



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ

مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ

تَحْكِيمُ الْأَطْفَالِ وَإِدْرَارِهَا

مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ

مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ

مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ



مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ الْمَدِينَةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

موسوعه احكام الاطفال و ادلتها : مقارنه تفصيليه بين مذهب الاماميه و المذاهب الاخرى

كاتب:

محمد جواد فاضل لنكرانى

نشرت فى الطباعة:

مركز فقه الائمه الاطهار (عليهم السلام)

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٠	موسوعه احكام الاطفال و ادلتها : مقارنه تفصيليه بين مذهب الاماميه و المذاهب الاخرى الجزء الثانى
٢٠	اشاره
٢١	اشاره
٢٥	تتمه الباب الرابع فى الولايه على الأطفال
٢٥	الفصل السادس فى ولايه الوكيل
٢٥	اشاره
٢٥	المبحث الأول: معنى الوكاله و ذكر الأقوال فيها
٣٠	المبحث الثانى: أدله هذا الحكم
٣٣	المبحث الثالث: ولايه الوكيل عند الجمهور من أهل السنه
٣٣	اشاره
٣٣	أ - المالكيه
٣٤	ب - الحنابله
٣٤	ج - الحنفيه
٣٥	د - الشافعيه
٣٧	الفصل السابع فى ما يترتب على نكاح الصغيرين
٣٧	اشاره
٣٧	المبحث الأول: التوارث بين الصغيرين
٣٧	اشاره
٣٨	أدله توارث الصغيرين عن الآخر
٣٩	إذا عقد على الصغيرين غير وليهما
٤٢	الجواب عن شبهتين فى الصحيحه
٤٣	رأى بعض أهل السنه فى المسأله
٤٥	المبحث الثانى: من عليه المهر

- ٤٥ اشاره
- ٥٠ تترتب على هذه المسأله فروع:
- ٥٢ رأى بعض أهل السنه فى ضمان الأب، المهر:
- ٥٣ المبحث الثالث: الحرمة بالمصاهره
- ٥٣ اشاره
- ٥٤ المسأله الأولى: نكاح أم الزوجه الصغيره
- ٥٤ اشاره
- ٥٤ القول الأول: عدم الحرمة
- ٥٥ أدلته قول الأول
- ٥٥ الأول: أصله الإباحه
- ٥٦ الثانى: قوله - تعالى -: وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ
- ٥٨ الثالث: الأخبار الكثيره:
- ٦٠ القول الثانى حرمة أم الزوجه الصغيره على الزوج
- ٦١ أدلته هذا القول
- ٦٤ الترجيح للأخبار التى دلّت على التحريم
- ٦٥ القول الثالث التوقف فى المسأله
- ٦٦ آراء فقهاء أهل السنه فى المسأله
- ٦٧ رأى المحقق القمى فى تزويج الصغيره
- ٧٣ الجواب عن المحقق القمى رحمه الله
- ٧٧ المسأله الثانيه و الثالثه حرمة زوجة كل من الأب و الابن على الآخر
- ٨٠ المبحث الرابع: عدم جواز وطء الزوجه قبل التسع
- ٨٠ اشاره
- ٨٠ المطلب الأول: حرمة وطء الزوجه قبل التسع
- ٨٢ المطلب الثانى: حكم الدخول بالزوجه قبل التسع
- ٨٥ المطلب الثالث: عدم كون الإفضاء موجباً للبينونه
- ٨٦ المطلب الرابع: وجوب الديه بالإفضاء

- ٨٦ اشاره
- ٨٨ الطائفه الثانيه:
- ٩١ المطلب الخامس: وجوب نفقتها على الزوج
- ٩٢ المطلب السادس: وجوب المهر لها
- ٩٢ المطلب السابع: جواز وطنها لو اندمل الموضع
- ٩٢ اشاره
- ٩٣ آراء فقهاء أهل السنه في جواز وطء الصغيره قبل التسع
- ٩٣ أ - الحنفية
- ٩٣ ب - المالكيه
- ٩٤ ج - الحنابله
- ٩٤ د - الشافعيه
- ٩٥ المبحث الخامس: حكم نفقه الزوجه الصغيره
- ٩٥ اشاره
- ٩٥ للزوجين بالنسبه إلى وجوب النفقه و عدمه أربع حالات
- ٩٥ أما الأولى: فخارج عن مورد بحثنا الآن
- ٩٥ و أما الثانيه: فيظهر حكمها مما يأتي البحث في الحاله الثالثه و الرابعه
- ٩٥ و أما الثالثه: و هي ما إذا كان الزوج كبيراً و الزوجه صغيره
- ٩٥ لو كانت الزوجه صغيره؟ قولان:
- ٩٧ القول كون وجوب النفقه، مشروطاً بالتمكين الكامل
- ٩٨ أدله اشتراط وجوب النفقه بالتمكين
- ١٠٤ القول الثاني اقتضاء عقد النكاح بذاته للنفقه
- ١٠٤ أدله هذا القول
- ١٠٤ الأول: الآيات
- ١٠٧ الثاني: الأخبار:
- ١١١ و أما الحاله الرابعه أن تكون الزوجه كبيره و الزوج صغيراً
- ١١١ القول الأول عدم وجوب النفقه على الزوج الصغير

- أدله هذا القول ١١٢
- القول الثاني وجوب نفقه الزوجه على الزوج الصغير ١١٤
- آراء فقهاء أهل السنّه فى نفقه الزوجه الصغيره ١١٥
- المبحث السادس: حكم عده الصغيره فى الطلاق ١١٨
- اشاره ١١٨
- جواب العلامه و الشهيد عن استدلال السيد المرتضى ١٢٠
- الروايات التى تدلّ على مذهب السيد المرتضى و أتباعه ١٢٣
- إيضاح: ١٢٥
- عدم وجوب العده على الزوجه الصغيره ١٢٥
- أدله عدم ثبوت العده للصغيره ١٢٧
- وجوب عده الوفاه على الزوجه الصغيره ١٣٠
- رأى فقهاء أهل السنّه فى عده الصغيره ١٣٣
- وجوب الحداد على الزوجه الصغيره ١٣٤
- المبحث السابع: عدم الولايه على الطلاق ١٣٨
- اشاره ١٣٨
- أدله عدم جواز طلاق الولي عن الصبي ١٣٩
- آراء فقهاء أهل السنّه فى هذه المسأله ١٤٢
- تنبيه ١٤٦
- الفصل الثامن فى النظر إلى الصبي و الصبيّه و لمسهما و تقبيلهما ١٤٨
- تمهيد ١٤٨
- المبحث الأول: النظر إلى جسد الصبيّه و الصبي و عورتها ١٥٠
- أ - النظر إلى الصبيّه ١٥٠
- اشاره ١٥٠
- أدله جواز النظر إلى الصغيره ١٥١
- عدم جواز النظر إلى الصغيره مع تلذذ و شهوه ١٥٥
- ب: نظر المرأة إلى الصغير ١٥٦

- ج: نظر الصبي إلى المرأة الأجنبيةه ١٥٧
- اشاره ١٥٧
- إيضاح ١٦٢
- د: النظر إلى عوره الصغيره ١٦٢
- ه: نظر المميز إلى عوره الرجل أو المرأة ١٦٣
- المبحث الثاني: لمس الصبيّه و الصبي ١٦٨
- المبحث الثالث: تقبيل الرجل الصبيّه و المرأة للصبي ١٧١
- اشاره ١٧١
- المطلب الأول: تقبيلها قبل أن يأتي عليهما ستّ سنين ١٧١
- اشاره ١٧١
- أدله هذا الحكم ١٧١
- المطلب الثاني: تقبيلها بعد أن يأتي عليها ستّ سنين ١٧٧
- اشاره ١٧٧
- إيضاح ١٧٩
- أنظار فقهاء أهل السنّه في مباحث هذا الفصل ١٨٠
- الفصل التاسع في ولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار ١٨٧
- تمهيد ١٨٧
- المبحث الأول: ثبوت ولاية الأب و الجدّ على الأموال و أدلتها ١٨٩
- اشاره ١٨٩
- إيراد المحقّق الاصفهاني و الجواب عنه ١٩٥
- إيراد المحقّق الإيرواني و السيّد الخوئي و الجواب عنهما ١٩٦
- الايراد على الاستدلال بهذه الأخبار و الجواب عنه ١٩٩
- «الولاية على أموال الصغار عند فقهاء أهل السنّه» ٢٠٤
- المبحث الثاني: تعميم الولاية للأجداد كلّهم ٢٠٧
- اشاره ٢٠٧
- المطلب الأول: عدم اختصاص الولاية بالجدّ الداني ٢٠٧

- ٢٠٧ اشاره
- ٢٠٨ الإيراد على الاستدلال و الجواب عنه
- ٢٠٩ المطلب الثاني: كون الأجداد في مرتبه واحده
- ٢١١ المطلب الثالث: تقارن تصرف الأب و الجدّ
- ٢١١ اشاره
- ٢١٣ آراء فقهاء أهل السنّه في مسائل هذا المبحث
- ٢١٥ المبحث الثالث: شرائط ولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار
- ٢١٥ اشاره
- ٢١٥ المطلب الأوّل: اشتراط العدالة
- ٢١٥ اشاره
- ٢١٥ أقوال:
- ٢١٥ القول الأوّل: أنّه يعتبر في موضوع ولاية الأب و الجدّ العدالة
- ٢١٦ أدلّه هذا الشرط
- ٢١٩ الجواب عن الاستدلال بآيه النبأ
- ٢٢١ إيضاح
- ٢٢٢ القول الثاني عدم اشتراط العدالة في ثبوت الولاية للأب و الجدّ
- ٢٢٣ أدلّه قول الثاني
- ٢٢٩ القول الثالث: التوقّف في المسأله
- ٢٣٠ اشتراط العدالة في الولاية على الأموال، عند بعض أهل السنّه
- ٢٣١ المطلب الثاني: اشتراط المصلحه أو عدم المفسده
- ٢٣١ اشاره
- ٢٣٣ كون نفوذ تصرفات الأب و الجدّ منوطاً بعدم المفسده
- ٢٣٧ تصرفات الوليّ مشروطاً بالمصلحه
- ٢٣٨ أدلّه اعتبار المصلحه في تصرفات الأب و الجدّ
- ٢٤٢ مناقشه الشيخ الأعظم على الاستدلال بالآيه و الجواب عنه
- ٢٤٦ اشتراط إحراز المصلحه أو عدم المفسده

- ٢٤٨ آراء جمهور أهل السنّة في مسائل هذا البحث
- ٢٥٠ المبحث الرابع: ولاية الوصيّ على أموال الصغار
- ٢٥٠ اشاره
- ٢٥٠ المطلب الأوّل: ولاية الوصيّ وأدلتها
- ٢٥٠ اشاره
- ٢٥١ أدلّه ولاية الوصيّ على أموال الصغار
- ٢٥٤ آراء فقهاء أهل السنّة في ولاية الوصيّ على أموال الصغار
- ٢٥٧ المطلب الثاني: في بيان شرائطها:
- ٢٥٧ اشاره
- ٢٥٨ اشتراط تصرّفات الوصيّ للمصلحة عند أهل السنّة
- ٢٦٠ المبحث الخامس: نفوذ تصرفات الوكيل على أموال الصغار
- ٢٦٢ الفصل العاشر في ولاية الحاكم، والقاضي و عدول المؤمنين على أموال الصغار
- ٢٦٢ اشاره
- ٢٦٢ المبحث الأوّل: ولاية الحاكم
- ٢٦٢ اشاره
- ٢٦٥ أدلّه ولاية الحاكم على أموال الصغار
- ٢٦٧ إيراد المحقّق الخوئيّ على الاستدلال بالآيه و الجواب عنه
- ٢٧٣ الإيراد على الاستدلال بالصحيحه و الجواب عنه
- ٢٨٧ جواز التصرّف في أموال الصغار حسبة
- ٢٨٩ ولاية الحاكم على أموال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّة
- ٢٩١ المبحث الثاني: اعتبار المصلحة في تصرّفات الحاكم و أمينه
- ٢٩١ اشاره
- ٢٩١ فيه أقوال:
- ٢٩١ اشاره
- ٢٩١ اعتبار المصلحة في تصرّفات الحاكم
- ٢٩٣ أدلّه هذا الحكم

- الأول: الآيات :- ٢٩٣
- الثاني: النصوص :- ٢٩٥
- توهم التعارض و الجواب عنه ٢٩٨
- فرعان ٣٠٠
- اعتبار الأصلح في تصرفات الحاكم ٣٠٥
- عدم اعتبار المصلحه في تصرفات الحاكم ٣٠٨
- أدله هذا القول ٣٠٨
- اعتبار المصلحه في ولاية الحاكم عند فقهاء أهل السنه ٣٠٩
- المبحث الثالث: ولاية القضاة ٣١٢
- تمهيد ٣١٢
- أدله ولاية القضاة على أموال الصغار ٣١٥
- ولاية القضاة على أموال الأيتام عند فقهاء أهل السنه ٣٢٠
- تذكرة ٣٢١
- المبحث الرابع: ولاية عدول المؤمنين ٣٢٣
- اشاره ٣٢٣
- فيه أقوال: ٣٢٣
- الأول: ثبوت الولاية لهم ٣٢٣
- أدله هذا الحكم ٣٢٧
- القول الثاني عدم ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام ٣٣٤
- يجوز لعدول المؤمنين نصب القيم للأيتام ٣٣٥
- عدم ثبوت الولاية على أموال الصغار للفساق ٣٣٧
- آراء مذاهب أهل السنه في المسأله ٣٣٩
- المبحث الخامس: شرائط ولاية عدول المؤمنين ٣٤١
- اشاره ٣٤١
- عدم اشتراط ولاية عدول المؤمنين بتعدّر الإذن من الفقيه ٣٤٤
- تذكرة ٣٤٨

٣٤٩	الباب الخامس في بيان موارد تصرف الأولياء
٣٤٩	تمهيد
٣٥١	الفصل الأول في البيع والشراء والاتجار والمصالحة بمال الصبي
٣٥١	اشاره
٣٥١	المبحث الأول: البيع والشراء والاتجار بمال الصبي
٣٥١	اشاره
٣٥٣	أدله جواز البيع والشراء بمال الطفل
٣٥٥	آراء فقهاء أهل السنه في هذه المسأله
٣٥٩	المبحث الثاني: الفروع التي تنشأ من ولاية الأولياء على أموال الصغار
٣٥٩	اشاره
٣٧٦	آراء فقهاء أهل السنه في اختلاف الوصي مع الصغير
٣٧٨	المبحث الثالث: المصالحة بمال الطفل
٣٧٨	اشاره
٣٧٩	أدله جواز المصالحة بمال الطفل
٣٨٠	عدم تبرئه ذمه من عليه الحق
٣٨٢	حكم المصالحة بمال الصبي عند فقهاء أهل السنه
٣٨٥	الفصل الثاني في الأمور التي هي من شئون الاتجار
٣٨٥	اشاره
٣٨٦	المبحث الأول: المضاربه والإبضاع بمال اليتيم
٣٨٦	اشاره
٣٨٩	أدله هذين الحكمين
٣٩١	المضاربه والإبضاع بمال الصبي عند أهل السنه
٣٩٥	المبحث الثاني: الرهن والارتهان والإقراض والاقتراض
٣٩٥	اشاره
٣٩٧	أدله جواز رهن مال الصبي
٣٩٨	الارتهان للصغير

- ٤٠٠ اشتراط كون الرهن مساوياً لمال الصغير أو أزيد
- ٤٠١ آراء فقهاء أهل السنّه في المسائل التي تقدّمت
- ٤٠٦ اقتراض الولي من مال الصبي
- ٤٠٧ أدلّه جواز اقتراض الولي من مال الصبي
- ٤٠٨ عدم جواز الاقتراض من مال الصبي
- ٤٠٩ اقتراض الولي من مال الصبي عند فقهاء أهل السنّه
- ٤١٠ المبحث الثالث: إيداع مال الصبي و عاريته
- ٤١٠ اشاره
- ٤١٢ أدلّه جواز إيداع مال الصبي
- ٤١٢ الإيداع و العاربه في مال الصبي عند فقهاء أهل السنّه
- ٤١٤ إيضاح
- ٤١٥ الفصل الثالث في إجاره الولي الصبي أو ماله
- ٤١٥ اشاره
- ٤١٨ المبحث الأول: إجاره الولي نفس الصبي
- ٤١٨ اشاره
- ٤٢٢ جواز فسخ الصبي بعد بلوغه و رشده
- ٤٢٤ عدم جواز فسخ الصبي بعد بلوغه و رشده
- ٤٢٤ اشاره
- ٤٢٥ أدلّه هذا القول
- ٤٢٨ المبحث الثاني: إجاره الولي ما يملكه الصبي
- ٤٢٨ اشاره
- ٤٣٢ فرع
- ٤٣٣ إجاره الولي نفس الصبي أو ماله عند فقهاء أهل السنّه
- ٤٣٧ المبحث الثالث: جواز أخذ الأجره من مال الطفل
- ٤٣٧ اشاره
- ٤٣٧ المقام الأول: أن يكون المتولّي فقيراً

- ٤٣٧ اشاره
- ٤٤٢ أدلّه جواز أخذ الوليّ اجره المثل .
- ٤٥٠ المناقشه فى الاستدلال بالآيه .
- ٤٥٢ المناقشه فى الاستدلال بالموتقه .
- ٤٥٥ جواز أخذ الأجره .
- ٤٥٦ أدلّه جواز أخذ الأجره مع الغنى .
- ٤٥٩ أمور هامه ينبغى ذكرها .
- ٤٦٢ آراء فقهاء أهل السنّه فى جواز أخذ الأجره من مال الطفل: .
- ٤٦٨ الفصل الرابع فى استيفاء حقوق الطفل .
- ٤٦٨ تمهيد .
- ٤٦٩ المبحث الأول: استيفاء حقّ الشفعه .
- ٤٦٩ اشاره .
- ٤٧٠ أدلّه استيفاء حقّ الشفعه للصبي .
- ٤٧١ للصبي أخذ الشفعه بعد البلوغ .
- ٤٧٢ ليس للصبي أخذ الشفعه بعد البلوغ .
- ٤٧٣ أخذ الوليّ الشفعه عند فقهاء أهل السنّه .
- ٤٧٧ المبحث الثانى: استيفاء حقّ الخيار للصبي .
- ٤٧٧ اشاره .
- ٤٨٠ ثبوت الخيار للوليّ فى حال كونه موجباً وقابلاً باعتبارين .
- ٤٨٠ اشاره .
- ٤٨٠ القول الأول: ثبوت الخيار للوليّ ما لم يشترط سقوطه .
- ٤٨١ القول الثانى: عدم ثبوت الخيار للوليّ أصلاً .
- ٤٨٢ القول الثالث: - و لعلّه هو الأقوى - التوقف فى المسأله .
- ٤٨٢ فرع .
- ٤٨٢ استيفاء حقّ الخيار عند فقهاء أهل السنّه .
- ٤٨٥ المبحث الثالث: الولايه على القبول و القبض فى الهبه .

- ٤٨٥ اشارة
- ٤٨٥ المطلوب الأول: الولاية على قبول الهبة
- ٤٨٥ اشارة
- ٤٨٨ أدلّه جواز الهبة بالمعاطاه
- ٤٨٩ إيضاح
- ٤٩٠ قبول الولي الهبة و الهدية للصبي
- ٤٩٢ فرع
- ٤٩٣ آراء فقهاء أهل السنّة في المسأله
- ٤٩٤ المطلوب الثاني: الولاية على قبض الهبة
- ٤٩٤ اشارة
- ٤٩٧ أدلّه قبض الولي الهبة للصبي
- ٤٩٩ اشتراك الصدقه و الهبة في القبض
- ٤٩٩ فروع
- ٤٩٩ الأول: هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتمخّض القبض للهبة أو لا يعتبر؟ قولان:
- ٥٠٠ الفرع الثاني: أنه هل للوصي أن يتولّى القبض عن الطفل أم لا؟ قولان:
- ٥٠١ الفرع الثالث: قال العلامة: «و للولي أن يهب مال الطفل بشرط الثواب مع المصلحه
- ٥٠١ آراء فقهاء أهل السنّة في الولاية على قبض الهبة
- ٥٠٦ المبحث الرابع: الولاية على القبض في الوقف على الأطفال
- ٥٠٦ اشارة
- ٥٠٦ المطلوب الأول: أن يتولّى الأب أو الجدّ أو الوصي القبض عن الصغير
- ٥٠٦ اشارة
- ٥٠٨ أدلّه هذا الحكم
- ٥٠٨ المطلوب الثاني: اعتبار قصد القبض أو عدمه عن الصبي
- ٥٠٨ اشارة
- ٥١٢ أدلّه عدم اعتبار قصد القبض عن الصبي
- ٥١٦ فرع

٥١٦	الولاية على القبول و القبض فى الوقف عند أهل السنّه
٥٢٢	المبحث الخامس: الولاية على قبول الوصية للصغير
٥٢٢	اشاره
٥٢٥	الولاية على القبول فى الوصية للصغير عند فقهاء أهل السنّه
٥٢٩	الفصل الخامس فى الوصيه بالولاية
٥٢٩	تمهيد
٥٣٠	المبحث الأول: تعريفها و أركانها
٥٣٠	أ - تعريفها
٥٣٠	ب - أركانها
٥٣٠	اشاره
٥٣٢	إيضاح
٥٣٤	المبحث الثانى: ولاية الأب و الجدّ فى الوصية بأمور أولادهم
٥٣٤	اشاره
٥٣٦	أدلّه جواز الوصية بالولاية
٥٣٩	فرع
٥٣٩	آراء فقهاء أهل السنّه فى الوصية بالولاية
٥٤٢	إيضاح
٥٤٤	المبحث الثالث: ولاية الوصى فى المقام
٥٤٤	اشاره
٥٤٤	أدلّه الصورة الأولى
٥٤٦	عدم جواز الوصية بالولاية:
٥٤٨	إطلاق الوصية
٥٥٠	جواز الوصية بالولاية
٥٥٢	آراء فقهاء أهل السنّه فى الوصيه بالولاية من الوصى
٥٥٦	المبحث الرابع: عدم ولاية الحاكم على الوصيه بالولاية
٥٥٦	اشاره

٥٥٧	أدلّه عدم جواز الوصيّة بالولاية للحاكم
٥٥٨	فرع
٥٥٨	إيضاح
٥٦٠	المبحث الخامس: عدم تولّي الأمّ الوصيّة بالولاية
٥٦٠	اشاره
٥٦٢	فرع
٥٦٣	آراء فقهاء أهل السنّه فى الوصيه بالولاية للأّم
٥٦٥	المبحث السادس: نصب القيم مع وجود الجدّ
٥٦٥	اشاره
٥٦٦	أدلّه هذا الحكم
٥٦٨	بطلان الوصيّة فى زمان ولاية الجدّ
٥٦٨	صحّه الوصيّة فى الثلث
٥٧٠	آراء فقهاء أهل السنّه فى نصب القيم مع وجود الجدّ
٥٧٣	المبحث السابع: الطرق المعتمده لإثبات الوصيّة بالولاية
٥٧٣	اشاره
٥٧٣	إثباتها عند عدم الاختلاف
٥٧٥	إثبات الوصيّة بالولاية بالكتابه
٥٧٥	اشاره
٥٨٨	فرع: حكم الوصيّة التى سجّلت فى الشريط أو غيره
٥٨٩	إثبات الوصيّة بالولاية مع اختلاف الورثه
٥٨٩	اشاره
٥٩٨	فرع: يستحبّ الإشهاد على الوصيّة
٥٩٩	إثبات الوصيّة بالولاية عند أهل السنّه
٦٠٣	المبحث الثامن: الرجوع عن الوصيّة أو استبدالها
٦٠٣	اشاره
٦٠٣	المطلب الأوّل: رجوع الموصى عن الوصيّة

- ٦٠٣ - اشاره
- ٦٠٤ - أدله جواز الرجوع من الوصية
- ٦٠٥ - المطلب الثاني:
- ٦٠٥ - اشاره
- ٦٠٧ - أدله جواز رد الوصية للوصي
- ٦٠٩ - المطلب الثالث:
- ٦٠٩ - اشاره
- ٦٠٩ - تمهيد
- ٦٢٣ - المبحث التاسع: كون الوصي أميناً
- ٦٢٣ - اشاره
- ٦٢٥ - أدله عدم ضمان الوصي
- ٦٣١ - فرع
- ٦٣٢ - المبحث العاشر: الحاكم وصي لمن لا وصي له
- ٦٣٢ - اشاره
- ٦٣٦ - آراء فقهاء أهل السنة في المقام
- ٦٣٩ - المبحث الحادي عشر: فروع حول الوصية للحمل
- ٦٣٩ - اشاره
- ٦٥٠ - الوقف على الحمل عند أهل السنة
- ٦٥٢ - فهرس أحكام الأطفال و أدلتها
- ٦٧٤ - تعريف مركز

موسوعه احكام الاطفال و ادلتها : مقارنه تفصيليه بين مذهب الاماميه و المذاهب الاخرى الجزء الثانى

اشاره

سرشناسه:فاضل لنكرانى، محمدجواد، ۱۳۴۱ -

عنوان و نام پديدآور:موسوعه احكام الاطفال و ادلتها : مقارنه تفصيليه بين مذهب الاماميه و المذاهب الاخرى الجزء الثانى /
اشراف محمدجواد الفاضل اللنكرانى؛ تاليف جمع من المحققين فى اللجنه الفقهيه؛ رتبها و نظمها قدره الله الانصارى.

مشخصات نشر:قم : مركز فقه الائمه الاطهار عليهم السلام، ۱۴۲۸ق.== ۱۳۸۶ -

مشخصات ظاهرى:ج.

شابك: ۳۵۰۰۰ ريال دوره: ۹۶۴-۷۷۰۹-۱۶-۱ ؛ ج. ۱: ۹۶۴-۷۷۰۹-۱۷-X ؛ ۴۰۰۰۰ ريال (ج. ۱، چاپ دوم) ؛ ج. ۲: ۹۶۴-
۷۷۰۹-۱۸-۸ ؛ ۳۵۰۰۰ ريال (ج. ۲) ؛ ۶۰۰۰۰ ريال (ج. ۴، چاپ اول) ؛ ۱۵۰۰۰۰ ريال: ج. ۶: ۹۷۸-۶۰۰-۵۶۹۴-۳۰-۷:

يادداشت:عربى.

يادداشت:اعداد و نشر در جلد ششم مركز فقه الائمه الاطهار عليهم السلام است.

يادداشت:ج. ۲ (چاپ اول: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

يادداشت:ج. ۱ (چاپ اول: ۱۴۲۵ق. = ۱۳۸۳).

يادداشت:ج. ۴ (چاپ اول: ۱۴۲۹ق. = ۱۳۸۷).

يادداشت:ج. ۶ (چاپ اول: ۱۴۳۳ق. = ۱۳۹۱).

يادداشت:کتابنامه.

موضوع:کودکان (فقه)

موضوع:فقه جعفرى -- رساله عمليه

موضوع:فتواهاى شيعه -- قرن ۱۴

موضوع:فقه تطبيقى

موضوع:والدين و کودکان (فقه)

شناسه افزوده: انصاری ، قدرت الله، گردآورنده

شناسه افزوده: مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)

رده بندی کنگره: BP۱۹۸/۶ / ک ۹ ف ۲ ۱۳۸۶

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۹

شماره کتابشناسی ملی: م ۸۴-۳۷۴۶۹

ص: ۱

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٣

موسوعه احكام الاطفال و ادلتها : مقارنه تفصيليه بين مذهب الاماميه و المذاهب الاخرى الجزء الثانى

اشراف محمدجواد الفاضل اللكرانى

تاليف جمع من المحققين فى اللجنه الفقهيه؛ رتبها و نظمها قدره الله الانصارى

ص: ٤

قد ذكرنا فيما سبق ولاية الأب و الجد و الوصى و الحاكم على تزويج الصغار، و لتتيمم التحقيق فى هذا المقام ينبغى أن نبحت عن ولاية الوكيل للأب و الجد و الوصى و الحاكم فى التزويج، فإنه تترتب على ثبوت الولاية له فى التزويج و غيره فوائد لا تخفى على من تأمل فى مسألتنا هذه، و لأجل ذلك عقدنا هذا الفصل، و فيه مباحث:

المبحث الأول: معنى الوكالة و ذكر الأقوال فيها

قال الفيومى: «وَكَلْتُ الأَمْرَ إليه و كلاً من باب وعد و وكولاً فَوَضَعْتَهُ إليه و اكتفيت به، و الوكيل فعيل بمعنى مفعول؛ لأنه موكولٌ إليه، و يكون بمعنى فاعل إذا كان بمعنى الحافظ، و منه (حَسْبُنَا اللهُ وَ نَعْمَ الوَكِيلُ) ١ و الجمع و كلاء (١).

و فى النهايه: الوكيل من أسماء الله، و هو القِيم الكفيل بأرزاق العباد، و حقيقته أنه يستقلّ بأمر الموكل إليه (١).

و فى مجمع البحرين «و التوكيل هو أن تعتمد على الرجل و تجعله نائباً عنك» (٢).

و عرّفها الفقهاء بأنها استنابة فى التصرف (٣).

و عرّفها الجمهور من أهل السنّه بما يقرب من ذلك، و هو: أنّ الوكّال معناه شرعاً إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرفٍ جائز معلوم يملكه (٤).

أو بأنّ الوكّال «تفويض شخص ما له فعله ممّا يقبل النيابة إلى غيره ليفعله فى حياته» (٥).

و قال بعض آخر: «الوكّال استنابه جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة» (٦).

و بعد هذا نقول: هل يجوز للأب و الجدّ و الوصىّ و الحاكم أن يوكلوا عمّن تحت ولايتهم من يباشروا فى أمورهم كترؤيهم و التصرف فى أموالهم و غير ذلك، أم لا؟

قال الشيخ فى النهايه: «و للناظر فى أمور المسلمين و لحاكمهم أن يوكل على سفهائهم و أيتامهم و نواقصى عقولهم، من يطالب بحقوقهم و يحتجّ عنهم و لهم» (٧).

و قال المحقّق فى الشرائع: «و للأب و الجدّ أن يوكلوا عن الولد الصغير...

و ينبغى للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولّى الحكومه عنهم» (٨).

ص: ٦

١- (١) النهايه لابن الأثير ٥: ٢٢١.

٢- (٢) مجمع البحرين ٣: ١٩٧٠ مآده «وكل».

٣- (٣) شرائع الإسلام ٢: ١٩٣، تذكرة الفقهاء ٢: ١١٣، الطبعه الحجرية، قواعد الأحكام ٢: ٣٤٩، اللمعه دمشقيه: ٩٧، الروضه البهيه ٤: ٣٦٧، مسالك الأفهام ٥: ٢٣٧.

٤- (٤) البحر الرائق ٧: ٢٣٥، مجمع الأنهر ٣: ٣٠٦، ردّ المحتار لابن عابدين ٥: ٥١٠.

٥- (٥) مغنى المحتاج ٢: ٢١٧.

٦- (٦) منتهى الإرادات ٢: ٥١٧، المبدع فى شرح المقنع ٤: ٣٢٥.

٧- (٧) النهايه: ٣١٧.

٨- (٨) شرائع الإسلام ٢: ١٩٧ و ١٩٨.

و به قال الشهيد الثاني(١) أيضاً. ولايه الوكيل

وقال العلامة رحمه الله في التذكرة: «كل من صح تصرفه في شيء تدخله النيابة، صح أن يوكل فيه».

ثم قال في مسأله أخرى: «شرطنا في الموكل أن يكون متمكناً من المباشرة، إما بحق الملك أو الولاية، ليدخل فيه توكيل الأب أو الجد له في النكاح و المال، و يخرج عنه توكيل الوكيل؛ فإنه ليس بمالك و لا ولي و إنما يتصرف بالإذن - إلى أن قال: - يجوز للموصى أن يوكل و إن لم يفوض الموصى إليه ذلك بالنصوصية؛ لأنه يتصرف بالولاية كالأب و الجد، لكن لو منعه الموصى من التوكيل و جب أن يتولى بنفسه، و ليس له أن يوكل حينئذ؛ لقوله تعالى: (فَمَنْ بَدَلَهُ) ٢ الآية.

و يجوز للحاكم أن يوكل (٢) عن السفهاء و المجانين و الصبيان، من يتولى الحكومه عنهم و يستوفى حقوقهم و يبيع عنهم و يشتري لهم، و لا نعلم فيه خلافاً(٣).

و به قال أيضاً في التحرير(٤) و القواعد(٥) و الإرشاد(٦) و مجمع الفائدة و البرهان(٧)

ص:٧

- ١- (١) مسالك الأفهام ٥: ٢٦٤.
- ٢- (٣) و المستفاد من هذه العبارة جواز توكيل الحاكم في خصوص الموارد الثلاثة، و إلا فلا يستفاد منها جواز توكيل الحاكم في جميع ما يرتبط به، فتدبر. م ج ف
- ٣- (٤) تذكره الفقهاء ٢: ١١٥-١١٦، الطبعة الحجرية.
- ٤- (٥) تحرير الأحكام الشرعية: ٣٠/٣.
- ٥- (٦) قواعد الاحكام ٢: ٣٥٠-٣٥١.
- ٦- (٧) إرشاد الأذهان ١: ٤١٥.
- ٧- (٨) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٤٩٠ و ٤٩٤.

و جامع المقاصد (١) و الكفايه (٢) و مفتاح الكرامه (٣) و مهذب الأحكام (٤).

و قال فى تحرير الوسيله: «يجوز للولّى كالأب و الجدّ للصغير أن يوكل غيره فيما يتعلّق بالموالى عليه ممّا له الولاية عليه» (٥).

و قال الشهيد فى بيان ما تصحّ الوكاله فيه: «و إنّما تصحّ الوكاله فيما لا يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه من مباشرٍ بعينه كالعق، فإنّ غرضه فيه فكّ الرقبه؛ سواءً أحدثه المالك أم غيره، و الطلاق؛ فإنّ غرضه منه رفع الزوجيّة كذلك، و مثله النكاح و البيع و غيرهما من العقود و الإيقاعات، لا فيما يتعلّق غرضه بإيقاعه من مباشرٍ بعينه.

و مرجع معرفه غرضه فى ذلك و عدمه إلى النقل (٦)، و لا قاعده له لا تنخرم» (٧).

و بمثل ذلك فى الرياض (٨)، و الحدائق (٩). و هكذا قال به صاحب الجواهر (١٠)، و بعض فقهاء العصر (١١).

و الحاصل، أنّه استفيد من الأدلّه و كلمات الفقهاء أنّ كلّ (١٢) ما تعلّق غرض

ص: ٨

١- (١) جامع المقاصد ٨: ١٩٠.

٢- (٢) كفايه الأحكام: ١٢٩.

٣- (٣) مفتاح الكرامه ٧: ٥٣٥ و ج ٥: ٢٦٧ و ٢٧١.

٤- (٤) مهذب الأحكام ٢١: ٢٠٠.

٥- (٥) تحرير الوسيله ٢-٤٢ مسأله ١٨.

٦- (٦) أى النقل الشرعى الوارد عن أهل بيت العصمه و الطهاره عليهم السلام.

٧- (٧) الروضه البهيّته ٤: ٣٧١-٣٧٢.

٨- (٨) رياض المسائل ٦: ٦٦.

٩- (٩) الحدائق الناضره ٢٢: ٤٨.

١٠- (١٠) جواهر الكلام ٢٧: ٣٩٠.

١١- (١١) منهاج الصالحين للسيد الخوئى ٢: ٢٠١، تفصيل الشريعه، كتاب المضاربه و الشركه: ٤٢٨.

١٢- (١٢) و يمكن انتقاض هذه القاعده بالوكاله و النيابة فى الصلاه و سائر العبادات بعد الموت؛ فإنّها ممّا تعلّق الغرض بها مباشره مع صحّه وقوع الوكاله و النيابة بعد الموت، اللهمّ إلّا أن يقال بأنّ الصحّه إنّما هى من جهه الأمر العارضى، و إلّا أوّلاً و بالذات لا تقبل النيابة، و هو كما ترى. و أيضاً يمكن انتقاض القاعده بما إذا منع الموصى عن التوكيل، فلا يصحّ فيه التوكيل، مع أنّ غرض الشارع لا يتعلّق بالمباشره، و هذا كلّّه مضافاً إلى عدم وجود وجه صحيح للتقييد بالشرع، بل الغرض أعمّ من أن يكون غرضاً للشارع أو العقلاء أو صاحب الحقّ مثلاً، فتدبّر، فالتحقيق فى مفاد هذه القاعده يحتاج إلى مجال واسع. م ج ف.

الشارع بإيقاعه مباشرة لا- يصح التوكيل فيه، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك؛ فإنه يصح فيه التوكيل، فعلى هذا يجوز للأولياء كالأب و الجدّ و الوصيّ لهما و الحاكم أن يوكلوا غيرهم فيما يتعلّق بالمواليّ عليهم ممّا لهم الولايه عليهم؛ لأنّ الغرض من جعل الولايه لهم حفظ أنفسهم و أموالهم من التلف و الضرر، و مساعدتهم فيما يحتاجون إليه في أمورهم، و هذا يمكن أن يصدر من الأولياء و من غيرهم.

المبحث الثاني: أدلّه هذا الحكم

يمكن أن يستدلّ لهذا الحكم بوجوده:

الأول: الإجماع الذي ادّعه المحقق الأردبيلي، حيث قال: «و للحاكم أن يوكل عن السفهاء... و كأنّ دليله الإجماع»^(١).

و ذكر في الرياض أنّه لا- خلاف فيه^(٢)، و يستظهر الإجماع أيضاً من كلام العلامة في التذكرة، حيث قال: «و لا- نعلم فيه خلافاً»^(٣).

الثاني: الأصل يعني إن شككنا في أنّه هل يعتبر في القيام بأمر الولاية من الولي، مباشرتها بنفسه أم لا؟ فالأصل عدم اعتبار المباشرة.

بيان آخر: الأصل جواز الوكالة في كلّ شيءٍ إلا ما علم خروجه بالدليل من أنّه لا يجوز النيابة فيه، كما يستظهر ذلك من كلام صاحب الجواهر، حيث قال:

«بذلك ظهر لك مشروعية الوكالة في كلّ شيءٍ إلا ما علم خروجه، و قد نبه عليه المصنّف بقوله: أمّا ما لا تدخله النيابة فضابطه ما تعلق قصد الشارع بإيقاعه من المكلف مباشرةً بنصّ أو إجماعٍ أو نحوهما؛ فإنّ الوكالة حينئذٍ منافية لحقيقته...»^(٤).

الثالث: عموم بعض الأخبار:

- ١

كصحيحه معاوية بن وهب و جابر بن يزيد جميعاً، عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه

ص: ١٠

١- (١) مجمع الفوائد و البرهان ٩: ٥٠٤.

٢- (٢) رياض المسائل ٦: ٦٦.

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ١١٦ الطبعه الحجريه.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٧: ٣٧٨.

قال: «من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور، فالوكاله ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها»(١).

- ٢ -

و صحیحہ ہشام بن سالم، عن أبی عبد اللہ علیہ السلام فی رجل وكل آخر علی وکاله فی أمر من الأمور و أشهد له بذلك شاهدين، فقام الوکیل فخرج لإمضاء الأمر فقال: اشهدوا أنني قد عزلت فلاناً عن الوکاله، فقال: «إن كان الوکیل أمضى الأمر الذى وكل فيه قبل العزل، فإن الأمر واقع ماض علی ما أمضاه الوکیل، کره الموكّل أم رضى» الحديث(٢).

فہاتان الصحیحتان تدلان(٣) علی كون الوکاله جائزہ فی کل أمر من الأمور، و فی مورد توكيل الولی غیره لمباشرة امور المولى علیہ یصدق أنه وكل علی إمضاء أمر، فلا یعزل حتى یبلغه العزل، فالاستدلال بهما كافٍ فی إثبات المطلوب، و كذلك یتظهر جواز توكيل الولی من أخبار تدل علی ثبوت الوکاله فی عقد النکاح.

منها: صحیحہ ہشام بن سالم، عن أبی عبد اللہ علیہ السلام - فی حدیث تزویج أم کلثوم بنت امیر المؤمنین علیہ السلام -

أن العباس أتاه فأخبره و سأله أن يجعل الأمر إليه، فجعله إليه(٤).

و منها:

صحیحہ أبی ولاد الحنّاط قال: سئل أبو عبد اللہ علیہ السلام عن رجل أمر رجلاً أن یزوجه امرأه بالمدينه و سمّاها له، و الذى أمره بالعراق، فخرج المأمور فزوجه إياها، ثم قدم إلى العراق فوجد الذى أمره قد مات؟ قال: «ینظر فی ذلك،

ص: ١١

١- (١) وسائل الشیعه ١٣: ٢٨٥ الباب ١ من کتاب الوکاله، ح ١.

٢- (٢) نفس المصدر ١٣: ٢٨٦ الباب ٢ من کتاب الوکاله، ح ١.

٣- (٣) و الإنصاف عدم الدلاله علی ذلك، و لیست بصدد بیان مشروعیه الوکاله و مواردھا، بل إنّما هما بصدد بیان حکم الوکاله فی مورد تجوز الوکاله فیہ. م ج ف.

٤- (٤) وسائل الشیعه ١٤: ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النکاح و أولیاء العقد، ح ٣.

فإن كان المأمور زوّجها إياه قبل أن يموت الأمر ثم مات الأمر بعده؛ فإنّ المهر في جميع ذلك الميراث بمنزله الدين، فإن كان زوّجها إياه بعد ما مات الأمر فلا شيء على الأمر ولا على المأمور، والنكاح باطل»(١).

و منها:

صحيحه داود بن سرحان - التي رواها المشايخ الثلاثة - عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يريد أن يزوّج اخته، قال: «يؤامرهما، فإن سكتت فهو إقرارها، وإن أبت لم يزوّجها، فإن قالت: زوّجني فلاناً زوّجها ممّن ترضى»

الحديث(٢).

و كذا صحيحه أبي عبيده(٣) و يؤيّده روايات عمّار الساباطي(٤) و إبراهيم ابن أبي يحيى(٥) و جابر(٦) و مضمرة محمد بن شعيب(٧) و مرسله عبد الله بن بكير(٨)، فمقتضى هذه النصوص المتضافره و غيرها أنّ عقد النكاح ممّا تصحّ فيه الوكّال، و بما أنّ عقد نكاح الصغار بيد الولي؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو غيرهما، فالوليّ إمّا أن يباشر نفسه بإجراء عقد النكاح، أو يوكل غيره في ذلك، و هو المطلوب.

ص: ١٢

- ١- (١) نفس المصدر ١٤: ٢٣٠، الباب ٢٨ من أبواب عقد النكاح، ح ١.
- ٢- (٢) نفس المصدر ١٤: ٢٠١، الباب ٣ من أبواب عقد النكاح، ح ٣.
- ٣- (٣) نفس المصدر ١٤: ٢٢٨، الباب ٢٦ من أبواب عقد النكاح، ح ١.
- ٤- (٤) نفس المصدر ١٤: ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح، ح ٤.
- ٥- (٥) نفس المصدر ١٤: ٢٢٢، الباب ١٦ من أبواب عقد النكاح، ح ١.
- ٦- (٦) نفس المصدر ١٤: ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح، ح ٢.
- ٧- (٧) نفس المصدر ١٤: ٢٢٤، الباب ٢٠ من أبواب عقد النكاح، ح ١.
- ٨- (٨) نفس المصدر ١٤: ٢٣٠، الباب ٢٨ من أبواب عقد النكاح، ح ٢.

إشاره

قد ذهب جمهور الفقهاء من أهل السنّه إلى أنّ الوكّالَه تصحّ في كلّ شيء إلاّ ما خرج بالدليل من العبادات و ما جرى مجراها. فيستفاد من كلماتهم صحّه الوكّالَه في نكاح الصغار و التصرّف في أموالهم ببيع و شراء و إجاره و نحوها. فنذكر شرطاً من كلماتهم على الترتيب التالي:

أ - المالكيه

قال ابن رشد: «من رأى أنّ الأصل هو الجواز قال: الوكّالَه في كلّ شيء جائزه إلاّ فيما أجمع على أنّه لا تصحّ فيه من العبادات و ما جرى مجراها»(١).

و قال ابن شاس: «كلّ من جاز له التصرّف لنفسه جاز له أن يستنيب فيما تجوز فيه النيابة فيه لأجل الحاجه إلى ذلك على الجملة»(٢).

و في المدوّنه الكبرى: «قلت: أ رأيت الوليّ أو الوالد إذا استخلف من يزوّج ابنته أ يجوز هذا في قول مالك؟ قال: نعم، ثمّ قال: فإن كانت وصيّته جاز لها أن تستخلف من يزوّجها»(٣).

و قريب من هذا كلمات(٤) غيرهم، فراجع.

ص: ١٣

١- (١) بدايه المجتهد ٢: ٢٩٩-٣٠٠.

٢- (٢) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٦٧٧.

٣- (٣) المدوّنه الكبرى ٢: ١٦٨.

٤- (٤) حاشيه الدسوقي ٢: ٢١٦، مواهب الجليل ٧: ١٧٨، القوانين الفقهيّه لابن جزى: ٢٢٧-٢٢٨.

أنهم قالوا بصحة توكيل الولي غيره في تزويج من كانت تحت ولايته، ويقوم الوكيل مقام الولي فيما له من الولاية والسلطة، ولا يشترط في صحته توكيل الولي إذن ورضا من المولى عليه؛ لأن ولايته ثابتة على المولى عليهم من قبل الشرع (١).

أنهم قالوا بصحة التوكيل في النكاح من الأب والجد.

ففي هامش الفتاوى الهنديه «قال الشافعي: إذا غاب الأقرب تنتقل الولاية إلى السلطان والقاضي. وقال زفر: لا يزوجه أحد حتى يحضر الأقرب أو يزوجه وكيل الأقرب، فإن زوجها وكيل الأقرب حيث هو اختلفوا في جواز إنكاحه، والظاهر هو الجواز» (٢).

وقال الشيخ النظام: «يصح التوكيل بالنكاح وإن لم يحضره الشهود» (٣)، وقريب من هذا في البحر الرائق (٤) ورد المحتار (٥).

وفي المبسوط: «و يجوز لو وصي اليتيم أن يوكل في كل ما يجوز له أن يعمله بنفسه من أمور اليتيم... لأن الوصي مفوض إليه الأمر على العموم... فإن بلغ اليتيم قبل أن يصنع الوكيل ذلك لم يجز له أن يفعله؛ لأن حق التصرف للوكيل باعتبار حق التصرف للوصي، و ببلوغ اليتيم عن عقل انعزل الوصي حتى لا يملك

ص: ١٤

١- (١) الكافي في فقه أحمد ٣: ١٤، كشاف القناع ٥: ٦٠، المحرر في الفقه ١: ٣٤٩، المغنى ٥: ٢١٧ و ج ٧: ٣٥٢، الشرح الكبير ٥: ٢١٠-٢١١.

٢- (٢) فتاوى الهنديه ١: ٣٥٦.

٣- (٣) الفتاوى الهنديه ١: ٢٩٤.

٤- (٤) البحر الرائق ٣: ٢٢٣.

٥- (٥) رد المحتار ٣: ٨٢.

التصرّف، فكذلك وكيه»(١).

وقال الكاساني: «و للولّي أن يوكل بالبيع و الشراء و الإجاره و الاستئجار؛ لأنّ هذه الأشياء من توابع التجاره، فكلّ من ملك التجاره يملك ما هو من توابعها»(٢).

د - الشافعيه

فقد فضّلوا في توكيل الولّي فيما إذا كان الولّي مجبراً أو غير مجبر. قال الشافعي الصغير في نهايه المحتاج: إنّ للولّي المجبر أن يوكل تزويج مولاته بغير إذنها. نعم، يندب للوكيل استئذانها و يكفي سكوتها، و لا يشترط لصحّه توكيل الولّي المجبر تعيين الزوج للوكيل في الأظهر(٣).

و أمّا الولّي غير المجبر، فقد قال في المهذب: «اختلف أصحابنا في غير الأب و الجدّ من العصابات هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة؟ فمنهم من قال يملك؛ لأنّه يملك التزويج بالولاية من جهه الشرع، فملك التوكيل من غير إذن كالأب و الجدّ، و منهم من قال لا- يملك؛ لأنّه لا- يملك التزويج إلاّ بالإذن، فلا يملك التوكيل إلاّ بإذن، كالوكيل و العبد المأذون»(٤).

