورد صبی که با اذن ولی یا اجازه او این عمل را انجام می‌دهد، یا اجازه خودش بعد از بلوغ، اینجا اشکالی ندارد. استقلالاً نباید این کار را بکند، اما

اگر با اذن ولی باشد یا اجازه ولی یا بعد از بلوغ خودش آن را اجازه کند، این هم اشکالی ندارد. پس ملاحظه فرمودید از یک طرف مثل مرحوم سید و مرحوم آقای خوبی صبی را مطلقاً مسلوب العبارة نمی‌دانند؛ اما عده‌ای مثل امام(ره) قائل به سلب عبارت صبی مطلقاً هستند، از جمله مرحوم آقای نائینی؛ ایشان می‌نویسد «الاحوط عدم الاعتداد بعقده مطلقاً»، درست است فتوا نمی‌دهد و احتیاط وجوبی می‌کند، اما معتقد است عقد صبی مطلقاً قابل اعتنا نیست. مرحوم محقق عراقی هم تقریباً همین نظر را دارد که مطلقاً عقد صبی اثر ندارد. اینجا که مرحوم سید فرموده ما دلیل نداریم بر عدم اعتبار عقد صبی، در حالی که وکالتاً عن الغیر عقد جاری می‌کند، فرموده‌اند «یکفی فيه اطلاق معاقد الجماعات وبعض وجود آخر تعرضناه في كتاب البيع»؛ ایشان می‌گوید معاقد اجتماعات اطلاق دارد، برخی ادله دیگر هم هست. امام(ره) در ذیل همین فرض، غیر از عبارت تحریر که خواندیم، در حاشیه عروه^۱ می‌فرماید «الاقوى سلب عبارته»، همینجا که مرحوم سید می‌گوید در مورد صبی وکیل عن الغیر محل تأمل است چون دلیل بر سلب عبارت نداریم، امام می‌فرماید «الاقوى سلب عبارته»، ایشان هم مطلقاً صبی را مسلوب العبارة می‌داند.

پس دو دیدگاه اینجا وجود دارد؛ سلب عبارة الصبی مطلقاً، یعنی چه جایی که وکیل باشد و چه آنجایی که استقلالاً عقد جاری می‌کند. یک دیدگاه این است که تنها در جایی که استقلالاً عقد جاری می‌کند عبارت او مسلوب است، اما اگر وکالتاً باشد اشکالی ندارد.

یک فرض هم محل اختلاف است.

صور سه‌گانه در مورد عقد صبی

پس سه صورت داریم:

۱. انجام عقد استقلالاً کاری به ولی و اذن و اجازه او و اجازه خودش بعد البلوغ ندارد. این محل وفاق است که باطل است.
۲. صورت دوم آنجایی است که وکالتاً عن الغیر فقط و فقط اجرای صیغه کند؛ این اختلاف را ملاحظه فرمودید، از یک طرف عده‌ای این را باطل می‌دانند اما عده‌ای آن را صحیح می‌دانند، مثل مرحوم سید که می‌گوید منوع نیست و مرحوم آقای خوبی.
۳. صورت سومی هم در اینجا وجود دارد و آن اینکه عقد را با اذن ولی برای خودش انجام دهد یا مراعی بماند تا زمانی که خودش بعد البلوغ اجازه کند. در این فرض، مرحوم سید قائل به عدم بطلان است؛ چون فرمود «و إذا كان ل نفسه بإذن الولي». مرحوم امام(ره) در این فرض می‌گوید تنها اگر ممیز باشد و قصد کند معنا را، چه وکالتاً و چه فضولاً، و اجازه صورت بگیرد، اینجا با احتیاط باید از آن تخلص پیدا کرد. مرحوم آقای خوبی در این فرض می‌فرماید: «ثم إنّ مقتضى اطلاقات هذه النصوص و أدلة رفع القلم عدم الفرق في الحكم بين كون الفعل الصادر منه على نحو الاستقلال بإذن من الولي و عدمه» مقتضای این نصوص و ادله رفع قلم این است که فرقی در حکم بین آن فعلی که علی نحو الاستقلال از صبی صادر می‌شود در جایی که اذن از ولی باشد یا نباشد، وجود ندارد. «فيحكم فيهما معاً بالبطلان و لعله متسلالم عليه بينهم»؛ پس در هر دو حکم به بطلان می‌شود و کأن این متسلالم عليه است. یعنی چه آنجایی که اذن ولی باشد و چه نباشد، ولی به نحو استقلال دارد این کار را می‌کند. پس کأن مرحوم آقای خوبی فقط جایی که وکالت عن الغیر و صرفاً مجری صیغه باشد، آنجا را می‌گوید اشکالی ندارد.

۱. عروه، ج.۵، ص.۶۰۳.

اما اگر استقلالاً بدون اذن ولی باشد می‌گوید باطل است؛ اگر استقلالاً مع اذن الولی باشد، آن را هم می‌گوید باطل است. تنها در یک صورت می‌گوید باطل نیست؛ دیگر اشاره‌ای به ممیز و غیر ممیز هم نشده است؛ در متن عروه هم مسئله ممیز بودن ذکر نشده است؛ فقط امام در متن تحریر به صبی ممیز اشاره کرده‌اند. اما کأن مرحوم سید بین اذن ولی و عدم اذن ولی فرق گذاشته‌اند، «و کذا إذا كان لنفسه باذن الولي أو اجازته أو اجازته هو بعد البلوغ». می‌گوید اگر صبی برای خودش با اذن ولی یا اجازه ولی یا اجازه خودش بعد البلوغ عقد جاری کند، کأن اشکالی ندارد.