و ذكر النووي في شرح المهذب في صحّه توكيل الولّي ضابطه، فقال:

«الضابط الثاني: كون التمكن بحقّ الملك و الولاية، فيدخل فيه توكيل الأب في النكاح و المال، و القيم في المال، فيوكل عن الطفل أو عن نفسه أو عنهما معاً...»(٥)

ص: ١٥

١- (١) المبسوط للسرخسي ٣٠:١٩.

٢- (٢) بدائع الصنائع ٣٥١:٤.

٣- (٣) نهايه المحتاج ٢٤٢-٢٤٤، روضه الطالبين ٦٨:٦ مع تصرّف يسير فيهما.

٤- (٤) المهذب ٣٤٩:١.

٥- (٥) المجموع شرح المهذب ٤٦٢:١٣.

و فى روضه الطالبين: قال فى الحاوى: «للأب و الوصى و القيم أن يوكل فى بيع مال الطفل، إن شاء عن نفسه و إن شاء عن الطفل، و فى جوازه عن الطفل نظر(١)».

و قال الخطيب الشربينى: «يصحّ توكل الولي و هو الأب و الجدّ فى حقّ الطفل فى النكاح و المال، و الوصى و القيم فى المال، فيوكل الولي عن الطفل أو عن نفسه أو عنهما معاً، و فائده كونه و كيلاً عن الطفل أنه لو بلغ رشيداً لم ينزل الوكيل، بخلاف ما إذا كان و كيلاً عن الولي»(٢).

ص: ١٦

١- (١) روضه الطالبين ٢٧:٤.

٢- (٢) مغنى المحتاج ٢: ٢١٧.

اشاره

و فيه مباحث:

المبحث الأول: التوارث بين الصغيرين

اشاره

إذا زوج الأبوان، أو الحاكم، أو الوصى، الصغيرين مع مراعاة جميع الشرائط، لزمهما العقد كما تقدم، فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر حتى على قول من خير (١) الصبى عند البلوغ.

قال الشيخ فى النهايه: «ومتى عقد الأبوان على ولديهما قبل أن يبلغا ثم ماتا فإنهما يتوارثان، تراث الجارية الصبى و الصبى الجارية (٢)».

و به قال المفيد (٣) و المحقق (٤) و كذا فى المهذب (٥) و الوسيله (٦)

ص: ١٧

١- (١) فى ثبوت الخيار للصغار و عدمه خلاف كما تقدم.

٢- (٢) النهايه: ٤٦٦.

٣- (٣) المقنع: ٥١١.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩، المختصر النافع: ١٩٩.

٥- (٥) المهذب للقاضى ابن براج ٢: ١٩٧.

٦- (٦) الوسيله لابن حمزه: ٣٠٠.

و المختلف (١) و القواعد (٢) و الجامع للشرائع (٣) و اختاره ابن إدريس و ادعى عدم الخلاف فيه بين أصحابنا (٤) و قال فى كشف اللثام: «لا نعرف فيه خلافاً حتى ممن خير الصبى عند البلوغ (٥)»، و ادعى أيضاً عدم الخلاف فيه فى مستند الشيعة (٦) و نهايه المرام (٧) و الرياض (٨)، و اختاره المحقق و الشهيد الثانى (٩) و صاحب الجواهر (١٠) و فقهاء العصر (١١).

أدله توارث الصغيرين عن الآخر

و يمكن أن يستدل على هذا الحكم بوجوده:

الأول: قال المحقق: «إن ثبوت الخيار بعد البلوغ لا ينافى الميراث لو حصل الموت قبل البلوغ» (١٢).

الثانى: أن موجب الإرث هو الزوجيه و هى متحققه، بتعبير آخر أنه عقد

ص: ١٨

-
- ١- (١) مختلف الشيعة ٧: ١٣٨.
 - ٢- (٢) قواعد الاحكام ٣: ١٦.
 - ٣- (٣) الجامع للشرائع: ٤٣٨.
 - ٤- (٤) السرائر ٢: ٥٦٦.
 - ٥- (٥) كشف اللثام ٧: ١٠٣.
 - ٦- (٦) مستند الشيعة ١٦: ١٨٩.
 - ٧- (٧) نهايه المرام ١: ٨٨.
 - ٨- (٨) رياض المسائل ٦: ٤١٢.
 - ٩- (٩) جامع المقاصد ١٢: ١٥٤، مسالك الأفهام ٧: ١٧٥.
 - ١٠- (١٠) جواهر الكلام ٢٩: ٢١٦.
 - ١١- (١١) كالساده العظام الخوئى فى مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٣٣٩، و الحكيم فى مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٥٠٩، و السبزوارى فى مهذب الأحكام ٢٤: ٢٩١، و السيد اليزدى فى العروه و التعليقات عليها ٥: ٦٤٠، و الإمام الخمينى قدس سره فى تحرير الوسيله ٢: ٢٤٦، و الشيخ الفاضل اللنكرانى فى تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ١٢٣.
 - ١٢- (١٢) النهايه و نكتها ٢: ٣١٥.

صحيح شرعاً، فيصيران به زوجاً و زوجةً، فيثبت لهما التوارث كما في الرياض (١).

الثالث: إطلاقات النصوص الواردة في توارث الزوجين (٢).

الرابع: الأصل بقاء الزوجية على الصحة إلى أن يطرأ المعارض لها، و هو اختيار الفسخ عند البلوغ، و هو هنا ممتنع؛ لأنّ فسخ الصغير لا اعتبار به.

الخامس: - و هو العمده - الروايات الخاصه:

منها:

صحيحه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبيته يتوارثان؟ قال: «إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم، قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا» (٣).

و منها: صحيحه عبيد بن زراره - التي رواها المشايخ الثلاثة -

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الصبي يزوج الصبيته هل يتوارثان؟ قال: «إن كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم، قلنا: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا» (٤).

و دلالتها كسابقتها واضحه، و أما سندها فهي صحيحه من طريق الشيخ، بل الكليني أيضاً.

إذا عقد على الصغيرين غير وليهما

ما قلنا في ثبوت التوارث على نكاح الصغيرين يختص على مورد ما إذا عقدهما الوليان، و أما إذا عقدهما غير وليهما فيكون فضولياً، و يتوقف صحته على إجازتهما بعد البلوغ على ما تقتضيه القاعده من عقد الفضولي، أو إجازة وليهما قبل

ص: ١٩

١- (١) رياض المسائل ٤: ٤١٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧: ٥١٠، الباب ١ من أبواب ميراث الأزواج، أحاديث ١-٢-٣ و غيرها.

٣- (٣) نفس المصدر ١٤: ٢٢٠، الباب ١٢ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ١.

٤- (٤) نفس المصدر ١٧: ٥٢٨، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ٣.

البلوغ، وإن ماتا معاً أو مات أحدهما قبل الإجازة بطل العقد قطعاً؛ لتعذر الإجازة ولو من طرفٍ واحدٍ، وسقط المهر والإرث؛ لعدم تحقق موجبهما، وهذا لا كلام فيه، وإن بلغ أحدهما مع كون الآخر حياً فأجاز العقد لزم من جهته؛ لحصول المقتضى و انتفاء المانع، وبقي من طرف الآخر موقوفاً على إجازته إذا بلغ، فإن اتفق بلوغه و الآخر حياً و أجاز العقد لزم، و لا كلام فى ذلك أيضاً، و إن فرض موت المميز أولاً قبل أن يبلغ الآخر، أو بعد بلوغه و قبل إجازته و ترك أموالاً عزل عن تركته نصيب ميراث الطفل «الذى كان زوجاً أو زوجةً على الفرض» حتى يبلغ، فإذا بلغ عرض عليه العقد، فإن رضى بالعقد و أجازة أحلف أنه لم يُجز طمعاً فى الميراث، بل لو كان الآخر حياً لرضى بتزويجه، فإذا حلف أعطى الميراث، و إن نكل عن اليمين أو لم يرض بالعقد لم يكن له شيء، كما صرح به المفيد (١)، و الشيخ (٢)، و بنو البراج (٣) و حمزه (٤) و إدريس (٥) و سعيد (٦). و اختاره الفاضلان (٧) و الشهيد و المحقق الثنائان (٨)، و صاحب المدارك (٩)، و الشيخ الأعظم (١٠). و صرح به فى الجواهر (١١).

ص: ٢٠

- ١- (١) المقنعه: ٥١١.
- ٢- (٢) النهاية: ٤٦٦.
- ٣- (٣) المهذب للقاضى ابن البراج ١٩٧:٢.
- ٤- (٤) الوسيله لابن حمزه: ٣٠٠.
- ٥- (٥) السرائر ٥٦٦:٢.
- ٦- (٦) الجامع للسرائر: ٤٣٨.
- ٧- (٧) شرائع الإسلام ٢٧٩:٢، المختصر النافع: ١٩٩، النهاية و نكتها ٣١٥:٢، مختلف الشيعة ١٣٨:٧، قواعد الأحكام: ١٦/٣.
- ٨- (٨) جامع المقاصد ١٥٤:١٢، مسالك الأفهام ١٧٧:٧.
- ٩- (٩) نهاية المرام ٩٠:١.
- ١٠- (١٠) كتاب النكاح فى ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٥٥:٢٠.
- ١١- (١١) جواهر الكلام ٢١٩:٢٩.

و الحدائق (١) و الرياض (٢) و كشف اللثام (٣). و اختاره أيضاً الفقهاء المعاصرين (٤).

و به قال فى تحرير الوسيله، و أضاف بأنّ الحاجه إلى الحلف إنّما هو فيما إذا كان متّهماً بأنّ إجازته لأجل الإرث. و أمّا مع عدمه - كما إذا أجاز مع الجهل بموت الآخر أو كان الباقي هو الزوج و كان المهر اللازم عليه - على تقدير الزوجيه - أزيد ممّا يرث - يدفع اليه بدون الحلف (٥).

و كذا فى تفصيل الشريعه، و زاد بأنّ أصل الحكم حتى فى صورته الحلف و تحقّقه مبنى على كون الإجازة كاشفهً و لو بالكشف الحكيمى (٦).

و اعلم أنّ أكثر أحكام هذه المسأله موافقه للأصول، و لا يتوقّف إثباتها على نصّ خاصّ، و مع ذلك يمكن أن يستدلّ لإثباتها بصحيحه

أبى عبيده الحداء، قال:

سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جاريه زوّجهما و لئان لهما و هما غير مدركين؟ قال:

فقال: النكاح جائز أيّهما أدرك كان له الخيار. فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضى.

قلت: فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجاريه و رضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجاريه أترثه؟ قال: نعم، يُعزل ميراثها منه حتى تُدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدافع إليها الميراث

ص: ٢١

١- (١) الحدائق الناضره ٢٣: ٢٨٣-٢٨٥.

٢- (٢) رياض المسائل ٦: ٤١٣.

٣- (٣) كشف اللثام ٧: ١٠٤.

٤- (٤) العروه الوثقى و التعليقات عليها ٥: ٦٤٠، مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٥١٠، مبانى العروه الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٣٤١، مهذب الأحكام ٢٤: ٢٩١.

٥- (٥) تحرير الوسيله ٢: ٢٤٦ مسألة ٢١.

٦- (٦) تفصيل الشريعه، كتاب النكاح: ١٢٢.

و نصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا؛ لأن لها الخيار إذا أدركت.

قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوجها قبل أن تدرك، قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية (١).

ثم إن مورد الصحيحه و إن كان هو موت الزوج و بقاء الزوجه، إلا أن الظاهر أنه لا خصوصية لذلك، كما عليه معظم الأصحاب؛ فإن موت الزوج إنما ذكر فى كلام السائل خاصه، و الظاهر أن الحلف إنما هو للاحتياط فى المال بالنسبه إلى الوارث، و هو لا يختص بفرض موت الزوج و بقاء الزوجه، بل يثبت الحكم مع موت الزوجه و بقاء الزوج أيضاً، كما فى مستند العروه (٢).

الجواب عن شبهتين فى الصحيحه

كانت فى الصحيحه المتقدمه مع وضوحها لإثبات الأحكام المذكوره و صحه سندها شبهتان يلزم الجواب عنها:

إحدهما: أن الصحيحه وردت فى تزويج الوليين، و قد عرفت (٣) أن تزويج الولي نافذ و لازم على الصغار و لا خيار لهما، و الحال أن الصحيحه قد صرحت بثبوت الخيار لهما.

ثانيتها: قد حكمت بثبوت نصف المهر للزوجه على تقدير موت الزوج، مع أن الموت يوجب ثبوت جميع المهر و إن كان قبل الدخول.

ص: ٢٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٥٢٧، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ١.

٢- (٢) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٣٤١.

٣- (٣) موسوعه أحكام الأطفال و أدلتها - الجزء الأول - ص ٥٩٨.

و الجواب عن الشبهه الأولى: أنّ المراد بالوليّ هنا غير الأب و الجدّ، و هو الوليّ العرفي كالأخ و العمّ و ابن العمّ و غيرهم، كما صرّح به الشيخ (١) و العلامه (٢).

و الشهيد (٣) و المحقّق الثانياً (٤) و غيرهم (٥).

و أمّا الجواب عن الشبهه الثانيه؛ و هي الحكم بثبوت نصف المهر: فقد حمل على أنّه قد دفع نصف المهر كما هو المتعارف عند العرف من تقديم شيء قبل الدخول و أنّ الباقي هو النصف خاصّه، و هذا الحمل و إن كان لا يخلو من بُعدٍ، إلاّ أنّه محتملٌ؛ لضروره الجمع كما في المسالك (٦).

و قال في الجواهر: «و اشتماله على تنصيف المهر بالموت نحو غيره من الأخبار الدالّه على ذلك غير قادح في حجّيته» (٧).

رأى بعض أهل السنّه في المسأله

بعض الفقهاء من مذاهب أهل السنّه قائلون بالتوارث بين الصغيرين، ففي المبسوط للسرخسي: «فإن اختار الصغير أو الصغيره الفرقة بعد البلوغ، فلم يفرّق القاضى بينهما حتّى مات أحدهما توارثا؛ لأنّ أصل النكاح كان صحيحاً، و الفرقة لا تقع إلاّ بقضاء القاضى، فإذا مات أحدهما قبل القضاء كان انتهاء النكاح

ص: ٢٣

١- (١) المبسوط للطوسي ١٨٣:٤.

٢- (٢) مختلف الشيعة ١٢٢:٧.

٣- (٣) مسالك الأفهام ١٧٩:٧.

٤- (٤) جامع المقاصد ١٥٤:١٢.

٥- (٥) نهايه المرام ٩٠:١، الحدائق الناضره ٢٣:٢١٠، رياض المسائل ٦:٤١٤، جواهر الكلام ٢٩:٢١٩، كشف اللثام ٧:١٠٤.

٦- (٦) مسالك الأفهام ١٧٩:٧.

٧- (٧) جواهر الكلام ٢٩:٢١٩.

بينهما بالموت فيتوارثان»(١). وقال في موضع آخر: «و الإرث حكم يختص بالنكاح الصحيح المنتهى بالموت»(٢).

وقال ابن حزم من فقهاء الظاهريه: و لا يتوارثان إن ماتا قبل البلوغ(٣)

ص: ٢٤

١- (١) المبسوط للسرخسي ٢١٧:٤.

٢- (٢) المبسوط للسرخسي ٨:٥.

٣- (٣) المحلّي بالآثار ٩:٤٥.

إذا زوّج الأب الصغير ثبت المهر عليه أو على الابن؛ لأنّ مقتضى نفس العقد تملكها للصدّاق من غير توقّفٍ على شيءٍ آخر. قال في المقنعه: «و إذا عقد الرجل على ابنه و هو صغيرٌ و سَمِيَ مهراً ثمّ مات الأب كان المهر من أصل تركته قبل القسّمه، إلا أن يكون للصبّي مالٌ في حال العقد له، فيكون المهر من مال الابن دون الأب»(١).

و اختاره الشيخ(٢) و ابن إدريس(٣) و المحقّق(٤) و العلامه(٥). و كذا في الجواهر(٦)

و المسالك(٧) و الرياض(٨).

و قال في تحرير الوسيله: «لو زوّج ولده الصغير، فإن كان للولد مال فالمهر على الولد، و إن لم يكن له مال فالمهر على عهده الوالد، فلو مات الوالد اخرج المهر من أصل تركته؛ سواء بلغ الولد و أيسر أم لا»(٩). و كذا في تفصيل الشريعة(١٠).

تدلّ على هذا الحكم نصوص:

ص: ٢٥

١- (١) المقنعه: ٥١١.

٢- (٢) الخلاف ٣٧٣:٤، المبسوط ٢٩٢:٤، النهايه: ٤٦٧.

٣- (٣) السرائر ٥٦٩:٢.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٣٣٢:٢.

٥- (٥) قواعد الاحكام ٨٧:٣.

٦- (٦) جواهر الكلام ١٢٥:٣١.

٧- (٧) مسالك الأفهام ٢٨٤:٨.

٨- (٨) رياض المسائل ١٨٠:٧.

٩- (٩) تحرير الوسيله ٢٨٧:٢ مسأله ٢٣.

١٠- (١٠) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥٤.

عبيد بن زرارہ قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير؟ قال: «إن كان لابنه مال فعليه المهر، و إن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر، ضامن أو لم يضمن» (١).

٢ - و كذا معتبره بقباق «فضل بن عبد الملك» (٢).

٣ - و خبر (٣)

علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، فدخل الابن بامرأته، علي من المهر؟ علي الأب أو علي الابن؟ قال: «المهر علي الغلام، و إن لم يكن له شيء فعلى الأب، ضمن ذلك علي ابنه أو لم يضمن إذا كان هو أنكحه و هو صغير» (٤).

٤ - و خبر أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره (٥).

و ادعى في الجواهر أنه لا خلاف في هذا الحكم، بل الإجماع بقسميه عليه (٦).

و بهذه النصوص يقيد إطلاق صحيحه

محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال:

سألته عن رجل كان له ولد فزوج منهم اثنين و فرض الصداق ثم مات، من أين يحسب الصداق، من جملة المال أو من حصتهما؟

قال: «من جميع المال، إنما هو بمنزله الدين» (٧).

و كذا صحيحه أبي عبيدة الحداء (٨) و صحيحه اخرى لمحمد بن مسلم (٩)؛ فإنهما

ص: ٢٦

١- (١) وسائل الشيعه ٣٩:١٥، الباب ٢٨ من أبواب المهور ح ١.

٢- (٢) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

٣- (٣) و عبر عنه السيد صاحب الرياض بالصحيحه. رياض المسائل ٧:١٨٢.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٤٠:١٥، الباب ٢٨ من أبواب المهور، ح ٤.

٥- (٥) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

٦- (٦) جواهر الكلام ٣١:١٢٥.

- ٧- (٧) وسائل الشيعة ١٥:٣٩، الباب ٢٨ من أبواب المهور، ح ٣.
- ٨- (٨) نفس المصدر ١٧:٥٢٧ الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ١.
- ٩- (٩) نفس المصدر ١٤:٢٠٨ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٨.

مطلقتان من حيث إعسار الولد و عدم إعساره.

فُتَزِلَ هذا الإطلاقات على صورته إعسار الولد، أو أنّ الأب قد ضمنه في العقد، كما قال في الوسائل (١) و الجواهر (٢).

و قال الشيخ في الخلاف بعد بيان هذه المسألة: «دليلنا إجماع الفرقه و أخبارهم، و أيضاً فإنه لما قَبِلَ النكاح لولده مع علمه بإعساره و علمه بلزوم الصداق بعقد النكاح، علمنا من حيث العرف و العاده أنه دخل على أن يضمن، فقام العرف في هذا بمنزله نطقه» (٣). و تبعه في ذلك ابن إدريس (٤) و العلامة (٥).

نقول: و يمكن استظهار هذا من روايه على بن جعفر المتقدمه، حيث إنّ في ذيلها علل عليه السلام بقوله: «إذا كان هو أنكحه و هو صغير» (٦).

و لعلّ الشيخ و غيره استفاد وجه نظره من هذه الروايه، فلا وجه لما أورده في الجواهر من عدم الحاجه إلى هذا، و ادّعى وضوح منعه، و أضاف بأنّه يمكن دعوى أنّ المرأه مع علمها بالحال دخلت على أنّ الصبر إلى الإيسار (٧). و كذا في كشف اللثام (٨) و تفصيل الشريعه، و زاد بأنّ هذا الاستدلال يكون

ص: ٢٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٥: ٤٠ الباب ٢٨ من أبواب المهور ح ٤، ٥.

٢- (٢) جواهر الكلام ٣١: ١٢٦.

٣- (٣) الخلاف ٤: ٣٧٣.

٤- (٤) السرائر ٢: ٥٧٠.

٥- (٥) قواعد الأحكام ٣: ٨٨، تذكره الفقهاء ٢: ٦٠٨ الطبعه الحجرية.

٦- (٦) و بالجملة: المستفاد من الروايه أنّ ما نحن فيه من مصاديق قاعده الإقدام الذي هو من أسباب الضمان، فمن أقدم على الضمان فهو ضامن؛ سواءً ضمن أو لم يضمن، خصوصاً أنّ تعيين مقدار المهر في المقام لا يكون بيد الصبيّ و الزوج، بل هو أمر عينه الولي. نعم، قد يقال: إنّّه إذا كان المستند هذه القاعده، فلا فرق بين إعسار الولد و إيساره، و على هذا تكون الروايات حاكمه عليها أو مقيدة لها. م ج ف.

٧- (٧) جواهر الكلام ٣١: ١٢٦.

٨- (٨) كشف اللثام ٧: ٤٧٥.

من الوجوه الاعتبارية (١).

و استثنى العلامة في القواعد من الحكم بضمان الأب للمهر على تقدير فقر الابن ما لو صرح الأب في العقد بنفى الضمان، و علمت المرأة بالإعسار، ففي هذا الفرض لا يضمن؛ لأنَّ

«المؤمنين عند شروطهم» (٢)، و لأنَّ المرأة دخلت على ذلك مع علمها بإعسار الزوج، و ضمان الأب على خلاف الأصل، فيقتصر على المتيقن؛ و هو صورة الإعسار (٣).

و لكن استشكل الشهيد الثاني في صحه هذا الاستثناء؛ بأنَّ النصوص و الفتاوى شامله لمورد الاستثناء، و حملة على غيره يحتاج إلى دليل نقلّي يعارضه حتى يوجب حملة على ذلك، و لأنَّ الصبي لا يحتاج إلى النكاح، فلا حظ له في التزام المهر في ذمته مع الإعسار عنه، و تزويج الولي له غير متوقّف على وجود المصلحة بل على انتفاء المفسده، و لو قيّد ذلك بما إذا كان في إلزام الصبي بالمهر مصلحة له - بأن كانت الزوجه مناسبة له، و خاف فوتها بدون ذلك و نحوه - قرب من الصواب، إلا أنّ تخصيص النصوص الصحيحه بذلك لا يخلو من إشكال (٤).

و في الرياض: و يمكن أن يقال: إنّ بين أدله ضمان الأب للمهر و

«المؤمنون عند شروطهم» تعارض العموم من وجه، و ترجيح الأوّل على الثاني أولى، لاعتضاد الإطلاق بفتاوى الفقهاء، فيرجح على عموم «المؤمنون عند شروطهم».

و لكن في شمول مثل هذا الإطلاق لنحو محلّ الفرض إشكال؛ لعدم التبادر منه و انصرافه إلى غيره (٥).

ص: ٢٨

١- (١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥: ٣٠، الباب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

٣- (٣) جواهر الكلام ٣١: ١٢٦، قواعد الأحكام ٣: ٨٨.

٤- (٤) مسالك الأفهام ٨: ٢٨٥.

٥- (٥) رياض المسائل ٧: ١٨١-١٨٢.

نقول: و إن أمكن تصوير نسبه العموم من وجه بين أدله ضمان الأب للمهر و

«المؤمنون عند شروطهم» حتى يتعارض بينهما، إلا- أنّ القرينه القطعيه داله على خلاف ذلك، حيث لا- يبقى لأدله الشروط موضوع، و بتعبير آخر دعوى الإطلاق لأدله ضمان الأب حتى في صورته تبرئ الولي من الضمان مشكله جداً، و لذا قال قدس سره في شمول مثل هذا الإطلاق لنحو محلّ الفرض إشكال.

و قال في تفصيل الشريعة: «الموضوع في الأخبار المتقدمه و إن كان هو التزويج الجامع لشرائط الصحه، التي منها انتفاء المفسده أو وجود المصلحه، إلا أنّ دعوى الإطلاق لها بحيث يشمل صورته تبرئ الولي من الضمان في ضمن العقد مشكله جداً؛ لعدم ثبوت الإطلاق لها من هذه الجبهه. فاللازم الرجوع في حكمها إلى القواعد التي منها عموم «المؤمنون عند شروطهم»، خصوصاً مع ملاحظه أنّ المهر عوض البضع، و يشكل دخول البضع في ملك الزوج و خروج المهر عن ملك الولي»(١).

تترتب على هذه المسأله فروع:

الأول: ظهر ممّا قلنا أنه لو كان الصبي مالكا لبعض المهر دون بعضٍ لزمه منه بنسبه ما يملكه، و لزم الأب الباقي.

الثاني: إطلاق النصوص و الفتاوى يقتضى عدم الفرق في مال الصبي بين كونه ممّا يصرف في الدين على تقديره و غيره، فيشمل ما لو كان دار سكنى و دابه ركوب و نحو ذلك. و وجه الإطلاق، أنّ الحكم بوجود المهر في ذمته حينئذٍ لا يقتضى صرف ماله المذكور في الدين، و إنّما تضمن ثبوته في ذمته على هذا الوجه، و يبقى

ص: ٢٩

الحكم بوفاء الدين على هذه الأشياء أمراً آخر، ومقتضى القواعد الشرعيّة أن لا يوفّى منها وإن طلبته الزوجه، و يبقى في ذمّه الولد إلى أن يقدر على الوفاء جمعاً بين الأصلين (١)، (٢).

الثالث: قال في الجواهر: «إنّ مورد النصوص الأب، و في التعدّي إلى الجدّ و إن علا وجهان: من كونه أباً حقيقه، بل ولايته أقوى من ولايه الأب في بعض المواضع، و من مخالفه الحكم للأصول، فينبغي الاقتصار فيه على المتيقّن» (٣).

الرابع: لا- فرق في ضمان الأب المهر بين المؤخّل منه و المعجّل و إن زاد الأجل على زمان البلوغ، بل و لا- في النكاح بين الفضولي و غيره مع إجازة الأب له.

نعم، لو لم يُجز الأب لعدم علمه مثلاً فأجاز الولد بعد بلوغه، أمكن عدم الوجوب على الولي، للأصل، و ظهور خبر على بن جعفر المتقدم (٤) في خلافه (٥).

الخامس: لو دفع الأب المهر عن الصغير مع يسار الولد تبرّعاً، أو مع إيساره لكونه ضامناً، ثم بلغ الصبي و طلق قبل الدخول، زال ملك المرأة عن نصفه، و هل يعود إلى الأب أو إلى الابن؟ الأظهر هو الثاني؛ لأنّ الطلاق سبب مملّك جديد للنصف لا فاسخ لسبب الملك ليعود إلى مالكه، و إنّما ملكه الابن بالطلاق عن غير أبيه، فأشبهه ما لو وهبه الأب الأجنبي ثمّ وهبه الأجنبي للابن، أو أنّ دفع الأب المهر عن الولد يجري مجرى هبه الأب المهر للابن، فلا يعود إلى ملك الأب؛ لأنّ

ص: ٣٠

١- (١) مسالك الأفهام ٨: ٢٨٥.

٢- (٢) يعني أصل كون المهر على ذمّه الزوج، و أصل عدم جواز بيع الدار السكنى و دابّه الركوب لأداء الدين.

٣- (٣) جواهر الكلام ٣١: ١٢٨.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٥: ٤٠، الباب ٢٨ من أبواب المهور ح ٤.

٥- (٥) جواهر الكلام ٣١: ١٢٨.

الأب لا يرجع في هبه ولده انظر المسالك (١) و تحرير الوسيله (٢) و شرحه (٣).

رأى بعض أهل السنّه فى ضمان الأب، المهر:

قال أبو إسحاق الشيرازى من فقهاء الشافعيه: «إذا زوّج الرجل ابنه الصغير و هو معسرٌ ففيه قولان:

قال فى القديم: يجب المهر على الأب؛ لأنّه لما زوّجه مع العلم بوجود المهر و الإعسار كان ذلك رضاً بالتزامه.

و قال فى الجديد: يجب على الابن و هو الصحيح؛ لأنّ البضع له و كان المهر عليه» (٤).

و قال بعض الحنفية: إذا ضمن الأب مهر الصغيره صحّ هذا الضمان، و المرأه بالخيار فى مطالبتها زوجها البالغ أو الولي الضامن، فإن أذى الولي يرجع على الزوج... و أمّا إذا ضمن الأب المهر عن ابنه الصغير و أدى لا يرجع عليه؛ لأنّه يتحمّل مهور الصغار عرفاً إلاّ إذا شرط الرجوع فى أصل الضمان فيرجع (٥).

و فى شرح الطحاوى: «الأب إذا زوّج الصغير امرأه فللمرأه أن تطلب بالمهر من أب الزوج فيؤدى الأب من مال ابنه الصغير و إن لم يضمن» (٦).

هذا ما عثرنا على رأيهم فى هذه المسأله، و لم نعثر على رأى المالكيه و الحنبلية، و لعلّه كان موجوداً فى كتب لم تكن فى أيدينا.

ص: ٣١

١- (١) مسالك الأفهام ٨: ٢٨٦.

٢- (٢) تحرير الوسيله ٢: ٢٨٧، فصل فى المهر، مسأله ٢٤.

٣- (٣) تفصيل الشريعه، كتاب النكاح: ٤٥٧.

٤- (٤) المهذب فى فقه الإمام الشافعى ٢: ٦١، المجموع شرح المهذب ١٨: ٥٤.

٥- (٥) الدرّ المختار فى شرح تنوير الأبصار ٣: ١٤٠-١٤١، و شرح فتح القدير ٣: ٢٤٧ مع تصرّف فيهما.

٦- (٦) أحكام الصغار: ٦٢.

إشاره

و من الأحكام التي يترتب على إنكاح الولي الصغار، الحرمة بالمصاهرة.

الصَّهْرُ فِي اللَّغَةِ بِمَعْنَى الْقَرَابَةِ، وَقِيلَ: بِمَعْنَى زَوْجِ بِنْتِ الرَّجُلِ، وَ زَوْجِ اخْتِهِ، وَ الْفِعْلُ الْمَصَاهِرَةُ (١).

و في اصطلاح الفقهاء - كما قال الشيخ الأعظم -: «المصاهرة علاقة تحدث بين كل من الزوجين و أقرباء الآخر و توجب حرمة النكاح» (٢).

قال الله - تعالى - : (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ...٣).

و قال أيضاً: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَ عَمَّاتُكُمْ وَ خَالَاتُكُمْ وَ بَنَاتُ الْأَخِ وَ بَنَاتُ الْأُخْتِ وَ أُمَّهَاتُكُمْ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَ أَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعِ وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَ رَبَائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ...٤).

و قد دلَّت الآيتان الكريمتان على أنّ المحرّمات بالمصاهرة أربعة أصناف:

١ - أمّهات الزوجات.

٢ - زوجات الأبناء.

٣ - زوجات الآباء.

ص: ٣٢

١- (١) لسان العرب ٤: ٨١.

٢- (٢) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٣٧٧.

ولمّا لم تكن الربائب هنا متصوّره لكون الزوجه صغيره، يقع الكلام فى الثلاثه الأولى.

المسأله الأولى: نكاح امّ الزوجه الصغيره

اشاره

هل تحرم امّ الزوجه الصغيره على الزوج بمجرد العقد و إن لم يدخل بالمعقوده؟ فيه ثلاثه أقوال:

القول الأول: عدم الحرمة

الثانى: الحرمة.

الثالث: التوقف.

أمّا القول الأول: فذهب إليه ابن أبى عقيل؛ فإنه اشترط فى تحريم الأمّ الدخول بالبنت، و مال إليه الصدوق و الكلينى، و به قال بعض أهل السنّه أيضاً (١).

قال فى المختلف: «قال ابن أبى عقيل: قال الله - تعالى - : (وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَ رَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ) ثم شرط فى الآيه شرطاً، فقال:

(اللّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ...) فالشرط عند آل الرسول، فى الأمّهات و الربائب جميعاً الدخول، و إذا تزوّج الرجل المرأه ثم ماتت عنه أو طلقها قبل أن يدخل، بها فله أن يتزوّج بأمها و ابنتها.

و أمّا الصدوق،

فإنه روى فى الفقيه عن جميل بن درّاج، عن الصادق عليه السلام أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأه ثم طلقها قبل أن يدخل بها، هل تحلّ له ابنتها؟ قال: «الأمّ و الابنه فى هذا سواء، إذا لم يدخل بإحدهما حلّت

ص: ٣٣

له الأخرى» (١). (٢)

وقال في مقدمه الفقيه: «بل قصدت إلى إيراد ما أفتى به وأحكم بصحته وأعتقد فيه أنه حجّه فيما بيني وبين ربّي» (٣) فيمكن أن يقال: إنّ هذا فتواه قدس سره.

وقال في الوافي: «إنّ في الفقيه اقتصر على حديث جميل، وذلك يدلّ على أنه فتواه» (٤).

وقال في المقنع: «إذا تزوّج امرأه حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأُمّ، فإن لم يكن دخل بالأُمّ فلا بأس أن يتزوَّج الابنه، وإذا تزوّج البنت فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأُمّ، وروى أنّ الأُمّ والبنت في هذا سواء إذا لم يدخل بإحدهما حلّت له الأخرى» (٥).

و روى الكليني عن جميل بن درّاج و حمّاد بن عثمان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الأمّ والابنه سواء إذا لم يدخل بها... (٦).

أدله قول الأوّل

ويمكن الاستدلال لهذا القول بأمر:

الأوّل: أصاله الإباحه

وهي مردوده بالأدله التي سنذكرها في إثبات القول الثاني.

ص: ٣٤

١- (١) الفقيه ٣: ٢٦٢ ح ١٢٤٧، وسائل الشيعه ١٤: ٣٥٦ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ٦.

٢- (٢) مختلف الشيعه ٧: ٤٨-٤٩.

٣- (٣) الفقيه ١: ٣.

٤- (٤) الوافي ٢١: ١٧٠.

٥- (٥) المقنع: ٣١٢.

٦- (٦) الكافي ٥: ٤٢١ ح ١، وسائل الشيعه ١٤: ٣٥٥ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ٣.

(وَأَمّهَاتُ نِسَائِكُمْ) ١ بناءً على إرجاع القيد أى (اللاتى دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) إلى الجملتين.

و فيه: أن الآيه الكريمة لا تدلّ على ذلك ولا ظهور لها؛ لأنه - كما حَقَّق في الأصول - يجب عود الوصف والشرط والاستثناء المتعقَّب للجمل إلى الأخيره إلا مع قيام القرينه على خلاف ذلك (١)، هذا أولاً.

و ثانياً: كما يستفاد من كلمات بعض الأكابر من الفقهاء رجوع (مِنْ نِسَائِكُمْ اللّاتى دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) إلى كلتا الجملتين غير صحيح، حيث إنّ كلمه «من» على تقدير التعلُّق بالجمله الأولى تكون بياتيه؛ لأنها لبيان الجنس و تمييز المدخول بهنَّ من غير المدخول بهنَّ، فيكون التقدير هكذا: حرّمت عليكم امّهات نساءكم؛ أى نساءكم اللاتى دخلتم بهنَّ.

و من حيث إنّ (مِنْ نِسَائِكُمْ اللّاتى) متعلّق ب «ربائبكم» تكون ابتدائيه لابتداء الغايه، كما تقول: بنات رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من خديجه، فيلزم استعمال كلمه «من» فى معنيين مختلفين فى كلام واحد، و هو غير جائز (٢).

و ثالثاً: أنّ أهل النظر فى كلام العرب قالوا: إنّ الخبرين إذا اختلفا لا يجوز أن يوصف الاسمان بوصف واحد، فلا يجوز قام عمرو و قعد زيد الظريفان، و علله سيويه باختلاف العامل فى الصفه؛ لأنّ العامل فى الصفه هو العامل فى الموصوف.

و بيانه فى الآيه، أنّ قوله - تعالى - : (اللاتى دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) يعود عند القائل

ص: ٣٥

١- (٢) كفايه الأصول: ٢٧٣، و قال النائنى رحمه الله: و التحقيق هو التفصيل بين ما إذا كانت الجمل المتقدمه مشتمله على الموضوع و المحمول، و بين ما إذا حذف فيها الموضوع، ففى الأول يرجع إلى خصوص الأخيره. فوائد الأصول ١ و ٢: ٥٥٥.

٢- (٣) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٣٧٨، الحدائق الناضره ٢٣: ٤٥٠، جامع المقاصد ١٢: ٢٩٤، نهايه المرام ١: ١٣١، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٢.

إلى نسائكم، و هو مخفوضٌ بالإضافه و إلى «ربائبكم» و هو مرفوع، و الصفه الواحده لا تتعلّق بمختلفى الإعراب و لا بمختلفى العامل.

قال العلامة فى المختلف: «و لأنّ شرط الدخول هنا عائد إلى الربائب خاصّه؛ فإنّه قال: (مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) و الربائب من النساء لا- محاله، فصَحَّ أن يرجع إليهنّ؛ لأنّه شرط أن يَكُنَّ من نساتنا، و امّهات النساء لسن من نساتنا، بل نساتنا منهنّ، و إذا تعذّر رجوع الشرط إلى الأولى و جب اختصاصه بالأخيره»(١).

و رابعاً - و هو أقواها و أظهرها -: الأخبار الوارده فى تفسير الآيه، و صرّحت بأنّ الجملة الأولى مطلقه شامله للمدخول بها و غيرها، و الثانيه مقيدته و أنّ القيد المذكور راجع إلى خصوص جملة الثانيه.

من هذه الأخبار: معتبره إسحاق بن عمّار، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليهم السلام فى حديثٍ قال:

(و الأمّهات) مبهمات. دخل بالبنات، أو لم يدخل بهنّ، فحرّموا و أبهموا ما أبهم الله»(٢).

فهذه الروايه صريحه فى القول المشهور، و فيها إشارة إلى تفسير الآيه بالإطلاق فى الجملة الأولى و التقييد فى الثانيه؛ فإنّ «المبهمات» فى قوله عليه السلام:

«و الأمّهات مبهمات» مأخوذه من إبهام الباب؛ بمعنى إغلاقه، و المعنى: أنّها مغلقه فى التحريم لا مدخل للحلّ فيها بوجه.

و منها:

ما رواه العياشى فى تفسيره عن أبى حمزه قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوّج امرأه و طلقها قبل أن يدخل بها، أ تحلّ له ابنتها؟ قال: فقال: «قد قضى فى هذا أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس به، إنّ الله يقول: (و رَبَائِبِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُم

ص: ٣٦

١- (١) مختلف الشيعه ٥٢:٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٣٥٥:١٤ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ٢.

مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ)

و لو تزوج الابنه ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها.

قال: قلت له: أليس هما سواء؟ قال: فقال: لا، ليس هذه مثل هذه، إن الله يقول: (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) لم يستثن في هذه، كما اشترط في تلك، هذه هاهنا مبهمه ليس فيها شرط، و تلك فيها شرط» (١).

و هذه الروايه نص في المطلوب و صريحه في المعنى الذى حملنا عليه الآية.

و الحاصل أن الجملة الأولى مطلقه و الثانيه مقيدته، و الجملة المقيدته إذا عطفت على الجملة المطلقة لا يجب أن يسرى ذلك التقييد إلى الجملة الأولى أيضاً، و هو ظاهر كلام الأردبيلي و الراوندى (٢).

و ضعف بعض هذه الأخبار منجبر بالشهره العظيمه و الإجماعات المحكيه، مع دلاله صحيحه منصور بن حازم الآتيه باشتهار الحكم بين الشيعة و افتخارهم به، لصدوره عن أمير المؤمنين عليه السلام.

الثالث: الأخبار الكثيره:

١ - كصحيحه منصور بن حازم التي يدل صدرها على قول ابن أبي عقيل، حيث قال عليه السلام:

«قد فعله رجلٌ منّا فلم ترّ به بأساً».

و فيه: أنها للتقيّه؛ لأنّ في آخر الروايه قال عليه السلام:

«يا شيخ تخبرني أنّ عليّاً عليه السلام قضى بها و تسألني ما تقول فيها» (٣). و قضاء عليّ مشهور بين الشيعة و تفتخر به، فالصحيحه دليل للقول المشهور.

ص: ٣٧

١- (١) نفس المصدر و الباب ص ٣٥٦ ح ٧.

٢- (٢) فقه القرآن ٢: ٨٣، زبده البيان ٢: ٦٦٤.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٤ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ١.

جميل بن درّاج و حمّاد بن عثمان، عن الصادق عليه السلام قال: «الأمّ و البنت سواء إذا لم يدخل بها، یعنی إذا تزوّج المرأه ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها؛ فإنّه إن شاء تزوّج أمّها، و إن شاء ابنتها» (١).

و فيه: أنّه لا دلالة في هذه الروايه صريحاً و لا ظاهراً على ذلك إلاّ بمعونه التفسير المذكور، و هو غير معلوم كونه من الإمام عليه السلام، بل الظاهر أنّه من بعض الرواه، و حينئذٍ فلا يكون حجّه.

و أمّا أصل الروايه مع قطع النظر عن هذا التفسير فيحتمل أن يكون المقصود منها أنّه إذا تزوّج الأمّ و لم يدخل بها فالأمّ و البنت سواء في أصل الإباحه، فإن شاء دخل بالأمّ، و إن شاء فارقها و تزوّج البنت.

و يؤيده أفراد الضمير؛ فإنّه راجع إلى الأمّ على ظاهر السياق.

كما يستظهر ذلك من كلام المحدث البحراني (٢) و النراقي (٣) و الشيخ الحرّ العاملي (٤).

جميل بن درّاج، أنّه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأه ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها، هل تحلّ له ابنتها؟ قال: «الأمّ و الابنه في هذا سواء، إذا لم يدخل بإحدهما حلّت له الأخرى» (٥).

و هذه الروايه و إن كانت صريحه الدلاله على القول المذكور، إلاّ أنّه من المحتمل قريباً أنّ قوله عليه السلام:

«إذا لم يدخل بإحدهما حلّت له الأخرى» تفسير

١- (١) نفس المصدر و الباب ح ٣ و ٤.

٢- (٢) الحدائق الناضره ٢٣: ٤٥٥.

٣- (٣) مستند الشيعة ١٦: ٣٠٤، ٣٠٥.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٦.

٥- (٥) الفقيه ٣: ٢٦٢ ح ١٢٤٧، وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٦ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٦.

بالمعنى من الصدوق رحمه الله على حسب ما ذهب إليه فى الحدائق (١) و الجواهر (٢).

٤ - و صحيحه محمد بن إسحاق بن عمّار المضمرة، و فيها:

رجل تزوّج امرأةً فهلكت قبل أن يدخل بها، تحلّ له أمّها؟ قال: «و ما الذى يحرم عليه منها و لم يدخل بها» (٣). و هذه الرواية أوضح ما استدللّ به لهذا القول.

و فيه: أنّ الاستدلال يتوقّف على كون الاستفهام إنكارياً، و لكنّه ليس بمتعيّن، بل لا ظهور فيه، أو عدل الإمام عليه السلام عن الجواب الصريح إلى الاستفهام للتقيّه، كما فى مستند الشيعة (٤). و فى المختلف: «أنّ محمد بن إسحاق بن عمّار قال: قلت له، و لم يذكر من هو، فجاز أن يكون المسئول غير الإمام» (٥).

القول الثانى حرمة امّ الزوجه الصغيره على الزوج

القول الثانى فى المسأله: ما قال به المشهور، و هو الأقوى؛ من أنّه تحرم امّ الزوجه الصغيره على الزوج بمجرد العقد و إن علت سبباً أو رضاعاً (٦).

و إن كان لم يدخل بالمعقوده. قال الشيخ فى النهايه: «و يحرم العقد على امّ الزوجه؛ سواء دخل بالبنت أو لم يدخل بها» (٧). و كذا فى المبسوط (٨) و المقنعه (٩).

ص: ٣٩

١- (١) الحدائق الناضره ٢٣: ٤٥٦.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥١.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٦، الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٥.

٤- (٤) مستند الشيعة ١٦: ٣٠٦.

٥- (٥) مختلف الشيعة ٧: ٥٢.

٦- (٦) لعموم (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)، وسائل الشيعة، الباب ١ من أبواب ما يحرم من الرضاع.

٧- (٧) النهايه للطوسى: ٤٥١.

٨- (٨) المبسوط للطوسى ٤: ١٩٦.

٩- (٩) المقنعه: ٥٠٢.

و الوسيله (١) و الجامع للشرائع (٢) و المهذب (٣).

و فى الناصريات: «عندنا أنّ امهات النساء يحرمن بالعقد على بناتهنّ بمجرد العقد من غير اعتبار بالدخول، و وافقنا على ذلك جميع فقهاء الأمصار...

دليلنا الإجماع (٤). و ادعى عليه الإجماع أيضاً فى الغنيه (٥).

و قال فى الروضه: «و أمّا تحريم الأمّ و إن لم يدخل بالبنت فعليه المعظم، بل كاد يكون إجماعاً» (٦).

و قال المحقق النراقى: «يمكن أن يقال: إنّه إجماع محقق» (٧).

و فى تحرير الوسيله: «لو عقد على امرأه حرمت عليه أمها و إن علت، نسباً أو رضاعاً؛ سواء دخل بها أم لا، و سواء كان العقد دواماً أو انقطاعاً، و سواء كانت المعقوده صغيره أو كبيره» (٨). و به قال فى تفصيل الشريعه (٩).

أدله هذا القول

و يمكن الاستدلال لهذا القول بوجه:

الأول: الإجماع كما تقدّم.

ص: ٤٠

١- (١) الوسيله لابن حمزه: ٢٩٢.

٢- (٢) الجامع للشرائع لابن سعيد: ٤٢٧.

٣- (٣) المهذب للقاضى ابن البراج ٢: ١٨٢.

٤- (٤) الناصريات: ٣١٧.

٥- (٥) غنيه النزوع: ٣٣٦.

٦- (٦) الروضه البهيه ٥: ١٧٧.

٧- (٧) مستند الشيعه ١٦: ٣٠١.

٨- (٨) تحرير الوسيله ٢: ٢٦٣، مسأله ٢.

٩- (٩) تفصيل الشريعه، كتاب النكاح: ٢٢٠.

الثانى: عموم قوله تعالى: (وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) ١ .

و تقريب الاستدلال به أن يقال: ظاهر الآيه يدلّ على تعداد المحرّمات المعدوده، و هى تشمل المدخول بهنّ و غير المدخول بهنّ، فإنّ جمع المضاف يفيد العموم، و لا مخصّص لها إلاّ احتمال كون القيد الذى ورد فى ذيلها (مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ) راجعاً إلى هذه الجملة، و هذا الاحتمال مردودٌ بالوجه التى ذكرناها فى ردّ الاستدلال بالآيه للقول الأول، فليراجع.

الثالث: - و هو العمده - النصوص:

منها: موثّقه

غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام، أنّ عليّاً عليه السلام قال:

«إذا تزوّج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأّم، فإذا لم يدخل بالأّم فلا بأس أن يتزوّج بالابنه، و إذا تزوّج بالابنه فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأّم» الحديث (١).

و دلالتها على حرمة امّ الزوجه مطلقاً واضحه.

و منها: موثّقه أبى بصير المضمرة

قال: سألته عن رجل تزوّج امرأه ثمّ طلقها قبل أن يدخل بها؟ فقال: «تحلّ له ابنتها و لا تحلّ له امّها» (٢).

و منها: صحيحه منصور بن حازم

قال: كنت عند أبى عبد الله عليه السلام، فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوّج امرأه فماتت قبل أن يدخل بها، أ يتزوّج بأّمها؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: قد فعله رجل منّا فلم ير به بأساً (٣).

ص: ٤١

١- (٢) وسائل الشيعه ١٤: ٣٥١ الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ٤.

٢- (٣) نفس المصدر، و الباب ح ٥.

٣- (٤) و أثبت فى الوسائل و تفسير العيّاشى «فلم ير به بأساً» بالياء على صيغه الغائب، و لكن فى الكافى و الحدائق و التهذيب و جامع أحاديث الشيعه و نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى «فلم نر به بأساً» بالنون على صيغه المتكلّم.

فقلت: جعلت فداك ما تفتخر الشيعة إلا بقضاء علي عليه السلام في هذه الشمخية (١).

«السمخية خ ل» التي افتناها ابن مسعود أنه لا بأس بذلك، ثم أتى علياً عليه السلام فسأله، فقال له علي عليه السلام: من أين أخذتها؟ قال: من قول الله - عزّ وجلّ -: (وَرَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ) فقال علي عليه السلام: إن هذه مستثناة وهذا مرسله (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) - إلى أن قال: - فقلت له: ما تقول فيها؟ فقال: يا شيخ تخبرني أن علياً عليه السلام قضى بها وتألني ما تقول فيها (٢).

نقول: لما جعل ابن مسعود قوله - تعالى -: (مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ)

متعلقاً بالمعطوف والمعطوف عليه جميعاً، وجعلهما مقيدتين بالدخول، ردّ عليه السلام بأنّ

ص: ٤٢

١- (١) وهذه الكلمة وردت بصورٍ مختلفه، ففي الكافي ٤٢٢:٥ «هذه الشمخية»، وكذا في شرحه «مرآة العقول» ١٧٨:٢٠، وفي تفسير العياشي ٢٣١:١ «هذه الشخينة». وفي هامشه وفي بعض النسخ الشخينة، وفي التهذيب ٢٧٤:٧ هذه السمخية، وفي الاستبصار ١٥٧:٣ هذه الشمخية مطابقاً للكافي و شرحه. وفي البحار ٢٠:١٠٤ هذه السمخية، وفي طبعه القديم ٩٦:٢٣ هذه الشمخه، وفي تفسير البرهان ٣٥٧:١ هذه السمحه، وفي الوسائل ٣٥٤:١٤ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١ هذه الشمخية، وكذا في جامع أحاديث الشيعة ٤٣١:٢٠. وقال في مرآة العقول ١٧٨:٢-١٧٩:١. ويحتمل أن يكون تسميتها بها لأنها صارت سبباً لافتخار الشيعة على العامّة. وقال الوالد العلّامة: إنّما سمت المسأله بالشمخية بالنسبه إلى ابن مسعود، فإنّه «عبد الله بن مسعود» ابن غافل بن حبيب بن شمخ، أو لتكبر ابن مسعود فيها عن متابعه أمير المؤمنين عليه السلام يقال: شمخ بأنفه. والظاهر أنّ ما قاله المجلسي في وجه تسميه هذه الكلمه غير صحيحه، والحقّ في ضبطها «هذه الشمخية» كما في الكافي و شرحه و الوسائل و غيرها. و دليل تسميه هذه المسأله بالشمخية لأجل أنّ رجلاً من بنى شمخ تزوّج امرأه و لم يدخل بها، ثم رأى امّها فأعجبته و استفتى ابن مسعود، فأمره أن يفارقها ثم يتزوّج امّها، ففعل و ولدت له أولاداً، ثم أتى ابن مسعود المدينة فسأل عمر، أو أصحاب النبي صلى الله عليه و آله و سلم، فقالوا: لا- تصلح، فلما رجع إلى الكوفه قال للرجل: إنّها عليك حرام ففارقها، الدرّ المنثور للسيوطي ١٣٥:٢، أوجز المسالك ٣٣٩:٩.

٢- (٢) ووسائل الشيعة ٣٥٤:١٤، الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

المعطوف عليه مطلق و المعطوف مقيّد، و قوله عليه السلام: إنّ هذه مستثناة، أى مقيّده بالنساء اللاتي دخلتم بهنّ، و قوله عليه السلام: و هذه مرسله، أى مطلقه غير مقيّده بالدخول و عدمه. و قال الشيخ الحرّ العاملي بعد نقل الروايه:

«لا يخفى أنّه عليه السلام أفتى أولاً بالتقيّه كما ذكره الشيخ و غيره، و قرينتها قوله:

قد فعل رجلٌ منّا فنقل ذلك عن غيره، و قول الرجل المذكور ليس بحجّه، إذ لا تعلم عصمته، ثمّ ذكر أخيراً أنّ قوله فى ذلك هو ما أفتى به علىّ عليه السلام»(١).

الترجيح للأخبار التي دلّت على التحريم

إن قيل: فمقتضى ما ذكر من النصوص لإثبات القولين، و وقوع التعارض بينهما، فما المرجّح؟

قلنا: و على فرض التعارض، كان الترجيح للأخبار التي دلّت على إثبات قول المشهور؛ لأنّها موافقه لعموم الكتاب و مخالفه لبعض العامه، كما سيأتى، و معاضده للشهره المتحقّقه و الإجماعات المحكيه، و النصوص التي دلّت على القول الأوّل فى جانب العكس؛ أى مخالفه للكتاب و شاذّه، و لذا لا يجوز العمل بها، كما قال الشيخ فى التهذيبين(٢). و هكذا موافقه لبعض العامه كما سيأتى.

قال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكرانى: «لو فرض التعارض بين الطائفتين و صحّحه الاحتجاج بها فى نفسها، فالشهره الفتوائيه المحقّقه - التي هى أوّل المرجّحات فى الخبرين المتعارضين على ما استفيد من مقبوله عمر بن حنظله(٣)

ص: ٤٣

١- (١) نفس المصدر و الباب، ذيل ح ١.

٢- (٢) تهذيب الأحكام ٧: ٢٧٥، الاستبصار ٣: ١٥٨.

٣- (٣) الكافى ١: ٦٧ ح ١٠، وسائل الشيعه ١٨: ٧٥ أبواب صفات القاضى الباب ٩، ح ١.

المعروفه - مطابقه مع الطائفة الأولى، فلا محيص عن الأخذ بها، إذ لم يحك الخلاف إلا عن الحسن (١)، حيث اشترط الحرمة بالدخول كالنبت (٢).

القول الثالث التوقف في المسألة

القول الثالث: التوقف في المسألة و عدم القول بالإباحه و لا القول بالتحريم.

قال العلامة رحمه الله - بعد أن أورد على روايتى جميل بن درّاج و منصور بن حازم :-

«و هذان الحديثان قويان لا- يبعد عندى العمل بهما، ثم قال: و بالجمله: فنحن فى هذه المسألة من المتوقفين، إلا أن الترجيح للتحريم؛ عملاً بالاحتياط و بفتوى الأكثر من الأصحاب» (٣).

و قال السيد صاحب المدارك - بعد ذكر الأخبار التى تدلّ على عدم الحرمة :-

«و هذه الروايات أصحّ طرقاً من الأخبار المحرّمة، و المسألة قويّة الإشكال» (٤).

و توقف فى ذلك أيضاً المحقق الأردبيلي (٥).

و وجه توقّف هؤلاء الأعلام قدس سرهم الأخبار الصحيحة المتقدّمة و احتمال رجوع القيد فى قوله - تعالى - : (مَنْ نَسَأَكُمْ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ) إلى الجملتين.

و لكن تقدّم الجواب عنها مشروحاً فلا وجه للتوقف، و إن كان الاحتياط طريقاً إلى النجاء، و الله تعالى هو العالم بحكمه.

ص: ٤٤

١- (١) مختلف الشيعة ٧: ٤٨، إيضاح الفوائد ٣: ٦٦.

٢- (٢) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٢-٢٢٣.

٣- (٣) مختلف الشيعة ٧: ٥٣.

٤- (٤) نهاية المرام ١: ١٣٣.

٥- (٥) زبده البيان: ٦٦٤.

و عندهم في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: عدم اشتراط تحريم امّ الزوجه على الزوج بالدخول.

الثاني: اشتراط التحريم بالدخول.

الثالث: التفصيل بين الطلاق و الموت.

أمّا القول الأول: فهو قول عامّه علمائهم، قال الكاساني من فقهاء الحنفيّه:

«المحرّمات بالمصاهره أربع فرق: الفرقة الأولى امّ الزوجه و جدّاتها من قبل أبيها و امّها و إن علون، فيحرم على الرجل امّ الزوجه بنصّ الكتاب العزيز؛ و هو قوله - عزّ و جلّ - : (وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) ، معطوفاً على قوله - عزّ و جلّ - : (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ) سواء كان دخل بزوجه أو كان لم يدخل بها عند عامّه العلماء»(١).

و بمثل ذلك قال القرطبي في جامع الأحكام(٢) و السرخسي في المبسوط (٣)

و ابن قدامه في المغني(٤) و به قال أيضاً المالكيه و الشافعيه و الظاهريه(٥).

و أمّا القول الثاني: و هو اشتراط تحريم امّ الزوجه بالدخول بالابنه، فهو أحد قولي الشافعي(٦) ، و به قال مالك. و داود الاصفهاني، و محمّد بن شجاع البلخي...

و روى هذا أيضاً عن عبد الله بن مسعود و جابر(٧)

ص: ٤٥

- ١- (١) بدائع الصنائع ٢: ٥٣١.
- ٢- (٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٠٦.
- ٣- (٣) المبسوط للسرخسي ٤: ١٩٩.
- ٤- (٤) المغني ٧: ٤٧٢، الكافي في فقه الإمام أحمد ٣: ٢٧.
- ٥- (٥) بلغة السالك لأقرب المسالك ٢: ٢٥٩، أوجز المسالك ٩: ٣٣٧، عقد الجواهر الثمينه ٢: ٣٨، الأم ٥: ١٤٩، المجموع شرح المهذب ١٧: ٣٧٨-٣٧٩، روضه الطالبين ٦: ١٠٧، المحلّي بالآثار ٩: ١٤٠.
- ٦- (٦) المبسوط للسرخسي ٤: ١٩٩.
- ٧- (٧) بدائع الصنائع ٢: ٥٣١-٥٣٢.

و نقل القرطبي في تفسيره هذا القول عن السلف، و زعموا أنّ شرط الدخول في الآية الكريمة راجع إلى الأمهات و الربائب جميعاً (١)، و نقل النووي هذا القول عن بعض آخر (٢).

و أمّا القول الثالث: و هو التفصيل بين الطلاق و الموت، فهو قول زيد بن ثابت، فقال في الطلاق مثل قول الثاني، و في الموت مثل قول الأول، فجعل الموت كالدخول؛ لأنه بمنزلة الدخول في حق المهر، و كذا في حق التحريم (٣).

نقول: هذا قياس ضعيف و مخالف لعموم قوله - تعالى -: (وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ)

الذي لا يدلّ على شرط الدخول.

رأى المحقق القمي في تزويج الصغيره

قال المحقق القمي رحمه الله في جامع الشتات: إذا زوج الأب ابنته الرضيعه بمدّه ساعه و كان غرضه منه أن تصير أمها محرماً للزوج لا غير، لا يصحّ و لا يترتب عليه أثر شرعي (٤).

و تبعه في ذلك السيد الاصفهاني و قال قدس سره: لا يبعد أن يعتبر في عقد الصغيره متعه أن تبلغ الصغيره إلى حدّ تكون قابله للاستمتاع و الاستلذاذ و إن كان الاستلذاذ بغير الوطء، أو أن تبلغ إلى ستّ سنين، أو أن يجعل المدّه طويله حيث تكون متضمّنه إلى هذا الحدّ، فما هو متعارف بين الناس من أن يعقد الأب ابنته الصغيره التي لا تكون بهذا الحدّ لرجل في مدّه ساعه مثلاً، و الغرض من هذا العقد

ص: ٤٦

١- (١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٠٦.

٢- (٢) روضه الطالبين ٦: ١٠٧.

٣- (٣) بدائع الصنائع ٢: ٥٣٢، أوجز المسالك ٩: ٣٣٨، المغنى ٧: ٤٧٢.

٤- (٤) جامع الشتات ٤: ٤٦٢.

أن تصير أمها محرماً للزوج،...

و هذا العقد في غايه الإشكال، فيشكل أن تترتب عليه محرميه أمها(١).

و ذكر المحقق القمي لإثبات رأيه أدلّة نذكرها فيما يلي:

الأوّل: أنّ الغرض من جعل عقد المتعه هو إمكان الاستمتاع(٢) و الاستلذاذ من الزوجه، كما هو المستفاد من ظاهر الآيه و الأخبار، و هما غير ممكنين في هذا العقد لصغر الزوجه.

توضيح ذلك: أنّ الاستمتاع في قوله - تعالى -: (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ...٣ ظاهر في عقد المتعه، كما في زبده البيان(٣). و في فقه القرآن: قال الحسن: هو النكاح، و قال ابن عباس و السدي: هو المتعه إلى أجل مسمى، و هو مذهبنا(٤).

و كذا الأخبار تدلّ على أنّ وضع الشارع عقد المتعه كان لأجل الاستمتاع و الاستلذاذ، مثل ما رواه محمد بن مسلم - بسندٍ معتبر - (٥) عن أبي جعفر عليه السلام، في حديث قال:

«إِنَّ اللَّهَ رَأَفَ بِكُمْ فَجَعَلَ الْمُتَعَةَ عَوْضًا لَكُمْ مِنَ الْأَشْرَبَةِ»(٦).

ص: ٤٧

١- (١) صراط النجاه ٢: ٨٨ مسألة ٢، و هو رساله باللغه الفارسيه.

٢- (٢) و لا يخفى عدم كون الإمكان غايه و غرضاً، بل الظاهر أنّ الاستمتاع الفعلي يصلح لأن يكون غرضاً. هذا، مضافاً إلى أنّ الاستمتاع من الدواعي لهذا النكاح، أو يكون حكمه لصحة هذا العقد، و إلا فمن الواضح صحه المتعه بين الشيخ و الشيخه مع العلم بعدم إمكان الالتذاذ بينهما، فتبين من ذلك أنّ صحه العقد دواماً أو متعه لا تتوقف على الاستمتاع أو إمكانه، بل للعقد بقسميه آثار مختلفه، كالتوارث و المحرميه و غيرهما فتدبر. م ج ف.

٣- (٤) زبده البيان: ٦٥٠.

٤- (٥) فقه القرآن للراوندي ٢: ١٠٤.

٥- (٦) لأنّ السند هكذا: و عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن علي بن أسباط، عن بعض أصحابنا، عن محمد بن مسلم، و كلمه بعض أصحابنا ظاهر في أنّ الراوي رجلٌ من الشيعة، و هو عظيم المنزله و جليل القدر و لم يذكر اسمه تعظيماً و إجلالاً له.

٦- (٧) وسائل الشيعة ١٤: ٤٣٨، الباب ١ من أبواب المتعه، ح ٧.

فجعل المتعه عوضاً من الأشربه المحرّمه ظاهر في أنّ الغرض من المتعه هو الالتذاذ و الاستمتاع.

و منها: صحيحه عبد الله بن سنان،

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنّ الله - تبارك و تعالى - حرّم على شيعتنا المسكر من كلّ شرابٍ و عوّضهم من ذلك المتعه»(١).

و دلالتها واضحة.

الثاني: أنّه يستفاد من الأخبار الواردة في وجوه النكاح أنّ العله(٢) في تشريع المتعه تسهيل الأمر في استحلال الفروج للذين لا يقدرّون على النكاح البات(٣)، أو ملك اليمين(٤).

كروايه عبد الله بن مسعود قال: كنّا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ليس معنا نساء، فقلنا: يا رسول الله ألا نستحسن(٥) هنا بأجرٍ؟ فأمرنا أن ننكح المرأة بالثوب(٦).

و المراد بالاستحصان بالأجر هو عقد المتعه، لصحيحه زراره،

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تكون متعه إلاّ بأمرين، أجلٍ مسمّى و أجرٍ مسمّى»(٧)،

ص: ٤٨

١- (١) نفس المصدر و الباب ح ٩.

٢- (٢) و الظاهر أنّ هذا إنّما هو من جهه الغلبه و لا ينافي هذا عدم إمكان الاستمتاع؛ فمثلاً إذا كان الزوج و الزوجه مريضين لا يقدران على الاستمتاع أبداً فلا يقول أحد بعدم الصّحه. م ج ف

٣- (٣) و في الحديث: الرجل يتزوّج المرأة متعه، أي يحلّ أن يتزوّج ابنتها بتاتاً؟ الفقيه ٢٩٥/٣، ح ١٤٠٥، يعني دائماً، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام: «فرج موروث و هو البتات، و فرج متعه» مجمع البحرين ١١١/١ كلمه بتت. و في روايه جابر بن عبد الله الأنصاري، عن رسول الله صلى الله عليه و آله، أنّه خطب الناس فقال: «أيها الناس إنّ الله أحلّ لكم الفروج على ثلاث معان: فرج موروث و هو البتات، و فرج غير موروث و هو المتعه، و ملك أيمانكم». تهذيب الأحكام ٢٤١:٧ ذ ح ١٠٥١.

٤- (٤) جامع الشتات ٤:٤٦٣.

٥- (٥) أصل الإحصان المنع، أحصن الرجل: إذا تزوّج، فهو محصّن، مجمع البحرين ١:٤١٧ مادّه حصن.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٤:٤٤٠ الباب ١ من أبواب المتعه ح ٢٦.

٧- (٧) نفس المصدر ١٤:٤٦٥ الباب ١٧ من أبواب المتعه ح ١.

و كذا مرسله ابن أبي عمير، و خير علي بن إبراهيم(١).

و أيضاً الأخبار الواردة في جواز التمتع بالكتائبه، و الأخبار الدالّه على عدم تعيين الحدّ في المهر، تدلّان على أنّ العله في تشريع المتعه هي تسهيل الأمر في استحلال الفروج.

فمن الأوّل: مثل مضمرة إسماعيل بن سعد الأشعري

قال: سألته عن الرجل يتمّع من اليهوديّة و النصرانيه؟ قال: «لا أرى بذلك بأساً». قال: قلت:

فالمجوسيّة؟ قال: «أما المجوسيّة فلا»(٢).

و روايه

ابن فضال، عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا بأس أن يتمّع الرجل باليهوديّه و النصرانيه و عنده حرّه»(٣).

و مثلها مضمرة زراره و معتبره محمّد بن سنان(٤).

و من الثاني: مثل صحيحه أبي بصير،

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن متعه النساء قال: «حلالٌ و أنّه «إنّما خ ل» يجزئ فيه الدرهم فما فوقه»(٥).

و مرسله يونس،

عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «أدنى ما تحلّ به المتعه كفّ الطعام»(٦). و يؤيّده روايه الأحول و خبر أبي بصير(٧).

الثالث: الأخبار التي تدلّ على أنّهنّ مستأجرات دالّه على ذلك؛ لأنّ

ص: ٤٩

١- (١) نفس المصدر ١٤: ٤٣٦ الباب ١ من أبواب المتعه ح ٣ و ١٩.

٢- (٢) نفس المصدر ١٤: ٤٦١ الباب ١٣ من أبواب المتعه، ح ١.

٣- (٣) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

٤- (٤) نفس المصدر و الباب ح ٣ و ٤.

٥- (٥) نفس المصدر ١٤: ٤٧٠ الباب ٢١ من أبواب المتعه، ح ١.

٦- (٦) نفس المصدر و الباب، ح ٦.

٧- (٧) نفس المصدر و الباب ح ٢ و ٥.

الاستئجار(١) يقتضى عملاً من الأجير، و المفروض عدمه من الرضيعة، و عدم تمكّنها منه.

و مع فرض كون المدّة غير قابله لخروجها من القوّه إلى الفعل؛ فإنّ الأجره بإزاء العمل، و لا عمل يتصوّر هنا في جانب الأجير، و لا منفعه(٢) هنا تتصوّر من جانبها حتّى يكون المهر أجراً لها، و أهمّ هذه الأخبار ما يلي:

منها:

ما رواه زراره، عن أبي عبد الله قال: ذكرت له المتعه أهي من الأربع؟ فقال: «تزوج منهنّ ألفاً فإنهنّ مستأجرات»(٣).

و منها: معتبره

محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، في المتعه: «ليست من الأرباع؛ لأنها لا تطلق و لا تترث، و إنّما هي مستأجرة»(٤).

و منها: معتبره اخرى لزراره

عن أبي جعفر عليه السلام؛ لأنّه قال في آخرها: «هذه مستأجرة، و هي بمنزله الإمام»(٥).

فالحاصل من هذه النصوص أنّ المرأة في المتعه بمنزله المستأجرة، و الأجر إمّا أن يكون بإزاء العمل، و إمّا بإزاء المنفعه، و كلاهما منتف من الرضيعة في هذه المدّة القليلة. قال في الجواهر في بيان الفرق بين عقد الدائم و المتعه: إنّ المراد منه النسل

ص: ٥٠

١- (١) الإجاره في اللغة اسم للأجره؛ و هي كراء الأجير و الكروه؛ و هو عوض العمل، يقال: آجر الشيء أكره، قال الخليل: الإجاره ما أعطيت من أجرٍ في عملٍ، الأجر جزاء العمل... و قال غيره: من ذلك مهر المرأة، قال الله تعالى: «فآتوهنّ أجورهنّ»، معجم مقاييس اللغة ١: ٦٢ مآذّه أجر، القاموس المحيط ١: ٣٧٦، المصباح المنير ١: ٥، و الإجاره في اصطلاح الفقهاء عقد ثمرته تملك المنفعه بعوضٍ معلوم، أو هي عقد معاوضه على تملك المنفعه للعوض، شرائع الإسلام ٢: ١٤٠، المبسوط للسرخسي ١٥: ٧٤، المغنى و الشرح الكبير ٦: ٣، كتاب الأم ٤: ٢٥.

٢- (٢) قد مرّ تصوير المنفعه من جهه التوارث و المحرميّة. م ج ف.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٤: ٤٤٦ الباب ٤ من أبواب المتعه، ح ٢.

٤- (٤) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

٥- (٥) نفس المصدر ١٤: ٤٨٠ الباب ٢٦ من أبواب المتعه، ح ١.

و نحوه، و المقصود من المتعه الانتفاع و الاستمتاع و نحو ذلك ما هو شبه الإجاره، و لذا كان المهر فيها كالعوض في الإجاره شرطاً في الصحه (١).

و في أحكام القرآن للجصاص: «و إنما سُمِّيَ المهر أجراً لأنه بدل المنافع و ليس ببذل عن الأعيان، كما سُمِّيَ بدل منافع الدار و الدابّه أجراً... و يُروى أنّ في قراءه ابى بن كعب فما استمتعتم به منهنّ إلى أجلٍ مسمى فآتوهنّ أجورهنّ» (٢).

الرابع: أنّ العقود تابعه للقصود، و الغرض الأصلي في عقد المتعه هو الاستمتاع و الانتفاع كما تقدّم، و هما منتفیان في عقد الرضيعه؛ لعدم إمكانهما بالفرض، و أمّا محرمیه الأمّ فلا تكون غرضاً للعقد، فلا يقصد منه.

توضیح ذلك: أنّ أفعاله سبحانه و تعالی معلّله بأغراضٍ، و لكن قد يترتب على أفعاله آثار ليست بأغراضٍ؛ فإنّ تحريم الزنا مثلاً معلّل بعدم اختلاط المياه و ضياع الأنساب و نحو ذلك، و لكنّه يترتب عليه إجراء الحدّ مثلاً، و من الظاهر أنّه ليس الغرض من التحريم ذلك و إن ترتّب عليه.

فنقول: إنّ حرمة امّ الزوجه و محرميتها إنّما هما من الآثار المترتبة على النكاح و فوائده، و هما إمّا ليستا من الأغراض، أو لم يثبت كونهما غرضاً، إذ عدم الثبوت كافٍ في ثبوت العدم.

فلو فرض إجراء صيغه النكاح لمحض ذلك، و لم يكن الغرض المطلوب من النكاح حاصلًا، سيّما مع عدم إمكان مطوئيته، فلا يكفي ذلك في تصحيح العقد و لا يترتب عليه الأثر و الفائده (٣).

الخامس: أصاله عدم الصحه؛ فإنّها حكم شرعيّ يحتاج إلى دليل شرعيّ،

ص: ٥١

١- (١) جواهر الكلام ٣: ١٦٢.

٢- (٢) أحكام القرآن ٣: ٩٥.

٣- (٣) جامع الشتات ٤: ٤٦٣-٤٦٥.

و لا دليل عليه كما عرفت.

السادس: استصحاب الحكم السابق(١).

و بعد ذكر الأدلّة ربّ عليها قدس سره نتيجةً فقال: و ممّا ذكرنا يظهر أنّه لا يتم الاستدلال بمثل «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» فإنّه لا معنى لإرادته كلّ عقدٍ يتصوّر؛ لاستلزامه التخصيص غير المرضى، فلا بدّ من حملها على العقود المعهودة في زمان الشارع، و لم يثبت كون هذا العقد معهوداً في زمان الشارع، و احتمال كونه معهوداً لا يكفي؛ لأنّ الأصل عدم الصحّة، و لا يرتفع مقتضى الأصل إلّا بثبوت دخوله في العقد، و لا يكفي الاحتمال.

و أضاف: بأنّ العمومات و الإطلاقات لا تنصرف إلى مثل هذا العقد؛ لأنّ كلّها إمّا صريح في غير هذا العقد، أو ظاهر فيه، بل لا يكاد توجد روايه يمكن انصرافها إلى هذا العقد أو ظاهر فيه(٢)، و لكن أمر قدس سره في موضع آخر من كتابه بالاحتياط؛ لأنّ أمر الفروج شديد(٣).

الجواب عن المحقّق القمّي رحمه الله

و الجواب عن استدلال الأوّل و الثاني: أنّ الآيه الكريمة و كذا الأخبار تشعران بأنّه تكون الحكمه في جعل المتعه إمكان الاستلذاذ و الانتفاع للرجال من النساء و بالعكس، و تسهيل الأمر في استحلال الفروج للذين لا يقدرّون على النكاح البات، و لا ظهور فيهما على أنّ الاستلذاذ و الانتفاع علّة منحصرة في جعلها، بحيث كان الاستلذاذ و الانتفاع موضوعاً للحكم، فإن لم يكونا لم تجز المتعه.

ص: ٥٢

١- (١) جامع الشتات ٤: ٤٦٢.

٢- (٢) نفس المصدر ٤: ٤٦٣ و ٤٧٦.

٣- (٣) نفس المصدر ٤: ٥١٨.

و الشاهد على ذلك جواز متعه النساء العجائز اللاتي لا يكنّ قابلات للاستمتاع؛ فإنه لا خلاف بين الفقهاء في جواز متعتهنّ، حتّى أنّ المحقّق القمّي رحمه الله و السيّد الاصفهاني لم يفتيا بعدم جوازها، مع أنّه يمكن أن يفرض عدم قابليتهنّ للانتفاع و الاستلذاذ في الحال و في المستقبل.

و هذا أقوى دليلٍ على أنّه ليس الغرض في جعل المتعه منحصرًا بالانتفاع و الاستلذاذ، بل هما حكمه فيها.

قال المحقّق الفقيه الفاضل اللنكراني في شرح كلام الإمام الخميني قدس سره في المقام:

«الاحتياط الذي ذكره في المتن بالإضافة إلى الأمر الرائج بين كثير من المتديّنين، حيث يعقدون الصغيره عقداً انقطاعياً لأجل حصول المحرميّة بالإضافة إلى أمّها و جواز النظر إليها، من دون أن يكون المقصود هي الزوجيّة المتعارفه، نظراً إلى أنّ مقتضى الاحتياط عدم العقد على الصغيره جدّاً... و لكنّ الظاهر عدم لزوم رعايه شيءٍ من الاحتياطين و كفايه العقد الانقطاعي ساعه أو ساعتين مثلاً؛ لعدم انحصار فائده النكاح بالوطء و لا بالاستمتاع و لو بغير الوطء، بل المحرميّة بالإضافة إلى الأقرباء، مثل أمّ الزوجه تكون من الآثار»(١).

و ممّا قلنا ظهر الجواب عن الثالث أيضاً؛ فإنّ الأخبار - التي تدلّ على أنّ النساء مستأجرات - معناها أنّ أكثر الأفراد و نوعهنّ تكون كذلك، و لا منافاه بأن لا يكون بعض الأفراد كذلك. ألا ترى أنّ وجوب العده في الطلاق و كذا في المتعه علّلت بعدم اختلاط المياه و تشويش الأنساب، و الحال أنّ بعضهنّ عقيم ليست فيهنّ قابليه النسل، و مع هذا تجب عليهنّ العده؟ ففي مسألتنا هذه أيضاً لا منافاه بأن لا تجرى في بعض مصاديق المتعه الحكمه التي لأجلها شرّعت المتعه «أى كونهنّ مستأجرات» مع هذا تترتب على هذه المصاديق آثار المتعه، و منها محرميّة

ص: ٥٣

١- (١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٣.

أمّ الزوجه الصغيره على الزوج.

و يؤيد ما قلنا الأخبار التي وردت على عدم تعيين حدّ في المتعه، و أنّ أدنى ما تحلّ به المتعه كفّ طعام، فهذه تدلّ على أنّه ليس المقصود منها كسب الأجره حتّى يلزم أن تكون في مقابلها العمل أو المنفعه مثل باب الإجاره؛ لأنّ كفّاً من الطعام ليس قابلاً لأن يكون اجره للعمل الذي كان المقصود المنحصر منه طلب الأجره.

قال المحقّق الآشتياني: «إنّ المنشأ بعقد التمتع ليس تمليك منفعه... بدهاه عدم كون عقده من العقود التمليكيه، بل المنشأ به هي العلقه الزوجيه بين شخصين... و ما ورد في بعض النصوص من تنزيل الإمام عليه السلام المرأه المتمتع بها منزله المستأجره... إنّما المراد منه التنزيل في خصوص بعض الآثار، كخروجها عن عقد الزوجيه بانقضاء المدّه، كما تخرج المستأجره بانقضائها، و كعدم استحقاقها للمهر أصلاً فيما إذا امتنعت عن التمكين بالنسبه إلى تمام المدّه، و عدم استحقاقها لبعضه فيما إذا امتنعت عنه في بعضها كما لا تستحقّ المستأجره الأجره فيما إذا لم تعمل العمل المستأجره عليه.

كيف، لو كان المراد هو التنزيل في جميع الآثار لزم بطلان العقد فيما لو مات أحدهما في أثناء المدّه و رجوع المهر إلى الزوج بالنسبه الى ما بقى منها، و غير ذلك من أحكام الإجاره التي لم يلتزم بها أحد في المتعه» (1). و مثل هذا جاء في كلام المحقّق الرشتي قدس سره (2).

و الجواب عن الرابع؛ أنّه يمكن أن يفرض محرميه أمّ الزوجه أيضاً من أغراض المتعه و قصدها العاقد.

و أمّا الجواب عن الخامس و السادس؛ فإنّه لا معنى لجريان أصاله الصّحه

ص: ٥٤

١- (١) كتاب الإجاره، للمحقّق الآشتياني: ٢٦٨ و ٢٦٩.

٢- (٢) كتاب الإجاره، للمحقّق الرشتي: ٣٤٦.

و استصحاب الحكم السابق؛ لأنَّ هذا الفرد من المتعه عقد نكاح فتشمله العمومات و الإطلاقات، و لا معنى لأن نقول بانصراف الأدره عنها؛ لأنَّ ملاك الانصراف هو التشكيك في الصدق، و لا خفاء في صدق عنوان العقد و النكاح على عقد الصغيره الرضيعه، بل هي و غيرها في إطلاق المتعه عليها سواء، فلما ذا لا تشمله الإطلاقات.

و أما ما قاله رحمه الله بأنَّه لا بد من حمل العقود على العقود المعهوده في زمان الشارع و لم يثبت كون هذا العقد معهوداً، فليس عليه أيضاً دليل بل على عدمه؛ لأنَّه يلزم أن نقول بعدم جواز كثير من المعاملات التي لا تكون معهوده في زمانه صلى الله عليه و آله و سلم، مع إطلاق العقد عليها، مثل المعاملات التي يطلع المشتري فيها على أوصاف المبيع مع الهاتف، أو بأن تكتب في الجرائد، و مثل أخذ المأكولات من مكان و وضع الفلوس فيه مع عدم وجود البائع، و التعامل بنقد البلدان الأخرى غير نقد البلد الذي وقع فيه التعامل، و مثل المعاملات المشتركه بين الدول أو الأشخاص مع البنوك بأقسامها الجديده التي كانت شائعه بين الناس و لم تكن شائعه في زمن الشارع صلى الله عليه و آله و سلم.

و الحاصل: أنَّ المقتضى لصحة هذا العقد موجود و المانع فيه مفقود، و لأجل ذلك قال بصحة المشهور من الفقهاء من المتأخرين و المعاصرين، و لم يقل بطلانه فيما نعلم إلاَّ المحقق القمي و السيد الاصفهاني رحمه الله.

ففي صراط النجاه للسيد الخوئي قدس سره في سؤال الرقم ١١٢٧، سئل عنه في حاله العقد متعه على الطفله من أجل تحليل امها، هل يكفي في المصلحه أخذ المهر أم لا؟

و أجاب قدس سره: «نعم يكفي» و تبعه تلميذه الشيخ الفقيه جواد التبريزي (١)

ص: ٥٥

و قال بصحّته أيضاً السيد الكلّبايگانی (١) و الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني (٢).

المسألة الثانية و الثالثة حرمة زوجه كل من الأب و الابن على الآخر

المسألة الثانية و الثالثة: أنّه تحرم زوجه كل من الأب و الابن على الآخر فصاعداً في الأوّل و نازلاً في الثاني تحريماً أبدياً مطلقاً؛ أي سواء كانت الزوجه صغيره أم كبيره، نسباً كان أو رضاعاً، دواماً كان العقد أم متعه، تكونا مدخولين أم لم تكن كذلك. و هذا ممّا لا خلاف فيه بين الفقهاء (٣)، بل لا يبعد أن يكون من ضروريّات الدين؛ فإنّه لم ينسب إلى أحد من المسلمين القول بجوازه، بل لم ينسب جوازه إلى غير المسلمين عدا ما نسب إلى المجوس.

نعم، كان الرجل يستحلّ زوجه أبيه في الجاهليّه، إلّا أنّه لم يكن بعنوان الدين.

و بالجملة: فالحكم لوضوحه لا يحتاج إلى الدليل، على أنّ الأدلّه من الكتاب و السنّه و الإجماعات كثيره جداً.

أمّا من الكتاب: فقوله - تعالى -: (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) ٤

ص: ٥٦

١- (١) مجمع المسائل ٢: ١٤٣.

٢- (٢) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٣.

٣- (٣) المقنعه: ٥٠٢، النهايه للطوسى: ٤٥١، الكافي لأبي الصلاح: ٢٨٦، غنيه النزوع: ٣٣٧، المراسم العلويّه: ١٥١، السرائر ٢: ٥٢٣، المهذب للقاضي ٢: ١٨٢، شرائع الإسلام ٢: ٢٨٧، المختصر النافع: ٢٠٢، قواعد الأحكام ٣: ٣٠، إرشاد الأذهان ٢: ٢١، جامع المقاصد ١٢: ٢٩٩، رياض المسائل ٦: ٤٥٧، مسالك الأفهام ٧: ٢٨٣، الروضه البهيّه ٥: ١٧٦، الحدائق الناضره ٢٣: ٤٤٧-٤٤٨، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٠، نهايه المرام ١: ١٣٠، مستند الشيعة ١٦: ٣٠٠، مستمسك العروه الوثقى ١٤: ١٧٨، مستند العروه الوثقى، كتاب النكاح ١: ٣١٦ العروه الوثقى مع التعليقات ٥: ٥٤٢، تحرير الوسيله ٢: ٢٦٣ القول في المصاهره مسأله ١، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٣.

فإنَّ الظاهر من النكاح لا سيَّما إذا كان متعلِّقاً للنهي هو مطلق الترويج الشامل لمجرّد العقد أيضاً، وقوله تعالى: (وَ حَلَالٌ بُنَائِكُمْ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ) ١ .

و أما من السنّه فالنصوص الواردة في المقام إن لم تكن متظافره فلا أقلّ من أنّها كثيره جداً.

منها: صحيحه

محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام أنّه قال: «لو لم تحرم على الناس أزواج النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم لقول الله - عزّ وجلّ: (وَ مَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَ لَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أُيَّدًا...) (١) حرم على الحسن و الحسين بقول الله - عزّ وجلّ -: (وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) . و لا يصلح للرجل أن ينكح امرأه جدّه (٢).

و منها: موثقه

زراره قال: قال أبو جعفر عليه السلام في حديث: «و إذا تزوّج الرجل امرأه تزويجاً حلالاً - فلا - تحلّ تلك المرأه لأبيه و لا لابنه» (٣) . و كذا خبر محمّد بن مسلم، و صحيحه الحلبي، و معتبره عمرو بن أبي المقدم (٤) ، إلى غيرها من النصوص الدالّه صريحاً في عدم الجواز (٥).

و أما الإجماع، فادّعاءه في جامع المقاصد و الرياض و غيرهما (٦).

و في نهايه المرام: «هذه الأحكام مجمع عليها بين المسلمين، فلا - حاجه إلى التشاغل بأدلتها». و كذا في الجواهر و مستند الشيعة (٧) . و في تفصيل الشريعه:

ص: ٥٧

١- (٢) سورة الأحزاب ٣٣: ٥٣.

٢- (٣) وسائل الشيعة ١٤: ٣١٢ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

٣- (٤) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

٤- (٥) نفس المصدر و الباب، ح ٨.

٥- (٦) نفس المصدر و الباب أحاديث ٥ و ٦ و ٧ و ٩ و ١٠ و ١١.

٦- (٧) جامع المقاصد ١٢: ٢٩٩، رياض المسائل ٦: ٤٥٧.

٧- (٨) نهايه المرام ١: ١٣٠، مستند الشيعة ١٦: ٣٠٠، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٠.

«و هذه المسأله مسلّمه»^(١).

و الحاصل: أنّ هذا الحكم ممّا لا- إشكال فيه إجماعاً و كتاباً و سنّه، بل إنّ هذا من ضروريّات الإسلام، فكان ممّا اتّفق عليه المذاهب المختلفه من الخاصّه و العامّه^(٢).

فلا نطيل فيه الكلام.

ص: ٥٨

١- (١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢١٨.

٢- (٢) بدائع الصنائع ٢: ٥٣٥، المبسوط للسرخسي ٤: ٢٠٠-٢٠١، الكافي في فقه أحمد ٣: ٢٨، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١١٣-١١٤.

إشاره

و فيه مطالب:

المطلب الأول: حرمة وطء الزوجه قبل التسع

لا- خلاف بين الفقهاء فى أنه يحرم وطء الزوجه الصغيره قبل إكمال التسع؛ سواء كانت دائمه أو متمتعا بها(١). قال فى تحرير الوسيله: «لا يجوز وطء الزوجه قبل إكمال تسع سنين دواماً كان النكاح أو منقطعاً»(٢). و كذا فى تفصيل الشريعه(٣).

و تدلّ عليه امور:

الأول: الإجماع الذى ادّعه السيورى(٤) و المحدث الكاشانى(٥) و الفاضل الاصفهانى(٦).

و قال فى الجواهر: «لا يحلّ وطء الزوجه حتى تبلغ تسع سنين إجماعاً بقسميه»(٧).

و الظاهر أنّ هذا الإجماع لا يكون دليلاً مستقلاً بل يكون مدرکها النصوص التى سندکرها.

ص: ٥٩

-
- ١- (١) جامع المقاصد ١٢: ٣٣٠، الحدائق الناضره ٢٣: ٦٠٧، مسالك الأفهام ٧: ٦٧، نهايه المرام ١: ٦٠، كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٧٤.
 - ٢- (٢) تحرير الوسيله ٢: ٢٣٠ مسأله ١٢.
 - ٣- (٣) تفصيل الشريعه، كتاب النكاح: ٢٣.
 - ٤- (٤) التنقيح الرائع ٣: ٢٥.
 - ٥- (٥) مفاتيح الشرائع ٢: ٢٩٠.
 - ٦- (٦) كشف اللثام ٧: ١٩٢.
 - ٧- (٧) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٤.

الثاني: النصوص، و هي العمده:

منها: صحيحه الحلبي،

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال: «إذا تزوج الرجل الجاربه و هي صغيره فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين»(١).

و دلالتها ظاهره.

و منها: موثقه

زراره، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا يدخل بالجاربه حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين»(٢).

و مثلها معتبره أبي بصير(٣). و كلمه عشر سنين تحمل على الاستحباب؛ لأنّ التريدي في الحدّ أمر غير معقول، فلا بدّ من حمل الثاني على الأفضليه، كما قال به السيد الخوئي(٤).

و في الحدائق: «لعلّ المراد(٥) بالتريدي لاختلافهنّ في كبر الجثّه و صغرها و قوه

ص: ٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٤: ٧٠ الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

٢- (٢) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

٣- (٣) نفس المصدر و الباب ح ٤.

٤- (٤) مستند العروه الوثقى، كتاب النكاح ١: ١٥٢.

٥- (٥) لا- يبعد صحّه ما ذهب إليه صاحب الحدائق، فإنّ التريدي في الأمور غير التعبدية ممكن من جهه التنويع بين الأمور و المصاديق الواقعيه. و بعبارة اخرى: إذا كان التريدي راجعاً إلى التنويع فلا بأس به حتى في كلام الإمام عليه السلام. هذا، و لو سلّمنا عدم التريدي من الإمام عليه السلام، و قلنا بتعيين التسع من جهه كون هذا ملاكاً للبلوغ فيها، فالسؤال التي تذكر أنّه هل هذا الحدّ من الأمور التعبدية المولويه، أم لا- بل كان إرشاداً إلى حدّ يكون عادةً قابلاً لإمكان الوطء؟ و الظاهر الثاني، فإذا علمنا بعدم إمكان وطء الزوجه التي بلغت عشرًا مثلاً، فلا يقول أحد من الفقهاء بجواز وطئها حتى في البالغه الرشیده التي لأجل مرض أو عارض لا- تصلح للوطء. فالظاهر أنّ التسع يكون حدّاً عرفياً لهذا الأمر، و المتبع في ذلك الرجوع إلى كلّ زوجه بحسب حالها، و لا- يخفى عليك عدم وجود الملازمه بين البلوغ الشرعي و إمكان الوطء. نعم، إذا قلنا بوجود الملازمه فالأمر يختلف عمّا قلناه، و كيف كان يحتاج هذا البحث إلى تأمل قوى. م ج ف.

البنيه و ضعفها»(١) و لكن نقل الصدوق هذه الروايه بطريق موثق، و فى ذيلها «و قال: أنا سمعته يقول: تسع أو عشر»(٢) فالترديد من الراوى لا من الإمام.

قال فى تفصيل الشريعه: «و من الواضح أنّ التردد ليس من الإمام عليه السلام، بل من الراوى»(٣).

و منها: خبر

عمار السجستاني قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لمولى له: انطلق فقل للقاضى: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: «حدّ المرأه أن يدخل بها على زوجها ابنه تسع سنين»(٤).

المطلب الثانى: حكم الدخول بالزوجه قبل التسع

اختلف الفقهاء فى أنّه إذا دخل الزوج بالزوجه الصغيره قبل التسع من غير أن يكون إفضاءً لها، على قولين:

الأول: أنّه تحرم بذلك مؤيّداً، كما هو الظاهر من كلام الشيخ رحمه الله فى التهذيب حيث قال: «و من تزوّج بصبيّه فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين ففرّق بينهما و لم تحلّ له أبداً»(٥) و كذا فى النهايه(٦). و نسب فى نهايه المرام إلى الشيخين(٧).

و استدللّ عليه فى التهذيب بما رواه

يعقوب بن يزيد، عن بعض أصحابنا، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا خطب الرجل المرأه فدخل بها قبل أن تبلغ تسع

ص: ٦١

١- (١) الحدائق الناضره ٩١:٢٣.

٢- (٢) الخصال ٢:٤٢٠.

٣- (٣) تفصيل الشريعه، كتاب النكاح: ٢٤.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٤:٧٠ الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٣.

٥- (٥) تهذيب الاحكام ٧:٣١١.

٦- (٦) النهايه للطوسى: ٤٥٣.

٧- (٧) نهايه المرام: ٦١/١.

سنين فَرَّقَ بينهما و لم تحلّ له ابدأ»(١) و دلالتها واضحة.

نقول: ظاهر قوله عليه السلام:

«فَرَّقَ بينهما» هو التفرقة فى الوطء فقط دون بينونه العقد و انفساخه بدون الطلاق، كما قال فى نكت النهايه(٢)، و لعلّ هذا هو المقصود منه فى كلام الشيخ أيضاً.

قال فى السرائر: «و معنى قول الشيخ: «فَرَّقَ بينهما» أى فى الوطء دون بينونه العقد و انفساخه؛ لإجماع أصحابنا على أنّ من دخل بامرأه و وطأها و لها دون تسع سنين، و أراد طلاقها طلقها على كلّ حال، و لا عدّه عليها بعد الطلاق، فإذا كانت قد بانت بوطئه لها قبل بلوغ التسع فلا حازه إلى طلاقها»(٣). و به قال فى المختلف(٤) و كذا فى التفصيل الشريعة(٥).

و لا تنافى بين الحكمين: «بقاء العقد، و حرمة الوطء» و له نظائر فى الفقه، مثل باب الظهار و الإيلاء؛ فإنّه قبل الكفّاره و الرجوع إلى الحاكم لا يحلّ له وطؤها بغير خلاف، و هى زوجته و عقدها باقٍ، مضافاً إلى أنّ الروايه ضعيفه مرسله، فلا يمكن الاستناد إليها فى إثبات حكم المخالف للأصل.

القول الثانى: أنّه لا تحرم مؤبداً إلاّ مع الإفضاء.

و الإفضاء هو أن تصير مسلك البول و مسلك الحيض و هو مدخل الذكر واحداً، و هو المشهور بين الفقهاء، بل ظاهر الخلاف الإجماع عليه(٦).

و هذا الأمر خارج عن علم الفقه حتّى يُلزم الفقيه باستنباطها و صدور الرأى

ص: ٦٢

١- (١) تهذيب الأحكام ٣١١:٧ ح ١٢٩٢، وسائل الشيعة ٣٨١:١٤ الباب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

٢- (٢) النهايه و نكتها ٢:٢٩٢.

٣- (٣) السرائر لابن إدريس ٢:٠.

٤- (٤) مختلف الشيعة ٧:٦٤.

٥- (٥) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٨.

٦- (٦) الخلاف ٤:٣٩٥.

فيها، بل إمّا أن ترجع إلى علم التشريح إن نظر إلى المعنى، وإمّا إلى علم اللغة إن نظر إلى الوضع اللغوي، فالفقيه يأخذه من هذين العلمين ثم يترتب عليه الحكم.

على كلّ حال، قال المحقق رحمه الله: و لو لم يُفضّها لم تحرم على الأصحّ (١).

و هذا هو الأقوى، و هو قول أكثر الفقهاء، كالعلامة في بعض كتبه (٢)، و ابن فهد (٣) و الفاضل الآبي (٤) و السيوري (٥) و صاحب الجواهر (٦) و الشيخ الأعظم (٧)، و الشهيد (٨) و المحقق الثانيان (٩)، و السيّد صاحب المدارك (١٠) و فخر المحققين (١١). و كذا في كنز الفوائد (١٢).

و قال في تفصيل الشريعة: «إذا وطئ الزوجه قبل إكمال التسع و لم يتحقّق الإفشاء لا يترتب عليه إلاّ مجرّد الإثم» (١٣).

و تدلّ عليه أصاله بقاء الزوجيّة السليمه عمّا يصلح للمعارضه، و عدم الدليل على التحريم، سوى مرسله يعقوب بن يزيد التي استدللّ بها الشيخ كما تقدّم، و هي كما ترى ضعيفه بالإرسال و لم تنجر بعمل المشهور، فلا تنهض حجّة في رفع اليد

ص: ٦٣

- ١- (١) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٠.
- ٢- (٢) قواعد الأحكام ٣: ٣٣.
- ٣- (٣) المهذب البارع ٣: ٢١١ و ٢١٢.
- ٤- (٤) كشف الرموز ٢: ١٠٩.
- ٥- (٥) التنقيح الرائع ٣: ٢٦.
- ٦- (٦) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٨.
- ٧- (٧) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٧٤.
- ٨- (٨) مسالك الأفهام ٧: ٦٧.
- ٩- (٩) جامع المقاصد ١٢: ٣٣٠.
- ١٠- (١٠) نهاية المرام ١: ٦١.
- ١١- (١١) إيضاح الفوائد ٣: ٧٦.
- ١٢- (١٢) كنز الفوائد للسيّد الأعرجي ٢: ٣٦٧.
- ١٣- (١٣) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٥.

عن الأصول القطعيّة الثابتة من حصول الحليّة بعقد النكاح و الأصل بقاؤها، فلا بدّ من حملها على صورته الإفضاء التي لا خلاف في كونها سبباً للتحريم المؤيّد مع بقاء الزوجيّة.

المطلب الثالث: عدم كون الإفضاء موجباً للبينونة

هل تبين الزوجه الصغيره من الزوج بمجرد الإفضاء، و يفسخ العقد و لا يحتاج إلى الطلاق، أو تبقى في حباله و لا تبين منه إلا بالطلاق، فيه قولان.