پس سه صورت در مسئله وجود دارد؛ آنچه که ما می‌توانیم بگوییم این است که صورت اول متسالم عليه است. صورت دوم محل اختلاف است؛ صورت سوم هم به نحوی محل اختلاف است. اینکه صورت سوم را مرحوم آقای خوبی می‌گویند متسالم عليه است، این چنین نیست. حالا یا از عبارت عروه یک طور دیگر برداشت کرده‌اند که مثلاً «کذا إذا كان لنفسه» را به صدر مسئله برگردانده‌اند، در حالی که از عبارت مرحوم سید در عروه چنین چیزی استفاده نمی‌شود.

من علت اینکه این را توضیح دادم، برای اینکه دقیقاً اقوال و صور مسئله معلوم شود؛ فرض مسئله در اینجا دقیقاً تبیین شود. وقتی بحث از اعتبار بلوغ می‌شود، اینطور نیست که کلاً مشهور یک نظر دارند و بگوییم دیگران نظر دیگر دارند. نه، سه صورت می‌توانیم اینجا تصویر کنیم؛ بله، در یک فرض می‌توانیم بگوییم مورد قبول همه است، اما دو فرض دیگر محل اختلاف است. الان بحث ما در فرضی است که صبی بخواهد وکالتاً عن الغیر این کار را انجام دهد؛ بلکه من معتقدم آنجایی که مع اذن الولی می‌خواهد عقد جاری کند هم به این ملحق است. آنجایی که بدون اذن ولی و استقلالاً بخواهد عقد بخواند، بدون اطلاع ولی و خودش برود عقد کند و همان موقع هم بگوییم صحیح است، این قطعاً قابل قبول نیست و این مورد اتفاق است. اما فرض کنید این بچه به زبان عربی آشنا و وارد است و معنای آن را می‌داند، مثلاً پدری دارد که ولی اوست و هیچ چیزی بلد نیستند و نمی‌توانند صیغه را جاری کنند؛ به او می‌گویند تو اجرای صیغه کن. آیا این باطل است یا نه؟ به عبارت دیگر حتی عبارت صبی در همین اندازه هم بی‌اثر است یا اینکه صبی مسلوب العبارة مطلقاً نیست؟ ملاحظه فرمودید یک قول این است که مطلقاً مسلوب العبارة هست؛ یک قول این است که مطلقاً مسلوب العبارة نیست. حالا بینیم دلیل کسانی که معتقدند صبی مطلقاً مسلوب العبارة است، چیست.

کلام شیخ انصاری

مرحوم شیخ انصاری معتقد است که روایاتی داریم که از آنها استفاده می‌شود عبارة الصبی كاللفظ صادر من الحیوان، هیچ فرقی نمی‌کند که بچه بگوید انکحت یا مثلاً این لفظ را تقليداً حیوانی مثل طوطی بگوید، هیچ فرقی نمی‌کند، هیچ اثری ندارد و باطل است. روایاتی با این مضمون داریم که «**عمد الصبی و خطأ واحد**» عمد و خطای صبی یکی است؛ ایشان می‌گوید این دلالت می‌کند بر اینکه عبارت صبی هیچ اثری ندارد و مسلوب العبارة است مطلقاً. تقریب استدلال به این روایت این است:

این روایات دلالت بر این دارد که هر عمل و کاری که در بالغان بین صورت عمد و خطای آن از جهت شرع فرق وجود دارد، در مورد صبی هیچ فرقی بین عمد و خطای او نیست. یعنی کارهای از روی عمد و قصد اطفال و صیبان، مثل کارهای سهوی و خطای بالغان است. لذا اگر فرض کنید یک شخص بالغ سهواً و خطأً عقد نکاح جاری کند، مثلاً می‌خواهد یک لفظ دیگر بگوید ولی اشتباهًا می‌گوید انکحتک، هیچ اثری بر آن متربّ نمی‌شود؛ یعنی عقدی واقع نمی‌شود و این باطل است. صبی هم

اگر عقدی را واقع کند، ولو عمداً و نه خطاءً این هیچ اثری ندارد. عمد الصبی و خطأه واحد به نظر شیخ یعنی بین کار عمدی و خطای صبی هیچ فرقی نیست. در بالغان اینطور نیست؛ بین کار عمدی و سهوی آنها فرق است؛ کار عمدی بالغان اثر دارد و کار سهوی آنها بی اثر است. اما در اطفال هیچ فرقی نیست؛ همانطور که کار سهوی اثر ندارد، کار عمدی آنها هم بی اثر است.

بحث جلسه آینده

این عبارت مرحوم شیخ تتمه‌ای دارد که در جلسه آینده بیان خواهیم کرد. تقریب این استدلال بیان شد؛ لکن اشکال یا إنقلتی اینجا وجود دارد که مرحوم شیخ آن إنقلت را جواب می‌دهد، بعد نتیجه می‌گیرد این روایات دلالت می‌کند بر بطلان عقد صبی. یعنی اینکه صبی مطلقاً مسلوب العبارة است.

«والحمد لله رب العالمين»