الأول: ما ذهب إليه ابن حمزه (١)، و اختاره المحقق الثاني، حيث قال: «وقول ابن حمزه ليس ببيعيد» (٢)، و علّل بأنّ التحريم المؤيّد ينافي النكاح بحيث لا- ينسجم القول بالتحريم مع بقاء الزوجيّة، و لأنّ التحريم المؤيّد يمنع النكاح سابقاً فيبطله لاحقاً، كالرضاع و اللعان و القذف للزوجه الصمّاء ٣.

و أورد عليه الشيخ الأعظم بأنّ انحصار ثمره النكاح في حلّ الاستمتاع إنّما يوجب عدم جواز ابتداء النكاح على من يحرم مؤبداً، و لا يوجب إبطال نكاح الثابت سابقاً (٣).

الثاني: - و هو الأقوى - أنّه تبقى في حباله و لا تبين منه إلا بطلاقٍ، صرح به ابن الجنيد كما في المختلف (٤)، و هو ظاهر كلام المفيد أيضاً (٥)، و قال ابن إدريس:

تحرم عليه مؤبداً و كان مخيراً بين إمساكها و تطليقها (٦)

ص: ٦٤

١- (١) الوسيله: ٢٩٢.

٢- ((٢ و ٣) جامع المقاصد ١٢: ٣٣٢.

٣- (٤) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٤٢٨.

٤- (٥) مختلف الشيعة ٧: ٦٤.

٥- (٦) المقنعه: ٧٤٧.

٦- (٧) السرائر ٢: ٥٣٠.

و تدلّ عليه أوّلاً: أصالة بقاء العقد الذي ثبت أوّلاً، و التحريم لأمرٍ عارض في «الإفضاء» لا يستلزم بطلان العقد.
و ثانياً: النصوص الصريحه.

منها: صحيحه حمران عن أبي عبد الله عليه السلام، لأنّه قال في ذيلها
«و إن أمسكها و لم يُطلقها حتّى تموت فلا شيء عليه»^(١).

حيث تدلّ على أنّ له إمساكها و تطليقها، و هو يقتضى بقاء النكاح، و أنّه بمجرد الإفضاء لا يفسخ العقد بل يحتاج إلى الطلاق.
و منها: خبر

بريد بن معاوية، قال عليه السلام...: «و إن أمسكها و لم يطلقها فلا شيء عليه، إن شاء أمسك و إن شاء طلق»^(٢).
و يترتب على القولين في المقام امور:

أ - لو مات أحد الزوجين توارثا على الثاني دون الأوّل.

ب - لا يجوز له التزويج بأختها على الثاني دون الأوّل.

ج - يحرم عليه الخامسة لو كانت رابعه على الثاني دون الأوّل.

المطلب الرابع: وجوب الديه بالإفضاء

اشاره

يجب على الزوج إذا أفضى الزوجه الصغيره، الديه؛ و هي ديه النفس، ففي الحرّه نصف ديه الرّجل.

قال الصدوق رحمه الله: «و لا تتزوج^(٣) امرأه حتّى تبلغ تسع سنين، فإن تزوّجتها

ص: ٦٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٤: ٣٨٠ الباب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ١.

٢- (٢) نفس المصدر و الباب ح ٣.

٣- (٣) و الظاهر أنّ مراده الدخول كما في النصوص.

قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيبٌ فأنت ضامن» (١)، و المراد بالضمان هو الدية كما سيأتي. و كذا في النهاية (٢).

و قال المفيد: «و الرجل إذا جامع الصبيّه و لها دون تسع سنين فأفضاها كان عليه ديه نفسها» (٣).

و في الجواهر: «فلا إشكال بل و لا خلاف معتدّ به في وجوب الدية بإفشاء الزوجه قبل بلوغها التسع، بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع عليه» (٤). (٥).

و تدلّ عليه النصوص المتضافره، و هي على طائفتين:

الطائفة الأولى: تدلّ على ثبوت الدية على الزوج:

منها: صحيحه

حمران، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن رجل تزوّج جاريه بكرًا لم تدرك، فلمّا دخل بها اقتضها (٦) فأفضاها؟ فقال: «إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شيء عليه، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقلّ من ذلك بقليل حين اقتضها؛ فإنّه قد أفسدها و عطّلها على الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديتها، و إن أمسكها و لم يطلقها حتّى تموت فلا شيء عليه» (٧)،

و هي صريحه في ثبوت الدية. و أمّا ذيلها، فظاهر في أنّه إن وقع الصلح بينهما بإمساكها إلى آخر عمرها فلا شيء عليه.

ص: ٦٦

١- (١) المقنع: ٣٠٩.

٢- (٢) النهاية للطوسي: ٤٨١.

٣- (٣) المقنع: ٧٤٧.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٢.

٥- (٥) الخلاف ٤: ٣٩٥ ج ٥: ٢٥٧.

٦- (٦) «اقتض المرأه افترعها... و الاسم القضيّه بالكسر، و أخذ قضيّها أي عيذرتها» لسان العرب ٥: ٢٧٥، «و العيذره: البكاره» المعجم الوسيط: ٥٩٠.

٧- (٧) الفقيه ٣: ٢٧٢ ح ١٢٩٤، وسائل الشيعه ١٤: ٣٨٠ الباب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ١.

و منها: صحيحه

سليمان بن خالد - التي رواها المشايخ الثلاثة - قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام... و سألته عن رجلٍ وقع بجاريه فأفضاها و كانت إذا نزلت بتلك المنزله لم تلد؟ فقال: «الديه كامله»^(١). و دلالتها واضحه.

و منها: صحيحه التي ذكرها الصدوق رحمه الله^(٢). و كذا خبر بريد بن معاويه المتقدمه^(٣).

الطائفة الثانيه:

رواياتٌ تدلّ على ثبوت الضمان:

منها: صحيحه

الحلبى، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «من وطئ امرأته قبل تسع سنين فأصابها عيبٌ فهو ضامنٌ»^(٤).

و منها: موثقه

إسحاق بن عمّار، عن جعفر عليه السلام «أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: من وطئ امرأه من قبل أن يتم لها تسع سنين فأعنف ضميناً»^(٥).

و منها: خبر

غياث بن إبراهيم عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام قال:

«لا توطأ جاريه لأقلّ من عشر سنين، فإن فعل فعبيت فقد ضميناً»^(٦).

و فى الوسائل: «أقول: هذا محمول على استحباب التأخير، أو على الدخول فى أوّل السنه العاشره»^(٧). و الظاهر أنّ المراد بالعيب هو الإفضاء؛ فإنّه لا عيب هنا

ص: ٦٧

١- (١) الكافي ٣١٣:٧ ح ١١، تهذيب الأحكام ٢٤٨:١٠ ح ٩٨٠، الفقيه ١٠١:٤ ح ٣٣٧، وسائل الشيعة ٢٨٤:١٩ الباب ٩ من أبواب ديات المنافع، ح ١.

٢- (٢) وسائل الشيعة ٢٥١:١٩ الباب ٢٦ من أبواب ديات الأعضاء ح ١.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٣٨١:١٤ الباب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٣.

٤- (٤) الخصال: ٤٢٠ ح ١٦، وسائل الشيعة ٧١:١٤ الباب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٥ و ٨.

- ٥- (٥) وسائل الشيعة ١٩:٢١٢ الباب ٤٤ من أبواب موجبات الضمان، ح ٤.
- ٦- (٦) وسائل الشيعة ١٤:٧١ الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٧.
- ٧- (٧) وسائل الشيعة ١٤:٧١ الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٧.

طلحه بن زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليهم السلام قال:

«من تزوج بكرةً فدخل بها في أقل من تسع سنين فعيبَتْ ضَمِنَ» (١).

ثم إن من ملاحظه تلك الصحاح المتقدمه في الطائفة الأولى يتضح المراد من الضمان في نصوص الطائفة الثانية، و أنه هو الديه الكامله؛ فإن هذه النصوص تكون مفسره لها، و هو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف؛ لأنه في ذيله «كان عليه ضمانها بديتها» (٢).

و كذلك الضمان و الأرش الواقعان في بعض كلمات الأصحاب يحملان على الديه (٣)، و لكن بإزاء هذه النصوص الصحيحه و غيرها معتبره

السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليهم السلام: «أن رجلاً أفضى امرأه فقومها قيمه الأمه الصحيحه و قيمتها مفضاه، ثم نظر ما بين ذلك فجعل من ديتها و أجبر الزوج على إمساكها» (٤).

و هذه المعتبره تدل على الضمان بمقدار اختلاف قيمتها صحيحه و مفضاه، فتكون معارضه للصحاح المتقدمه؛ حيث دلت على ضمانه بالديه الكامله، و هذه لا تدل على الديه، بل على الأرش، و اللازم حمل هذه الطائفة على التقيّه؛ لمخالفتها للنصوص الكثيره التي كانت أصح سنداً منها، و موافقتها لبعض العامه كما ذكر ذلك

١- (١) وسائل الشيعه ١٤: ٧١ الباب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٦.

٢- (٢) الخلاف ٥: ٢٥٧.

٣- (٣) قال ابن حمزه: «فإن جامعها و أفضاها حرم عليه و طؤها أبداً و وجب عليه شيان: الأرش و الإنفاق عليها». الوسيله: ٣١٣، و قال الصدوق: «فإن تزوجتها قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب فأنت ضامن»، المقنع: ٣٠٩. و كذا في النهايه للطوسي: ٤٨١.

٤- (٤) الوسائل ١٩: ٢١٢ الباب ٤٤ من أبواب موجبات الضمان، ح ٣.

فى الاستبصار(١). و أيضاً ظاهر معتبره السكونى فى الكبره؛ حيث قال:

«افضى امرأه» و المرأه ظاهره فى البالغه.

المطلب الخامس: وجوب نفقتها على الزوج

يجب على الزوج إذا أفضى زوجته الصغيره نفقتها ما دامت حيّه.

قال ابن حمزه: «فإن جامعها و أفضاها حرم عليه وطؤها أبداً، و وجب عليه شيان: الأرش و الإنفاق عليها مدّه حياتها»(٢).

و به قال ابن سعيد(٣). و هذا الحكم فى الجملة محلّ وفاقٍ، و لم ينقل فيه الخلاف عن أحدٍ، و ظاهر كلام الشيخ فى الخلاف إجماع الفرقه عليه(٤).

و يدلّ على هذا الحكم أيضاً صحيح

الحلبى، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج جاريه فوقع بها فأفضاها؟ قال: «عليه الإجراء عليها، ما دامت حيّه»(٥).

و المراد بالإجراء، إجراء النفقه عليها. قال فى تفصيل الشريعه: «الظاهر وجوب الإنفاق عليها و إن طلقها، بل و إن تزوّجت بعد الطلاق لصحيحه الحلبى...

فإن مقتضى إطلاق السؤال و ترك الاستفصال فى الجواب عدم الفرق بين صوره الطلاق و عدمه، و فى صورته الأولى بين ما إذا تزوّجت بعده أم لا، خصوصاً مع التعبير

ما دامت حيّه»(٦).

ص: ٦٩

١- (١) الاستبصار ٤: ٢٩٥.

٢- (٢) الوسيله: ٣١٣.

٣- (٣) الجامع للشرائع: ٤٢٨.

٤- (٤) الخلاف ٤: ٣٩٥.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٩: ٢١٢ الباب ٤٤ من أبواب موجبات الضمان، ح ٢.

٦- (٦) تفصيل الشريعه، كتاب النكاح: ٢٨.

المطلب السادس: وجوب المهر لها

يجب على الزوج إذا أفضى زوجته الصغيره المهر لها؛ لإطلاق ما دلّ على وجوبه الشامل للمقام أيضاً.

و اعلم أنّ المهر فى المفضاء حكمه فى غيرها، و إنّما تعرّض الفقهاء هنا لثلاثاً يتوهم دخوله فى الديه.

المطلب السابع: جواز وطئها لو اندمل الموضع

اشاره

لو اندمل الموضع بعد الإفضاء و صلح للوط ء يحتمل التحريم؛ للاستصحاب على القول بجريانه فى الأحكام الكليه الإلهيه؛ لأنه قد حُكِمَ بالتحريم للإفضاء، و الأصل بقاؤه، اختاره الفاضل المقداد(١) و صاحب الجواهر(٢).

و يحتمل عيود الحلال لزوال سبب التحريم فيزول مسببه، حكاها فى كشف اللثام قولاً- فى موضع منه و حَكَمَ بالحلل فى موضع آخر(٣). و الظاهر أنه ليس(٤) ببعيد؛ لأنه بعد الاندمال لا دليل على حرمة، و أيضاً قد تبدل الموضوع فلا يجرى الاستصحاب، مضافاً إلى أنّ جواز وطئها حق طبيعى لها، و لا دليل على حرمة إلا إفضاؤها، و الفرض أنه صارت صحيحه بعد اندمال الموضع فيجوز إلا أن يقال بأن جواز الوط ء مخالف لإطلاق روايه يعقوب بن يزيد المتقدمه(٥). و قد تقدّم أنّها ضعيفه مرسله، و الله هو العالم بحكمه.

ص: ٧٠

١- (١) التنقيح الرائع ٣: ٢٧.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٤.

٣- (٣) كشف اللثام ٧: ١٩٣.

٤- (٤) و لا يخفى أنّ الذهاب إلى الحرمة الأبدية فى صورته الإفضاء لا يلائم مع القول بجواز الوط ء. م ج ف.

٥- (٥) وسائل الشيعه: ٣٨١/١٤، الباب ٣٤، من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ٢.

آراء فقهاء أهل السنّه فى جواز وطء الصغيره قبل التسع

يستفاد من كلماتهم فى باب النفقه و المهر و الوليه أنّه إذا كانت الزوجه صغيره تطيق الوطء و تحمّلت الرجل يجوز وطؤها، و لنشير إلى شطرٍ من كلماتهم.

أ - الحنفية

قال ابن عابدين: «تجب نفقه الزوجه على زوجها... و لو كانت صغيره تطيق الوطء، فإنّ السمينه الضخمه تحتمل الجماع و لو كانت صغيره السن»^(١).

و قال فى باب المهر: «لأبى الصغيره المطالبه بالمهر، و للزوج المطالبه بتسليمها إن تحمّلت الرجل»^(٢).

فظاهر كلامه يدلّ على جواز وطء الصغيره بشرط إطاقتها الوطء.

ب - المالكيه

قالوا: و من شرائط وجوب النفقه إطاقه الزوجه للوطء، و لا يشترط فيها البلوغ^(٣).

و فى المدوّنه الكبرى: «قلت: أ رأيت الصبيّه الصغيره التى لم تحصن و مثلها

ص: ٧١

١- (١) الدرّ المختار ٣: ٥٧٢-٥٧٤.

٢- (٢) المصدر نفسه ٣: ١٦١.

٣- (٣) المغنى ٩: ٢٨١-٢٨٤، الكافى فى فقه أحمد ٣: ٢٢٨، كشف القناع ٥: ٥٥٣، الإقناع ٤: ١٤٢، الإنصاف ٩: ٣٩٤-٣٧٧.

يُجامع إذا تزوّجها فدخل بها وجامعها، أ يكون ذلك إحصاناً في قول مالك أم لا؟ قال: نعم، تحصنه و لا يحصنها»(١).

ج - الحنابلة

قال ابن قدامة المقدسي: «فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقه لها...

قال الشافعي: لو قيل لها النفقه كان مذهباً... لأنّ تعذّر الوطء لم يكن بفعلها، فلم يمنع وجوب النفقه لها كالمرض»(٢).

وقال الخرقى فى باب وجوب النفقه: بل القدره على ذلك، أى على التمكين، فإن كانت صغيره لا تحتمل الوطء فلا نفقه لها(٣).

فالمفهوم من كلامه أنّه إذا أطاقت الوطء يجوز و إن كان قبل تسع سنين.

د - الشافعيه

قال الشافعي: «إذا ملك الرجل عقده المرأة يجامع مثلها، و إن لم تكن بالغه فخلت بينه و بين الدخول عليها، أو خلّى أهلها فيما بينه و بين ذلك... و جب عليه نفقتها»(٤).

و الحاصل: أنّ الحكم بوجوب النفقه على الزوجه الصغيره دليل على جواز وطئها؛ لأنّ وجوب النفقه عندهم مشروط بتمكين الزوجه، كما سيأتى البحث عنه قريباً.

ص: ٧٢

١- (١) المدوّنه الكبرى ٢: ٢٨٦.

٢- (٢) المغنى ٩: ٢٨١، الشرح الكبير ٩: ٢٥٢-٢٥٣.

٣- (٣) المحرّر فى الفقه ٢: ١١٥، الإقناع ٤: ١٤٢، كشاف القناع ٥: ٥٥٢-٥٥٣.

٤- (٤) الأّم ٥: ٨٩.

إشاره

منهج البحث:

للزوجين بالنسبه إلى وجوب النفقه و عدمه أربع حالاتٍ؛ لأنهما إما أن يكونا كبيرين، و إما أن يكونا صغيرين. و إما أن يكون الزوج كبيراً و الزوجه صغيره، و إما عكس ذلك.

للزوجين بالنسبه إلى وجوب النفقه و عدمه أربع حالاتٍ

أما الأولى: فخارج عن مورد بحثنا الآن

؛ لأن المقصود من طرح هذا المبحث بيان المسائل التي ترتبط بنفقه الصغيره.

و أما الثانيه: فيظهر حكمها مما يأتي البحث في الحاله الثالثه و الرابعه

و أما الثالثه: و هي ما إذا كان الزوج كبيراً و الزوجه صغيره

، فنقول: لا خلاف بين الفقهاء في أنه يشترط في وجوب نفقه الزوجه أن يكون العقد دائماً، فلا نفقه لذات العقد المنقطع إجماعاً بقسميه (١). و هل يشترط في وجوب النفقه التمكين (٢).

الكامل و عدم النشوز حتى لا- يجب على الزوج نفقه زوجته الصغيره؛ لعدم إمكان التمكين شرعاً في حقها، أو لا يشترط في وجوبها ذلك، بل يمكن أن يجب النفقه على الزوج و

لو كانت الزوجه صغيره؟ قولان:

الأول: أن وجوب النفقه مشروط بتمكين الزوجه و عدم نشوزها.

الثاني: عقد النكاح بذاته يقتضى النفقه.

ص: ٧٣

٢- (٢) عرّفه المحقق بأنّه التخليه بينها و بينه، بحيث لا تختصّ موضعاً و لا وقتاً، فلو بذلت نفسها في زمانٍ دون زمانٍ، أو مكانٍ دون مكانٍ آخر ممّا يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل التمكين، شرائع الإسلام ٢: ٣٤٧.

القول الأول: ما ذهب إليه المشهور - وهو الأقوى - أن وجوب نفقه الزوجه الكبيره مشروط بالتمكين الكامل.

قال الشيخ رحمه الله في الخلاف: «إذا كان الزوج كبيراً و الزوجه صغيره لا يجامع مثلها لا نفقه لها»^(١).

و في المبسوط: «لأنّ النفقه في مقابله التمكين من الاستمتاع»^(٢).

و في النهايه: «فإن امتنعت بعد استيفاء المهر كانت ناشراً، و لم يكن لها عليه نفقه»^(٣).

و قال سلالر: «و إنما تجب النفقه إذا مكنت المرأه من نفسها، فإن امتنعت فلا نفقه لها»^(٤)، و به قال القاضى ابن البرّاج^(٥) و ابن حمزه^(٦) و الكيدرى^(٧) و ابن سعيد الحلّى^(٨). و اختاره الفاضلان^(٩) أيضاً بعد الترديد و الإشكال.

قال فى الجواهر - بعد نقل كلامهما -: «و ظاهرهما أو صريحهما بعد التأمل الجيّد فى كلاهما أنّه لا كلام فى اعتبار التمكين الذى هو ضدّ النشوز، و لا يتحقّق عدم النشوز إلا بالتمكين»^(١٠).

ص: ٧٤

١- (١) الخلاف ٥: ١١٣.

٢- (٢) المبسوط للطوسى ٤: ٣١٥.

٣- (٣) النهايه: ٤٧٥.

٤- (٤) المراسم العلويه: ١٥٦.

٥- (٥) المهذب ٢: ٣٤٧.

٦- (٦) الوسيله: ٢٨٥.

٧- (٧) إصباح الشيعه: ٤٤٥.

٨- (٨) الجامع للشرائع: ٤٨٧.

٩- (٩) شرائع الإسلام ٢: ٣٤٧، قواعد الأحكام ٣: ١٠٣.

١٠- (١٠) جواهر الكلام ٣١: ٣٠٣.

و فى الرياض: «اشتراط التمكين هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد أن يكون إجماعاً»^(١)، و هكذا فى الروضه، حيث قال: «فلا نفقه للصغيره التى لم تبلغ سنّاً يجوز الاستمتاع بها بالجماع على أشهر القولين، لفقد الشرط؛ و هو التمكين من الاستمتاع»^(٢).

و قال به أيضاً الشيخ الأعظم و أضاف «بأنه تسقط النفقه بصغر الزوجه بحيث يحرم وطؤها»^(٣).

و قال الإمام الخمينى قدس سره: «الظاهر أنه لا نفقه للزوجه الصغيره غير القابله للاستمتاع منها على زوجها، خصوصاً إذا كان صغيراً غير قابل للتمتع و التلذذ»^(٤).

و قال الشيخ الفقيه الفاضل اللكرانى بالتفصيل بين الصغيره التى يمكن الالتذاذ و الاستمتاع بها و لو باللمس و النظر، فتجب نفقتها. و بين ما إذا كانت صغيره جداً بحيث لا يترتب على لمسها و النظر بها التذاذ أصلاً، فلا تجب نفقتها»^(٥).

أدله اشتراط وجوب النفقه بالتمكين

ما استدللّ أو يمكن أن يستدلّ به لاشتراط وجوب النفقه بتمكين الزوجه للزوج امور:

الأول: أنّ الله - تعالى - أمر بالمعاشره بالمعروف: (وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) ٦

ص: ٧٥

١- (١) رياض المسائل ٧: ٢٥٦.

٢- (٢) الروضه البهيه ٥: ٤٦٥.

٣- (٣) كتاب النكاح ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٤٨٦.

٤- (٤) تحرير الوسيله ٢: ٢٩٨ فصل فى النفقات، مسأله ٤.

٥- (٥) تفصيل الشريعه، كتاب النكاح: ٥٧٣.

و الإمساك بالمعروف: (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ) ١

و هما لا تقتضيان النفقه مع عدم التمكين عرفاً.

و فيه: أن الدليل لا ينحصر فى هاتين الآيتين؛ فإن مقتضى قوله تعالى: (وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ) ٢ و قوله: (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) ٣ على البيان الذى تقدّم فى ذيل القول الأول، و هكذا، فإن مقتضى صحيح الفصيل (١) المتقدّم وجوب الإنفاق على الإطلاق.

الثانى: أن المهر يجب بالعقد، و هو لا يوجب عوضين مختلفين.

الثالث: أن النفقه مجهوله الجملة، و العقد لا يوجب مالاً مجهولاً.

و قد أورد على هذين الوجهين فى المسالك، بأن «عدم إيجاب العقد عوضين مختلفين، و عدم إيجابه مالاً مجهولاً مجرد دعوى أو استبعاداً قد دلّ الدليل على خلافهما؛ فإن الآيات الدالّة على وجوب الإنفاق على الزوجه من غير تقييد تدلّ على أن العقد أوجب النفقه على ذلك الوجه، و أى مانع من إيجاب العقد أمرين مختلفين كما فى شراء الدابّه و المملوك؟ فإنّ العقد يوجب الثمن كالمهر و يوجب الإنفاق المجهول من غير شرطٍ إجماعاً» (٢).

و الحاصل: أنه ليست النفقه من الأعواض الواجبه بالعقد، و إنّما العقد أفاد كونها زوجة له و الشارع أثبت النفقه للزوجه.

الرابع: ما روى أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم تزوّج و دخل بعد سنتين، و لم ينفق إلا

ص: ٧٦

١- (٤) وسائل الشيعه ١٥: ٢٢٣ الباب ١ من أبواب النفقات، ح ١.

٢- (٥) مسالك الأفهام ٨: ٤٤١.

بعد دخوله (١).

و فيه: أنه لم يثبت ذلك.

الخامس:

ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم، أنه قال: «أتقوا الله في النساء؛ فإنهنّ عوار عندكم، اتخذتموهنّ بأمانه الله، و استحلتنّ فروجهنّ بكلمه الله،... و لهنّ عليكم رزقهنّ و كسوتهنّ بالمعروف» (٢).

بتقريب: أنّ وجوب الإنفاق مشروط بكون الزوجه في اختيار الزوج كالعاريه في يد المستعير؛ فإنّه صلى الله عليه وآله وسلم أوجب الإنفاق من الرزق و الكسوه إذا كُنَّ عند الرجل، و هو يدلّ على التمكين.

و فيه: أنّ السند ضعيف، فلا مجال لملاحظه الدلاله.

السادس: أنّ مقتضى الأصل البراءه عن وجوب النفقه، و إنّما نخرج من مقتضى الأصل في صوره التمكين، فيبقى الباقي غير واجب، و قد اعترف في كشف اللثام بضعف الأدلّه عدا الأصل، فقال: «و إن ضعفت أدلّته غير الأصل فهو يكفيننا؛ فإنّ أدلّه الوجوب مجمله، فيقتصر من مدلولها على موضع اليقين» (٣).

و لكن قال في المسالك: «و أمّا أصاله البراءه فإنّما تكون حجّه مع عدم دليل ناقلٍ عنه، لكنّه موجود هنا بالعمومات الدالّه على وجوب نفقه الأزواج، و الأصل عدم التخصيص» (٤).

السابع: السيره العمليه؛ لأنّ السيره جاريه على عدم الإنفاق في صوره عدم التمكين.

ص: ٧٧

١- (١) المغنى ٩: ٢٨٢، الحاوى الكبير ١٥: ٢٩.

٢- (٢) السنن الكبرى ٥: ٨/ و ج ١١/ ١٥٦، سنن ابن ماجه ٣: ٥٠٤، ح ٣٠٧٤.

٣- (٣) كشف اللثام ٧: ٥٥٨.

٤- (٤) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٢.

و فيه: أولاً: الإشكال في تحقّق السيره من المتشرّعه كذلك.

و ثانياً: على فرض تحقّقها يكون الإيراد في اتصالها إلى زمان المعصوم عليه السلام.

الثامن: أنّ مقتضى أصاله احترام المال و العمل التي هي من أهمّ الأصول النظاميه العقلانيه، أن يكون بذل المال بعوضٍ مطلقاً إلا ما خرج بالدليل المعتمد، و هذا يشهد بأنّ الإنفاق من الزوج لا بدّ أن يكون بإزاء استفادته منها، و بعد إلغاء الشارع عوضيه سائر الاستفادات غير التمكين يتعيّن ذلك، أشار إلى هذا الوجه السيّد السبزواري (١).

و فيه: أنه على فرض قبول جريان هذا الوجه بالنسبه إلى الزوجه الكبيره لا يجرى بالنسبه إلى الزوجه الصغيره، كما سيأتي إن شاء الله.

التاسع: الإجماع، كما ادّعاه في الجواهر و الرياض (٢) و مهذب الأحكام (٣).

قال في الجواهر: «و كيف كان، فغايه ما ذكره دليلاً - لذلك، أنّ اشتراط هذا الشرط معروف بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً، مع أنّا لم نقف على مخالفٍ فيه صريحاً و لا ظاهراً إلا ما ربما يستفاد من تردّد المصنّف و استشكال الفاضل في القواعد، و هو بمجرّده لا - يوجب المخالفه مع تصريح الأوّل بأنّ اعتباره هو الأظهر بين الأصحاب بكلمه الجمع المفيد للعموم الظاهر في الإجماع، إلى آخر كلامه زيد في علوّ مقامه» (٤).

نقول:

مضافاً إلى مخالفه بعض الفقهاء الذين سند كرههم قريباً - إنّ في تحقّق الإجماع التعبدى الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام تردّداً؛ لأنّه قد استند المجمعون إلى الوجوه

ص: ٧٨

١- (١) مهذب الأحكام ٢٥: ٢٩٠.

٢- (٢) رياض المسائل ٧: ٢٥٦، جواهر الكلام ٣١: ٣٠٤.

٣- (٣) مهذب الأحكام ٢٥: ٢٨٨.

٤- (٤) جواهر الكلام ٣١: ٣٠٤.

التي ذكرناها و غيرها، فيكون الإجماع مدرَكياً.

مع أنه على فرض تحقّقه يكون دليلاً- لئياً، و القدر المتيقّن منه الزوجه الكبيره، و أمّا الزوجه الصغيره فلا تكون داخله في معقد الإجماع(١).

العاشر: أنّ اشتراط التمكين لوجوب النفقه كان مقتضى المرتكزات؛ لأنّ المغروس في أذهان العرفيه و منهم المتشرّعه هو شرطيه التمكين لوجوب النفقه.

و فيه: ما قلنا جواباً عن السيره.

الحادى عشر: - و هو العمده - النصوص المشتمله على بيان حقّ الزوج على المرأه، و كون النشوز مسقطاً لوجوب النفقه:

منها: صحيحه

محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «جاءت امرأه إلى النبىّ صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: يا رسول الله: ما حقّ الزوج على المرأه؟ فقال لها: أن تطيعه و لا تعصيه، و لا تصدّق من بيته إلاّ بإذنه، و لا تصوم تطوعاً إلاّ بإذنه، و لا تمنعه نفسها و إن كانت على ظهر قتب، و لا- تخرج من بيتها إلاّ بإذنه، و إن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكه السماء و ملائكه الأرض و ملائكه الغضب و ملائكه الرحمه حتّى ترجع إلى بيتها. قالت: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أعظم الناس حقاً على الرجل؟ قال: والده، قالت: فمن أعظم الناس حقاً على المرأه؟ قال:

زوجها، قالت: فما لى عليه من الحقّ مثل ما له علىّ؟ قال: لا، و لا من كلّ مائه واحده» الحديث(٢).

ص: ٧٩

١- (١) إلاّ أن يقال بعدم القول بالفصل بين الكبيره و الصغيره، فلا يتوهم أنّ النفقه ثابتة بالتمكين فى الكبيره بخلاف الصغيره؛ فإنّها ثابتة فيها بالعقد. هذا، مضافاً إلى أنّه إذا كان معقد الإجماع مطلقاً فلا وجه لأخذ القدر المتيقّن منه، فتدبّر. م ج ف.

٢- (٢) و سائل الشيعه ١١٢:١٤ الباب ٧٩ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

و منها:

خبر العزمى، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «جاءت امرأه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: يا رسول الله ما حق الزوج على المرأة؟ فقال: أكثر من ذلك، قالت: فخبرنى عن شىء منه، قال: ليس لها أن تصوم إلا بإذنه يعنى تطوعاً، و لا تخرج من بيتها بغير إذنه، و عليها أن تتطيب بأطيب طيبها، و تلبس أحسن ثيابها، و تزين بأحسن زينتها، و تعرض نفسها عليه غدوه و عشيه، و أكثر من ذلك حقوقه عليها»(١).

و مثلهما خبر أبى بصير و معتبره على بن جعفر(٢).

و منها:

صحيحه أبى الصباح الكناني، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «إذا صلّت المرأة خمسها و صامت شهرها و حجّت بيت ربّها و أطاعت زوجها و عرفت حقّ علىّ فلتدخل من أى أبواب الجنان شاءت»(٣).

و هذه النصوص و إن كانت خاليه عن ذكر اعتبار ذلك فى النفقه، إلا أنّه قد يستفاد ذلك ممّا دلّ على نشوزها و سقوط نفقتها بخروجها من بيته بغير إذنه، كمعتمره

السكونى. عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أيما امرأة خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقه لها حتّى ترجع»(٤).

على هذا يكون النشوز مسقطاً باعتبار تفويته الشرط الذى هو وجوب طاعتها و عرض نفسها عليه و عدم خروجها من بيته بغير إذنه؛ لأنّ المستفاد من هذه النصوص و غيرها اعتبار الطاعة التى يكون عدمها نشوزاً فى وجوب الإنفاق، و التمكين لا يكاد ينفك عن عدم النشوز، لأنّ اتحاد مصداق المراد من مفهوم

ص: ٨٠

١- (١) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

٢- (٢) نفس المصدر و الباب، ح ٣ و ٥.

٣- (٣) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

٤- (٤) نفس المصدر ١٥: ٢٣٠ الباب ٦ من أبواب النفقات، ح ١.

التمكين و عدم النشوز بالنسبه إلى وجوب الإنفاق.

قال الشهيد رحمه الله: «إن جعلنا النشوز مانعاً كان التمكين ملحوظاً في تحقّق معناه»(١).

و الإنصاف أنّ هذه النصوص مع دلالتها على اعتبار الطاعه للزوج التي يكون عدمها نشوزاً - وهو مرادف مع التمكين - الذي لا يجب معه النفقه، لا- تجرى في الزوجه الصغيره؛ لأنّ وجوب التمكين و عدم النشوز، و الطاعه للزوج يتوقّف على إمكانها، و بما أنّ الصغيره لا يتمكّن منها شرعاً و عرفاً فلا معنى لجريانها في حقّها(٢).

و بعبارة اخرى: مضمون هذه النصوص منصرف عن الزوجه الصغيره، و لم تكن في مقام بيان حكم نفقتها نفيّاً أو إثباتاً.

و الحاصل: أنّ الوجوه التي ذكرت في اشتراط التمكين لوجوب نفقه الزوجه كلّها تنطبق على الزوجه الكبيره، فلا- يثبت معها اشتراط التمكين في وجوب نفقه الصغيره، و هو المطلوب.

القول الثاني اقتضاء عقد النكاح بذاته للنفقه

القول الثاني: أنّه يستفاد من كلمات بعض الفقهاء الآخريين أنّ عقد النكاح بذاته يقتضى النفقه مطلقاً، أى سواء كان تمكين الزوجه للزوج ممكناً، مثل أن تكون الزوجه كبيره، أم لا، مثل الفرض الذي كان البحث فيه.

ص: ٨١

١- (١) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٠.

٢- (٢) و الظاهر إمكان تحقّق النشوز بالنسبه إلى الصغيره، كالخروج من البيت من دون إذنه، و هذا يظهر سيّما بملاحظه إطلاق قول النبي صلى الله عليه و آله في معتبره السكوني، حيث قال: أيما امرأه إلخ، و لا شكّ في أنّ هذا الإطلاق يشمل الصغيره. م ج ف.

قال ابن إدريس: «و الأولى عندي أنّ على الكبير النفقه لزوجته الصغيره، لعموم وجوب النفقه على الزوجه، و دخوله مع العلم بحالها، و هذه ليست ناشزه، و الإجماع منعقد على وجوب نفقه الزوجات»(١).

و جعله الشيخ قدس سره قولاً و لم يصححه، حيث قال: «فإن كان كبيراً و هى صغيره لا يجامع مثلها، فهل عليه نفقتها أم لا؟ قيل فيه وجهان:

أحدهما: لها النفقه؛ لأنّ عقد النكاح يقتضى الإنفاق، فإذا تزوّج علم أنّه دخل على بصيره من الإنفاق عليها»(٢).

و قال العلّامة رحمه الله: «إنّما تجب النفقه بالعقد الدائم مع التمكين التام - إلى أن قال: - و هل تجب النفقه بالعقد بشرط عدم النشوز، أو بالتمكين؟ فيه إشكال»(٣).

و قال المحدّث البحرانى: إنّ المشهور لم يقيموا لتوقّف وجوب النفقه على التمكين دليلاً واضحاً و لا - برهاناً لائحاً غير مجرد الدعوى، مع ظهور الأدلّه على خلافه، فالأظهر هو القول المخالف للمشهور، و هو ترتّب وجوب النفقه على مجرد الزوجيه التى لا خلاف فى حصولها بمجرد العقد(٤).

و فى نهايه المرام: «و ربما قيل بوجوب النفقه بالعقد كالمهر»(٥)، و هو ظاهر كلام ابن زهره أيضاً(٦).

و قال السيّد الخوئى رحمه الله: «و المشهور أنّ وجوب النفقه مشروط بعدم النشوز،

ص: ٨٢

١- (١) السرائر ٢: ٦٥٥.

٢- (٢) المبسوط ٤: ٣١٥.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٣: ١٠٣.

٤- (٤) الحدائق الناضره ٢٥: ٩٩-١٠٠.

٥- (٥) نهايه المرام ١: ٤٧٤.

٦- (٦) غنيه النزوع: ٣٥٢.

و هو التمرّد على الزوج بمنعه عن حقوقه، أو بفعل المنفّرات له عنها و إن كان مثل سبّه و شتمه، و فيه إشكال»(١)، و تبعه فى مبانى منهاج الصالحين(٢).

أدّله هذا القول

و ما يمكن أن يستدلّ به على وجوب النفقه بمجرد العقد، وجوه:

الأول: الآيات

منها: قوله - تعالى - : (وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) ٣ .

قال القرطبي: (وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ) أى الزوج، و الأظهر أنّها فى الزوجات فى حال بقاء النكاح؛ لأنّهنّ المستحقّات للنفقه و الكسوه، و قوله - تعالى - :

(بِالْمَعْرُوفِ) ، أى بالمتعارف فى عرف الشرع من غير تفريط و لا إفراط(٣).

و منها: قوله - تعالى - : (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ) ٥ .

قال الراوندى: «القوام على الغير هو المتكفّل بأمره من نفقه و كسوه و غير ذلك»(٤).

و قال السيورى: «أى لهم عليهنّ قيام الولاية و السياسه، و علل ذلك بأمرين:

أحدهما: موهبتي من الله؛ و هو أنّ الله فضّل الرجال عليهنّ بأمرٍ كثيره:

من كمال العقل، و حسن التدبير، و مزيد القوه... و غير ذلك.

ص: ٨٣

١- (١) منهاج الصالحين ٢: ٢٨٧.

٢- (٢) مبانى منهاج الصالحين ١٠: ٢٩٧.

٣- (٣) الجامع لأحكام القرآن ٣: ١٦٠ و ١٦٣.

٤- (٤) فقه القرآن ٢: ١١٦.

و ثانيهما: كسبي، و هو أنهم ينفقون عليهن و يعطوهن المهور... و الباء في (بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ) و في قوله: (وَ بِمَا أَنْفَقُوا) للسبيته، و «ما» مصدرية - أى بسبب تفضيل الله و بسبب إنفاقهم»(١).

و منها: قوله - تعالى - : (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَ مَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ) ٢ .

فالظاهر منها أنه يجب القيام بما تحتاج إليه المرأة من إطعام و كسوه و إدام و إسكان تبعاً لعاده أمثالها.

و الحاصل: أن مقتضى الإطلاق المنعقد في هذه الآيات الكريمة عدم تقييد النفقة بالتمكين، فنفقة الزوجه الصغيره واجبه على الزوج بمقتضى الزوجيه المتحققه بالعقد.

الثاني: الأخبار:

منها:

ما رواه الربعي بن عبد الله و الفضيل بن يسار جميعاً - في الصحيح - عن أبي عبد الله عليه السلام، في قوله تعالى: (وَ مَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ)

قال: «إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوه، و إلا فَرَّقَ بينهما»(٢).

و منها:

صحيحه أبي بصير - يعنى المرادى - قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

«من كانت عنده امرأه فلم يكسها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما»(٣).

ص: ٨٤

١- (١) كنز العرفان في فقه القرآن ٢: ٢١١-٢١٢.

٢- (٣) وسائل الشيعه ١٥: ٢٢٣، الباب ١ من أبواب النفقات، ح ١.

٣- (٤) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

و منها:

موثقه إسحاق بن عمّار، أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام عن حقّ المرأة على زوجها؟ قال: «يشبع بطنها و يكسو جثتها، و إن جهلت غفر لها» الحديث (١).

و كذا صحيحه جميل بن درّاج (٢) و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج (٣) و ما رواه في العلل و الخصال (٤).

فالمستفاد منها أنّ نفقه الزوجه على الزوج من غير تقييد بالتمكين، و إطلاقها يشمل صوره عدم إمكان التمكين و التي كانت زوجه صغيره.

و بعباره اخرى: هذه الأخبار تدلّ على وجوب النفقه على مجرّد الزوجيه التي لا خلاف في حصولها بانعقاد عقد النكاح.

و هكذا تدلّ عليه

ما روى «أنّ هند امراه أبى سفيان جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه و آله فقالت: إنّ أبا سفيان رجلٌ شحيح لا يعطينى ما يكفينى و ولدى إلا ما أخذ منه سرّاً و هو لا يعلم، فهل علىّ في ذلك من شيء؟ فقال صلى الله عليه و آله: «خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف» (٥)، و دلالتها كالتى قبلها ظاهره.

و اجيب عن هذه الأدله:

أولاً: بأنّها مخالفة للإجماع المحكّي، بل المقطوع به جداً كما ادّعاه فى الرياض و الجواهر (٦).

و ثانياً: نشكّ فى شمول إطلاقات هذه الأدله لنفقه الزوجه الصغيره إن لم يدّع

ص: ٨٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٥: ٢٢٣ الباب ١ من أبواب النفقات، ح ٣.

٢- (٢) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

٣- (٣) نفس المصدر ٦: ١٦٥ الباب ١٣ من أبواب المستحقين للزكاه، ح ١.

٤- (٤) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

٥- (٥) صحيح البخارى ٨: ١٤٧ الرقم ٧١٨٠، كتاب الأحكام الباب ٢٨ الجزء الثامن، صحيح مسلم ٧: ٤٧١٦ الرقم ١٧١٤، مسند

أحمد ٩: ٢٨٦ الرقم ٢٤١٧٢، سنن الدارمى ٢: ١١٠، سنن النسائى ٨: ٢٤٧.

٦- (٦) رياض المسائل ٧: ٢٥٧، جواهر الكلام ٣١: ٣٠٤.

ظهورها أو انصرافها إلى غير الزوجه الصغيره.

بتعبير آخر: يمكن أن يُقال: هذه الأدله لا تكون في مقام بيان حكم نفقه الزوجه الصغيره، و لا يشمل إطلاعها هذا الفرض، و لعلّه إلى ما ذكر نظر الأبدال من الفقهاء فادّعى عدم النصّ الظاهر في العموم في هذا المقام.

و ثالثاً: يحتمل انصراف الأدله عن ذلك، و عدم تبادر الإنفاق من دون التمكين.

و رابعاً: الظاهر من الأمر بالمعاشره بالمعروف(1) اختصاص هذا الأمر بالإنفاق بما تقتضيه العاده، و ليس من مقتضياته و جوب الإنفاق إلّا- بعد التمكين كما هو المشاهد من أهل العرف و العاده؛ فإنّهم ينكحون و يتزوّنون من دون إنفاقٍ إلى الزفاف، مع عدم اختلاف من الزوجين و أهلهم في المطالبه بالنفقه من طرف الزوجه و ردّها من ناحيه الزوج، و ربما يؤخذ ذلك إجمالاً من المسلمين و يجعل مثله وفاقاً، بل و ربما يلحق بالضروره القطعيّه(2).

و خامساً: أنّه خلاف الأصل؛ لأنّ الأصل الأوّلى براءه ذمّيه الزوج من وجوب نفقه زوجته، خرج منه الإنفاق حال التمكين بالإجماع، فيبقى الباقي تحت الأصل(3).

نقول: الأقرب بملاحظه ما ذكرنا من الأدله أن يقال: إنّ العقد بذاته يقتضى وجوب النفقه، و النشوز و عدم التمكين مانع عنه اذا كانت الزوجه دخيله في ذلك، و بما أنّ في مسألنا هذه لا- موضوع للنشوز و عدم التمكين؛ لعدم إمكانه شرعاً و عرفاً، و لا يتصور المانع، فيكون العقد سبباً منحصراً لوجوب النفقه، و لعلّه لأجل ذلك تردّد في الشرائع في توقّف النفقه على التمكين فقط، حيث قال: «و في وجوب

ص: ٨٤

١- (١) سورة النساء ٤: الآية ١٩ «وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ».

٢- (٢) رياض المسائل ٧: ٢٥٧، جواهر الكلام ٣١: ٣٠٤.

٣- (٣) الروضه البيهيه ٥: ٤٦٧.

النفقة بالعقد أو بالتمكين تردّد»(١). و قال الشهيد الثاني فى شرحه: «و لا ريب فى أنّ للنفقة تعلقاً بالعقد و التمكين جميعاً»(٢). و قال المحدّث البحرانى: إنّ المشهور لم يقيموا لتوقّف وجوب النفقة على التمكين دليلاً واضحاً(٣). و هكذا استشكل العلامة(٤).

و السيد الخوئى(٥) رحمهما الله على القول باشتراط وجوب النفقة على التمكين.

و الشاهد على ما قلنا بأنّ عدم التمكين مانع، هو وجوب النفقة مع عدم إمكان التمكين من قبل الزوجه شرعاً؛ مثل أن تكون فى أيام حيضها أو سفرها للحجّ و غيره، أو وقت الإحرام و الصوم؛ و هكذا النساء العجائز و شبه ذلك(٦). هذا أوّلاً.

و ثانياً: أنّه قام الإجماع و السيره على عدم وجوب الإنفاق فى صورته عدم التمكين، و لو نوقش فيهما، فالأدله الأخرى - التى تقدّم ذكرها تدلّ على توقّف وجوب النفقة على التمكين - تامّه.

ص: ٨٧

١- (١) شرائع الإسلام ٢: ٣٤٧.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٠.

٣- (٣) الحدائق الناضرة ٢٥: ٩٩.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٣: ١٠٣.

٥- (٥) منهاج الصالحين ٢: ٢٨٧.

٦- (٦) و لا يخفى أنّ من يقول بشرطيّه التمكين لا يعتقد بالتمكين مطلقاً و فى جميع الحالات و الأزمنه، بل يقول بأنّه مع إمكان التمكين و تحقّقه فى الجملة - بمعنى عدم وجود المانع الشرعى - تجب النفقة. و التحقيق فى المقام أنّه لا- دليل واضح على كون النفقة ثابتاً بالعقد؛ فإنّ الثابت به إنّما هو المهر فقط، و لذا لو وقع الطلاق بعد مضيّ مدّه قليله من العقد، لكان اللّازم دفع المهر فقط دون النفقة، فيظهر أنّ موضوع النفقة بعد العقد إنّما هو المعاشره مع الزوجه، و من المعلوم أنّ مجرد المعاشره ليس دخيلاً- فى ذلك، بل اللّازم هو المعاشره بالمعروف التى يكون التمكين من أركانها، فتبيّن أنّه لا دليل على ثبوت النفقة بالعقد. مضافاً الى ثبوت الإجماع على كون النفقة ثابتة بالتمكين لا بمجرد العقد، مع أنّ النشوز لا يناسب إلّا مع كون التمكين شرطاً للنفقة. و بعبارة اخرى: لا- مناسبه بين كون العقد سبباً للنفقة من طرف، و بين كون النشوز مانعاً عنها من طرف آخر، و إنّما المناسبه فيما إذا كان التمكين شرطاً لها. ثمّ إنّ الآيات و الأخبار المطلقة الدالّه على ثبوت النفقة بمجرد الزوجيه تقيّد بصوره التمكين، و مع عدمه من أىّ جهه كانت لا نفقه لها، و الله العالم. م ج ف.

إذن نقول: إنَّ الأدلَّة التي تدلُّ على وجوب النفقة مطلقاً تُقَيَّدُ بالأخبار الدالَّة على اشتراط التمكين، إلاَّ أنَّ التمكين الكامل الذي هو شرط لوجوب النفقة إنَّما هو ممَّن له أهليته ذلك، ويمكن فرض التمكين و عدم النشوز في حقِّها؛ وهي الزوجه الكبيره، فوجوب نفقتها مشروط بتمكينها في مقابل الزوج، و النصوص التي وردت بأنَّ المرأه إذا خرجت من البيت بدون إذن الزوج لا نفقه لها و لعنتها الملائكه... ناظره إلى هذه. و أما الزوجه الصغيره التي لا تتمكَّن من التمكين شرعاً و عرفاً، فأدلُّه وجوب النفقه بالنسبه إليها مطلقه، و النكاح بذاته يقتضى وجوب نفقتها فنحكم بوجوبها.

مضافاً إلى أنَّ الزوج أقدم على هذا النكاح مع علمه بالحال و عدم إمكان التمكين من الزوجه، فيلزم بأداء النفقه مستنداً إلى قاعده الإقدام أيضاً، و لعلَّه لأجل ما ذكرنا قال بعض الفقهاء بوجوب نفقه الزوجه الصغيره، و الله هو العالم بحكمه.

و أما الحاله الرابعه أن تكون الزوجه كبيره و الزوج صغيراً

القول الأول عدم وجوب النفقه على الزوج الصغير

الحاله الرابعه: أن تكون الزوجه كبيره و الزوج صغيراً، فلفقهاء في هذا الفرض أيضاً قولان:

الأول: عدم وجوب النفقه.

الثانى: وجوبها.

أمَّا القول الأول: فذهب إليه الشيخ في الخلاف، حيث قال: «إذا كانت الزوجه كبيره و الزوج صغيراً لا- نفقه لها و إن بذلت التمكين»^(١)، و تبعه في السرائر^(٢).

و في المبسوط: «فأما إن كانت كبيره و هو طفل فبذلت نفسها و مكنت

ص: ٨٨

١- (١) الخلاف ٥: ١١٣.

٢- (٢) السرائر ٢: ٦٥٥.

من الاستمتاع، فهل لها نفقه أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا نفقه لها؛ لأنَّ التمكين ليس بحاصل، ولا إمكان الاستمتاع، وهو الذي يقوى في نفسى.

والثانى: - وهو الصحيح عندهم - أنَّ عليه النفقه؛ لأنَّها تجب في مقابله التمكين من الاستمتاع، وقد فعلت، وإنَّما تعذّر القبض من جهته»(١).

و اختاره القاضى ابن البرّاج(٢) و يحيى بن سعيد(٣). و اعترف بذلك أيضاً فى كشف اللثام(٤) و الرياض(٥) و نهايه المرام(٦). و به قال فى تحرير الوسيله(٧).

أدّله هذا القول

و ما استدللّ أو يمكن أن يستدلّ به لهذا القول وجوه:

الأول: منع تحقّق التمكين مع عدم التمكّن؛ فإنّ التمكين شرطه الإمكان، وإلاّ لم يتحقّق، ولأنّ الامتناع من جهه الفاعل أقوى من جهه القابل، فبانتهاء التمكّن ينتفى التمكين(٨).

الثانى: الشكّ فى شمول أدّله وجوب نفقه الزوجه لذلك، ضروره ظهورها باعتبار أنّها خطابات و تكاليف لغير الصغير و لا يمكن صرفها إليه، و صرفها

ص: ٨٩

١- (١) المبسوط للطوسى ٣١٦:٤.

٢- (٢) المهذب ٣٤٧:٢.

٣- (٣) الجامع للشرائع: ٤٨٩.

٤- (٤) كشف اللثام ٥٦٢:٧.

٥- (٥) رياض المسائل ٢٥٩:٧.

٦- (٦) نهايه المرام ٤٧٥:١.

٧- (٧) تحرير الوسيله ٢٩٨:٢ مسأله ٤.

٨- (٨) كشف اللثام ٥٦٢:٧.

إلى الولي مدفوع بالأصل (١).

الثالث: البراءة من النفقة ولا مخرج عنه (٢).

الرابع: أنه من المرتكزات في أذهان العرف أن الإنفاق في مقابل الاستمتاع، وحيث إن الاستمتاع هنا متعذر من قبل الزوج لصغره، فلا يجب الإنفاق عليه.

و الجواب عن الأول: أننا قد استفدنا من الأدلة السابقة أن العقد بذاته يقتضى النفقة، و عدم التمكين و النشوز مانع عنها، و في مسألتنا هذه لا مانع من التمكين، لأن عدم التمكين؛ من ناحيه الزوج لا يكون مانعاً من قبلها، ألا ترى أنه إذا كان الزوج كبيراً و مكنت الزوجه نفسها له، و لكن هو لا يقدر على الاستمتاع منها، لم يقل أحد بأنه لا يجب عليه النفقة؛ بدليل عدم قدرته على الاستمتاع (٣)، ففي ما نحن فيه أيضاً كذلك، يعنى إذا أنكح الولي الصغير، و الحال هذه معناه أنه أقدم على قبول نفقه زوجه طفله.

و أما عن الثانى: فإن الخطاب إلى الولي؛ لأن في المقام الولي أقدم على هذا مع علمه بالحال، فالتكليف متوجه إليه و لا يعقل أن نقول: النكاح صحيح، و لا يجوز لهذه المرأه أن تزوج نفسها بغيره و لا تكون مستحقه للنفقه؛ لأن هذا ضرر على الزوجه (٤)، فيرفعه دليل لا ضرر الذى كان حاكماً على الأدله.

ص: ٩٠

١- (١) جواهر الكلام ٣١: ٣١١.

٢- (٢) نهاية المرام ١: ٤٧٥.

٣- (٣) يمكن أن يقال بأن حقيقه التمكين متوقفه على الزوجه فقط؛ بمعنى بذل نفسها للزوج و إن لم يتمكن الزوج، و على هذا فلا مانع من أن يقال بلزوم النفقه فى هذا الفرض من طرف، و الذهاب إلى أن مجرد العقد ليس سبباً لوجوب النفقه من طرف آخر، فتدبر. م ج ف.

٤- (٤) و الراجع للضرر هو المهر. م ج ف

و الجواب عن الثالث: أنّ المخرج هو النكاح الصحيح (١). بتعبير أوضح:

أصالة البراءة حججه مع عدم دليلٍ ناقلٍ، لكنّه موجود هنا بالعمومات الدالّاه على وجوب نفقه الأزواج، و الأصل عدم التخصيص (٢).

و الجواب عن الرابع: أنّ هذا أوّل الكلام، و إثباته على مدّعيه، و على فرض وجوده لا دليل على حجّيته، فالأقوى وجوب نفقه الزوجه الكبيره التي لا تمتنع من تمكين نفسها، على الزوج الصغير (أى على وليه) و إن كان هو لا يتمكّن من التمكين، و سنذكر دليله قريباً.

القول الثانى وجوب نفقه الزوجه على الزوج الصغير

القول الثانى: - و هو الحقّ - أنّه يجب على الزوج الصغير نفقه زوجته الكبيره؛ بأن يؤدّى وليه من مال الصغير أو من مال نفسه.

قال المحقّق: «أمّا لو كانت كبيره و زوجها صغيراً قال الشيخ رحمه الله: لا نفقه لها، و فيه إشكال منشؤه تحقّق التمكين من طرفها، و الأشبه وجوب الإنفاق» (٣).

و قال العلامة: «و أمّا الزوجه الكبيره؛ فإنّ لها النفقه إذا كانت ممكنه من نفسها، و بذلت التمكين عند الحاكم و إن كان الزوج صغيراً؛ لوجود المقتضى السالم عن المعارض؛ فإنّ المقتضى - و هو التمكين المستند إلى العقد الصحيح - ثابت هنا، و المانع - و هو الصغر - لا يصلح للمانع، كما فى نفقه الأقارب و هى أضعف، و إذا لم يمنع مع ضعف السبب فأولى أن لا يمنع مع قوّته» (٤).

ص: ٩١

١- (١) و هو عين المدّعى و مصادره إلى المطلوب. م ج ف.

٢- (٢) الحدائق الناضره ١٠٢:٢٥.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٣٤٨:٢.

٤- (٤) مختلف الشيعه ٣٢١:٧.

و تبعه الصيمرى (١). و قال الشهيد الثانى رحمه الله: «فالقول بالوجوب أقوى؛ لأنَّ الشارع رتبَّ إيجاب النفقه على أسبابٍ، فإذا حصلت وجب أن يثبت الوجوب، و المعلوم منه العقد مع بذل المرأه نفسها، أو مع عدم المنع» (٢).
و اختار هذا القول الشيخ الأعظم (٣). و دليله يعلم ممَّا سبق فى القول الأوّل فلا نعيده.

آراء فقهاء أهل السنّه فى نفقه الزوجه الصغيره

أ - المالكيه:

و هم يشترطون فى وجوب النفقه شرائط: التمكين، و بلوغ الزوج، و إطاقه الزوجه للوطء (٤).

قال ابن شاس: إذا زوّجت صغيره من بالغٍ فلها النفقه إن كان مثلها يوطأ و دَعَتْهُ للدخول. و إن كان لا يوطأ مثلها فلا نفقه عليه.

و أمّا عكسه؛ بأن زوّجت بالغه من صغيرٍ فلا نفقه لها حتّى يبلغ الزوج؛ لأنّه يشترط فى وجوب النفقه بلوغ الزوج، و إن زوّجت صغيره من صغيرٍ فلا نفقه لها حتّى يبلغ الزوج و تطيق هى للوطء (٥).

ب - الحنابله:

اشترطوا أيضاً فى وجوب النفقه ثلاثه شرائط:

الأوّل: أن تكون الزوجه كبيره و استكملت تسع سنين فأكثر.

ص: ٩٢

١- (١) غايه المرام ٣: ١٨٢.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٤.

٣- (٣) كتاب النكاح ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٤٨٦.

٤- (٤) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٢٩٢.

٥- (٥) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٣١٠ و ٢٩٧. حاشيه الدسوقي ٢: ٥٠٨، شرح الزرقانى ٤: ٢٤٤، مواهب الجليل ٥: ٥٤١.

الثاني: أن يمكن وطء مثلها.

الثالث: أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها.

على هذا إذا كانت المرأة كبيرةً و يمكن الاستمتاع بها، فمكنت من نفسها، أو بذلت تسليمها و لم تمنع نفسها و لا منعها أولياؤها، فعلى زوجها الصبي نفقتها؛ لأنه سلّمت نفسها تسليمًا صحيحًا فوجب لها النفقة كما لو كان الزوج كبيراً، و لأنّ الاستمتاع بها ممكن و إنّما تعدّر من جهة الزوج، فعلى هذا يجبر الولي على نفقتها من مال الصبي؛ لأنّ النفقة على الصبي، و إنّما الولي ينوب عنه في أداء الواجبات عليه(١).

ج - الشافعيّ:

اشترطوا في وجوب النفقة على الزوج أيضاً تسليم الزوجه نفسها إليه و تمكينها له تمكيناً تاماً من الاستمتاع، و ليكن مستنداً إلى عقدٍ صحيحٍ (٢).

قال الماوردي: إنّ النفقة تجب باجتماع العقد و التمكين... و لم يخل الزوجين من أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون الاستمتاع ممكناً من جهتهما جميعاً، فيكون الزوج ممّن يطأ و الزوجه ممّن توطأ، فهذا خارج من محلّ كلامنا.

الحال الثانيه: أن يكون الاستمتاع ممكناً من جهة الزوج لبلوغه، و غير ممكن من جهة الزوجه لصغرهما، ففي وجوب نفقتها، عليه قولان:

الأول: لها النفقة؛ لأنّ المانع من الاستمتاع بها في الصغر كالمانع منه بالمرض، و نفقه المريضه واجبه، كذلك الصغيره، و لأنه قد تزوّجها عالماً بأنّه لا استمتاع فيها، فصار كالعاقده مع علمه بالعيوب، فلزم فيها حكم السلامه منها.

ص: ٩٣

١- (١) المغنى ٢٨١:٩ و ٢٨٢ و ٢٨٤، الشرح الكبير ٢٥٢:٩، الكافي في فقه أحمد ٢٢٧:٣، المبدع ١٥٤:٧، كشاف القناع ٥٥٢:٥، الإقناع ١٤٢:٥، الإنصاف ٣٧٦:٩ و ٣٧٧، المحرّر في الفقه ١١٥:٢.

٢- (٢) الأمّ ٨٩:٥ و ١٠٧، مختصر المزني: ٢٣١، مغنى المحتاج ٤٣٥:٣، المجموع شرح المهذب ٣٤٠:١٩.

و القول الثاني: أنه لا نفقه لها، نصّ عليه الشافعي، واختاره المزني، واستدلّ بأمرين:

أحدهما: أنّ فقد الاستمتاع بالصغر أغلظ من تعذّره بالنشوز في الكبر؛ لإمكانه في حال النشوز، و تعذّره في حال الصغر، فكان إلحاقه بالنشوز في سقوط النفقه أحقّ.

و الثاني: أنّ النفقه مستحقّه في مقابله التمكين من الاستمتاع، فصارت بدلاً في مقابله مبدل، و فوات المبدل موجب لسقوط البدل.

الحال الثالث: أن يكون الاستمتاع من الزوجه ممكناً لكبرها، و متعذراً من جهه الزوج لصغره، و فيها أيضاً قولان..

و الحال الرابعه: أن يتعذّر الاستمتاع من جهتهما لصغرهما، و فيها أيضاً قولان(١) كما في الحاله السابقه.

د - الحنفية:

يشترط في وجوب النفقه عندهم تسليم المرأه نفسها إلى الزوج، بأن تخلّى بين نفسها و بين زوجها برفع المانع من وطئها و الاستمتاع بها حقيقه، و يتفرّع على هذا أنه إذا كانت الزوجه صغيره يجمع مثلها فهي كالبالغه في النفقه، و إن كانت لا يجمع مثلها فلا- نفقه لها؛ لأنّ شرط الوجوب تسليم النفس، و لا يتحقّق التسليم في صغره حيث لا يجمع مثلها، فلا نفقه لها إذا كانا صغيرين، و إن كان الزوج صغيراً و المرأه كبيره فلها النفقه لوجود التسليم منها، و لكن إذا كان الزوج صغيراً لا مال له لم يؤخذ الأب بنفقه زوجته إلا أن يكون ضمنها؛ لأنّ استحقاق النفقه على الزوج(٢).

ص: ٩٤

١- (١) الحاوي الكبير ١٥: ٣٠-٣٣ مع تصرّف.

٢- (٢) ردّ المختار لابن عابدين ٣: ٥٧٤، المبسوط للسرخسي ٥: ١٨٧ دار المعرفه، بيروت، تحفه الفقهاء ٢: ١٥٨، بدائع الصنائع للكاساني ٣: ٤٢٣، دار إحياء التراث العربي، الهدايه ٢: ٣٢١، البنايه في شرح الهدايه ٥: ٤٩٨ و ٤٩٩.

اختلف الفقهاء فى أنّ الصبيّه التى لم تبلغ تسع سنين إذا دخل بها الزوج اشتباهاً أو فعل ذلك محرّماً، و كذا فى اليائسه، هل عليهما عدّه الطلاق أم لا؟

و كذا فى صورته الفسخ و وطء الشبهه الموجبين للعدّه فى غير هذا الموضع على قولين:

قال السيد المرتضى (١) و ابن زهره (٢) و ابن شهر آشوب (٣): إنّه تجب على الصغيره العدّه فى فرض المسأله.

و احتج السيد المرتضى رحمه الله بقوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعَدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ) ٤ .

قال: «و هذا صريح فى أنّ الآيات من المحيض و اللائى لم يبلغن عدّتهنّ الأشهر على كلّ حال».

ثمّ أورد على نفسه بأنّ فى الآية شرطاً، و هو قوله - تعالى - : (إِنْ ارْتَبْتُمْ)

و هو منتفٍ عنهما.

ثمّ أجاب بأنّ الشرط لا ينفع أصحابنا، لأنّه غير مطابق لما يشترطونه، و إنّما يكون نافعاً لهم لو قال - تعالى - : «إِنْ كَانَ مِثْلَهُنَّ لَا تَحِيضُ فِي الْيَأْسَاتِ وَ فِي اللَّائِي لَمْ يَبْلُغْنَ الْمَحِيضَ إِذَا كَانَ مِثْلَهُنَّ تَحِيضًا» و إذا لم يقل - تعالى - ذلك و قال:

ص: ٩٥

١- (١) الانتصار: ٣٣٤.

٢- (٢) غنيه النزوع: ٣٨٢.

٣- (٣) متشابه القرآن و مختلفه ٢: ٢٠٠.

(إِنْ ارْتَبْتُمْ) ، و هو غير الشرط الذى يشرطه أصحابنا، فلا منفعه لهم به.

و ليس يخلو قوله - تعالى - : (إِنْ ارْتَبْتُمْ) من أن يراد به ما قاله جمهور المفسرين و أهل العلم بالتأويل من أنه - تعالى - أراد به: إن كنتم مرتابين فى عدّه هؤلاء النساء غير عالمين بمبلغها. و وجه المصير إلى هذا التأويل ما روى فى سبب نزول هذه الآية أنّ ابى بن كعب قال: يا رسول الله إنّ عدداً من عدّه النساء لم تذكر فى الكتاب: الصغار و الكبار و أولات الأحمال، فأنزل الله: (وَ اللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ - إلى قوله: - وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) ١ .

فكان سبب نزول هذه الآية الارتباب الذى ذكرناه. لا الارتباب بأنّها آيسه أو غير آيسه؛ لأنه - تعالى - قد قطع فى الآية على اليأس من المحيض، و المشكوك فى حالها، و المرتاب فى أنّها تحيض أو لا تحيض لا تكون آيسه.

و يدلّ - أيضاً على أنّ المراد الارتباب فى العدّه و مبلغها - قوله: (إِنْ ارْتَبْتُمْ)

فإنّ المرجع فى وقوع الحيض منها أو ارتفاعه إليها؛ و هى المصدّقه على ما تخبر به فيه، فإذا أخبرت بأنّ حيضها قد ارتفع قطع عليه، و لا- معنى للارتباب مع ذلك، حيث إنّ المرجع فيه إليهنّ، فلو كانت الريبه فى الآية منصرفه إلى اليأس من المحيض لكان حقّه أن يقول: «إن ارتبتن»؛ لأنّ المرجع إليهنّ فيه، فلمّا قال: (إِنْ ارْتَبْتُمْ)

فخاطب الرجال دون النساء، علّم أنّه يريد الارتباب فى العدّه و مبلغها(١).

و قال ابن زهره: «يجب أن تعتدّ بالشهور، و هو اختيار المرتضى رضى الله عنه، و به قال جميع المخالفين، و طريقه الاحتياط تقتضى ذلك، و أيضاً قوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَسْنَنَ مِنَ الْمَحِيضِ...) و هذا نصّ، و قوله - تعالى - : (إِنْ ارْتَبْتُمْ) ، معناه على ما

ص: ٩٦

ذكره جمهور المفسرين: إن كنتم مرتابين في عدّه هؤلاء النساء، و غير عالمين بمقدارها»(١).

جواب العلامه و الشهيد عن استدلال السيد المرتضى

و أجاب عنه العلامه و الشهيد الثانى رحمهما الله: «بأنه لا دلالة فى الآيه على ما ذكره السيد رحمه الله لاشتراطها بالريبه، و هى عائده إلى اليأس من المحيض و عدم المحيض، و القطع فى علمه تعالى لا يستلزم انتفاء الريبه عندنا؛ لأنه تعالى علام الغيوب...

و سبب النزول لا- يجب أن يكون عامياً فى الجميع، فجاز أن يقع السؤال عن الصغار و الكبار الذين لم يحضن أو آيسن، مع أن مثلهنّ يحضن؛ فإنه لا- يمكن الحواله فى عدّتهنّ على الأقرء، فوجب السؤال، و صرف الريبه إلى العدّه و العلم بقدرها غير مناسب؛ لأنّ الأحكام الشرعيّه قبل ورود الشرع بها غير معلوم، فلا يكون التعليم فى هذه الصوره مشروطاً بالريبه دون غيرها؛ لعدم الأولويّه(٢)، إذ بيان الأحكام فى القرآن الكريم لا يقيد بالجهل فى شىء من الأحكام.

و أضاف الشهيد الثانى أنه لو كان المراد ما ذكر السيد رحمه الله لقال: «إن جهلتم» و لم يقل (إِنْ أَرَبْتُمْ)؛ لأنّ سبب النزول كما ذكر يوجب ذلك؛ فإنّ أبى بن كعب لم يشكّ فى عدّتهنّ و إنّما جهل حكمه، و إنّما أتى بالضمير مذكراً لكون الخطاب مع الرجال؛ لقوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ) و لأنّ النساء يرجعن فى معرفه أحكامهنّ إلى رجالهنّ أو إلى العلماء فكان الخطاب لهم لا للنساء.

ص: ٩٧

١- (١) غنيه النزوع: ٣٨٢.

٢- (٢) مختلف الشيعه ٧: ٤٦٦.

و الحق أن الآيه محتمله الأمرين، و الاستناد إلى الآيه الكريمه فى الحكم غير بين و إن كانت الدلاله على مذهب المرتضى أوضح، و الاعتماد فى الحكم المشهور على الروايات الكثيره المعتمده الأسناد، و وجوب الجمع بينها، و بين الآيه يعين المصير إلى ما ذكره فى الجواب - و إن كان خلاف الظاهر - مراعاةً للجمع (١).

نقول:

يحتمل فى معنى الآيه (إِنْ ارْتَبْتُمْ) وجهان؛

الأول: ما ذكره السيّد المرتضى قدس سره من أن المراد بالارتباب الجهل فى عدّه هؤلاء النساء و عدم العلم بمبلغها.

الثانى: أن يكون الارتباب فى أنها يائسه أو غير يائسه، فيكون المراد من قوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ...) أى إذا ينسن من المحيض و حصلت لها صفة الآيسات، و هو انقطاع الحيض بحسب الظاهر، و لم يتحقّق كونه لكبر، و وصولها إلى حدّ اليأس منه أو لعارض، فحصل الشكّ فى ذلك، فيجب عليهن العدّه بثلاثة أشهر.

قال فى مجمع البيان: «(وَ اللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ) فلا تدرّون لكبر ارتفع حيضهنّ أم لعارض، فعدتهنّ ثلاثه أشهر، و هنّ اللواتى أمثالهنّ يحضن؛ لأنهنّ لو كنّ فى سنّ من لا تحيض لم يكن للارتباب معنى، و هذا هو المروى عن أئمتنا عليهم السلام» (٢). و قريب من هذا فى الكشاف (٣).

و قال الشيخ فى معنى قوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ) : «فشرط فى إيجاب العدّه ثلاثه أشهر إن ارتابت، و الرية

ص: ٩٨

١- (١) مسالك الأفهام ٩: ٢٣٤.

٢- (٢) مجمع البيان ١٠: ٣٩.

٣- (٣) الكشاف ٤: ٥٥٧.

لا تكون إلا فيمن تحيض مثلها. و أما من لا تحيض مثلها فلا ريبه عليها»(١).

و في فقه القرآن للراوندي: «قوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي يَنْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ...) محمول على الآية من المحيض و في سنّها من تحيض، و في التي لم تحض و في سنّها من تحيض؛ لأنّ الله - تعالى - شرط فيه ذلك و قيده بالريبه»(٢).

و في تفصيل الشريعة «إنّ المراد من هذه الجملة الشريفة «إن ارتبتم» هو أنّ هذا القيد يدلّ على عدم ترتّب الحكم على مطلق اليائسه، بل على اليائسه المرتابه، و هي التي تشكّ في أنّها بلغت سنّ اليأس أم لا؟ و في الحقيقة تشكّ في أنّ عدم الحيض، هل يكون مستنداً إلى اليأس، أو يكون لعارض من مرض أو غيره.

و عليه: فمن بلغت سنّ اليأس مشخصاً لا يكون حكمها مذكوراً في الآية الشريفة، و هكذا بالإضافة إلى قوله - تعالى - : (وَ اللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ)؛ فإنّ الظاهر ثبوت هذا القيد فيهنّ، و أنّ المراد ثبوت الريبه فيهنّ؛ بمعنى أنّ المرأة التي لم تر الدّم، و لكن شكّت في أنّ عدم رؤيتها هل لأجل عدم البلوغ بسنّ الحيض، أو مستند إلى عارض آخر، تكون مورداً للحكم في الآية. و أما المرأة غير المرتابه، و غير البالغه سنّ الحيض فلا تعرّض في الآية لحكمها»(٣).

فالأقوى في معنى قوله - تعالى - : (إِنْ ارْتَبْتُمْ) أن يقال: إنّ الارتباب في اليأس من المحيض و عدم المحيض، لا الارتباب في حكم هؤلاء النساء؛ لأنّه ورد في بعض الأخبار ما يدلّ على ذلك، مثل:

صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: و سألته عن قول الله - عزّ و جلّ - :

(إِنْ ارْتَبْتُمْ) ما الريبه؟ فقال: «ما زاد على شهر فهو ريبه، فلتعتدّ ثلاثه أشهر،

ص: ٩٩

١- (١) الخلاف للطوسي ٥: ٥٣.

٢- (٢) فقه القرآن ٢: ١٥٤.

٣- (٣) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و المواريث: ١٠٠.

و لتترك الحيض، و ما كان في الشهر لم يزد في الحيض على ثلاث حيض، فعَدَّتها ثلاث حيض»(١).

قال الشيخ: «الوجه فيه: أنه إن تأخر الدم عن عاداتها أقل من الشهر فليس لريبه الحبل، بل ربما كان لعله فلتعتد بالأفراء، فإن تأخر الدَّم شهرًا فإنه يجوز أن يكون للحمل، فتعتد ثلاثة أشهر ما لم تر فيها دمًا»٢.

و في معناها صحيحه محمد بن مسلم؛ لأنَّ فيها

«و التي قد ارتفع حيضها و زعمت أنها لم تيأس»(٢).

و صحيحه زراره، عن أبي جعفر عليه السلام قال: أمران أيهما سبق بانت منه المطلقة، المسترابة... (٣) و معنى المسترابة كما في الفقيه (٤) المرأه التي تستريب الحيض.

فالظاهر أنَّ المقصود من الارتياب في الآيه، الارتياب بأنها يائسه أو غير يائسه، لا الارتياب في العده، و لا أقل أن الآيه تحتمل الأمرين، فلا يمكن الاستدلال بها على ما ذهب إليه السيد المرتضى رحمه الله.

الروايات التي تدل على مذهب السيد المرتضى و أتباعه

إنَّ أهمَّ الروايات التي يمكن أن يستدل بها لمذهب السيد المرتضى و أتباعه ما يلي:

١ - روايه

أبي بصير قال: «عده التي لم تبلغ الحيض ثلاثة أشهر، و التي

ص: ١٠٠

١- ((١ و ٢) وسائل الشيعه ١٥: ٤١٢ الباب ٤ من أبواب العدد، ذ ح ٧.

٢- (٣) نفس المصدر و الباب، ح ١.

٣- (٤) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

٤- (٥) الفقيه ٣: ٣٣٢، ح ١٦٠٩.

قد قعدت من المحيض ثلاثة أشهر»(١). و دلالتها واضحه.

- ٢ -

صحيحه الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «عدّه المرأه التي لا تحيض، والمستحاضه التي لا تطهر، و الجاربه التي قد يئست و لم تدرك الحيض ثلاثة أشهر، و التي يستقيم حيضها ثلاث حيض، متى ما حاضتها فقد حلت للأزواج»(٢).

و في روايه

محمّد بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في الجاربه التي لم تدرك الحيض: قال: «يطلقها زوجها بالشهور» الحديث(٣).

قال العلامة: «روايه أبي بصير ضعيفه السند؛ لأنّ ابن سماعه و ابن جبلة و علي ابن أبي حمزه كلّهم منحرفون عن الحقّ، و أبو بصير لم يسندها إلى إمام، و مع ذلك فهي محموله على ما إذا كانتا في سنّ من تحيض»(٤).

و قال الشيخ رحمه الله بعد ذكر هذا الخبر: «فهذا الخبر نحمله على من تكون مثلها تحيض؛ لأنّ الله - تعالى - شرط ذلك و قيده بمن يرتاب بحالها. قال الله - تعالى -:

«وَ اللَّائِي يئْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ) فشرط في إيجاب العدّه ثلاثة أشهر أن تكون مرتابه.

و كذلك كان التقدير في قوله - تعالى -: «وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ) أي فعدهتهنّ ثلاثة أشهر، و هذا أولى ممّا قاله ابن سماعه؛ لأنّه قال: تجب العدّه على هؤلاء كلّهنّ، و إنّما تسقط عن الإمام العدّه؛ لأنّ هذا تخصيص منه في الإمام بغير دليل. و الذي ذكرناه مذهب معاويه بن حكيم من متقدّمي فقهاء أصحابنا و جميع فقهاءنا المتأخّرين، و هو مطابق لظاهر القرآن»(٥).

ص: ١٠١

١- (١) وسائل الشيعه ١٥: ٤٠٧ الباب ٢ من أبواب العدد، ح ٦.

٢- (٢) نفس المصدر و الباب، ح ٨.

٣- (٣) نفس المصدر و الباب، ح ٧.

٤- (٤) مختلف الشيعه ٧: ٤٦٦.

٥- (٥) تهذيب الأحكام ٨: ١٣٨.

وقال المحقق الأردبيلي: «و روايه أبي بصير ضعيفه، و صحيحه الحلبي تحمل على ما حملة الشيخ عليه روايه أبي بصير كما تقدم.

على أنّ الصحيحه مشتمله على حكم المستحاضه، و القائل به غير ظاهر.

و على أنّ عدّه المسترابه ثلاثه حيض، مع أنّ عدّتها أحد الأمرين: إمّا ثلاثه أشهر أو ثلاثه أطهار، و في متنها أيضاً شيء» (١).
و يؤيد حمل الشيخ روايه

محمد بن حكيم عن العبد الصالح عليه السلام قال: قلت له:

المرأه الشابه التي لا تحيض و مثلها يحمل، طلقها زوجها، قال: «عدّتها ثلاثه أشهر» (٢).

و قال الشيخ الفقيه الفاضل النكراني: «و يمكن حمل ما تضمّن العدّه هنا على التقيّه؛ لموافقها لمذهب العامه، و على الاستجاب» (٣).

إيضاح:

لم يحتج السيد بهذه الأخبار؛ لأنّه لا يعتبر الأخبار الصحيحه الوارده بطريق الآحاد، فكيف بمثل هذه الأخبار، و لذا استند إلى الآيه فقط.

نعم، هذه الروايات موافقه لمذهبه لا أنّها تدخل في حجّته.

عدم وجوب العدّه على الزوجه الصغيره

القول الثاني: - و هو الأقوى - ما قال المشهور من أنّه لا تجب على الصغيره العدّه في فرض المسأله.

ص: ١٠٢

١- (١) زبده البيان ٢: ٧٥١ و ٧٥٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٥: ٤١٢ أبواب العدد الباب ٤، ح ٨.

٣- (٣) تفصيل الشريعه، كتاب الطلاق و المواريث: ٩٥.

قال الشيخ رحمه الله: «وَمَنْ طَلَّقَ صَبِيَّهُ لَمْ تَبْلُغِ الْمَحِيضَ وَقَدْ كَانَ دَخَلَ بِهَا فَعَدَّتْهَا ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ إِنْ كَانَتْ فِي سَنٍّ مِنْ تَحِيضٍ؛ وَ هِيَ أَنْ تَبْلُغَ تِسْعَ سِنِينَ، وَإِنْ صَغُرَتْ عَنْ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنْ طَلَاقٍ» (١).

ذهب إلى هذا القول أكثر الأصحاب، منهم: المفيد (٢) و الصدوق (٣) و سائر (٤).

و أبو الصلاح الحلبي (٥) و ابن البراج (٦) و ابن حمزه (٧) و ابن إدريس (٨) و من تأخر (٩).

عنهم، و به قال أيضاً جماعه من المتأخرين (١٠) و متأخرى المتأخرين (١١) و بعض أعلام العصر (١٢).

قال فى تحرير الوسيله: «لا- عدّه على من لم يدخل بها و لا- على الصغيره؛ و هى من لم تكمل التسع و إن دخل بها، و لا على اليائسه؛ سواء بانّت فى ذلك كلّ بطلاق أو فسخ أو هبه مدّه أو انقضائها» (١٣).

ص: ١٠٣

١- (١) تهذيب الأحكام ٨: ١٣٧، الخلاف ٥: ٥٣، المبسوط للطوسى ٥: ٢٣٩.

٢- (٢) المقنعه: ٥٣٣.

٣- (٣) المقنع: ٣٤٥.

٤- (٤) المراسم العلويّه: ١٦٧.

٥- (٥) الكافى: ٣١٢.

٦- (٦) المهذب ٢: ٣١٥.

٧- (٧) الوسيله: ٣٢٥.

٨- (٨) السرائر ٢: ٧٣٣.

٩- (٩) شرائع الإسلام ٣: ٣٥، المختصر النافع: ٢٢٥، مختلف الشيعة ٧: ٤٦٣، قواعد الأحكام ٣: ١٣٨.

١٠- (١٠) الجامع للشرائع: ٤٧٠، إرشاد الأذهان ٢: ٤٧، إيضاح الفوائد ٣: ٣٣٧، المهذب البارع ٣: ٤٨٨، كشف الرموز ٢: ٢٢٥، غايه

المرام ٣: ٢٣٧، مسالك الأفهام ٩: ٢٣٠.

١١- (١١) نهايه المرام ٢: ٨٨، رياض المسائل ٧: ٣٦٧، كشف اللثام ٨: ٩٢، كنز الفوائد ٢: ٥٩١، الحدائق الناضره ٢٥: ٤٣١، جواهر

الكلام ٣٢: ٢٣٢.

١٢- (١٢) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٦: ٨٤، وسيله النجاه و تعليقه ٢: ٢٨٦، منهاج الصالحين للسيد الخوئى

٢: ٢٩٧، مهذب الأحكام ٢٦: ٧٥.

١٣- (١٣) تحرير الوسيله ٢: ٣١٨، مسأله ١.

و في تفصيل الشريعة: «لا عدّه عليها - أي على الصغيره - و إن دخل بها مع الجواز أو بدونه»(١).

أدله عدم ثبوت العده للصغيره

قد استدلل لعدم ثبوت العده للصغيره بأمور:

الأول: الإجماع كما ادّعاه في الرياض(٢).

و فيه: أنه - مع مخالفه السيد المرتضى و من تبعه - لا يمكن الجزم بتحقق الإجماع التعييدي الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام، مضافاً إلى أنه محتمل المدركيه، فلا يكون دليلاً مستقلاً في المسأله.

الثاني: الأصل، و فيه: أنه مع وجود الدليل لا يجرى الأصل.

الثالث: - و هو العمده - النصوص المستفيضة، بل كما قال في الرياض و الجواهر: كادت تكون متواتره:

منها: معتبره

عبد الرحمن بن الحجاج قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «ثلاث تزوّجن على كلّ حال: التي لم تحض و مثلها لا تحيض. قال: قلت: و ما حدّها؟ قال: إذا أتى لها أقلّ من تسع سنين، و التي لم يدخل بها، و التي قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض. قلت: و ما حدّها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنه»(٣).

و منها: الصحيحه الثانيه لعبد الرحمن بن الحجاج أو موثّقته(٤).

قال في الوسائل: و الظاهر تعدّد الروايتين، و الروايه الثانيه مخصوصه بالقرشيه

ص: ١٠٤

١- (١) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و المواريث: ٩٤.

٢- (٢) رياض المسائل ٧: ٣٦٧.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٥: ٤٠٦، الباب ٢ من أبواب العدد، ح ٤.

٤- (٤) (٢، ٤) نفس المصدر الباب ٣ من أبواب العدد، ح ٥.

و النبطية، و الروايه الأولى مخصوصه بغيرهما(١).

و منها: معتبره

محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «التي لا تحبل مثلها لا عدّه عليها»(٢).

قال الشيخ الحرّ العاملي رحمه الله في ذيلها: «هذا يدلّ على حكم الصغيره أيضاً، و هو ظاهر».

و منها: صحيحه

زراره، عن أبي عبد الله عليه السلام في الصبيّه التي لا يحيض مثلها، و التي قد يئست من المحيض، قال: «ليس عليهما عدّه و إن دخل بهما»(٣).

و منها:

ما رواه في الفقيه عن جميل أنّه قال في الرجل يطلّق الصبيّه التي لم تبلغ و لا تحمل مثلها، و قد كان دخل بها، و المرأه التي قد يئست من المحيض و ارتفع طمثها و لا تلد مثلها. فقال: «ليس عليهما عدّه»(٤).

قال المحدث البحراني: «يكون الخبر صحيحاً»(٥).

و رواه في الكافي(٦) و السرائر(٧) مع اختلاف يسير، و الصدوق رحمه الله عبّر عنه بلفظ: «أنّه قال في الرجل»، و بالنظر إلى هذه القرائن يكون الخبر صحيحاً.

و قال المحقّق الأردبيلي: «و لا يضرّ إرسال مثل جميل في مثلها». و قال في الفقيه(٨): «و في روايه جميل أنّه قال في الرجل إلى آخر الروايه، و كأنّه نقل بلا واسطه عن أبي عبد الله عليه السلام»(٩).

ص: ١٠٥

١- (٢، ٤) نفس المصدر الباب ٣ من أبواب العدد، ح ٥.

٢- (٢) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

٣- (٣) نفس المصدر و الباب، ح ٣.

٤- (٤) الفقيه ٣: ٣٣١، ح ١٦٠٦.

٥- (٥) الحدائق الناضره ٢٥: ٤٣٢.

٦- (٦) الكافي ٦: ٨٤، ح ١، وسائل الشيعه ١٥: ٤٠٦، الباب ٢ من أبواب العدد، ح ٣.

٧- (٧) السرائر ٣: ٥٦٧.

٨- (٨) الفقيه ٣: ٣٣١.

و مثلها المرسله الثانيه لجميل بن درّاج رواها في التهذيب (١) و يؤيده أنّ مقتضى للاعتداد زال، فتزول العده؛ لأنّ العده إنّما شرّعت لاستعلام فراغ الرحم من الحمل غالباً، و هذه الحكمه منتفيه هنا قطعاً، فلا وجه لوجوب العده، و يشعر بهذه الحكمه روايه محمّد بن مسلم المتقدّمه.

و أيضاً أنّ غير المدخول بها لا عدّه عليها إجماعاً، فكذا الصغيره؛ إذ الدخول هنا لا اعتبار به (٢).

وجوب عدّه الوفاه على الزوجه الصغيره

ما سبق ذكره كان في عدّه الطلاق، و أمّا عدّه الوفاه فلا خلاف بين الفقهاء (٣) في أنّ الحزّه الحائل المتوفّى عنها زوجها تعتدّ أربعة أشهرٍ و عشره أيّامٍ، صغيره كانت أو كبيره، مدخولاً بها أو غير مدخول بها، دائمه أو متمتّعاً بها، بالغاً كان الزوج أو غيره.

و يدلّ على ذلك أوّلاً: قوله تعالى: (وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا) ٤ فإنّها بإطلاقها شامله لجميع ما ذكرنا. قال في تفصيل الشريعة: «و مقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الموارد المذكوره حتى بالنسبه إلى الزوجه غير المدخول بها، التي لا عدّه لها في الطلاق، كما أنّه لا فرق بين

ص: ١٠٦

-
- ١- (١) تهذيب الأحكام ٨: ٦٦، ح ٢١٩، و سائل الشيعة ١٥: ٤٠٥، الباب ٢ من أبواب العدد، ح ٢.
 - ٢- (٢) المهذب البارع ٣: ٤٨٨، مسالك الأفهام ٩: ٢٣١، غايه المرام ٣: ٢٣٧، كنز العرفان ٢: ٣٦٠.
 - ٣- (٣) المقنع: ٥٣٤، الخلاف ٥: ٥٨، الجامع للشرائع: ٤٧١، شرائع الإسلام ٣: ٣٨، المختصر النافع: ٢٢٥، قواعد الأحكام ٣: ١٤٢، إرشاد الأذهان ٢: ٤٨، تحرير الأحكام ٤: ١٥٣، رياض المسائل ٧: ٣٧٧، مسالك الأفهام ٩: ٢٧١، جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٤، الحدائق الناضره ٢٥: ٣٩١، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٩٧، تحرير الوسيله ٢: ٣١٨، تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و المواريث: ١٤٥-١٤٦.

أن يكون الزوج كبيراً أو صغيراً»(١).

و ثانياً: الأخبار الواردة في المقام، و هي مستفيضة، بل كادت تكون متواتره.

منها: صحيح

الحلبى، عن أبى عبد الله عليه السلام، أنه قال فى المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها: «إن كان فرض لها مهراً فلها مهرها الذى فرض لها، و لها الميراث، و عدتها أربعة أشهر و عشرًا كعدته التى دخل بها، و إن لم يكن فرض لها مهراً فلا مهر لها، و عليها العده و لها الميراث»(٢).

و منها: مرسله

عبد الرحمن بن الحجاج، عن على بن الحسين عليهما السلام قال فى المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها: «إن لها نصف الصداق، و لها الميراث و عليها العده»(٣).

و منها: صحيحه

زراره قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج جاريه لم تدرك لا يجامع مثلها، أو تزوج رتقاء، فأدخلت عليه، فطلقها ساعه ادخلت عليه؟ قال:

«هاتان ينظر إليهن من يوثق به من النساء، فإن كنّ كما دخلن عليه فإنّ لها نصف الصداق، الذى فرض لها، و لا عدّه عليهنّ منه. قال: فإن مات الزوج عنهنّ قبل أن يطلق فإنّ لها الميراث و نصف الصداق، و عليهنّ العده أربعة أشهر و عشرًا»(٤).

و كذا الأخبار المعتمده الأخرى (٥).

فالنصوص مع كثرتها و صحه أسنادها، بعضها صريح فى الصغيره، و بعضها

ص: ١٠٧

١- (١) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و الموارث: ١٤٥.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٥: ٧٦ أبواب المهور الباب ٥٨، ح ٢٢.

٣- (٣) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٥: ٧٠، أبواب المهور، الباب ٥٧، ح ١.

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٥: ٦٢ أبواب المهور الباب ٥١، ح ٤، و ص ٧١ الباب ٥٨، ح ١، ٣، ٤، ٦، ١٢، ٢٠، ٢٢ و ٢٣ و ص ٤٦٢

أبواب العدد الباب ٣٥ ح ٣٥-١، و ج ١٧: ٥٢٩ أبواب ميراث الأزواج، الباب ١٢ ح ١.

مطلق يشمل كل امرأه صغيرة كانت أو كبيرة، دخل بها أو لم يدخل بها، بالغاً كان الزوج أو غيره(١)، وحيث إن الصغيره لا تكليف عليها على نحو الإلزام، فالحكم يتوجه إلى الولي، وهو الذي يأمر الصغيره برعايه مسائل العده كما هو ظاهر.

هذا، و في ذيل روايه

الشيخ في التهذيب عن محمد بن عمر الساباطي قال:

و سألته عن المتوفى عنها زوجها من قبل أن يدخل بها؟ قال: «لا عدّه عليها هما سواء»(٢)، فهذه تدلّ على عدم ثبوت العده على الصغيره.

و لكن يمكن الجواب عنها، كما قال الشهيد الثاني رحمه الله: «و أمّا ما روى في شواذ أخبارنا من عدم وجوب العده على غير المدخول بها فهو - مع ضعف سنده - معارض بما هو أجود سنداً و أوفق لظاهر القرآن و إجماع المسلمين»(٣).

و تبعه سبطه السيّد العاملي(٤) و صاحب الجواهر(٥).

و قال المحدّث البحراني: «و الأظهر عندي أنّها محموله على التقيّه، كما يشير إليه

ما رواه الشيخ رحمه الله في التهذيبين عن عبيد بن زراره قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها، أ عليها عدّه؟ قال: لا. قلت له: المتوفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها، أ عليها عدّه؟ قال: أمسك عن هذا(٦).

و كذا موثقه

عبيد بن زراره، عن أبي عبد الله عليه السلام في المتوفى عنها زوجها و لم يدخل بها، و في آخرها قلت: و العده؟ قال: «كفّ عن هذا»(٧).

ص: ١٠٨

١- (١) رياض المسائل ٧: ٣٧٦.

٢- (٢) تهذيب الأحكام ٨: ١٤٤، ح ٤٩٧؛ وسائل الشيعة ١٥: ٤٦٢ أبواب العدد الباب ٣٥، ح ٤.

٣- (٣) مسالك الأفهام ٩: ٢٧٢.

٤- (٤) نهاية المرام ٢: ٩٩.

٥- (٥) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٤.

٦- (٦) تهذيب الأحكام ٨: ١٤٤، الاستبصار ٣: ٣٣٩، وسائل الشيعة ١٥: ٤٦٣ أبواب العدد الباب ٣٥، ح ٥.

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٥: ٧٤ أبواب المهور الباب ٥٨، ح ١١.

ولا ريب أن أمره عليه السلام للسائل بالكف والإمساك في هذين الخبرين لا وجه له إلا التقيته (١).

وقوى في الجواهر وجوب عدّه الوفاء للصغيره كالكبيره، بأنه فرق بين عدّه الطلاق، و عدّه الوفاء التي هي في الحقيقة لإظهار التحزّن والتفجّع على الزوج والاحترام لفراشه، ولذلك اعتبرت بالأشهر وأمر فيها بالحداد، بخلاف عدّه الطلاق المعتبر فيها الأقراء أولاً وبالذات (٢).

رأى فقهاء أهل السنّه في عدّه الصغيره

ذهب جمهور فقهاء العامة إلى أن عدّه الزوجه الصغيره المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشره أيام؛ لقوله - تعالى - : (وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا) ٣.

قال ابن شاس: «المتوفى عنها زوجها عليها عدّه الوفاء... وإن كانت حائلاً، فتعتدّ الحزّه بأربعة أشهر و عشره أيام؛ سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها، صغيره أو كبيره، حرّه أو أمه، مؤمنه أو كافره» (٣)، و كذا في أسهل المدارك (٤)، و المجموع شرح المهذب (٥) و البنايه في شرح الهدايه (٦) و كثير من كتبهم (٧).

ص: ١٠٩

١- (١) الحدائق الناضره ٢٥:٤٦١ مع تصرّف ما.

٢- (٢) جواهر الكلام ٣٢:٢٧٤.

٣- (٣) عقد الجواهر الثمينه ٢:٢٦٧. مع تصرّف ما.

٤- (٤) أسهل المدارك ٢:٣١.

٥- (٥) المجموع ١٩:٢٣٣.

٦- (٦) البنايه في شرح الهدايه ٥:٤١٠.

٧- (٧) المغنى ٩:١٠٦، الشرح الكبير ٩:٨٨، بدايه المجتهد ٢:٩٥، بدائع الصنائع ٣:٣٠٤، المبسوط للسرخسى ٦:٥١ و ٥٢، مغنى

المحتاج ٣:٣٩٥، التنف في الفتاوى: ٢١١، الهدايه شرح بدايه المبتدى: ٣٠٨.

المشهور بين الفقهاء أنه يجب على الزوجه الصغيره - كالكبيره - الحداد، و هو لغه (١) المنع، و شرعاً «ترك ما فيه زينه من الثياب، و الادهان المقصود بها الزينه و التطيب فيها أو فى البدن، و التكهيل بالأسود أو بغيره ممّا فيه زينه بلونه أو بغيره» (٢).

و فى تفصيل الشريعه: «و المراد منه ترك كلّ ما يعدّ زينه، و اريد به التزيّن للزوج... و من المعلوم اختلاف ذلك بحسب الأشخاص من جهه السنّ، و من جهه الغنى و الفقر، و من جهه الشرف و غيره، و بحسب الأزمان و الأمكنه... و أمّا مثل تنظيف البدن... و تزيين الأولاد فلا مانع منه» (٣).

قال الشيخ: «المتوفى زوجها إذا كانت صغيره عليها الحداد بلا خلاف، و ينبغى لوليها أن يجنبها ما يجب على الكبيره اجتنابه من الحداد» (٤).

و تبعه ابن البراج (٥) و المحقق (٦). و ظاهر المسالك أنّ هذا الحكم اتّفاقيّ، حيث لم يشر إلى خلاف فيه (٧). و قال فى الجواهر: «يستوى ذلك فى الصغيره، و الكبيره و المسلمه و الذميه، كما صرح به غير واحد، بل ظاهر المسالك المفروغيه منه، بل عن الشيخ فى الخلاف نفي الخلاف فيه» (٨).

ص: ١١٠

١- (١) المصباح المنير: ١٢٤.

٢- (٢) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٦.

٣- (٣) تفصيل الشريعه، كتاب الطلاق و الموارث: ١٥٤-١٥٥.

٤- (٤) الخلاف ٥: ٧٣، المبسوط للطوسى ٥: ٢٦٥.

٥- (٥) المهذب ٢: ٧٣٩.

٦- (٦) شرائع الإسلام ٣: ٣٨.

٧- (٧) مسالك الأفهام ٩: ٢٧٨.

٨- (٨) جواهر الكلام ٣٢: ٢٨١.

و ذهب إلى هذا القول الشافعي (١) و ابن قدامه (٢) و بعض الآخر من فقهاء أهل السنه (٣) أيضاً.

و يدلّ على ذلك الإجماع الذي ادّعه في الجواهر (٤) و الرياض (٥) و المسالك (٦)

و هكذا إطلاق النصوص المعتبره:

منها: صحيحه

ابن أبي يعفور، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن المتوفى عنها زوجها؟ قال: «لا تكتحل للزينه و لا تطيب، و لا تلبس ثوباً مصبوغاً، و لا تبيت عن بيتها، و تقضى الحقوق، و تمتشط بغسله، و تحجّج و إن كان في عدّتها» (٧).

و منها: خبر

أبي العباس قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المتوفى عنها زوجها قال:

«لا تكتحل للزينه، و لا تطيب، و لا تلبس ثوباً مصبوغاً» (٨).

و لكن استشكل فيه ابن إدريس، حيث قال: «ولى في الصغيره نظر؛ لأنّ لزوم الحداد حكم شرعى و تكليف سمعى، و التكاليف لا تتوجه إلا إلى العقلاء» (٩).

و فى المختلف: «و قول ابن إدريس: لا- بأس به؛ لأنّ الحداد هو ترك ما يحصل به الجمال و الزينه، و لبس الثياب المزعفرات و الملوّنات التى تدعو النفس إليها و تميل الطباع نحوها، و هو إنّما يؤثّر فى البالغ دون الصبيّه غالباً» (١٠). و قوّاه فى

ص: ١١١

١- (١) الأمّ ٥: ٢٣٢، المجموع ١٩: ٢٦٩، المبسوط للسرخسى ٦: ٦٠.

٢- (٢) المغنى ٩: ١٦٦، الشرح الكبير ٩: ١٤٦.

٣- (٣) الكافى فى فقه الإمام أحمد ٣: ٢١٠.

٤- (٤) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٦.

٥- (٥) رياض المسائل ٧: ٣٧٨.

٦- (٦) مسالك الأفهام ٩: ٢٧٦.

٧- (٧) وسائل الشيعه ١٥: ٤٥٠، الباب ٢٩ من أبواب العدد، ح ٢.

٨- (٨) نفس المصدر و الباب، ح ٣.

٩- (٩) السرائر ٢: ٧٣٩.

١٠- (١٠) مختلف الشيعه ٧: ٤٧٧.

الحدائق(١) و كشف اللثام(٢) و الجامع للشرائع(٣) و أفتى به السيّد الخوئي(٤)

و اختاره أبو حنيفه(٥) و مال إليه في الرياض(٦).

و قال في تحرير الوسيله: في المسأله قولان، أشهرهما الوجوب، بمعنى وجوبه على ولي الصغيره و المجنونه، فيجنبهما عن التزوين ما دامتا في العده، و فيه تأمل و إن كان أحوط (٧).

و أورد على ابن ادريس في الجواهر بقوله: «لا يخفى على من رزقه الله فهم اللسان مساواه الأمر بالحداد؛ للأمر بالاعتداد الذي لا خلاف بين المسلمين - فضلاً عن المؤمنين - في جريانه على الصغيره، على معنى تكليف الولي بالتربص بها فيجرى مثله في الحداد، و لا- حاجه إلى الإشاره في النصوص إلى خصوص ذلك؛ ضروره معلوميه توجه التكليف إلى الأولياء في كل ما يراد عدم وجوده في الخارج، نحو ما سمعته في مسّ الطفل و المجنون كتابه القرآن، و بالجملة: فالمراد التربص بها هذه المدّه مجردة عن الزينه، و هو معنى يشمل الصغير و الكبير»(٨).

و الإنصاف أنّ ما اختاره ابن ادريس و من تبعه في مقابل قول المشهور وجيه(٩) ،

ص: ١١٢

١- (١) الحدائق الناضره ٢٥: ٤٧٤.

٢- (٢) كشف اللثام ٨: ١١٩.

٣- (٣) الجامع للشرائع: ٤٧٢.

٤- (٤) منهاج الصالحين ٢: ٢٩٩.

٥- (٥) بدائع الصنائع ٣: ٣٣١، المجموع شرح المهذب ١٩: ٢٦٩، المبسوط للسرخسي ٦: ٦٠.

٦- (٦) رياض المسائل ٧: ٣٧٩.

٧- (٧) تحرير الوسيله ٢: ٣٢٢ مسأله ٦.

٨- (٨) جواهر الكلام ٣٢: ٢٨١.

٩- (٩) الإنصاف أنّه لا وجاهه لما ذهب إليه ابن ادريس، و لا مجال هنا للاستدلال برفع القلم؛ فإنّه بعد صحّه تزويج الصغيره يترتب عليه آثاره من قبيل الاعتداد للوفاه، و من الواضح وجود الملازمه الشرعيه بين الحداد و عدّه الوفاه، كما أنّه لا مجال للاستدلال برفع القلم بالنسبه إلى نفى الاعتداد. و بالجملة: حديث الرفع دالّ على النفي بالنسبه إلى التكليف الابتدائي، أمّا بالنسبه إلى الموضوعات التي قد أحدثها الصبيّ أو الصبيّه فلا دلالة فيه، و بما أنّ المقام من قبيل الثاني فلا يشمل الحديث، كما أنّه إذا أحرمت الصبيّه فتجب عليه الاجتناب عن المحرّمات إجماعاً، فتدبر. م ج ف.

لرفع القلم عن الصغيره، ولأجل هذا تنصرف النصوص عنها، ولا- يجب على الولي أن يكلفها على الحداد؛ لأن ماهيته حكم وجوب الحداد على نحو تتوجه بالمرأه فقط ولا تشمل الصبيّه، كما يشعر إليها بعض النصوص (1)، وقياس هذا بوجوب حفظ الطفل والمجنون عن مس كتابه القرآن مع الفارق.

و على فرض الشكّ يدفع عن الولي بالأصل، و ينتج عدم وجوب شيء عليه، إلا- أن يتمّ الإجماع في المسأله و هو مشكل؛ لمخالفه بعض الفقهاء و ذهابهم على عدم وجوب الحداد على الصغيره، فلا يكون القول بوجوبه عليها كاشفاً عن رأى المعصوم عليه السلام.

ص: ١١٣

١- (١) سنن أبي داود ٥٠٢:٢ ح ٢٣٠٤، سنن البيهقي ٧:٤٣٩-٤٤٠.

إشاره

قد تقدّم أنّ للأب و الجدّ و غيرهما ولاية على تزويج الصغار، و هنا سؤال؛ و هو أنّه هل كان للوليّ الولاية على الطلاق كالنكاح أم لا؟

قد صرّح الفقهاء بعدم الولاية على الطلاق، بل كان هذا إجماعياً بينهم؛ سواء كان الوليّ أباً أو جدّاً أو غيرهما، فلو طلق وليّه عنه لم يصحّ.

قال الشيخ رحمه الله: «و الغلام إذا طلق و كان ممّن يحسن الطلاق و قد أتى عليه عشر سنين فصاعداً جاز طلاقه، و كذلك عتقه و صدقته و وصيته... و لا يجوز لوليّه أن يُطلق عنه، اللهمّ إلا أن يكون قد بلغ و كان فاسد العقل؛ فإنّه و الحال على ما ذكرناه جاز طلاق الوليّ عنه»^(١).

و به قال في المهذب^(٢) و السرائر^(٣). و اختاره الفاضلان^(٤) و ابنا سعيد^(٥).

و حمزه^(٦) و الكيدري^(٧) و الفاضل المقداد^(٨) و الشهيدان^(٩). و به قال أيضاً جماعة من المتأخّرين^(١٠).

ص: ١١٤

-
- ١- (١) النهاية للطوسي: ٥١٨.
 - ٢- (٢) المهذب لابن البرّاج ٢: ٢٨٨.
 - ٣- (٣) السرائر ٢: ٦٧٢-٦٧٣.
 - ٤- (٤) شرائع الإسلام ٣: ١٢، المختصر النافع: ٢٢١، قواعد الأحكام ٣: ١٢١، إرشاد الأذهان ٢: ٤٢.
 - ٥- (٥) الجامع للشرائع: ٤٦٦.
 - ٦- (٦) الوسيّله: ٣٢٣.
 - ٧- (٧) إصباح الشيعة: ٤٥٣.
 - ٨- (٨) التنقيح الرائع ٣: ٢٩٤.
 - ٩- (٩) اللمعه الدمشقيّة: ١٢٣، مسالك الأفهام ٩: ١١.
 - ١٠- (١٠) نهاية المرام ٨: ٢، مفاتيح الشرائع ٢: ٣١٣، رياض المسائل ٧: ٢٨٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٥٣، كفايه الفقه ٢: ٣١٧، تحرير الوسيّله ٢: ٣٠٩، تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و المواريث: ١٤.

أدله عدم جواز طلاق الولي عن الصبي

و استدلووا على هذا الحكم بوجوده:

الأول: الإجماع الذي ادّعه الشيخ في الخلاف (١)، و ادّعه أيضاً الفاضل الاصفهاني (٢) و السيد صاحب المدارك (٣) و صاحب الجواهر (٤) و حكاها في الرياض (٥) عن جماعه.

الثاني: استصحاب بقاء الزوجية إذا طلقها الولي، كما أشار إليه في كشف اللثام (٦) و الجواهر (٧) و الخلاف (٨) و الرياض (٩).

الثالث: أنه لم تثبت الملازمة بين صحّة النكاح و صحّة الطلاق، فإذا جاز لولي الصغير تزويجه فلا يلازم جواز صحّحه الطلاق عنه، كما في تفصيل الشريعة (١٠).

الرابع: و هو العمده، النصوص:

منها: النبوي المقبول بين الفريقين، الذي قال صلى الله عليه و آله و سلم:

«الطلاق بيد من أخذ بالساق» (١١) و أشار إليه المحقق في الشرائع، حيث قال: «لاختصاص الطلاق

ص: ١١٥

١- (١) الخلاف ٤: ٤٤٢ المسألة ٢٩.

٢- (٢) كشف اللثام ٨: ٧.

٣- (٣) نهاية المرام ٢: ٨.

٤- (٤) جواهر الكلام ٣٢: ٥-٦.

٥- (٥) رياض المسائل ٧: ٢٨٥.

٦- (٦) كشف اللثام ٨: ٦.

٧- (٧) جواهر الكلام ٣٢: ٥-٦.

٨- (٨) الخلاف ٤: ٤٤٢ مسألة ٢٩.

٩- (٩) رياض المسائل ٧: ٢٨٥.

١٠- (١٠) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق و الموارث: ١٥.

١١- (١١) سنن ابن ماجه ٣: ٤٦٩ ح ٢٠٨١، سنن الدارقطني ٤: ٢٤-٢٥ ح ٣٩٤٦-٣٩٤٨، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٦٠، كنز العمال

٩: ٦٤٠ ح ٢٧٧٧٠.

و قال فى المسالك: أشار بهذا التعليل إلى الروايه عنه صلى الله عليه وآله وسلم قال:

«الطلاق بيد من أخذ بالساق». و المبتدأ منحصر فى خبره، و هو يقتضى انحصار وقوع الطلاق المعتبر فى الزوج المستحق للوصف (٢).

و فى الجواهر: «و يدلّ بمقتضى الحصر على اختصاص الطلاق بمالك البضع على وجه ينافى الطلاق بالولاية، دون الوكاله التى هى فى الحقيقه طلاق من المالك عرفاً» (٣).

و منها: روايه فضل بن عبد الملك - و عبر عنها السيد صاحب المدارك (٤)

بالصحيحه -

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه و هو صغير؟ قال:

لا بأس. قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا. الحديث (٥).

و منها: موثقه

عبيد بن زراره (٦)، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الصبى

ص: ١١٦

١- (١) شرائع الإسلام ٣: ١٢.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٩: ١١.

٣- (٣) جواهر الكلام ٣٢: ٥-٦.

٤- (٤) نهايه المرام ٢: ٨. و اعلم أنه قدس سره لا يعمل إلا بالأحاديث الصحيحه، و لم يكن فى السند من يغمض عنه إلا عبد الله بن محمّد، و الظاهر هو عبد الله بن محمّد بن عيسى أخو أحمد بن محمّد بن عيسى الأشعري، بقريته الراوى و المروى عنه و بحسب طبقته، و لم يوثقه الرجاليون، إلا أنه سمعت عن الأستاذ آيه الله الزنجانى دام ظلّه أنه معتبر، و لعلّه لكثرت روايه الأجلّاء عنه، و قال الوحيد فى التعليقه: و روى عنه محمّد بن أحمد بن يحيى، و لم يستثن روايته، و فيه إشعار بالاعتماد عليه، بل لا يبعد الحكم بوثاقته. منهج المقال (الرجال الكبير): ٧٢، الطبعة الحجريه.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٥: ٣٢٦ الباب ٣٣ من أبواب مقدّمات الطلاق، ح ١.

٦- (٦) ربما يتوهم أنّ فى سندها إشكال من جهه قاسم بن عروه حيث إنّه لا توثيق له فى الرجال و لكنّه موثّق من جهات: ١ - إنّ الشيخ المفيد رحمه الله وثّقه فى كتاب المسائل الصاغائيه، «سلسله موثّقات الشيخ المفيد ٣: ٧١»، ٢ - و كثره روايه الأجلّاء عنه كابن أبى عمير و ابن فضال و البرقى و حسين بن سعيد و عباس بن معروف و غيرهم، ٣ - و روايه ابن أبى عمير و البزنطى

يزوّج الصبيّه هل يتوارثان؟ قال: إن كان أبواهما هما اللذان زوّجاهما فنعم.

قلنا: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا. ورواها الشيخ بطريق صحيح، و الصدوق بطريق معتبر إلى قوله: فنعم، و زاد: قال القاسم، فإذا كان أبواهما حيّين فنعم. و كذا رواه أحمد بن محمّد بن عيسى في نوادره (١).

و منها: صحيحه

الحلبى قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوّجه أبوه في صغره، أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: «أما تزويجه فهو صحيح، و أما طلاقه فينبغى أن تحبس عليه امرأته حتّى يدرك، فيعلم أنّه كان قد طلق، فإن أقرّ بذلك و أمضاه فهي واحده بائه، و هو خاطب من الخطّاب، و إن أنكر ذلك و أبى أن يمضيه فهي امرأته» الحديث (٢).

و منها: صحيحه

محمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام لأنّ فى ذيلها: قلت له:

فهل يجوز طلاق الأب على ابنه فى صغره؟ قال: «لا» (٣).

آراء فقهاء أهل السنّه فى هذه المسأله

المشهور بينهم أيضاً أنّه لا- ولايه للأولياء أباً كان أو غيره على الطلاق، و لو طلق ولّى الصبىّ امرأته لم يصحّ، فنذكر فيما يلى شرطاً من كلماتهم:

أ - الحنفية

فى المبسوط للسرخسى: «و خلع الصبىّ و طلاقه باطل؛ لأنّه ليس له قصد معتبر شرعاً، خصوصاً فيما يضرّه... ثمّ قال: و كذلك فعل أبيه عليه فى الطلاق

ص: ١١٧

-
- ١- (١) الكافى ١٣٢:٧ ح ٣، تهذيب الأحكام ٣٨٢:٩ ح ١٣٦٥، الفقيه ٢٢٧:٤ ح ٧٢٠، نوادر ابن عيسى: ١٣٥ ح ٣٥٠، وسائل الشيعه ٣٢٦:١٥ الباب ٣٣ من أبواب مقدّمات الطلاق، ح ٢، و ج ٢٦:٢٠، أبواب ميراث الأزواج ب ١١ ح ٣.
 - ٢- (٢) وسائل الشيعه ٥٢٨:١٧ الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ٤.
 - ٣- (٣) وسائل الشيعه ٢٠٨:١٤-٢٠٩ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح، ح ٨.

باطل؛ لأنّ الولاية إنّما تثبت على الصبيّ لمعنى النظر له و لتحقق الحاجة إليه، و ذلك لا يتحقق في الطلاق و العتاق»(١) و أشار إلى هذا المعنى أيضاً في ردّ المحتار(٢).

ب - الشافعيّ

في المهذب: «و لا يجوز للأب أن يطلق امرأه الابن الصغير بعوضٍ و غير عوضٍ»(٣)، و كذلك في شرحه(٤).

و قال الماوردي: «لا يجوز لوليّ الصبيّ و المجنون من أب و لا غيره أن يطلق عنه و لا يخالع، فإن طلق لم يقع طلاقه و لم يصحّ خلعه...

ثمّ قال: دليلنا قول النبيّ صلى الله عليه و آله و سلم: الطلاق لمن أخذ بالساق(٥). معناه إنّما يملك الطلاق من ملك الأخذ بالساق؛ يعنى البضع، و الوليّ لا يملك البضع فلم يملك الطلاق، و لأنّ كلّ من لم يملك البضع لم يملك بنفسه الطلاق، كالأجنبيّ...»(٦).

ج - المالكيّ

أنهم قائلون بصحّ طلاق الوليّ إذا كان بعوضٍ، و عدم جوازه إذا طلق عنه بغير عوضٍ.

قال ابن شاس: «أركان الخلع أربعة: العاقدان و العوضان. الأوّل: الموجب، و شرطه أن يكون مكلفاً زوجاً، أو من اقيم مقامه، كالأب في غير البالغ من بنيه إذا أخذ له شيئاً...»(٧) و كذا في شرح الكبير(٨).

ص: ١١٨

١- (١) المبسوط للسرخسي ١٧٨:٦.

٢- (٢) حاشيه ردّ المحتار لابن عابدين ٢٣٠:٣.

٣- (٣) المهذب في فقه الإمام الشافعي ٧١:٢.

٤- (٤) المجموع شرح المهذب للنووي ١٣٩:١٨.

٥- (٥) تقدّم تخريجه في ص ١١٣.

٦- (٦) الحاوي الكبير ٣٧٩:١٢.

٧- (٧) عقد الجواهر الثمينه ١٤١:٢.

٨- (٨) حاشيه الدسوقي ٣٦٥:٢.

و فى بدايه المجتهد: «و قال مالك: يخالع الأب على ابنته الصغيره كما ينكحها، و كذلك على ابنه الصغير؛ لأنه عنده يطلق عليه، و الخلاف فى الابن الصغير. قال الشافعى و أبو حنيفه: لا يجوز؛ لأنه لا يطلق عليه عندهم، و الله أعلم»(١).

و استدلّ فى الحاوى الكبير لهذا القول: «بأنّ طلاقه بعوضٍ كالبيع بغير عوضٍ، كالهبة، و لولته أن يبيع ماله و ليس له أن يهبه»(٢).

د - الحنابله

فى مذهبه أيضاً قولان:

أحدهما: يملك الولي؛ أى يملك تطليق زوجته الصغير الذى تحت ولايته، و هو قول عطاء و قتاده، لأنّ ابن عمر طلق على ابن له معتوه. رواه أحمد.

و عن عبد الله بن عمرو أنّ المعتوه إذا عبث بأهله طلق عليه وليه... و لأنه يصحّ أن يزوجه فيصحّ أن يطلق عليه إذا لم يكن متّهماً، كالحاكم يفسخ للإعسار و يزوّج الصغير.

و القول الآخر: لا يملك ذلك، و هو قول أبى حنيفه و الشافعى؛ لأنّ النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال:

الطلاق لمن أخذ بالتيقاق... و لأنه إسقاط لحقّه، فلم يملكه كالإبراء من الدين و إسقاط القصاص، و لأنّ طريقه الشهوه، فلم يدخل فى الولاية(٣).

و قال النووى: «لا- يجوز أن يخلع البنت الصغيره من زوجها بعوضٍ من مالها؛ لأنه فى خلعها يسقط حقّها من المهر و النفقه و الاستمتاع»(٤).

ص: ١١٩

١- (١) بدايه المجتهد ٢: ٦٨.

٢- (٢) الحاوى الكبير ١٢: ٣٧٩.

٣- (٣) المغنى ٨: ٢٢١.

٤- (٤) المجموع شرح المهذب ١٨: ١٣٩.

بعد ما تحقّق أنّه ليس للولى أن يطلق زوجته الصغير الذى تحت ولايته، لا بدّ من ذكر فرع يناسب هذا المقام، و هو: - كما فى المناهل - أنّه إذا عقّد الولي من الأب و الجدّ له على امرأه بكرّاً كانت أو ثيباً لولده الصغير الذى لم يبلغ، و زوّجها منه على وجه الانقطاع و التمتع إلى مدّة معيّنه، ولايه عنه و ملاحظه لمصلحته، فلا إشكال فى صحّه هذا العقد، و هل يجوز و يصحّ لهذا الولي أن يهب للزوجه المتمتع بها بعض المدّة المفروضه فى أثنائها قبل بلوغ الصغير ولايه عنه، حيث يرى مصلحته فى ذلك أم لا؟ فيكون الإبراء و هبه المدّة كالطلاق فى عدم جوازه من الولي.

- إلى أن قال: - لم أجد إلى الآن أحداً من أصحابنا المتقدمين و لا من المتأخرين و لا من متأخريهم تعرّض لهذه المسأله من الجواز و العدم»(١).

و المسأله ذات وجهين: من عموم أدلّه الولايه المقتضى لشمولها هذا المورد، و من أنّ الحكمه المقتضيه لمشروعيه ولايه الولي فى الجملة يقتضى العموم قطعاً، و الخروج فى الطلاق لا- ينافيه؛ لأنّه بسبب ورود دليل خاصّ. و أيضاً لاتّحاد طريق المسألتين؛ فإنّ طريق جواز تصرّفه فى المال هو الطريق فى جواز تصرّفه فى اموره.

هذه الوجوه تستدعى أنّه يجوز للولي أن يهب للزوجه المتمتع بها المدّة المفروضه فى أثنائها.

و لكن فى قبال هذه الوجوه: أنّ الأصل عدم ثبوت ولايه الولي فى إبراء المدّة، كما لم تثبت فى الطلاق، و أنّ الأصل بقاء الزوجيه و عدم حصول التفريق بين الزوجين بمجرد هبه الولي للمدّه.

و بالجملة: ولايه الولي على خلاف الأصل، فيلزم فيه الاقتصار على ما قام

دليل من الأدلة الأربعة على ثبوتها، و الوجوه التي تدلّ على ولايه الولي لم يثبت شمولها لمحلّ البحث.

قال في كشف الغطاء: «من ثبت له ولاية فلا بدّ فيها من الاقتصار على المورد المتيقّن و الشروط المقرّره»(١).

و قال في المناهل: «و المسأله في غايه الإشكال، فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط، و أضاف أنّ القول الأوّل هو الأقرب.

و قد حكى هذا القول عن الميرزا المهدي المشهدي و الشيخ جعفر النجفي، و اختاره الفاضل القمي صاحب القوانين، محتجاً عليه بأنّ الأصل في الولي صحّه تصرّفاته إلّا ما قام الدليل على المنع، و مستنده في هذا الأصل هو الاستقراء، و من المعلوم صحّه تصرّفاته في كثير من الأمور، كالبيع و الشراء و الإكساء و الإسكان و الزرع و الضرع و الإجاره و المضاربه و الأخذ بالشفعه و الرهن و تعليم الصنائع و العلم و الآداب و النكاح، و استيفاء الحقوق مثل القصاص و الديات و قطع الدعاوى(٢).

و قال السيد الخوئي: «هل يجوز لولي الصبي أن يهب المتمتع بها المدّه؟ قولان:

أظهرهما الجواز»(٣).

نقول: الأقرب - كما قال صاحب المناهل - القول الأوّل، للوجوه التي ذكرها و إن كان مقتضى الاحتياط هو القول الثاني، و الله هو العالم.

تنبيه

في آخر الكلام يلزم أن نشير إلى أنّه يكون للأب و الجدّ و الوصيّ منهما

ص: ١٢١

١- (١) كشف الغطاء ١: ٢٠٩.

٢- (٢) هذا ما يستفاد من مطاوى كلام المناهل بطوله: ٥٥٢ و ما بعدها.

٣- (٣) منهاج الصالحين ٢: ٢٩٢.

و الحاكم أنواع آخر من الولايه على النفس، كولايتهم على تأديب الصغار و على إحرامهم فى الحجّ و غيرها سنذكرها فى الأبواب التى تناسب البحث عنها، و التى سنعقدها للتحقيق فى الأحكام المذكوره إن شاء الله تعالى.

ص: ١٢٢

لا- خلاف فى أنه لا- يجوز للرجل لمس الأجنبيه و لا النظر إليها، و استثنى جماعه الوجه و الكفين، و لا للمرأة لمس الأجنبي و النظر إليه سواء كان بشهوہ أم لا؟ و سواء كان مع خوف الفتنة أو الأمن منها(١)

ص: ١٢٣

١- (١) و يدل على حرمة النظر - مضافاً إلى الإجماع بل الضرورة من المذهب و الدين - قوله تعالى: «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ» * وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ...» سورة النور ٢٤:٣٠ و ٣١، و كذا النصوص الكثيره: مثل ما رواه علي بن عقبه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «النظره سهم من سهام إبليس مسموم، و كم من نظره أورثت حسره طويله». و كذا ما روى عنه و عن أبيه عليهما السلام قالوا: «ما من أحد إلا- و هو يصيب حظاً من الزنا، فزنا العينين النظر»، الحديث و غيرهما. وسائل الشيعه ١٤:١٣٨ الباب ١٠٤ من أبواب مقدمات النكاح و آدابه، ح ١ و ٢. و ما روى عن طريق أهل السنه أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال: «إن الله كتب على ابن آدم حظاً من الزنا، أدرك ذلك لا محاله، فزنا العين النظر وزنا اللسان المنطق و النفس تمنى و تشتهى و الفرج يصدق ذلك كله و يكذبه». صحيح البخارى ٧:١٦٨ ح ٦٢٤٣، صحيح مسلم ٤:١٦٢٤ ح ٢٦٥٧، و سنن أبى داود ٢:٤٢٢ ح ٢١٥٢.

و أما حكم نظر الرجل للصبيّ و الصبيّ و لمسهما و تقبيلهما، و هكذا نظر الصبيّ المميّز للصبيّ و لمسها و تقبيلها و بالعكس، و كذا نظر المرأه الصبيّ و الصبيّ و لمسهما و تقبيلهما؟ فعقدنا هذا الفصل للتحقيق فيها، (و فيه مباحث):

ص: ١٢٤

أ - النظر إلى الصبيّ

إشارة

الظاهر أنه لا- خلاف في جواز نظر الرجل إلى الصبيّ الصغيره التي ليست في مظنه الشهوه إذا لم يكن بتلذذٍ و شهوهٍ و خوف الفتنه.

قال العلامة في التذكرة: «الصبيّ الصغيره التي ليست في مظنه الشهوه يجوز للرجل النظر إليها؛ لأنّ داعى الشهوه منفيّ بالنسبه إليها، و لا فرق بين حدّ العوره و غيره، لكن لا يجوز النظر إلى فرجها.

و أما إن كانت في مظنه الشهوه فلا يجوز النظر إليها»(١). و كذا في التحرير(٢)

و الإيضاح(٣).

و قال المحقق الثاني: «إن كانت صبيّه صغيره لم تبلغ مبلغاً تكون في مظنه الشهوه، يجوز النظر إليها؛ لانتفاء داعى الشهوه الذى هو مناط التحريم، و تجوز تغسيل الأجنبى بنت ثلاث سنين مجرّده يتبه لذلك»(٤).

و تبعه في المسالك(٥). و كذا في الرياض(٦) و الحدائق(٧). و ذهب إليه أيضاً

ص: ١٢٥

١- (١) تذكرة الفقهاء ٥٧٤:٢، الطبعه الحجرية.

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٣:٤٢١.

٣- (٣) إيضاح الفوائد ٨:٣.

٤- (٤) جامع المقاصد ٣٣:١٢.

٥- (٥) مسالك الأفهام ٧:٤٩.

٦- (٦) رياض المسائل ٦:٣٧١.

٧- (٧) الحدائق الناضرة ٢٣:٦٤.

فى الجواهر(١) و تفصیل الشریعه(٢) و غیرها(٣).

وقال الشيخ الأعظم: «ثم إن جواز النظر إلى الصبيّه مشروط بعدم الوصفين، أعنى التلذذ و الریبه و یحرم معهما، و مع مظنتهما یکره»(٤).

أدله جواز النظر إلى الصغیره

و يمكن أن يستدل لإثبات هذا الحكم بأمور:

الأول: عدم وجود المقتضى(٥) للحرمة؛ لأنّ قوله - سبحانه - (وَلَا يَبْدِيْنَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ...) الآية(٦) مختصّ بالبالغات، حيث إنّ التكليف لا يشمل غير البالغ(٧)، فلا يجب على الصبيّه التستر، و من هنا يجوز النظر إليها باعتبار أنّ حرمة النظر إلى المرأه إنّما استفيدت(٨) من وجوب التستر عليها؛ لأنّ التستر لا- موضوعيه له، و إنّما هو مقدّمه لعدم النظر إليها، و حيث إنّ وجوب التستر

ص: ١٢٦

- ١- (١) جواهر الكلام ٢٩: ٨٢-٨٥.
- ٢- (٢) تفصیل الشریعه، كتاب النكاح: ٤٤ و ٤٦.
- ٣- (٣) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٧-٨٩، مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٣٨، مهذب الأحكام ٢٤: ٤٧، تحرير الوسیله ٢٣٢: ٢ مسأله ٢٤.
- ٤- (٤) كتاب النكاح ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٥٩.
- ٥- (٥) يمكن أن يقال: إنّ المقتضى للحرمة إطلاق قوله - تعالى -: «قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ» إلا أن يدعى الانصراف إلى المنظوره التي تكون بالغه، و هو ليس ببعيد. م ج ف.
- ٦- (٦) سوره النور (٢٤): ٣١.
- ٧- (٧) نعم، و لكنّ الكلام فى تكليف البالغ بالنسبه إلى الصغیره. م ج ف.
- ٨- (٨) و الظاهر أنّ الملازمه ثابتة بين وجوب التستر و حرمة النظر لا فى عكسهما، فلا يصحّ أن يقال: إذا كان التستر غير واجب فالنظر أيضاً جائز بالملازمه، و لعله لأجل هذا تمسك الشيخ الأنصارى بعدم القول بالفصل لا بالملازمه، و الفرق بينهما واضح، كما أنّه أفتى أو احتاط بعض بجواز الكشف فى الرجل مع عدم جواز نظر الأجنبيّه إليه فراجع. م ج ف.

غير ثابت على الصبيّ فلا بأس بالنظر إليها(١).

الثاني: الأصل، قال الشيخ الأعظم: «لو كانت المنظوره غير بالغه فيجوز للرجل النظر إليها؛ للأصل»(٢).

الثالث: السيره العمليّه القطعيّه المتّصله ظاهراً بزمن المعصوم عليه السلام(٣).

الرابع: طوائف من الروايات:

منها: ما ورد في تغسيل الرجل و المرأه الصغيره و الصغير، كروايه أبي النمير الذي رواها المشايخ الثلاثة -

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: حدّثني عن الصبيّ إلى كم تغسّله النساء؟ فقال: «إلى ثلاث سنين»(٤).

و روايه

عَمَّار الساباطي، عن أبي عبد الله عليه السلام، أنه سئل عن الصبيّ تغسيله امرأه؟ فقال: «إنما يغسل الصبيان النساء». و عن الصبيّ تموت و لا تصاب امرأه تغسلها؟ قال: «يغسلها رجل أولى الناس بها»(٥).

و ضعف سندهما منجبرٌ بالشهره بين الأصحاب، بل بالإجماع الذي ادّعاه في التذكرة(٦) و المنتهى(٧) و النهايه(٨).

و في الجواهر: «بل الإجماع عليه محصّل فضلاً عن المنقول»(٩).

ص: ١٢٧

١- (١) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٧-٨٨، مستند الشيعة ١٦: ٣٤، مهذب الأحكام ٢٤: ٤٧.

٢- (٢) كتاب النكاح ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٥٨.

٣- (٣) مهذب الأحكام ٢٤: ٤٧، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٤.

٤- (٤) وسائل الشيعة ٢: ٧١٢ الباب ٢٣ من أبواب غسل الميّت، ح ١.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٢: ٧١٣ الباب ٢٣ من أبواب غسل الميّت، ح ٢.

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ١: ٣٦٧.

٧- (٧) منتهى المطلب ١: ٤٣٦، الطبعه الحجريّه.

٨- (٨) نهايه الإحكام فى معرفه الأحكام ٢: ٢٣١.

٩- (٩) جواهر الكلام ٤: ٧٦.

و يشهد له التتبع في كلمات الفقهاء، إذ لم يوجد خلافٌ بين أصحابنا المتقدمين و المتأخرين.

و منها: و ما ورد في عدم وجوب القناع على الصغيره، و جواز تكشف المرأه عند الصبى:

١ - كصحيحه

محمد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لا يصلح للجاريه إذا حاضت إلا أن تختمر^(١) إلا أن لا تجده»^(٢).

حيث إن مفهوم الشرط يدل على عدم وجوب الاختمار قبل البلوغ، فلا بأس بالنظر إليها؛ لأن وجوب التستر عليها مقدمه لعدم النظر إليها، فإذا لم يجب التستر جاز النظر؛ للتلازم عرفاً بين عدم وجوب التستر، و جواز النظر بالإضافة إلى المناط.

٢ - صحيحه

عبد الرحمن الحجاج قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الجاريه التى لم تدرك متى ينبغى لها أن تغطى رأسها ممن ليس بينها و بينه محرم؟ و متى يجب عليها أن تقنع رأسها للصلاه؟ قال: «لا تغطى رأسها حتى تحرم عليها الصلاه»^(٣).

يعنى حتى تحيض؛ فإنها تدل بوضوح على عدم وجوب التستر عليها، و جواز إبدائها لشعرها ما لم تحض، و بثبوت ذلك يثبت جواز النظر إليها بالملازمه العرفيه كما تقدم^(٤).

ص: ١٢٨

١- (١) «و اختمرت المرأه: أى لبست خمارها و غطت رأسها» مجمع البحرين ١: ٥٥٣ مآده خمر. و كذا فى لسان العرب ٢: ٣١٤ خمر. و قال فى مجمع البيان ٧: ٣١٦: «و الخمر: المقانع جمع خمار، و هو غطاء رأس المرأه» و كذا فى الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٢: ٢٣٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٤: ١٦٨، الباب ١٢٦ من أبواب مقدمات النكاح، ح ١.

٣- (٣) نفس المصدر و الباب، ص ١٦٩ ح ٢.

٤- (٤) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٧-٨٨.

قال في المستمسك: «و الصحيحه و إن كانت ظاهره في جواز تكشّف الصبيّه للبالغ، لكنّها تدلّ بالملازمه العرفيه على جواز نظره إليها»(١).

٣ - صحيحه

البنظي، عن الرضا عليه السلام قال: «يؤخذ الغلام بالصلاه و هو ابن سبع سنين، و لا تغطّي المرأه شعرها منه حتّى يحتلم»(٢).

٤ - صحيحته الأخرى

عن الرضا عليه السلام قال: لا تغطّي المرأه رأسها من الغلام حتّى يبلغ الغلام»(٣).

قال الشيخ الأعظم: «و هاتان الروايتان و إن دلّتا على جواز تكشّف المرأه عند الصبي، إلا أنّهما تدلانّ على جواز نظر الرجل إلى الصبيّه، بعدم القول بالفصل»(٤).

و الحاصل: أنّه إذا لم يكن نظر الرجل إلى الصغيره بتلذذ و شهوه و ريبه، و لم يكن خوف افتتان، يجوز ذلك و لا خلاف فيه.

و ظاهر بعضها أنّه يجوز النظر إليها قبل البلوغ، كما استظهره في العروه و التعليقات عليها»(٥).

و لكن قال السيّد أبو الحسن الاصفهاني في الوسيله بالاحتياط الوجوبي، بأنّه يقتصر على مواضع لم تجر العاده على سترها بالألبسه المتعارفه، مثل الوجه و الكفّين و شعر الرأس و الذراعين و القدمين، لا- مثل الفخذ و الأليين و الظهر و الصدر، و الثديين»(٦).

ص: ١٢٩

١- (١) مستمسك العروه الوثقى ٣٩:١٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٤:١٦٩ الباب ١٢٦ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٣.

٣- (٣) نفس المصدر و الباب ح ٤.

٤- (٤) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٥٩:٢٠.

٥- (٥) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٤٩٧:٥.

٦- (٦) وسيله النجاه ٢:٢٣٣.

وقال في تحريرها: «الأحوط والأولى ذلك، ولا ينبغي ترك الاحتياط فيها»^(١). وكذا في تفصيل الشريعة، وزاد أنه «وإن نوقش بل قيل: بعدم صدق العوره المضافه إلى المؤمن والمؤمنة والرجل والمرأه قبل تحقق البلوغ»^(٢). وهذا الاحتياط حسن.

عدم جواز النظر إلى الصغيره مع تلذذ و شهوه

ظهر ممّا ذكرنا أنه لا يجوز للرجل النظر إلى الصبيّه مع الشهوه و التلذذ، و يدلّ عليه ما ذكر في تفسير قوله تعالى: (قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ...٣) من أنّ مقتضى هذه الآيه و كذا قوله - تعالى -: (وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ)٤ هو حرمة جميع الاستمتاعات الجنسيّه على الإطلاق بالنسبه إلى غير الزوجه و المملوكه، فيستفاد منها أنه لا يجوز للرجل الاستمتاع و التلذذ بالنظر إلى الصبيّه^(٣).^(٤)

و كذا يشمله إطلاق النصوص الكثيره التي تدلّ على حرمة النظر إلى الأجنبيّه، مثل

ما رواه علي بن عقبه - في المعتمر - عن أبيه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سمعته يقول: «النظره سهم من سهام إبليس مسموم، و كم من نظره أورثت

ص: ١٣٠

١- (١) تحرير الوسيله ٢: ٢٣٢.

٢- (٢) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥.

٣- (٥) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٠.

٤- (٦) و الإنصاف عدم تماميه الاستدلال بهذه الآيات الشريفه، كما أنّ الاستدلال بالإطلاق الآتى غير تام، و الحقّ أن يقال: إنّ المتيقّن من جواز النظر إلى الصغيره هو النظر مع عدم التلذذ و الريه، مضافاً إلى أنّ المستفاد من مذاق الشرع ذلك. م ج ف.

حسره طويله»(١) و غيره»(٢).

مضافاً إلى أنّ ملاك الحرمة - وهو المفسده و خوف الوقوع فى الفتنة و ابتلاء الناظر بما هو أشدّ كالزنا و غيره - موجود فى النظر إلى الصغيره إذا نظر إليها بتلذذ و شهوه، و لا فرق بين الكبيره و الصغيره فى هذا.

ب: نظر المرأة إلى الصغير

الظاهر أنّه يجوز أن تنظر المرأة إلى الصبى الغير المميّز؛ للأصل، و اختصاص أدلّه المنع بغير الأطفال بمقتضى التبادر.

و أمّا النظر إلى الصبى الذى يكون فى سنّ التمييز و مظنّه الشهوه، فمع الالتذاذ لا يجوز، و الدليل عليه ما تقدّم فى حرمة النظر للرجل إلى الصبيّه إن كان مع شهوه و التذاذ؛ لوحده الملاك حيث لا تفاوت بينهما.

قال فى وسيله النجاه: «يجوز للمرأة النظر إلى الصبى المميّز ما لم يبلغ، و لا- يجب عليها التستر عنه ما لم يبلغ مبلغاً يترتب على النظر منه أو إليه ثوران الشهوه»(٣).

و فى تحريرها: «على الأقوى فى الترتب الفعلى و على الأحوط فى غيره»(٤).

و فى المستمسك: «إنّ صحيحه البجلى و إن كانت واردهً فى الصبيّه، لكن يتعدى منها إلى الصبى بالأولويّه، فيجوز نظر المرأة إلى الصبى قبل البلوغ»(٥).

ص: ١٣١

١- (١) وسائل الشيعه ١٣٨:١٤ الباب ١٠٤ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

٢- (٢) نفس المصدر ح ٢ و ٤ و ٥.

٣- (٣) وسيله النجاه ٢: ٢٣٥.

٤- (٤) تحرير الوسيله ٢: ٢٣٣.

٥- (٥) مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٣٩.

و فى تفصیل الشریعه: «إذا ترتب علیه - أى على نظر المرأه إلى الصبى الممیز - الثوران، فإن كان الترتب فعلياً فلا شبهه فى عدم الجواز. و أما إذا لم يكن الترتب فعلياً، بل كان النظر منهما موجباً للثوران بالقوه، فمقتضى الاحتياط... الترك، و الوجه فيه رعايه مذاق الشرع، حيث إن الشارع لا يرضى بذلك بعد كون المنظور إليه أجنبياً و إن كان صبياً» (١)(٢).

ج: نظر الصبى إلى المرأه الأجنبيه

اشاره

الصبى إمياً يكون مميّزاً و إمياً غير مميّز، فإن كان الناظر صبياً غير مميّز فلا بأس أن ينظر إلى المرأه؛ بمعنى أنه لم يحرم عليها التكتشف له.

قال فى التذكره: «الطفل الذى لم يظهر على عورات النساء لا حجاب منه، لقوله - تعالى - : (... أَوِ الطُّفْلِ الَّذِيْنَ لَمْ يَظْهَرُوْا عَلٰى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) ٣.

و بالجملة: إذا لم يبلغ مبلغاً يحكى ما يرى فحضوره كغيبته، و يجوز له التكتشف من كل وجه» (٣)، و لا- يجب على الولي منعه منه.

و به قال المحقق و الشهيد الثانیان (٤) و الفاضل الهندي (٥) و المحدث البحراني (٦)

ص: ١٣٢

- ١- (١) تفصیل الشریعه، كتاب النكاح: ٤٧.
- ٢- (٢) يمكن أن يقال: إنه إن كان الملاك فى الحرمة التلذذ، فلا فرق بين المميّز و غيره، و على هذا فلا مجال لأخذ ثوران الشهوه و عدمه، كما لا مجال للتفصيل بين الترتب الفعلى و غيره، و الله العالم. م ج ف.
- ٣- (٣) تذكره الفقهاء ٢: ٥٧٣-٥٧٤، الطبعه الحجرية.
- ٤- (٤) جامع المقاصد ١٢: ٣٥، مسالك الأفهام ٧: ٤٩.
- ٥- (٥) كشف اللثام ٧: ٣٠.
- ٦- (٦) الحدائق الناضره ٢٣: ٦٤.

و كذا فى الرياض (١) و الجواهر (٢) و العروه مع التعليقات (٣) و الوسيله (٤)

و تحريرها (٥) ، و كذا فى تفصيل الشريعه (٦).

و أمّا إن كان مميّزاً، فإن كان فيه ثوران شهوه و تشوّق، فهو كالبالغ فى النظر، فيجب على الوليّ منعه منه، و على الأجنبيّه التستر عنه، و به قطع العلامه فى التذكره (٧) ، و اختاره المحقق و الشهيد الثانى (٨) ، و قواه فى كشف اللثام (٩)

و الحدائق (١٠) و الجواهر (١١). و لكن أطلق فى القواعد (١٢) و التحرير (١٣).

و الحكم بعدم الجواز مبنى على أنّ ما علم مبعوضيه وقوعه فى الخارج من الشارع المقدّس على كلّ تقدير، بحيث لا يفرق الحال بين أن يكون مرتكبه بالغاً، أو غير بالغ، كالزنا و شرب الخمر و اللواط و نحوها، فيجب على المكلفين المنع من تحقّقه، و سدّ الطريق إليه، و قطع السبيل على فاعله قولاً و فعلاً، و على هذا فحيث إنّ من غير البعيد كون ما نحن فيه من هذا القبيل و لو بلحاظ انتهاء ذلك شيئاً فشيئاً إلى ما هو أعظم منه، باعتبار أنّ ذلك يوجب الاعتياد، و نتيجه الابتلاء به أو

ص: ١٣٣

١- (١) رياض المسائل ٦: ٣٧١.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٩: ٨٤.

٣- (٣) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٤٩٧.

٤- (٤) وسيله النجاه ٢: ٢٣٣.

٥- (٥) تحرير الوسيله ٢: ٢٣٢، مسأله ٢٤.

٦- (٦) تفصيل الشريعه، كتاب النكاح: ٤٣.

٧- (٧) تذكره الفقهاء ٢: ٥٧٤، الطبعه الحجرية.

٨- (٨) جامع المقاصد ١٢: ٣٥، مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

٩- (٩) كشف اللثام ٧: ٣٠.

١٠- (١٠) الحدائق الناضره ٢٣: ٦٤.

١١- (١١) جواهر الكلام ٢٩: ٨٤.

١٢- (١٢) قواعد الأحكام ٣: ٧.

١٣- (١٣) تحرير الأحكام الشرعيه ٣: ٤٢٠.

بما هو أشد منه بعد البلوغ، يجب على المرأة قطع السبيل على الصبي، و عدم السماح له بذلك، و هو لا يتحقق عادةً إلا بالستر، فيجب عليها ذلك (١). (٢).

و إن كان الصبي مع كونه مميزاً لم يكن فيه ثوران شهوة و تشوق، ففي جواز نظره إلى الأجنبية - بمعنى أنه لا يجب على الولي منعه منه و لا يجب عليها الاحتجاب منه - قولان:

أحدهما: الجواز كما استقر به في التذكرة حيث قال: فالأقرب جواز نظره كما ينظر الرجل إلى محارمه، كما أن له الدخول من غير استئذان إلا في الأوقات الثلاثة (٣)، التي هي مظنة التبذل و التكشف، و ذلك قبل صلاة الفجر، و عند الظهر، و بعد صلاة العشاء، قال - سبحانه -: (لَيْسَ تَأْذِنُكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَ حِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَ مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ) ٤.

ثانيهما: المنع؛ لعموم قوله - تعالى -: (... أَوْ الطُّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) ٥.

ففي فقه القرآن للراوندي: «يعنى الصغار الذين لم يراهقوا» (٤).

و قال في الكشاف: «لَمْ يَظْهَرُوا، إمّا من ظهر على الشيء إذا اطلع عليه؛ أى

ص: ١٣٤

-
- ١- (١) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٩.
 - ٢- (٢) و نتیجه هذا الاستدلال أن التستر في مفروض الكلام ليس واجباً نفسياً على المرأة، بل وجوبه من باب المقدمه، فتدخل في بحث مقدمه الواجب. و أيضاً يتوقف هذا الوجوب المقدمى على تسليم كون ترك الحرام واجباً، مع أن الظاهر عدم التزام القائل به، فراجع و تدبر. م ج ف.
 - ٣- (٣) تذكره الفقهاء ٢: ٥٧٤، الطبعه الحجرية.
 - ٤- (٤) فقه القرآن للراوندي ٢: ١٢٩.

لا- يعرفون ما العوره و لا يميّزون بينها و بين غيرها. و إمّا من ظهر على فلان إذا قوى عليه... أى لم يبلغوا أوان القدره على الوط
ء«(١).

و كذا فى زبده البيان(٢). و مثل ذلك أيضاً فى أحكام القرآن للجصاص(٣).

و قال فى تفسير الكبير: «الظهور على الشىء على وجهين: الأوّل: العلم به.

الثانى: الغلبه له و الصوله عليه.

فعلى الوجه الأوّل يكون المعنى أو الطّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا ؛ أى لم يتصوّرُوا على عورات النساء و لم يدروا ما هى لصغرهم، و
على الوجه الثانى: الطفل الذين لم يبلغوا أن يطبقوا إتيان النساء«(٤).

و بالجملة:(٥) معنى لَمْ يَظْهَرُوا أى لم يميّزوا بينها و بين غيرها، فيدخل غيره فى النهى عن إبداء الزينه له، و لا أقلّ للجهل بكون
المميّز هو المقصود فى المقام من الطّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ ، فيدخل فى عموم النهى عن الكشف له، و يجب
التستّر منه.

نفى البأس عن هذا القول فى التذكرة، بل لعله اختاره(٦).

و ذهب إليه أيضاً المحقّق و الشهيد الثانى(٧) ، و استقر به فى كشف اللثام(٨)

ص: ١٣٥

١- (١) الكشاف ٣: ٢٣٢.

٢- (٢) زبده البيان: ٦٨٩.

٣- (٣) أحكام القرآن للجصاص ٣: ٤٦٤.

٤- (٤) التفسير الكبير ٨: ٣٦٧.

٥- (٥) يمكن أن يقال: إنّ الاحتمال الثانى غير مناسب مع لفظ العورات، بل المناسب له هو الاحتمال الأوّل، و على هذا فيكون
المميّز خارجاً. م ج ف.

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٤، الطبعه الحجرية.

٧- (٧) جامع المقاصد ١٢: ٣٦، مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

٨- (٨) كشف اللثام ٧: ٣٠.

و قال فى الرىاض: «أحوطهما المنع فىمنعه الولى عنه» (١)، و قواه فى المسالك (٢).

و قال المحدث البحرانى: فالمسأله بالنظر إلى ما ذكره محل إشكال و توقف، إلا أنه يمكن أن يُرَّجَح الجواز بأنه الأوفق، بمقتضى الأصل حتى يقوم دليل التحريم.

و ما رواه الصدوق فى الفقيه، عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن أحمد بن محمد بن أبى نصر، عن الرضا عليه السلام قال: يؤخذ الغلام بالصلاه و هو ابن سبع سنين، و لا تغطى المرأة شعرها منه حتى يحتلم (٣).

و روى الحميرى فى كتاب قرب الإسناد عن أحمد بن أبى نصر، عن الرضا عليه السلام قال: لا تغطى المرأة رأسها من الغلام حتى يبلغ الحلم (٤).

و التقريب فىهما تلازم جواز كشفها الرأس له و جواز نظره لها، إذ لو حرّم عليه النظر لها لحرم عليها التّكشّف له، و الخبران مطلقان بالنسبه إلى من يحصل منه التلذذ و غيره، و مع عدم تقييدهما بما ذكره، من استثناء النظر الذى يترتب عليه التلذذ، فالدلالة على الفرد الآخر لا معارض لها، و به يظهر صحّ القول بالجواز فى المسأله (٥).

نقول: و لعلّ كلامه قدس سره هو الأظهر؛ لإطلاق الصحيحين، و لعموم رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم (٦)، إلا أنّ الاحتياط حسن، باعتبار أنّ ذلك يوجب الاعتقاد و الابتلاء به أو بما هو أشد منه، فلا ينبغى تركه.

ص: ١٣٦

١- (١) رياض المسائل ٦: ٣٧١.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

٣- (٣) الفقيه ٣: ٢٧٦ ح ٣، و سائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٦، من أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، ح ٣.

٤- (٤) قرب الإسناد: ١٧٠، و سائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٦، من أبواب مقدّمات النكاح و آدابه، ح ٤.

٥- (٥) الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٥.

٦- (٦) و سائل الشيعة ١: ٣٢٢ الباب ٤ من أبواب مقدّمه العبادات، ح ١١.

الظاهر أنّ ما ذكرنا من حكم نظر الصبيّ إلى المرأة الأجنبية جارٍ بالنسبة إلى نظر الصبيّ إلى الرجل الأجنبيّ أيضاً؛ بمعنى أنّه إن كانت فيها ثوران الشهوة و تشوّق و يترتب على نظرها خوف الفتنة و لو بلحاظ انتهاء ذلك شيئاً فشيئاً إلى ما هو أعظم منه باعتبار ابتلائها بما هو أشدّ منه بعد البلوغ، فهي كالبالغة في النظر إلى الأجنبيّ، فيجب على الوليّ منعها؛ لوحده الملاك، و هكذا في نظر الصبيّ و الصبيّ إلى أنفسهما.

د: النظر إلى عوره الصغيره

إن كانت الصغيره غير مميّزه فالظاهر أنّه يجوز للرجل النظر إلى عورتها، و يدلّ عليه - مضافاً إلى الأصل، و اختصاص أدلّه المنع بغير الأطفال من البالغين و المميّزين - السيره القطعيّه، و كذا جملة من النصوص المتقدّمه التي تدلّ على جواز تغسيل الرجل و المرأة الصبيّه و الصبيّ المميّزين.

قال المحقّق النراقي: «إن لم يكونوا مميّزين فالظاهر الجواز؛ لإطباق الناس في الأعصار و الأمصار على عدم منع هؤلاء عن كشف العورات و نظرهم إليها»^(١).

و أمّا النظر إلى عوره الصغيره إن كانت مميّزه و في مظنّه الشهوة، فلا ينبغي الشكّ في عدم جوازه؛ لإطلاق أدلّه المنع، و الأخبار المتقدّمه، إذ لا موجب لتخصيصها بالبالغ؛ فإنّ مقتضى قوله عليه السلام: عوره المؤمن على المؤمن حرام^(٢)، هو حرمة النظر إلى عوره المؤمن من دون تقييد بكونه بالغاً، و أيضاً سائر الأدلّه التي تدلّ على عدم

ص: ١٣٧

١- (١) مستند الشيعة ٣٤:١٦.

٢- (٢) بحار الأنوار ٧٥:٢١٤ ح ٩ و ج ٤٦:١٤١-١٤٢، وسائل الشيعة ١:٣٦٦ الباب ٨ من أبواب آداب الحّمّام، ح ١.

جواز النظر إلى الصغيره مع تلذذ و شهوه جاريه هنا بالأولويه، و هو ظاهر.

و فى الإيضاح: «النظر إلى الصبيّه الصغيره التى ليست فى مظنّه الشهوه الأجنبيّه جائز؛ لانتفاء دواعى الشهوه، لكن لا يجوز النظر إلى فرجها»(١).

و مثل الصغيره الصغير؛ لوحده الملاك، فإن كان مميّزاً و فى مظنّه الشهوه لا يجوز للمرأة و لا للرجل النظر إلى عورته.

ه: نظر المميّز إلى عوره الرجل أو المرأة

الصبيّ أو الصبيّه إن كان غير مميّز، فيجوز لهما النظر إلى عوره الرجل أو المرأة؛ لعدم التكليف بانتفاء موضوعه الذى هو التمييز.

و أمّا إن كانا مميّزين، فالظاهر أنّه يحرم أن ينظرا إلى عوره الرجل أو المرأة، و كذا يحرم أن ينظر الصبيّ إلى عوره الصبيّه و بالعكس، فيجب على الوليّ منعهما عن ذلك.

قال الشيخ الأعظم: «نعم، النظر إلى العوره و تكشّفها عنده مستثنى إجماعاً على الظاهر، فيجب على الوليّ منعه عن النظر إليها، و يحرم أيضاً للرجال و النساء كشفها عنده»(٢)، و به قال الفقيه المحقّق الفاضل اللكراني(٣).

و قال المحقّق النراقى: «أمّا مع التميّز فلا- يجوز نظرهم - أى الصبيان - إلى العوره؛ للأمر باستئذان الذين لم يبلغوا الحلم فى الآيه(٤) عند العورات الثلاث التى كانوا يضعون فيها الساتر للعوره.

ص: ١٣٨

١- (١) إيضاح الفوائد ٣: ٨.

٢- (٢) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٦١.

٣- (٣) الأحكام الواضحه: ٣٧٣.

٤- (٤) سورة النور ٢٤: ٥٨.

ثم قال: و تؤيده الروايتان:

إحداهما:

و الغلام لا يقبل المرأه إذا جاز سبع سنين (١).

و الأخرى:

فى الصبى يحجم المرأه، قال: إذا كان يحسن يصف فلا (٢).

و هل المراد بعدم الجواز هنا حرمة و وجوب الاستئذان على الصبى نفسه، أو الوجوب على الولى أمره و نهيته، أو وجوب تستر المنظر إليه عنه؟

الظاهر هو الأول و لا بعد فيه؛ لأخصيه دليله عن أدله رفع القلم (٣).

عن الصبى (٤).

نقول: مقصوده قدس سره أن قوله - تعالى - : (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسِيَرَتَاذِكُكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَ حِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَ مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ...)

الآيه (٥) موجب لتخصيص ما دل على رفع القلم عن الصبى، لأن الخطاب فى الآيه الكريمة و إن كان متوجهاً إلى المكلفين، إلا أن الأمر بالاستئذان متوجه إلى غير المكلفين، كما هو واضح، فيتحصّل من الآيه الكريمة أن الصبيان مكلفون فى هذا المورد بعدم النظر إلى عوره الغير و يجب عليهم ذلك، و تكون هذه الآيه استثناءً و تخصيصاً لحديث رفع القلم (٦) عن الصبيان، و بها تُرفع اليد عن إطلاق دليل رفع القلم كما تُرفع اليد عنه فى باب الزنا و اللواط و السرقة و نحوها.

ص: ١٣٩

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٤.
- ٢- (٢) نفس المصدر: ١٧٢ الباب ١٣٠ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.
- ٣- (٣) نفس المصدر ١: ٣٢ الباب ٤ من أبواب مقدّمه العبادات، ح ١١.
- ٤- (٤) مستند الشيعه ١٦: ٣٥.
- ٥- (٥) سوره النور ٢٤: ٥٨.
- ٦- (٦) وسائل الشيعه ١: ٣٢ الباب ٤ من أبواب مقدّمه العبادات، ح ١١.

و يجيء في باب جنایات الأطفال زياده توضیح في هذه المسأله.

و أورد في المستمسك عليه بأن الآيه الشريفه ليست وارده في تحريم نظر الصبي إلى العوره، و إنما في تحريم التطلع على بعض الأفعال و الأحوال التي يستقبح التطلع عليها و يستحى منه... فالآيه الأولى ليست وارده في النظر إلى العوره الحرام، و لا في تحريم ذلك على غير البالغ (١). انتهى ملخصاً.

و كذا في مباني العروه (٢).

و يرد عليهما أولاً: أن الحكم بالاستئذان لأجل عدم النظر إلى العوره، و هو أول ما يتبادر من هذا الحكم، و لذا يقدم في كلام العرف عند تعليل الاستئذان، فإذا قيل: لما ذا الاستئذان؟ اجيب بأنه لأجل أن لا يرى عورتها و حالات العرى و الجماع، كما عن بعض المعاصرين (٣).

و ثانياً: أن إطلاقات الأخبار التي تدل على حرمه النظر إلى العوره شامله للصبي المميز أيضاً، و هكذا النصوص الداله على وجوب تستر العوره الملازم عرفاً لحرمه النظر، و هي ما يلي:

١ - معتبره

حنان بن سدير، عن أبيه، عن علي بن الحسين عليهما السلام في حديث قال:

«ما يمنعكم من الأزرة؛ فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: عوره المؤمن على المؤمن حرام»، الحديث (٤).

فإن إطلاقها يشمل غير البالغ المميز، لأن مقتضى قوله عليه السلام:

«عوره المؤمن على المؤمن حرام» هو حرمه نظر المؤمن إلى عوره المؤمن من دون تقييد بكونه

ص: ١٤٠

١- (١) مستمسك العروه الوثقى ٤٠: ١٤.

٢- (٢) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ٨٧: ١.

٣- (٣) الفقه، كتاب النكاح ١٨٤: ١.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٣٦٨: ١ الباب ٩ من أبواب آداب الحمام، ح ٤.

بالغاً؛ فإنَّ المميّز من غير البالغين إذا أدرك وجود الله - تعالى - و آمن به، صدق عليه عنوان المؤمن، و بذلك يصبح مشمولاً لأدله المنع.

٢ - صحيحه

الحلبى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يغتسل بغير إزار حيث لا يراه أحد، قال: «لا بأس»^(١).

لأنَّ المنع من النظر إلى العوره كان مرتكزاً فى ذهن السائل لكلِّ أحدٍ. و أجاب الإمام عليه السلام بأنّه

«لا بأس» و مقتضى كلامه عليه السلام

لا بأس حيث لا يراه أحد، و هذا العموم يشمل المميّز.

٣ - صحيحه

أبى بصير قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: يغتسل الرجل بارزاً؟ فقال: «إذا لم يره أحد فلا بأس»^(٢) و مقتضى مفهوم الشرط أنّه إذا رآه أحد ففيه بأس.

٤ - معتبره

أبى بصير، عن أبى عبد الله، عن أبيه، عن آباءه، عن أمير المؤمنين عليهم السلام قال: «إذا تعزّى أحدكم نظر إليه الشيطان فطمع فيه، فاستروا»^(٣).

و كذا ما رواه الصدوق فى الفقيه و ثواب الأعمال^(٤).

و ثالثاً: أنّ هناك أفعالاً علّم مبعوضيته وقوعها فى الخارج عند الشارع على كلّ تقدير، بحيث لا يفرق الحال بين أن يكون مرتكبها بالغاً أو غير بالغ، كالزنا و شرب الخمر و اللواط و نحوها، و لعلّ النظر إلى العوره كان من هذا القبيل؛ لأنّ النظر إلى العوره ممّا يستقبح و لو كان من غير بالغ، و أيضاً أنّ نظر الصبي إلى العوره

ص: ١٤١

١- (١) نفس المصدر: ٣٧٠ الباب ١١ من أبواب آداب الحمام، ح ١.

٢- (٢) نفس المصدر: ٣٧١ الباب ١١ من أبواب آداب الحمام، ح ٢.

٣- (٣) نفس المصدر ١: ٣٦٧ الباب ٩ من أبواب آداب الحمام، ح ٢.

٤- (٤) من لا يحضره الفقيه ٤: ٥، ثواب الأعمال: ٣٦، و سائل الشيعة ١: ٢١١-٢١٢ الباب ١ من أبواب أحكام الخلوه، ح ٢، ٤.

ينتهي شيئاً فشيئاً إلى ما هو أعظم منه، و نتيجته الابتلاء بما هو أشد من النظر، فلذلك منعه الشارع منه مطلقاً، و كرهه الإمام عليه السلام من كل أحدٍ كما في صحيحه

ابن أبي يعفور، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام أ يتجرد الرجل عند صب الماء ترى عورته؟ أو يُصب عليه الماء؟ أو يرى هو عوره الناس؟ قال: «كان أبي يكره ذلك من كل أحدٍ» (١).

و في روايه تحف العقول:

«ملعون ملعون الناظر و المنظور إليه» (٢).

و يؤيده

ما جاء في رساله (المحكم و المتشابه) للسيد المرتضى رحمه الله نقلاً من تفسير النعماني بسنده... عن علي عليه السلام في قوله - عز و جل - : (قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ) ٣ معناه «لا ينظر أحدكم إلى فرج أخيه المؤمن، أو يمكنه من النظر إلى فرجه» الحديث (٣).

و رابعاً: أن المرتكز في أذهان المتشرع أنه لا يجوز نظر الصبيان المميزين إلى عورات الكبار، بل إلى عورات أمثالهم حتى يعد ذلك من المنكرات الواضحه، و أيضاً سيره المتشرع هي المنع الشديد للأطفال من النظر إلى العورات (٤).

و المتحصّل من جميع ذلك أن نفس هذا العمل مستقبح و مبعوض عند الشارع، و كرهه الإمام عليه السلام و لو صدر من غير البالغين، و لا ينبغي أن يكون أفراد الناس كالحمر ينظر بعضهم إلى سواه بعض، فالأظهر ما ذكره الشيخ الأعظم و المحقق النراقي خلافاً للسيد الفقيهين «الحكيم و الخوئي».

ص: ١٤٢

١- (١) وسائل الشيعة ١: ٣٦٤ الباب ٣ من أبواب آداب الحمام، ح ٣.

٢- (٢) نفس المصدر و الباب ح ٥، تحف العقول: ٥.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١: ٢١٢ الباب ١ من أبواب أحكام الخلو، ح ٥.

٤- (٤) الفقه، كتاب النكاح ١: ١٨٤.

لا خلاف في حرمه مسّ ما يحرم النظر إليه من المرأه للرجل و من الرجل للمرأة.

قال العلامة في التذكرة: «كلّ موضع يحرم فيه النظر فتحريم المسّ أولى؛ لأنه أقوى و أشدّ في التلذذ و الاستمتاع من النظر، و لهذا لا يبطل الصوم بالإنزال المستند إلى النظر و يبطل لو استند إلى الملامسه»(١).

و اختاره ابنه في الإيضاح(٢).

و في جامع المقاصد: «كلّ موضع حكمنا فيه بتحريم النظر، فتحريم المسّ فيه أولى، و لو توقّف العلاج على مسّ الأجنبيّه دون نظرها، فتحريم النظر بحاله، و جواز النظر إلى وجه الأجنبيّه و كفيها لا يبيح مسّهما؛ لأنّ المسّ أدعى إلى الفتنة و أقوى في تحريك الشهوه»(٣).

و كذا في الجواهر، و لكن زاد فيه: «بل لا أجد فيه خلافاً، بل كأنّه ضروريّ على وجه يكون محرّماً لنفسه»(٤).

و قال الشيخ الأعظم: «ثم اعلم أنّ المصنّف قدس سره لم يتعرّض لحكم اللمس، لكنّه اكتفى عن حكمه بالحكم بحرمه النظر، حيث إنّّه إذا حرم النظر حرم اللمس قطعاً،

ص: ١٤٣

١- (١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٥، الطبعه الحجرية.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٣: ٩.

٣- (٣) جامع المقاصد ١٢: ٤٣.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٩: ١٠٠.

بل لا إشكال في حرمة اللمس و إن جاز النظر؛ للأخبار الكثيره (١)، و الظاهر أنه ممّا لا خلاف فيه» (٢).

و كذا في تحرير الوسيله (٣) و شرحه، و زاد «لعدم الدليل على الاستثناء - أي جواز النظر إلى الوجه و الكفّين - بالإضافة إلى المسّ أيضاً، و عليه: فلا يجوز للأجنبي مصافحه الأجنبيّه المستلزمه للمسّ» (٤).

و حكم لمس الصغيره و الصغير أيضاً حكم النظر إليهما، ففي كلّ موضع يجوز النظر إلى الصغيره كما إذا لم تكن في مظنّه الشهوه و الالتذاذ يجوز لمسها، و ما لا يجوز كالنظر إلى الصغيره مع تلذذ و شهوه و ريبه فلا يجوز لمسها، و الدليل عليه ما تقدّم في حكم النظر إليها، و كذلك لمس المرأه الصبيّ، لوحده الملاك و عدم التفاوت بينهما.

قال في التحرير: «المسّ كالنظر في أحكامه من المنع و الإذن، و يجوز لحاجه المعالجه كالنظر» (٥).

و جاء في العروه: «غير المميّز من الصبيّ و الصبيّه؛ فإنّه يجوز النظر إليهما بل اللمس» (٦).

و قال السيّد الحكيم في شرحها: «هذا في الجملة من القطعيّات... و كذلك الحكم في اللمس» (٧)، و به قال المحقّق الفقيه الفاضل اللنكراني (٨).

ص: ١٤٤

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٤: ١٤٢ الباب ١٠٥ من أبواب مقدّمات النكاح.
- ٢- (٢) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٦٨.
- ٣- (٣) تحرير الوسيله ٢: ٢٣١، مسأله ٢٠.
- ٤- (٤) تفصيل الشريعه، كتاب النكاح: ٣٩.
- ٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيّه ٣: ٤٢١.
- ٦- (٦) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٤٩٧.
- ٧- (٧) مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٣٨-٣٩.
- ٨- (٨) العروه الوثقى مع تعليقات الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني ٢: ٦٨٥.

و فى مهذب الأحكام: و أمّا اللّمس، فىمكن أن يستفاد حكمه من حكم التّغسل (١).

و قال بعض المعاصرين: عرف ممّا ذكرنا جواز اللّمس من الجوانب كلّها، لمس الصّبيّ و الصّبيّه للرجل و المرأة، و لمس الرجل و المرأة لهما بدون ريبه (٢).

ص: ١٤٥

١- (١) مهذب الأحكام ٢٤:٤٧.

٢- (٢) الفقه، كتاب النكاح ١:١٨١.

اشاره

و فيه مطلبان:

المطلب الأول: تقبيلها قبل أن يأتي عليها ست سنين

اشاره

يجوز للرجل تقبيل الصبيّه قبل أن يأتي عليها ست سنين إذا لم يكن عن شهوه و في معرض الفتنة.

قال السيد في العروه: «لا بأس بتقبيل الرجل الصبيّه التي ليست له بمحرم، و وضعها في حجره قبل أن يأتي عليها ست سنين إذا لم يكن عن شهوه». و به قال جميع المحشّين عليها(١).

و في المستمسك في ذيله: «هذا في الجملة لا- إشكال فيه، و تقتضيه السيره القطعيّه، مضافاً إلى أصل البراءه»(٢). و كذا في مهذب الأحكام(٣).

و جاء في مباني العروه: «لا خلاف فيه بين الأصحاب»(٤).

أدله هذا الحكم

و يمكن أن يستدل لهذا الحكم بوجوه:

الأول: السيره العمليّه القطعيّه كما تقدّم.

ص: ١٤٦

١- (١) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٤٩٧.

٢- (٢) مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٤١.

٣- (٣) مهذب الأحكام ٢٤: ٤٨.

٤- (٤) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٠.

الثاني: الأصل، و عدم الدليل على حرمة.

الثالث: النصوص، و هي العمده.

- ١

خبر زراره، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغت الجارية الحرّه ستّ سنين فلا ينبغي (١) لك أن تقبلها» (٢).

٢ - مرفوعه

زكريّا المؤمن رفعه، أنّه قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «إذا بلغت الجارية ستّ سنين فلا يقبلها الغلام، و الغلام لا يقبل المرأة إذا جاز سبع سنين» (٣).

٣ - مرسله

على بن عقبه، عن بعض أصحابنا قال: كان أبو الحسن الماضي عليه السلام عند محمّد بن إبراهيم والى مكّه و هو زوج فاطمه بنت أبي عبد الله عليه السلام، و كانت لمحمّد بن إبراهيم بنت يلبسها الثياب و تجيء إلى الرجل فيأخذها و يضمّها إليه، فلمّا تناهت إلى أبي الحسن عليه السلام أمسكها بيديه ممدودتين و قال: «إذا أتت على الجارية ستّ سنين لم يجز أن يقبلها رجل ليست هي بمحرم له و لا يضمّها إليه» (٤).

- ٤

خبر عبد الرحمن بن بحر، عن زراره، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا بلغت الجارية ستّ سنين فلا ينبغي لك أن تقبلها» (٥).

و دلالة هذه الأخبار على المدّعى واضحة؛ لأنّ مقتضى مفهوم جملة الشرطيّه جواز تقبيل الرجل الصبيّه التي لم تبلغ ستّ سنين، و يؤيّدّها سائر أخبار الباب (٦)،

ص: ١٤٧

١- (١) و كلمه لا- ينبغي و إن كانت ظاهره في المرجوحه فقط، إلّا أنّ كثره الاستعمال في الروايات في الحرمة صارت موجباً لحملها على الحرمة. م ج ف.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.

٣- (٣) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٤: ١٧٠ و ١٧١ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٦.

٥- (٥) نفس المصدر ح ٧.

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٤:١٦٩ الباب ١٢٧ من أبواب مقدمات النكاح.

تمسك ببعضها في المستمسك (١) و غيره (٢) و لكن في سندها إشكال.

قال السيد الفقيه الخوئي: «إن جميع أخبار الباب لا تخلو من ضعف سندى أو قصور دلالي على سبيل منع الخلو» (٣).

نقول: أولاً: بعض هذه الأخبار معتبر، مثل

ما رواه في الكافي بسند صحيح عن علي بن الحكم، عن عبد الله بن يحيى الكاهلي، عن أبي أحمد الكاهلي - و أظنني قد حضرته - قال: سألته عن جاريه (جويريه خ ل) ليس بيني وبينها محرّم تغشاني فأحملها و اقبلها؟ فقال: اذا أتى عليها ستّ سنين فلا تضعها على حجرك. و

رواه الصدوق باسناده عن عبد الله بن يحيى الكاهلي قال: سألت أحمد (٤) بن نعمان أبا عبد الله عليه السلام و ذكر نحوه (٥) فإنّ قوله

«و أظنني قد حضرته» مشعر على أنّ عبد الله بن يحيى الكاهلي سمع مباشرة السؤال و الجواب، إلا أنّها مضمرة.

و ثانياً: أنّ الصحّح عند المتقدّمين (رض) على ما صرح به غير واحد (٦) عبارته عن الوثوق و الركون لا القطع و اليقين (٧).

و لا يبعد أن يحصل لنا الوثوق و الاطمئنان بصدور مضمون هذه الأحاديث

ص: ١٤٨

١- (١) مستمسك العروه الوثقى ٤١:١٤.

٢- (٢) مهذب الأحكام ٤٨:٢٤، الفقه، كتاب النكاح ١:١٨٦.

٣- (٣) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ١:٩٢.

٤- (٤) في الفقيه: محمّد بن النعمان.

٥- (٥) الكافي ٥:٥٣٣ ح ١، الفقيه ٣:٢٧٥ ح ١٣٠٧، وسائل الشيعة ١٤:١٦٩ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١.

٦- (٦) منهم: الشيخ البهائي رحمه الله، حيث قال: «كان المتعارف بين قدمائنا إطلاق الصحيح على كلّ حديث صحيح اعتضد بما يقتضى اعتمادهم عليه، أو اقترن بما يوجب الوثوق به و الركون إليه». مشرق الشمسين المطبوع في ضمن الحبل المتين ص ٢٦٩.

٧- (٧) فرائد الأصول ١:٢٠٦.

من المعصوم عليه السلام؛ لكثرتها(١) و وحده مضامينها، و أيضاً موافقه تلك الأخبار للسيره القطعيه العمليه قرينه على صحتها.

قال السيد حسن الصدر: «و حَبَسَ آخرون نفوسهم على الأخذ بما يحصل به الوثوق من الكتب المعتمده: كأصول من أجمعت لهم العصابه... و الكتب التي شاع بين السلف الوثوق بها و الاعتماد عليها من كتب الإماميه الاثني عشرية، ككتاب الصلاه لحريز و كتب ابني سعيد»(٢)..

و قال الشيخ البهائي في مشرق الشمسيين: «و ممّا يوجب الوثوق بالحديث و الركون إليه أخذه من أحد الكتب التي شاع بين سلفهم الوثوق بها و الاعتماد عليها؛ سواء كان مؤلفوها من الفرقة الناجيه الإماميه، ككتاب الصلاه لحريز بن عبد الله السجستاني و كتب ابني سعيد و علي بن مهزيار أو من غير الإماميه، ككتاب حفص بن غياث القاضي و...»(٣).

و روايه عبد الرحمن بن بحر، عن زراره هي التي رواها حسين بن سعيد كما في التهذيب(٤).

و ثالثاً: قال في روضه المتقين «إنّ روايه أبي أحمد الكاهلي حسن كالصحيح، و خبر زراره من القوي كالصحيح، و مرسله هارون بن مسلم من القوي»(٥).

و رابعاً: قال علم الهدى: «إنّه ليس كلّ ما رواه أصحابنا من الأخبار و أودعوه في كتبهم - و إن كان مستنداً إلى رُواه معدودين من الآحاد - معدوداً

ص: ١٤٩

١- (١) عقد في الوسائل ١٤: ١٦٧، كتاب النكاح، باباً لهذا الحكم و ذكر فيه ثمانى أحاديث من المشايخ الثلاثة.

٢- (٢) نهايه الدرايه في شرح الوجيزه للسيد حسن الصدر: ٢٧٩-٢٨٠.

٣- (٣) مشرق الشمسيين المطبوع مع الحبل المتين: ٢٦٩.

٤- (٤) تهذيب الأحكام ٧: ٤٧٩-٤٨٠، و ذكر فيه ثمانى روايات متواليات عن حسين بن سعيد، و هذا قرينه ظاهراً على أنه ذكر الشيخ قدس سره في هذه الروايات من كتاب ابن سعيد.

٥- (٥) روضه المتقين ٨: ٣٥٨.

فى الحكم من أخبار الآحاد، بل أكثر هذه الأخبار متواترٌ موجب للعلم»(١).

و جاء فى الوافى: «و قال صاحب (التهذيب) فى كتاب العده: إن ما أورده فى كتابى الأخبار إنما آخذه من الأصول المعتمده عليها»(٢).

و فى الفقيه: «إن جميع ما فيه مستخرج من كتب مشهوره عليها المعول و إليها المرجع، مثل كتاب حريز بن عبد الله السجستانى، و كتاب عبيد الله بن على الحلبي و كتب على بن مهزيار الأهوازي، و كتب الحسين بن سعيد، و نوادر أحمد بن محمد بن عيسى»(٣).

فلا وجه لما ذكره السيد الخوئى قدس سره(٤) من أن جميع أخبار الباب ضعيفه سنداً أو دلالة؛ لأن جملة من هذه النصوص ظاهره فى جواز تقبيل الرجل الصبيّه قبل ستّ سنين من غير شهوه.

و أما إذا كان تقبيل الرجل للصبيّه المشار إليها عن شهوه و تلذذ فلا يجوز؛ لإجماع الفقهاء الأعلام و سيره المتدينين من العوام، كما فى مهذب الأحكام(٥).

و فى المستمسك: «و أما إذا كان عن شهوه فلما عرفت من الإجماع الارتكازى على الحرمة»(٦).

و لا ريب أن فى ارتكاز المتشرّعه المنع من التقبيل إذا كان كذلك، و أيضاً أنه ممّا علم بالضروره مبغوضيته عند الشارع.

ص: ١٥٠

١- (١) رسائل الشريف المرتضى ٢٦:١ رساله التباينات.

٢- (٢) كتاب الوافى ٢٣:١.

٣- (٣) من لا يحضره الفقيه ٣:١.

٤- (٤) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ٩٢:١.

٥- (٥) مهذب الأحكام ٤٨:٢٤.

٦- (٦) مستمسك العروه الوثقى ٤٢:١٤.

الظاهر أنه لا يجوز للرجل أن يقبل الصبيّه التي ليست له بمحرم بعد أن يأتي عليها ست سنين، و يمكن أن يستفاد هذا الحكم من النصوص المتقدّمه و إن لم يطرح في كلمات الفقهاء، و هي ما يلي:

- ١

قوله عليه السلام في روايه أبي أحمد الكاهلي المتقدّمه «إذا أتى عليها ست سنين فلا تضعها على حجرك»^(١).

قال السيد الخوئي في تقريب الاستدلال: «فإنّ السؤال فيها عن الحمل و التقبيل، إلّا أنّه عليه السلام قد أجاب بالنهي عن وضعها في الحجر إذا أتى عليها ست سنين، و هو يكشف - بحسب متفاهم العرفي كما هو واضح - عن أنّه عليه السلام إنّما أجاب عمّا هو أهون منهما، فيستفاد منها أنّه لا مانع من التقبيل و الحمل ما لم تبلغ الصبيّه ست سنين، فإذا بلغت ذلك فلا يجوز وضعها في الحجر فضلاً عن حملها أو تقبيلها، إلّا أنّ الروايه ضعيفه بأبي أحمد الكاهلي، فلا مجال للاعتماد عليها»^(٢).

نقول: و الظاهر أنّ عبد الله بن يحيى الكاهلي كان حاضراً في المجلس؛ لأنّه قال: «و أظنني قد حضرته» فالروايه معتبره، و لا يضرّ بأنّ أبي أحمد الكاهلي لا- توثيق له؛ لأنّه السائل و عبد الله يسمع، و يؤيّدّه ما في روضه المتّقين من أنّ هذا الحديث حسن كالصحيح^(٣)، إلّا أنّ الروايه مضمرة. و كذا ما في جملة «أظنني».

٢ - صحيحه

عبد الله بن يحيى الكاهلي قال: سألت محمّداً بن النعمان أبا عبد الله عليه السلام فقال له: عندي جويره ليس بيني و بينها رحمّ و لها ست سنين، قال:

ص: ١٥١

١- (١) وسائل الشيعه ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

٢- (٢) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٠.

٣- (٣) روضه المتّقين ٨: ٣٥٧.

«لا تضعها في حجرك» (١).

فإذا نهى الإمام عليه السلام عن الوضع في الحجر فالنهى عن التقبيل بطريق أولى، كما في الرواية المتقدمه؛ ولا ريب أنّ مناط الأولويّه و عدمها هو الأهميه عند الشارع بحسب ترتّب المفاصد عليه، و من الواضح أنّ المفسده التي تترتب على التقبيل تكون ذات أهميه أكثر من مفسده الوضع في الحجر؛ لأنّ التلذذ و الاستمتاع في التقبيل أشدّ و ثوران الشهوه فيه أكثر، فلا وجه لما ذكره في مباني العروه من أنّ الأولويّه في روايه أبي أحمد الكاهلي إنّما استفيدت من إعراض الإمام عليه السلام عن الجواب عن المسئول عنه، و الإجابة ببيان حكم الوضع في الحجر (٢).

٣ - روايه علي بن عقبه؛ لأنّه جاء فيها:

أنّ أبا الحسن عليه السلام قال: «إذا أتت على الجارية ستّ سنين لم يجز أن يقبلها رجلٌ ليست هي بمحرم له و لا- يضمّها إليه» (٣).

و كذا سائر النصوص المتقدمه من خبر زراره و مرفوع زكريّا المؤمن و خبر غياث بن إبراهيم و روايه عبد الرحمن بن بحر (٤).

و ظاهر هذه النصوص الحرمة؛ لأنّ في جملة منها النهى عن التقبيل و الضمّ، و هو ظاهر في الحرمة، و كذلك النصوص المشتمله على كلمه

«لا ينبغي»؛ فإنّها أيضاً ظاهره في الحرمة.

و لكن في المستمسك: «إنّ المستفاد من النصوص المذكوره هو الكراهه دون الحرمة... و بعض النصوص و إن كان ظاهراً في الحرمة، لكنّه قاصر السند» (٥).

ص: ١٥٢

١- (١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٧٥ الباب ١٢٨، ح ٢.

٢- (٢) مستند العروه الوثقى، كتاب النكاح، ح ٩١: ١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٦.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢ و ٤ و ٥ و ٧.

٥- (٥) مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٤١.

و تبعه فى ذلك السيد السبزوارى (١).

نقول: و يظهر ممّا تقدّم أنّ جملة من النصوص تكون صحيحة.

و العجب من السيد الخوئى، حيث قال: ليس فى المقام روايه واحده صحيحة السند، و تامّة الدلالة يمكن الاعتماد عليها لإثبات الحكم، و عليه: فمقتضى أصاله البراءه هو الجواز (٢).

و قال المجلسى: «قوله عليه السلام: فلا- تضعها. ظاهره الحرمة، و ربما يحمل على الكراهه مع عدم الريبه، كما هو ظاهر خبر الثانى، و الاحتياط فى الترك» (٣).

و فى وسيله النجاه و تحريرها: «الأحوط عدم تقييلها و عدم وضعها فى حجره إذا بلغت ستّ سنين» (٤).

و تبعهما فى ذلك الشيخ الفقيه الفاضل اللنكرانى (٥).

نقول: لا وجه لهذا الاحتياط و لا الحمل على الكراهه؛ لأنّه لا قصور فى دلاله النصوص على الحرمة، و لم تكن هناك قرينه على الخلاف؛ و إنّما نوقش فى سندها، و قد عرفت أنّه يحصل لنا الوثوق بصدور جملة من هذه النصوص من المعصوم عليه السلام، فتلك الروايات تامّة الدلالة و السند فى إثبات هذا الحكم.

إيضاح

و اعلم أنّ ما ذكرنا فى هذا المبحث من حكم تقييل الصبيّه فى كلتا صورتين

ص: ١٥٣

١- (١) مهذب الأحكام ٢٤: ٤٨.

٢- (٢) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٣.

٣- (٣) مرآه العقول ٢٠: ٣٧١، ح ١.

٤- (٤) وسيله النجاه ٢: ٢٣٣، تحرير الوسيله ٢: ٢٣٢-٢٣٣.

٥- (٥) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥-٤٦.

يجرى فى الصبى أيضاً، لوحده الملاك (١).

فالظاهر أنه يجوز للمرأة تقبيل الصبى؛ للأصل، و عدم الدليل على حرمة، و النصوص المتقدمه و إن وردت فى الصبىه و لكن يتعدى منها إلى الصبى أيضاً، كما استفاد السيد الحكيم (٢) من صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج المتقدمه (٣) فى التعدى عن نظر الرجل إلى الصبىه إلى نظر المرأة إلى الصبى.

و أما إذا كان للصبى أكثر من ست سنين و كان تقبيلها عن شهوه و التذاذ، فلا يجوز لها ذلك، و الدليل عليه ما ذكرنا فى تقبيل الرجل الصبىه؛ إذ لا شك أن فى ارتكاز المتشرع المنع منه، و أيضاً هذا مما علم مبغوضيته عند الشارع.

بيان آخر: حيث إن التلذذ و الاستمتاع فى التقبيل أشد من النظر، و ثوران الشهوه أكثر، فإذا لم يجز للمرأة النظر إلى الصبى الذى يأتى عليه ست سنين أو أكثر إذا كان عن شهوه و التذاذ، فلا يجوز لها تقبيله بطريق أولى.

و يؤيده أيضاً مرفوعه زكريا المؤمن المتقدمه؛ فإن فيها

«و الغلام لا يقبل المرأة إذا جاز سبع سنين» (٤).

أنظار فقهاء أهل السنه فى مباحث هذا الفصل

أ - الشافعيه

القول الأصح عندهم (٥) أنه يجوز للرجل النظر إلى صغيره لا تشتهى.

ص: ١٥٤

١- (١) لا وثوق لنا بوحده الملاك فى المقام، فمع عدم الروايه الداله على ذلك لا وجه للتعدى. نعم، لا ينبغى ترك الاحتياط. م ج ف.

٢- (٢) مستمسك العروه الوثقى ٣٩:١٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦٩:١٤ الباب ١٢٦ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٢.

٤- (٤) نفس المصدر: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٤.

٥- (٥) نهايه المحتاج ١٨٩:٦، منهاج الطالبين ٢:٤١٥.

قال النووي: «الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء لا حجاب منه»^(١).

و في الوجيز: «لا يحلّ للرجل النظر إلى شيء من بدن المرأة إلا إذا كان الناظر صبيّاً... أو كانت صبيّه»^(٢)، و به قال غيرهما^(٣).

و في مقابل هذا، قول بالتحريم؛ لأنّها من جنس الإناث^(٤).

و كذا قالوا بتحريم النظر إلى فرج الصغيره و الصغير^(٥).

ثمّ إنهم و إن لم يصرّحوا بحكم لمس الصبيّه، و لكن يستظهر من كلماتهم أنّ حكم لمس الرجل الأجنبيّ للصبيّه حكم نظره إليها.

قال الرافعي: «حيث يحرم النظر يحرم المسّ بطريق الأولى؛ لأنّه أقوى في التلذّذ و الاستمتاع، و لهذا لا يبطل الصوم بالإنزال بمجرد النظر، و يبطل بالإنزال بالملامسه»^(٦). و به قال أيضاً النووي^(٧) و الخطيب الشرييني^(٨).

و أمّا نظر الصبيّ إلى المرأة الأجنبية فقد جاء في روضه الطالبين:

«أنّ أمر الصبيّ يكون في ثلاث درجات:

إحداها: أن لا يبلغ أن يحكى ما يرى.

و الثانيه: يبلغه و لا يكون فيه ثوران الشهوه و تشوّف.

و الثالثه: أن يكون فيه ذلك.

ص: ١٥٥

١- (١) روضه الطالبين ١٦:٦.

٢- (٢) الوجيز ٦:٢.

٣- (٣) العزيز شرح الوجيز ٧:٤٧٢، المجموع شرح المهذب ١٧:٣٠٠.

٤- (٤) مغنى المحتاج ٣:١٣٠، حاشيتنا قلوبى و عميره: ٣/٣١٨.

٥- (٥) أسنى المطالب ٣:١١٠، روضه الطالبين ٦:١٨، مغنى المحتاج ٣:١٣٠، نهايه المحتاج ٦:١٩٠.

٦- (٦) العزيز شرح الوجيز ٧:٤٨٠.

٧- (٧) روضه الطالبين ٦:٢١.

٨- (٨) مغنى المحتاج ٣:١٣٢.

فالأول: حضوره كغيبته - و هو كالعدم - و يجوز له التكتشف من كل وجه.

و الثاني: كالمحرم، و الثالث: كالبالغ (١).

بمعنى أنه يلزم المنظور إليها الاحتجاب منه، و يلزم الولي أن يمنع من النظر، كما يلزم أن يمنع من الزنا و سائر المحرمات (٢).

هذا كله في غير المراهق. و أما المراهق:

فقال بعضهم: هو كالرجل البالغ الأجنبي معها، فلا- يحل لها أن تبرز له؛ لقوله - تعالى -: (... أَوِ الطُّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) الآية (٣)، و معناه:

لم يقووا على الجماع، و المراهق يقوى على الجماع، فهو كالبالغ (٤).

و قال النووي: «لظهوره على العورات» (٥).

و قال بعضهم: المراهق مع الأجنبي كالبالغ من ذوى أرحامها، لقوله - تعالى -: (وَ إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا) ٦، فأمر بالاستئذان إذا بلغوا الحلم، فدل على أنه قبل أن يبلغوا الحلم يجوز دخولهم من غير استئذان (٦).

إلا في الأوقات الثلاثة التي يضعن فيها ثيابهن، فلا بد من الاستئذان... فعلى هذا، فنظره كنظر البالغ إلى المحارم (٧).

ب: الحنفية

إنهم قالوا: إن كانت صغيره لا يشتهي مثلها فلا بأس بالنظر إليها و من مسها؛

ص: ١٥٦

١- (١) روضه الطالبين ١٦:٦.

٢- (٢) روضه الطالبين ١٦:٦.

٣- (٣) سورة النور ٣١:٢٤.

٤- (٤) البيان ١٢٨:٩، العزيز شرح الوجيز ٤٧٢:٧.

٥- (٥) روضه الطالبين ١٦:٦، المجموع ٣٠٠:١٧.

٦- (٦) البيان ١٢٨:٩، روضه الطالبين ١٦:٦، المجموع ٣٠٠:١٧.

٧- (٧) العزيز شرح الوجيز ٤٧٢:٧.

لأنه ليس لبدنها حكم العوره، ولا فى النظر و المسّ معنى خوف الفتنة، ولأن العاده الظاهره ترك التكلف بستر عورتها قبل أن تبلغ حدّ الشهوه، و أما النظره إلى العوره حرام(١).

و قال ابن عابدين: «لا عوره للصغير جدّاً و كذا الصغيره... فيباح النظر و المسّ، ثم قال: إذا لم يبلغ الصغير و الصغيره حدّ الشهوه يغسلهما الرجال و النساء»(٢).

و قال بعض آخر: «يشترط لجواز المسّ أن يكون أحدهما مأموناً؛ لأنّ أحدهما إذا كان لا يشتهى لا يكون اللمس سبباً للوقوع فى الفتنة، كالصغير؛ لأنه لا يؤدّى إلى الانتهاء من الجانين؛ لأنّ الكبير لا يشتهى بمسّ الصغير، و لهذا إذا مات صغير أو صغيره تغسّله المرأه و الرجل ما لم تبلغ حدّ الشهوه، و كذا يجوز النظر إلى الصغير و الصغيره و المسّ إذا كان لا يشتهى»(٣).

و أمّا بالنسبه إلى إبداء الزينه للطفل و نظره إلى النساء، قال الكاسانى: «إذا كان الطفل لم يظهر على عورات النساء و لا يعرف العوره من غير العوره، فلا بأس لهنّ من إبداء الزينه لهنّ؛ لقول الله - عزّ و جلّ -: (... أَوِ الطُّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) ٤ . و هذا مستثنى من قوله - تعالى -: (وَ لَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ...) الآية(٤)...

و أمّا الذى يعرف التمييز بين العوره و غيرها و قرب من الحلم، فلا ينبغى للمرأه أن تبدي زينتها له، ألا ترى أنّ مثل هذا الصبى قد امر بالاستئذان فى بعض

ص: ١٥٧

١- (١) المبسوط للسرخسى ١٠: ١٥٥، الفتاوى الهندية ٥: ٣٢٩.

٢- (٢) حاشيه ردّ المحتار ١: ٤٠٧ و ج ٦: ٣٦٤.

٣- (٣) تكمله البحر الرائق ٨: ٣٥٣.

٤- (٤) (٢، ٤) سورة النور ٢٤: ٣١.

الأوقات بقوله - تعالى - : (وَ الَّذِينَ لَمْ يَلْبُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ) ١ «(١).

ج: الحنابلة

قالوا: بأنّ الطفله التي لا تصلح للنكاح لا بأس بالنظر إليها بغير شهوه، ففي المغنى و الشرح الكبير: قال أحمد في روايه الأثرم في رجل يأخذ الصغيره فيضعها في حجره و يقبلها: فإن كان يجد شهوه، فلا و إن كان بغير شهوه فلا بأس (٢). و كذا في الكافي و الفروع (٣).

و قال المرداوى: «و هل هو محدود بدون السبع، أو بدون ما تشتهى غالباً؟ على وجهين» (٤).

و لا يحرم النظر إلى عوره الطفله قبل بلوغ سبع سنوات من العمر، و لا لمسها نصّاً، و لا يجب سترها مع أمن الشهوه، و كذلك الحكم بالنسبه إلى الطفل (٥).

و أمّا إذا بلغت الطفله حدّاً تصلح للنكاح كابنه تسع سنين؛ فإنّ عورتها مخالفه لعوره البالغه، بدليل قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«لا يقبل الله صلاه حائض إلاّ بخمار»، فدلّ على صحّه الصلاه ممّن لا تحيض و هى مكشوفه الرأس، فيحتمل أن يكون حكمها فى النظر إليها حكم ذوات المحارم بالنسبه لنظر ذوى محارمهنّ إليهنّ (٦). و اللمس كالنظر فيحرم حيث يحرم النظر، بل اللمس أولى؛ لأنّه أبلغ من النظر (٧).

ص: ١٥٨

١- (٢) بدائع الصنائع ٤: ٢٩٦.

٢- (٣) المغنى ٧: ٤٦٢، الشرح الكبير ٧: ٣٥٧-٣٥٨.

٣- (٤) الكافي ٣: ٦، الفروع ٥: ١١٢.

٤- (٥) الإنصاف ٨: ٢٣.

٥- (٦) كشاف القناع ٥: ١٣، الإنصاف ٨: ٢٣، الإقناع ٣: ١٥٩.

٦- (٧) المغنى ٧: ٤٦٢، الشرح الكبير ٧: ٣٥٨، كشاف القناع ٥: ١٣.

٧- (٨) كشاف القناع ٥: ١٣.

و كذا فى الفروع(١).

و أما فى مسأله إبداء الزينه للطفل و نظره إلى النساء، ذهبوا إلى أنه إذا كان الطفل غير ممیز لم يجب على المرأة الاستتار منه فى شىء، و لها إبداء زینتها له؛ لقوله - تعالى :- (... أَوِ الطُّفْلِ الَّذِینَ لَمْ یَظْهَرُوا عَلَی عَوْرَاتِ النِّسَاءِ) ٢ .

و إن كان ممیزاً غیر ذی شهوه، فله أن ینظر ما فوق السرة و تحت الركبه؛ لأنه لا شهوه له..

و إن كان الطفل ممیزاً ذا شهوه، فحكمه حکم ذی المحرم من المرأة فى النظر إليها و فى إبداء الزينه له.

و عن أحمد أنه كالأجنبی؛ لأنه كالبالغ فى الشهوه، و معنى ذلك أن المقارب للاحتلام يعتبر كالبالغ(٢).

ذكر فى الكافى فى المميز روايتين: إحداهما: هو كالبالغ، و الثانية: كذی المحرم، لقوله - تعالى :- (وَ إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ) ٤ ففرق بينه و بين البالغ(٣).

و بحسب تتبعنا لم نجد فى مذهب المالکيه فى کلّ المباحث التى طرحناها فى هذا الفصل رأى.

ص: ١٥٩

١- (١) الفروع ٥: ١١٢.

٢- (٣) المقنع: ٢٠٦، المغنى ٧: ٤٥٨، الشرح الكبير ٧: ٣٤٩، المبدع ٧: ١٠، الإنصاف ٨: ٢٣، الإقناع ٣: ١٥٩، كشاف القناع ٥: ١٢-١٣، الفروع ٥: ١٠٩.

٣- (٥) الكافى فى فقه أحمد ٣: ٦.

بحثنا فى ما سبق (١) أنّ الولاية على ثلاثة أقسام:

الأول: الولاية على النفس؛ وهى التى تتعلّق بالنفس من قبيل الولاية على التزويج، و ولاية الحضانه و ولاية التأديب، و الولاية على الإحرام و غيرها، و قد تقدّم البحث عن بعض هذه الأمور فى الفصول السابقه، و يأتى عن بعضها الآخر فى الأبواب الآتية.

الثانى: الولاية على المال؛ وهى التى تتعلّق بأموال الصغار و المجنون و السفية؛ لأنّ الولد الصغير كما يحتاج إلى من يقوم بإرضاعه و حضانه و كفالته، كذلك يحتاج إلى من يراعى مصلحته فى أمواله بحسن إدارتها و حفظها من الضياع و استثمارها و الإنفاق منها على الأمور الضروريّه له؛ لأنّ الولد الصغير لصغره ليس أهلاً لتقدير المصلحه، و لا يتصوّر منه الرضا الصحيح و لا القصد و الاختيار، فلهذا منع

ص: ١٤١

من التصرفات في ماله، فالحجر على الولد الصغير إنما كان لعجزه عن التصرف في ماله على وجه المصلحه، فكان من رحمه الشارع الحكيم أن حجر عليه، و لكن جعل الولاية في أموال الصغار إلى من يحفظها و ينميها لهم.

و أما الثالث: و هو الولاية على استيفاء حقوق الصغار، فيأتي البحث عنه في الأبواب الآتية.

و ينبغي أن نبحث هنا عن الأولياء الذين لهم الولاية مَنْ هم؟ و ما الدليل على ولايتهم، و ما هو الشرط في إثبات الولاية لهم؟ يعني هل إثبات الولاية للوليّ مشروطٌ بأن يكون الوليّ عادلاً، أو يكفي أن يكون فعله ذا مصلحهٍ و إن لم يكن عادلاً، أو لا ذا و لا ذاك، بل يكفي أن لا يكون في فعله مفسدهٌ؟ و هكذا.

للبحث و التحقيق عن هذه الأمور عقدنا هذا الفصل، و فيه مباحث:

ص: ١٦٢

إشاره

لا خلاف في ثبوت الولاية للأب و الجدّ له على الطفل إلى أن يبلغ الرشد، و أنّ ولايتهما بجعل إلهي؛ أي كان كلّ واحدٍ منهما ولياً إجبارياً من قبل الشارع.

قال الشيخ رحمه الله: «من يلي أمر الصغير و المجنون خمسه: الأب و الجدّ و وصي الأب أو الجدّ، و الإمام أو من يأمره الإمام»^(١).

و قال المحقّق: «يشترط في المتعاقدين كمال العقل و الاختيار، و أن يكون البائع مالكاً أو ولياً، كالأب و الجدّ للأب و الحاكم و أمينه و الوصي»^(٢). و كذا في الوسيله^(٣). و صرح به العلامة في بعض كتبه^(٤). و به قال الشهيد الأوّل^(٥) و يحيى ابن سعيد^(٦)، و المحقّق^(٧) و الشهيد^(٨) الثانيان، و المحقّق الأردبيلي^(٩).

و اختاره جماعه من متأخري المتأخرين^(١٠) و فقهاء العصر^(١١).

ص: ١٦٣

- ١- (١) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠٠.
- ٢- (٢) المختصر النافع: ١٤٦، شرائع الإسلام ٢: ١٤.
- ٣- (٣) الوسيله لابن حمزه: ٢٧٩.
- ٤- (٤) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥، تحرير الأحكام الشرعيّه ٢: ٥٤١، التبصره: ٩٦، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.
- ٥- (٥) اللمعه دمشقيّه: ٦٢.
- ٦- (٦) الجامع للشرائع: ٢٤٦ و ٢٨٢.
- ٧- (٧) جامع المقاصد ٥: ١٨٧ و ج ٤: ٨٥.
- ٨- (٨) الروضه البهيّه ٤: ١٠٥-١٠٦، مسالك الأفهام ٣: ١٦٤-١٦٦.
- ٩- (٩) مجمع الفوائد و البرهان ٩: ٢٣٠-٢٣٦.
- ١٠- (١٠) رياض المسائل ٥: ٦٣، المناهل: ١٠٥، الحدائق الناضره ١٨: ٤٠٣، شرح تبصره المتعلّمين للمحقّق العراقي ٥: ٣٨-٤١، العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ١٢٦، كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥، المكاسب و البيع للنائيني ٢: ٣٣٠، حاشيه الإيرواني على المكاسب: ١٥٣، جامع المسائل للفقيه المحقّق الفاضل اللنكراني ٢: ٣٠٣-٣٠٤.
- ١١- (١١) مصباح الفقاهه ٥: ١١، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ١٨١، كتاب البيع للإمام الخميني رحمه الله ٢: ٤٣٥، إرشاد الطالب ٣: ٣.

قال في تحرير الوسيله: «ولايه التصرف في مال الطفل و النظر في مصالحه و شئونه لأبيه و جدّه لأبيه، و مع فقدهما للقيّم من أحدهما... و مع فقدّه للحاكم الشرعى... و مع فقد الحاكم للمؤمنين مع وصف العداله على الأحوط»^(١). و كذا في تفصيل الشريعه^(٢).

و ممّا ذكرنا من كلمات الفقهاء ظهر الترتيب فى الولاية على الأموال عندهم أيضاً، و أنّه هو الأب و الجدّ للأب و إن علا، و الوصى^(٣) من أحدهما، ثمّ الحاكم الشرعى^(٤) و أمينه؛ و هو المنصوب من قبله لذلك أو لما هو أعمّ.

و لقد أجاد فى الحدائق فى تنقيح ترتيب الأولياء فى المقام، حيث قال: «الأولياء هم ستّة على ما ذكره الأصحاب، و سبعة على ما يستفاد من الأخبار - و به صرحوا أيضاً فى غير هذا الموضع -: الأب و الجدّ له - لا الأمّ - و الوصى من أحدهما - على من لهما الولاية عليه - و الوكيل من المالك أو ممّن له الولاية، و الحاكم الشرعى حيث فقد الأربعة المتقدّمه، و أمينه؛ و هو المنصوب من قبله لذلك أو لما هو أعمّ، و عدول المؤمنين مع تعذّر الحاكم، أو تعذّر الوصول إليه»^(٥).

و ما استدللّ به الفقهاء أو يمكن أن يستدلّ به لإثبات ولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار اموزّ:

الأول: الإجماع، قال المحقّق الأردبيلى: «كأنّه للإجماع المنقول»^(٦)،

ص: ١٦٤

١- (١) تحرير الوسيله ٢: ١٤، كتاب الحجر مسأله ٥.

٢- (٢) تفصيل الشريعه، كتاب المضاربه و الحجر: ٢٩٩.

٣- (٣) لأنّه مع بقاء الموصى لا معنى لجواز تصرف الوصى.

٤- (٤) لدلاله الحديث النبوى المنجبر بعمل الأصحاب، و هو «السلطان ولى من لا ولى له» سنن أبى داود ٢: ٣٩١ ح ٢٠٨٣، سنن الترمذى ٣: ٤٠٨ ح ١١٠٣، سنن ابن ماجه ٢: ٤٣٤ ح ١٨٧٩.

٥- (٥) الحدائق الناضره ١٨: ٤٠٣.

٦- (٦) مجمع الفائده و البرهان ٩: ٢٣١.

و فى التذكرة: «الولاية فى مال المجنون و الطفل للأب و الجد له و إن علا...»

إجماعاً» (١)، و فى الرياض: «و لا خلاف فى ثبوت الولاية لهؤلاء، بل الظاهر الإجماع عليه» (٢)، و به صرح المحقق النائنى (٣).

و قال السيد الخوئى: «ولاية الأب و الجد و ثبوتها لهما فى الجملة على الصغير من ضرورى الفقه و مورد الإجماع و السيره المستمره القطعيه» (٤).

و قال المحقق العراقى: و يدل عليه - علاوة على الإجماعات بل السيره - عموم «أنت و مالك لأبيك» (٥) (٦).

الثانى: السيره المستمره القطعيه، كما أشرنا إليها.

الثالث: - و هو العمده - النصوص الكثيره الوارده فى أبواب مختلفه؛ و هى على طوائف نذكرها على الترتيب التالى:

الطائفة الأولى: تدل على جواز تزويج الأب و الجد للصغار:

الأخبار الوارده فى باب تزويج الأب و الجد للصغار، و فيها الصحاح و الموثقات، و هى تدل بالصراحه على ثبوت ولايتهما على تزويج أولادهما الصغار، و قد سبق ذكر جملة منها (٧) (٨) فى إثبات ولاية الأب و الجد على التزويج.

ص: ١٤٥

١- (١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية، كتاب الحجر الفصل الرابع.

٢- (٢) رياض المسائل ٥: ٦٣ و ٣٩٠.

٣- (٣) المكاسب و البيع ٢: ٣٣٠.

٤- (٤) مصباح الفقاهه ٥: ١١، مهذب الأحكام ٢١: ١٢٦.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٢: ١٩٤ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٦- (٦) شرح تبصره المتعلمين ٥: ٣٨.

٧- (٧) راجع موسوعه أحكام الأطفال ١/ ٥٣٧.

٨- (٨) وسائل الشيعه ١٤: ٢٠٧ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، و ص ٢١٧ الباب ١١ و ص ٢٢٠ الباب ١٢.

و قد استدَلَّ في مفتاح الكرامه (١) و الرياض (٢) و كذا الشيخ الأعظم (٣) بفحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح.

فقالوا: إذا صحَّ ولاية الأب و الجدَّ على الأولاد الصغار في النكاح و كونهم سبباً في إيجاد التزويج بينهم مع كونه من أهمِّ الأمور، فلا شبهه في جواز ولايتهم و نفوذ أمرهم في سائر العقود، بالفحوى و الأولويَّة القطعيَّة.

الطائفة الثانية: تدلَّ على أنَّ الولد و ماله للأب:

منها: صحيحه

محمَّد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه؟ قال: يأكل منه ما شاء من غير سرف. و قال: في كتاب عليِّ عليه السلام: إنَّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلاَّ بإذنه، و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء، و له أن يقع على جاريه ابنه إذا لم يكن الابن وقع عليها، و ذكر أنَّ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال لرجل: أنت و مالك لأبيك (٤).

و منها: معتبره الحسين بن أبي العلاء - التي رواها المشايخ الثلاثة -

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يحلُّ للرجل من مال ولده؟ قال: «قوته» «قوت خ ل» بغير سرف إذا اضطرَّ إليه. قال: فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للرجل الذي أتاه فقَدَّم أباه فقال له: أنت و مالك لأبيك؟ فقال: إنَّما جاء بأبيه إلى النبيِّ صلى الله عليه و آله و سلم فقال: يا رسول الله هذا أبي و قد ظلمني ميراثي من امِّي، فأخبره الأب أنَّه قد أنفق عليه و على نفسه، و قال: أنت و مالك لأبيك، و لم يكن عند الرجل شيء، أو كان

ص: ١٦٦

١- (١) مفتاح الكرامه ٥: ٢٥٦.

٢- (٢) رياض المسائل ٥: ٣٩١.

٣- (٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٤ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ١.

رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يحبس الأب لابن» (١)؟! و رواه الصدوق فى الفقيه و معانى الأخبار (٢) و الشيخ فى التهذيب و الاستبصار (٣).

و منها: صحيحه أبى حمزه الثمالى (٤).

و منها: روايه الصدوق فى عيون أخبار الرضا عليه السلام و علل الشرائع (٥).

و كيفيه الاستدلال بتلك الأخبار بأن يقال: حرف اللام فى كلمه

«لأبيك»

للاختصاص، و فيه احتمالات ثلاث:

الأول: أن يكون الاختصاص بنحو الملك و الولد و ماله ملكاً للأب.

الثانى: أن يكون الاختصاص بنحو الولاية؛ يعنى أن ولاية الأب ثابتة على الولد و ماله.

الثالث: أن يكون الاختصاص بنحو السلطنة على الانتفاع به و بماله، كما أشار إليها المحقق الاصفهانى (٦).

أمّا الاحتمال الأول: فباطل قطعاً؛ لأنه من البديهي أن المراد بهذه الروايات ليس ما هو الظاهر منها؛ من كون الولد و ما بيده من ممتلكات أبيه ليكون الابن كعبد الأب و البنت كالجارية، بداهه أن رقبه الولد غير مملوكة لأحد، و أيضاً ليس المراد بتلك النصوص كون مال الولد للأب حقيقة بحيث يفعل ما يشاء.

و بعد تعدد الأخذ بظاهاها لا بدّ من حملها على معنى كئيب، كما يقال فى العرف

ص: ١٦٧

١- (١) نفس المصدر و الباب، ح ٨.

٢- (٢) الفقيه ٣: ١٠٩ ح ٤٥٦، معانى الأخبار: ١٥٥ ح ١.

٣- (٣) تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٤ ح ٩٦٦، الاستبصار ٣: ٤٩ ح ١٦٢، الكافي ٥: ١٣٦ ح ٦.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

٥- (٥) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٩٦، علل الشرائع ٢: ٥٢٤ باب ٣٠٢ ح ١.

٦- (٦) حاشية المكاسب ٢: ٣٧٣.

فى مورد صحّحه تصرّف الغير: إنّ العبد و ما فى يده لمولاه، و المعنى الكنائى هو أن ينزل الولد و ما له بمنزله الملك للأب.

فنعول: إنّ الأب مالك للولد و ما له، تنزيلاً بأن يعامل معه معامله مال نفسه و إن لم يكن مالكاً حقيقة؛ لأنّ المتفاهم من هذا التركيب و نحوه من المخاطبات العرفيه: أنّ المال مال الأب بحسب التنزيل لا حقيقة.

فمقتضى هذه المالكية التنزيلية جواز الانتفاع بماله إذا كان فقيراً و محتاجاً، كما هو مفاد صحيحته محمّد بن مسلم و أبى حمزه الثمالى المتقدمين، حيث علل الحكم فيهما بقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:

«أنت و مالك لأبيك».

فالمستفاد (١) منهما أنّ للأب السلطنة على جميع التصرفات الراجعة إلى الولد و ماله، بشرط أن لا يوجب الفساد و الإسراف، و لكنّ الولد الكبير خرج منهما إمّا بالدليل، و إمّا تنصرف أدلّه الولاية عنه (٢).

قال الإمام الخمينى قدس سره: «يظهر من تلك الروايات و من غيرها حدود جواز الأخذ بلا إذن من الابن، و ليس المقصود من قوله صلى الله عليه و آله:

«أنت و مالك لأبيك» ولاية الأب على ولده الكبير أو جواز أخذه من ماله كيفما كان...» (٣).

و الحاصل: أنّه يستفاد من تلك الأخبار أنّ للأب التصرف فى مال ولده الصغير و نفسه؛ لأنّه و ماله لأبيه و للجدّ و إن علا.

ص: ١٤٨

١- (١) و الحق ما ذهب إليه الاصفهاني قدس سره؛ من أنّ للأب جواز الانتفاع بمال ولده من غير سرف، و فيما اضطرّ إليه، و لا يستفاد من هذه الروايات ولاية التصرف و السلطنة على جميع التصرفات، كما أنّه لا فرق بين الأخذ من مال الولد الصغير أو الكبير. و أيضاً يستفاد منها عدم ضمان الأب فيما استفاد من ماله، و بالجملة: يستفاد منها الحكم التكليفي و الوضعي معاً. م ج ف.

٢- (٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٥٣٧:١٦، المكاسب و البيع للمحقّق النائيني ٣٣١:٢.

٣- (٣) كتاب البيع للإمام الخمينى ٢:٤٣٩ و ٤٤٠ مع تصرّف.

أورد المحقق الاصفهاني على الاستدلال بتلك الأخبار في المقام بوجهين:

الأول: أن جواز اقتراض الأب من مال الصغير ينافي هذه الملكية التنزيلية، إذ لو كان الولد و ماله ملكاً للأب لا معنى للاقتراض؛ لأنه لا يقترض الإنسان من ماله.

الثاني: أنه ورد في الروايات أنه يجوز للأب أن يُقوّم جاريه ابنه أو بنته و يبيعها لنفسه، و لا يعقل أن يقوّم شخص ماله و يشتريه من نفسه، و وافقه في ذلك تلميذه المحقق السيد الخوئي (١).

و يمكن الجواب (٢) عنهما بأن يقال: لو كان هناك ملكيه حقيقيه صحّ أن يقال:

لا- يعقل أن يقترض الإنسان من مال نفسه، أو يشتري من ماله، و لكن قلنا بأن للأب ملكيه تنزيليه لولايته على أموال الصغير، و باعتبار أن الأب مالك تنزيلاً- يجوز له أن يقترض من مال الصغير، و باعتبار أنه غير مالك واقعاً يستقرض من مال الصغير، و كذلك في الجاربه.

فعلى هذا باعتبار أن الأب مالك لها تنزيلاً يقوّمها و يبيعها، و باعتبار أنه غير مالك حقيقه يشتريها و يملكها؛ لأن الاقتراض و البيع من الأمور الاعتباريه و هي سهل المئونه، فلا يرد أن الأب مقرض و مقترض، أو أنه بائع و مشتري؛ لأن الأب هنا متعدّد اعتباراً و لو كان واحداً في الواقع.

ص: ١٦٩

١- (١) حاشيه المكاسب ٣٧٤:٢، مصباح الفقاهه ١٦:٥.

٢- (٢) و الجواب مخدوش جداً، لأن الملكية التنزيلية أثرها كون الأب بمنزله المالك الحقيقي، و تصرفه بمنزله تصرف المالك الحقيقي. و عليه: لا معنى لكونه مقرضاً و مقترضاً بالاعتبارين؛ فإن الاعتبار و إن كان سهل المئونه، إلا أنه لا يصح اعتبار مناقض لاعتبار آخر، فتدبر. م ج ف.

أورد المحقق الإيرواني على الاستدلال بتلك الأخبار أيضاً، بأنه ليس عنوان تلك الأخبار نفوذ معاملات الأب في حقّ ابنه، و إنّما عنوانها جواز استيلاء الأب على مال ابنه و أكله منه، و تصرّف الأب في أموال ابنه تصرّف الملاك في أموالهم، لا التصرف فيه بعنوان الولايه على الابن، فالأخبار أجيبه عمّا هو المدعى في المقام (١).

و هكذا أورد السيد الخوئي أيضاً «بأنّ هذه النصوص راجعه إلى بيان أمر أخلاقي ناشئ من أمر تكويني؛ فإنّ الولد بحسب التكوين موهبه من الله - تعالى - للأب، و مقتضى ذلك أن لا يعارض في تصرفاته و يكون منقاداً بأمره و نهيه» (٢).

و قال الأستاذ الشيخ جواد التبريزي دام ظلّه تبعاً للسيد الخوئي: «إنّ جواز أخذ الأب مال ابنه للإتفاق على نفسه و دفع اضطراره لا يقتضى ثبوت الولايه له بالإضافة إلى مال ولده» (٣).

و الجواب عمّا ذكره المحقق الإيرواني: أنّ مورد روايه عبيد بن زراره - التي كالصحيحه بل صحيحه على الأصح (٤) - و روايه قرب الإسناد - و هي معتبره أيضاً لاعتبار كتاب علي بن جعفر على قول (٥) - هو التصرفات الاعتبارية، و قد استشهد

ص: ١٧٠

١- (١) حاشيه الإيرواني على مكاسب الشيخ: ١٥٣.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٥: ١٦.

٣- (٣) إرشاد الطالب ٣: ٤.

٤- (٤) لأنه ليس في سندها من يتأمل فيه إلا سهل بن زياد، و الأمر فيه سهل؛ لأنّ المشهور على وثاقته.

٥- (٥) قال الشيخ الحرّ العاملي: «إنّما ذكرنا بعض الطرق تيمناً و تبرّكاً باتّصال السلسله بأصحاب العصمه عليهم السلام، لا لتوقف العمل عليه؛ لتواتر الكتب و قيام القرائن على صحّتها و ثبوتها. وسائل الشيعه ٢٠: ٤٩. و أيضاً طريق الشيخ الحرّ إلى الشيخ الطوسي صحيح و طريق الشيخ إلى كتاب علي بن جعفر أيضاً صحيح. معجم رجال الحديث ١١: ٢٨٩.

الإمام عليه السلام لصحّحه نكاح الجدّ بدون إذن الأب بقوله صلى الله عليه وآله: «أنت و مالك لأبيك» قائلاً: «فكيف يكون هذا وهو و ماله لأبيه، و لا يجوز نكاحه؟» (١).

فمن تطبيق الإمام عليه السلام (٢) هذه القاعده فى مقام إعمال الولايه دون الأخذ و الانتفاع يعلم أنّ المراد بهذه القاعده فى سائر الأخبار أيضاً معنى يشمل الولايه بقريته اتحاد السياق (٣).

فكيف يدعى المحقق الإيروانى أنّ مفادها هو جواز انتفاع الأب من أموال الولد فقط، و لا يدلّ على ثبوت الولايه عليه.

و الحاصل: مفاد هذه النصوص - على كثرتها و اختلافها فى الإطلاق و التقييد - أنّ كلّ تصرّف اعتبارياً كان أم خارجياً نافذ و جائز، لكن وردت فى التصرفات الخارجيه قيوداً فيؤخذ بها فى موردها، و لا حجّه لرفع اليد عن الروايات فى غير مورد القيود.

و ما أورده السيد الخوئى من أنّه حكم أخلاقى فهو ساقط أيضاً؛ لأنّ نفوذ التصرف الاعتبارى و لزوم الأخذ به لا يمكن أن يعلل بأمر أخلاقى، فلا ينبغى الإشكال فى الحكم بالنسبه إلى ولايه الجدّ و الأب فى التصرف فى مال الطفل بالبيع و الشراء و غيرهما بمفاد هذه الأخبار.

ص: ١٧١

١- (١) وسائل الشيعه ٢١٩:١٤ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ٥.

٢- (٢) يمكن أن يقال: إنّ تطبيق الإمام عليه السلام لا يدلّ على كون القاعده بنفسها كليّه عامّاً، و إلاّ فاللّازم أن يستفاد منها الاختصاص التام المالكى كما هو ثابت للابن، مع أنّه لم يذهب إليه أحد، و على هذا فالتطبيق يدلّ على دلالتها فى هذا المورد، و بما أنّ القاعده تعيديه فلا يمكن استفادته حكم كلىّ عامّ بالنسبه إلى جميع الموارد. نعم، يمكن الاستناد إلى الأولويه، لكن مرجع هذا إلى الدليل الأول. و عليه: فالحقّ ما ذهب إليه المحقق الإيروانى و من تبعه. م ج ف.

٣- (٣) كتاب البيع للمحقق الفقيه الأراكى ٩:٢.

الطائفه الثالثه: تدلّ على أنّ للأب تقويم جاريه ولده لنفسه:

وردت نصوص و دلت على أنه يجوز للأب أن يقوم جاريه ولده و يأخذها لنفسه ثم يطأها، فيمكن الاستدلال بهذه الأخبار أيضاً في المقام؛ و هي ما يلي:

١ - صحيحه

عبد الله بن سنان. قال: سألته - يعنى أبا عبد الله عليه السلام - ما ذا يحلّ للوالد من مال ولده؟ قال: «أما إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقه فليس له أن يأخذ من ماله شيئاً، و إن كان لوالده جاريه للولد فيها نصيب فليس له أن يطأها إلا أن يقومها قيمه تصير لولده قيمتها عليه، قال: و يعلن ذلك - إلى أن قال: - فإن كان للرجل ولد صغار لهم جاريه فأحبّ أن يفتضها (١) فليقومها على نفسه قيمه، ثم ليصنع بها ما شاء، إن شاء وطأ و إن شاء باع» (٢).

٢ - صحيحه

محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام؛ لأنّ في ذيلها في كتاب عليّ عليه السلام...: و له أن يقع على جاريه ابنه إذا لم يكن الابن وقع عليها، و ذكر أنّ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال لرجل: أنت و مالك لأبيك (٣).

٣ - صحيحه

أبي الصباح، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يكون لبعض ولده جاريه و ولده صغار هل يصلح أن يطأها؟ فقال: يقومها قيمه عدل ثم يأخذها و يكون لولده عليه ثمنها (٤).

٤ - صحيحه

عبد الرحمن بن الحجّاج، عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: قلت

ص: ١٧٢

١- (١) كذا في الاستبصار ٣: ٥٠، ح ١٦٣؛ و تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٥، ح ٩٦٨. و الظاهر هو الصواب، و لكن في الوسائل «يقتضيها».

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢: ١٩٥، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ٣، رواها في الاستبصار و الوسائل عن حسين بن سعيد، عن حمّاد إلخ. و لكن في التهذيب الحسين بن حمّاد.

٣- (٣) تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٣، ح ٩٦١، الاستبصار ٣: ٤٨، ح ١٥٧، الكافي ٥: ١٣٥، ح ٥، و وسائل الشيعه ١٢: ١٩٤، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ١.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٤: ٥٤٣، الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، ح ١.

له: الرجل يكون لابنه جاريه أله أن يطأها؟ فقال: يقومها على نفسه و يشهد على نفسه بئمنها أحب إليّ (١).

و نحوها صحيحه داود بن سرحان (٢) و موثقه إسحاق بن عمّار (٣) و مكاتبه الحسن بن محبوب (٤) و صحيحه عبد الرحمن (٥).

و مفاد هذه الأخبار - مع قوه سندها - أنه يجوز للأب تقويم الجاربه و بيعها لنفسه و تملكها بقيمه عدل و عليه ثمنها لولده، و هذا هو معنى الولايه على أموال الصغار.

قال الشيخ رحمه الله: «و ما تضمّنته هذه الأخبار من أنّ للأب أن يطأ جاريه ابنه إذا قومها على نفسه ما لم يمسهها الابن، محمول على أنه إذا كان ولده صغاراً، و يكون الأب هو القيم بأمرهم و الناظر في أحوالهم، فيجرى مجرى الوكيل، فيجوز للأب أن يقومها على نفسه» (٦).

الايراد على الاستدلال بهذه الأخبار و الجواب عنه

أورد المحقق الإيرواني على الاستدلال بتلك النصوص لولايه الأب و الجدّ على أموال الصغار، بأنّ في بعض هذه الأخبار تقويم جاريه الولد البالغ، كالروايه المتضمّنه لشكايه الولد إلى النبيّ صلى الله عليه و آله و سلم و تقديم عقد الجدّ بأنّها و أباهما للجدّ، و الاستدلال بها يقتضى ثبوت ولايه الأب على الولد البالغ و ماله، و لا ريب أنه

ص: ١٧٣

١- (١) نفس المصدر و الباب، ح ٣.

٢- (٢) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢: ١٩٨ الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٢: ١٩٨ الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٥- (٥) نفس المصدر ١٣: ٣٣٧ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ٤.

٦- (٦) الاستبصار ٣: ٥١.

لا ولايه له على ولده البالغ و ماله، و وافقه في هذا الإشكال السيد الخوئي قدس سره و الأستاذ الفقيه الشيخ جواد التبريزي دام ظلّه (١).

و يمكن الجواب عنه: بأنّ دلالة هذه الأخبار و غيرها على التصرفات المعاملية و التصرفات الخارجيه للأب في أموال الصغار واضحة لا شبهه فيها. و أمّا الولد البالغ و ابنته البالغة كما في مكاتبه الحسن بن محبوب (٢)، فنقول:

أولاً: بأنّ الأخبار تنصرف (٣) عن ولايه الأب على البالغين؛ لأنّه من المعهود أنّ البالغ مكلف و مستقلّ في نفسه و ماله، و لا سلطنه للغير عليه و على ماله، و هو كالضروريّ.

و ثانياً: لو قلنا بأنّ الأدلّه مطلقه تشمل الولاية على البالغين أيضاً، و لكنّ تحمل على المقيّدات و يعمل بها في غير موردها، و هو مورد ولاية الأب و الجدّ على مال الطفل و نفسه، كما يستظهر هذا من بعض عبارات الإمام الخميني قدس سره (٤).

الطائفة الرابعة: تدلّ على أنّه لو اتّجر بمال الطفل ففيه الزكاة:

منها: صحيحه

محمّد بن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: هل على مال اليتيم زكاة؟ قال: «لا، إلاّ أن يتّجر به أو تعمل به» (٥). حيث تدلّ على جواز الاتّجار بمال الطفل، و تثبت الولاية للأب أيضاً بعدم القول بالفصل.

و منها: صحيحه

الحلي، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: في مال اليتيم عليه

ص: ١٧٤

١- (١) حاشيه الإيرواني على المكاسب ٢: ٣٦٣، مصباح الفقاهه ٥: ١٦، إرشاد الطالب ٣: ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٨، الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٣- (٣) لا يخفى أنّه بعد كون مورد بعض الأخبار هو الولد البالغ فلا وجه لدعوى الانصراف. م ج ف.

٤- (٤) كتاب البيع ٢: ٤٣٩ و ٤٤٢.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٦: ٥٧، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ١.

زكاه؟ فقال: «إذا كان موضوعاً فليس عليه زكاه، فإذا عملت به فأنت له ضامن و الریح للیتیم» (١). و دلالتها كالمتقدمه واضحه.

و منها: موثقه

سماعه بن مهران، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: الرجل يكون عنده مال الیتیم فيتجر به أ يضمنه؟ قال: نعم، قلت: فعليه زكاه؟ فقال: لا، لعمري لا أجمع عليه خصلتين: الضمان، و الزكاه (٢).

و منها: خبر

محمد بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن صبيه صغار لهم مال بيد أبيهم أو أخيه هل يجب على مالهم زكاه؟ فقال: «لا- يجب فى مالهم زكاه حتى يعمل به، فإذا عمل به وجبت الزكاه، فأما إذا كان موقوفاً فلا زكاه عليه» (٣). و كذا روايات سعيد بن السمان ٤ و أبى العطار الخياط ٥

و منصور بن الصيقل ٦.

و هذه الأخبار مع أن فيها الصحاح و الموثقات تدل على جواز التصرفات المعاملية، كالاتجار و البيع و الشراء بمال الطفل، و أن هذه المعاملات صحيحة نافذة شرعاً، فينتج لأجل صحته هذه التصرفات إثبات ولاية الأب و الجد و الوصى و غيرهم، كأمين الحاكم و عدول المؤمنين، و حيث اقتصر فى خبر محمد بن الفضيل على جواز التصرف للأب، فيثبت ولايته فقط، و لكن إطلاق الوارد فى سائر النصوص يشمل الجد أيضاً و كذلك يطلق الأب على الجد، مضافاً إلى إمكان إثبات ولايته بعدم القول بالفصل أيضاً.

الطائفة الخامسة: تدل على كفايه قبض الأب فى باب الوقف:

وردت فى باب الوقف و الهبة نصوص تدل على أن من شرائط الوقف و الهبة

ص: ١٧٥

١- (١) نفس المصدر: ٥٤ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاه، ح ١.

٢- (٢) نفس المصدر: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، ح ٥.

٣- (٣) (٤) (٥) (٦) نفس المصدر و الباب، ح ٤، ٢، ٣، ٧.

أن يقبضه الموقوف عليه، و الموهوب له، أو من يتولّى عنهم، و أنّه يكفي قبض الأب عن وُلده الصغار إذا كانوا هم الموقوف عليهم.

١ - صحيحه

محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال في الرجل يتصدّق على وُلده و قد أدركوا: «إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذي يلي أمره» (١).

و المراد من الصدقه على الأولاد الوقف عليهم و الأب يقبضه، فيتحقّق شرط لزوم الوقف؛ لأنّ للأب ولاية على مال ولده الصغير.

٢ - صحيحه

جميل بن درّاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تصدّق على ابنه بالمال أو الدار أله أن يرجع فيه؟ فقال: «نعم، إلّا أن يكون صغيراً» (٢). أمّا صحّ الرجوع إلى المال؛ فلأنّ الموقوف عليه لم يقبضه، و إذا لم يقبضه الموقوف عليه، أو من يتولّى عنهم لم يصحّ الوقف و كان باقياً على ما كان عليه من الملك (٣). فيصحّ للأب الرجوع من الوقف؛ لأنّ المال الموقوف قبل القبض باق في ملكه.

و أمّا إذا كان الموقوف عليهم أولاده الصغار جاز الوقف؛ لأنّ الوالد يقبضه ولاية عليهم، فلا يصحّ الرجوع و قد خرج عن يده و ملكه.

٣ - و كذا صحيحه اخرى لجميل (٤) و روايه عبيد بن زرار (٥) و صحيحه ثالثه لجميل،

عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وهب لابنه شيئاً هل يصلح أن يرجع فيه؟ قال: «نعم، إلّا أن يكون صغيراً» (٦).

ص: ١٧٦

١- (١) نفس المصدر ٢٩٧:١٣ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١.

٢- (٢) نفس المصدر و الباب، ح ٧.

٣- (٣) النهاية للطوسى: ٥٩٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢٩٨:١٣ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٢.

٥- (٥) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

٦- (٦) نفس المصدر ٣٣٧:١٣ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ١.

علی بن جعفر، عن أخیه موسی بن جعفر علیهما السلام قال: سألته عن الصدقه إذا لم تقبض هل تجوز لصاحبها؟ قال: «إذا كان أب تصدّق بها علی ولد صغير فإنّها جائزه؛ لأنّه یقبض لولده إذا كان صغيراً، وإذا كان ولداً كبيراً فلا يجوز له حتّى یقبض» الحديث (١). و كذا موثقه داود بن الحصین ٢.

و هذه النصوص تدلّ بالصراحه علی أنّ الأب هو المتولّي لأمر الصغير فی الأموال.

٥ - و كذلك الأخبار التي تدلّ علی أنّ من تصدّق علی ولده الصغار بشيء ثمّ أراد أن یدخل معهم غیرهم، كصحیحه

عبد الرحمن بن الحجاج، عن أبی عبد الله علیه السلام فی الرجل يجعل لولده شيئاً و هم صغار، ثمّ یبدو له أن يجعل معهم غیرهم من ولده، قال: «لا بأس» (٢).

و علّل الإمام علیه السلام فی صحیحه علی بن جعفر بأنه

«یصنع الوالد بمال ولده ما أحبّ» (٣).

و كذا مرسله أبان (٤)، و أخبار المضاربه فی مال الیتیم (٥)، و هكذا طوائف اخرى من الروایات سنذكرها فی باب الوصیه للطفل. و كذا فی جواز البيع و المضاربه بماله و غيرها.

و الحاصل: أنّ ولاية الأب و الجدّ علی أموال الصغير من ضروریّ الفقه و مورد للإجماع و الشهره، كما یطلع علیه من تتبع الأبواب المتفرّقه فی الفقه، مثل

ص: ١٧٧

١- ((١، ٢)) نفس المصدر و الباب، ح ٥ و ٢.

٢- (٣) وسائل الشیعه ١٣: ٣٠١ الباب ٥ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٣.

٣- (٤) وسائل الشیعه ١٣: ٣٠٢ الباب ٥ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٥.

٤- (٥) وسائل الشیعه ١٣: ٣٣٤ الباب ٤ من كتاب الهبات، ح ١.

٥- (٦) وسائل الشیعه ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصایا، ح ١-٢.

كتاب النكاح و المضاربه و الحجر و الزكوات و الوقوف و الصدقات و الهبات و الوصايا و غيرها، بل هذا مما قامت به السيره العقلانيه؛ إذ ليس ذلك مخصوصاً بالشريعه الإسلاميه، بل جاريه في غيرها من الشرائع أيضاً (١).

«الولاية على أموال الصغار عند فقهاء أهل السنه»

أ - الشافعيه

قال النووي: «يلى أمر الصبي... الأب ثم الجد، ثم وصيهما، ثم القاضي، أو من ينصبه القاضي...»

ولى الصبي أبوه بالإجماع. قال ابن حزم: الصبي يشمل الصبي و العبد يشمل الأمه (٢). ثم الجد أبو الأب و إن علا، كما في ولاية النكاح... ثم الوصي؛ أي المنصوب من جهة الأب أو الجد، أو وصي من تأخر موته منهما؛ لأنه يقوم مقامه، و شرطه العدالة، ثم القاضي أو من ينصبه، و يسمي: أمينه، استدلالاً بحديث

عائشه قالت: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: «أما امرأه نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، مرتين أو ثلاث مرات، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» (٣). و القاضي وليه في النكاح كما هو وليه في المال (٤). و اختاره أيضاً الرافعي (٥) و الشرييني (٦).

و قال الماوردي: «إذا كان ولي الطفل أباً أو جدّاً، فهو يستحقّ الولاية عليه

ص: ١٧٨

-
- ١- (١) مصباح الفقاهه ١١:٥.
 - ٢- (٢) عنه في مغني المحتاج ١٧٣:٢.
 - ٣- (٣) أخرجه ابن ماجه ٢:٤٣٤ ب ١٥ ح ١٨٧٩ و أبو داود ٢:٣٩١ ح ٢٠٨٣ و الدارمي ٢:٩٦ ح ٢١٨٠ و البيهقي ١٠:٢٩١ ح ١٣٨٩٤ و ١٣٩٥.
 - ٤- (٤) المجموع شرح المهذب ١٤:١٢١، روضه الطالبين ٣:٤٧٥.
 - ٥- (٥) العزيز شرح الوجيز ٥:٨٠.
 - ٦- (٦) مغني المحتاج ٢:١٧٣.

بنفسه؛ لفضل حنّوه و كثره نفقته، و انتفاء التهمه عنه فى تصرّفاته، ألا ترى أنّ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم وصف حاله مع ولده فقال: الولد مَجْبَنُه محزنه مجهله. فوصفه بهذه الصفه؛ لما جُبِل عليه من محبّته»(١).

و فى هامشه حديث

عبد الله بن عثمان بن خثيم(٢) قال: أخذ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حسناً و حسيناً، فجعل هذا على هذا الفخذ، و هذا على هذا الفخذ، ثمّ أقبل على الحسن فقَبَله، ثمّ أقبل على الحسين فقَبَله، ثمّ قال: «اللّهُمَّ إِنِّي أَحْبَبُهُمَا فَأَحْبَبُهُمَا» ثمّ قال: «إِنَّ الْوَلَدَ مَجْبَنُهُ مَجْبَلُهُ مجهله»(٣).

ب - الحنفيّه

قال الكاسانى فى البدائع: «و أمّا الولايه فى الأصل نوعان... و أمّا الثانى: فهو ولايه الأب و الجدّ أب الأب و الوصى و القاضى، و هو نوعان أيضاً: ولايه النكاح و ولايه غيره من تصرّفات... أمّا الأوّل فسبب، هذا النوع من الولايه فى التحقيق شيان: أحدهما الأبوه، و الثانى القضاء؛ لأنّ الجدّ من قبل الأب أب لكن بواسطه، و وصى الأب و الجدّ استفاد الولايه منهما، لكن ذلك ولايه الأبوه من حيث المعنى...»

أمّا الأبوه؛ فلأنّها داعيه إلى كمال النظر فى حقّ الصغير، لوفور شفقه الأب و هو قادر على ذلك لكمال رأيه و عقله، و الصغير عاجز عن النظر لنفسه بنفسه، و ثبوت ولايه النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع؛ لأنّه من باب الإعانه على البرّ، و من باب الإحسان، و من باب إعانه الضعيف و إغاثة اللهفان، و كلّ ذلك

ص: ١٧٩

١- (١) الحاوى الكبير ٧: ١٢٠.

٢- (٢) نفس المصدر.

٣- (٣) أخرجه عبد الرزاق فى المصنّف ١١: ١٤٠ ح ٢٠١٤٣، و ابن ماجه فى سننه ٤: ٢١٦ ح ٣٦٦٦، و البيهقى ١٥: ٢٧٦ ح ٢١٤٦٢، و الحاكم ٣: ١٧٩ ح ٤٧٧١، و أحمد ٦: ١٧٨ ح ١٧٥٧٣، من حديث يعلى العامرى.

حسن عقلاً و شرعاً..».

ثم شرع في بيان شرائطها، فقال: «و أما شرائط الولي فأشياء:

الشرط الأول: أن يكون حرّاً...

الشرط الثاني: أن يكون عاقلاً فلا ولاية للمجنون؛ لما قلنا.

و منها: إسلام الولي إذا كان المولى عليه مسلماً»^(١).

ج - الحنابلة

إنهم قائلون أيضاً بولاية الأب و الجدّ، قال ابن قدامة في الكافي: «و يتولّى الأب مال الصبيّ و المجنون؛ لأنها ولاية على الصغير، فقدّم فيها الأب كولاية النكاح، ثم وصّيه بعده؛ لأنه نائبه، فاشبهه وكيله في الحياه، ثم الحاكم؛ لأنّ الولاية من جهة القرابه قد سقطت...»^(٢) و شبيه هذا الكلام في كشف القناع^(٣).

د - المالكيه

و عندهم الولاية على الصغير - ذكراً كان أو انثى - للأب ثم لوصيّه أو وصي وصيّه، ثم الحاكم أو من يقوم مقامه، و لا ولاية للجدّ و لا للأُمّ و لا لغيرهم من الأقارب.

قال في عقد الجواهر: «و وليّ الصبيّ أبوه، و عند عدمه الوصي أو وصيّه، فإن لم يكن فالحاكم، و لا ولاية للجدّ و لا للأُمّ و لا لغير من ذكرنا»^(٤). و هكذا في شرح الزرقاني^(٥)

ص: ١٨٠

١- (١) بدائع الصنائع ٤: ٣٤٩-٣٥٠.

٢- (٢) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧.

٣- (٣) كشف القناع للبهوتي الحنبلي ٣: ٥٢١.

٤- (٤) عقد الجواهر الثمينه لابن شاس ٢: ٦٣٠.

٥- (٥) شرح الزرقاني لأبي الضياع ٣: ٢٩٧-٢٩٨.

إشاره

و فيه مطالب:

المطلب الأول: عدم اختصاص الولاية بالجدّ الداني

إشاره

ظاهر كلمات الفقهاء أنّ الولاية لا تختصّ بالجدّ الداني، بل تعمّ العالی أيضاً، كما صرّح به في التذكرة^(١) و الروضه^(٢) و المسالك^(٣) و الكفايه^(٤) و الرياض^(٥)

و غيرها^(٦). و ادّعى في المناهل^(٧) أنّه لا خلاف فيه.

و الوجه في ذلك، أنّ العرف يفهم من التعليل الوارد في معتبره عبيد بن زراره، و معتبره علي بن جعفر أنّ الأجداد كالجدّ القريب و كالأب في الولاية، و لا فرق بين الجدّ و جدّ الجدّ و إن علا؛ لأنّه ورد فيها

«الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً...»

و يجوز عليها تزويج الأب و الجدّ^(٨).

و هكذا إطلاق الجدّ يشمل الجدّ العالی و الداني.

قال الشيخ الأعظم: «لا خلاف ظاهراً - كما ادّعى - في أنّ الجدّ و إن علا

ص: ١٨١

١- (١) التذكرة ٥٨٧:٢، الطبعه الحجرية.

٢- (٢) الروضه البهية ١٥٠:٥ و ج ١٠٥:٤.

٣- (٣) مسالك الأفهام ١٦١:٤.

٤- (٤) حكاة عنه في المناهل ص ١٠٥.

٥- (٥) رياض المسائل ٣٩٠:٥.

٦- (٦) كتاب البيع للإمام الخميني ٢:٤٤٢ مع تصرّف، مصباح الفقاهه ٢٨:٥-٢٩.

٧- (٧) المناهل: ١٠٥.

٨- (٨) وسائل الشيعه ١٤:٢١٨-٢١٩ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ٢، ٥، ٧، ٨.

يشارك الأب في الحكم، ويدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشخص و ماله - الذي منه مال ابنه - لأبيه. و ما دلّ على

أنّ الولد و والده لجدّه»(١).

و هكذا مقتضى قوله عليه السلام فى روايه الكافى و غيره،

يجوز عليها تزويج الأب و الجدّ عدم الفرق بين الأجداد.

قال الإمام الخمينى قدس سره بعد نقل بعض الروايات المتقدمه و تقريب الاستدلال بها و وجه الجمع بينها ما هذا نصّه: «و الظاهر المتفاهم منها بحكم التعليل عدم الفرق بين الجدّ و جدّ الجدّ و إن علا... فإنّه يفهم العرف من التعليل - الوارد فى الروايات - أنّ الأجداد كالجدّ القريب و كالأب فى الولاية - إلى أن قال: - فإنّ جعل الولاية للأب و الجدّ و إن علا ليس بجعل النبى صلى الله عليه و آله، بل بجعل إلهى، بل لا- يبعد أن يكون حكم الله تبارك و تعالى بنفوذ تصرّفاتهم موضوعاً لانتزاع الولاية، لا أنّ المجعول هى بلا واسطه»(٢).

و لكن توقّف فى الجواهر و قال: «فى تعدّى الحكم إلى أب الجدّ و جدّ الجدّ و إن علا- مع الأب نظر، و لعلّ إطلاق القائل يقتضيه. نعم، قد يتوقّف فى تقديمه على من هو أدنى منه؛ لعدم انبساطه من الأب، فتأمل جيّداً»(٣).

الإيراد على الاستدلال و الجواب عنه

و ربما يستشكل فى صحّه هذا الاستدلال بالنبوى على ولاية جدّ الجدّ و إن علا، بأنّه يلزم منه إثبات الموضوع بالحكم، نظير الإشكال الذى فى حجّيه الأخبار مع الواسطه فى باب حجّيه الخبر الواحد.

ص: ١٨٢

١- (١) المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٥٤٢:١٦.

٢- (٢) كتاب البيع للإمام الخمينى ٢:٤٤٢.

٣- (٣) جواهر الكلام ١٠٢:٢٦.

و تقريب الإشكال: أنّ كون الابن و ماله لأبيه ثبت بالنبويّ المتقدّم (١)، فكيف يمكن إثبات كون الأب و ماله للجدّ. و من جملة أموال الأب بحكم هذا النبويّ ابنه و ماله، و هكذا بالنسبة إلى جدّ الجدّ، فيلزم أن يتحقّق الموضوع بالحكم، و نسبه الموضوع إلى الحكم نسبه المعروف إلى العرض، فلا يعقل أن يكون الحكم موجداً لموضوعه، لاستلزامه الدور المحال؛ لأنّ وجود الحكم يتوقّف على الموضوع، و لو توقّف الموضوع على الحكم بحسب الفرض لزوم الدور.

و يندفع هذا الإشكال بأنّ الذي لا يعقل هو إثبات الحكم موضوع شخصه لا إثبات موضوع الحكم آخر؛ فإنّ هذا بمكان من الإمكان، و المقام من هذا القبيل؛ لأنّ ثبوت كون الابن و ماله للجدّ بالنبويّ، يوجب تحقّق موضوع الحكم آخر، و هو كون الأب و ماله للجدّ؛ لأنّه يستفاد من النبويّ الكبرى الكليّة القابلة للانحلال عرفاً، و تترتب هذه الكبرى الكليّة على موضوعات متعدّده، فالابن و ماله للأب بحكم النبويّ، و يثبت به موضوع الحكم آخر، و هو أنّ الأب و ماله - و من جملة ماله مال الابن - للجدّ بحكم هذا النبويّ أيضاً.

و هكذا جدّ الجدّ، فكلّ حكم لموضوع يوجب لتحقّق موضوع آخر و يترتب عليه حكمه الآخر، فتكون موضوعات متعدّده لأحكام متعدّده، غايته أنّ الأحكام تكون من سنخ واحد، و تعدّد الأحكام إنّما ينشأ من انحلال قضيه أنّ كلّ ابن و ماله لأبيه، كما هو الشأن في جميع القضايا الحقيقيّة، حيث إنّها تنحلّ إلى أحكام متعدّده حسب ما لموضوعها من الأفراد (٢).

المطلب الثاني: كون الأجداد في مرتبه واحده

بعد ما ثبت أنّ للأجداد ولاية على أموال الصغار فيمكن أن يقع سؤال، و هو أنّه هل يكونوا في مرتبه واحده، أو تختصّ الولاية بالجدّ الأدنى، و بعده الجدّ العالی،

ص: ١٨٣

١- (١) في ص ١٦٢.

٢- (٢) حاشيه الإيرواني على مكاسب الشيخ: ١٥٤.

و بعده الجد الأعلى إن كان باقياً، وهكذا؟ فيه قولان:

الأول: أنه تختصّ الولايه بعد موت الأب بالجد الأدنى، بمعنى أنّ الأقرب يمنع الأبعد (١) كما اختاره في المسالك (٢)، و حكى أيضاً عن جامع المقاصد و الكفايه (٣).

الثاني: - وهو الأقوى - أنّ الأجداد كانوا في مرتبه واحده، فكلهم أولياء بالاستقلال، و يظهر هذا من إطلاق الشرائع (٤) و المختصر النافع (٥)، و اختاره في التبصره (٦) و الإرشاد (٧) و التحرير (٨) و القواعد (٩) و التذكره (١٠) و الدروس (١١) و اللمعه (١٢) و كنز العرفان (١٣) و الروضه البهيّه (١٤) و الرياض (١٥) و غيرهم (١٦)

ص: ١٨٤

- ١- الظاهر عدم الكليه لهذه القاعده و التتبع يثبت، كما أنّ وجود الأب في المقام لا يمنع الجد الأدنى؛ بمعنى أنّ ولايه الجد الأدنى ليست في رتبه مؤخره عن ولايه الأب، بل يشتركان؛ بمعنى نفوذ تصرف أحدهما مع فقد تصرف الآخر. م ج ف.
- ٢- مسالك الأفهام ٧: ١٧١.
- ٣- حكاه السيد المجاهد في المناهل: ١٠٥، و لكن لم نعثر عليه في جامع المقاصد و كفايه الأحكام. نعم، في ج ٥: ١٨٧ هكذا: «و هل يكون للجد الأعلى مع وجود الأدنى ولايه؟ فيه نظر».
- ٤- شرائع الإسلام ٢: ٨.
- ٥- المختصر النافع: ١٤٦.
- ٦- تبصره المتعلمين: ٩٦.
- ٧- إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.
- ٨- تحرير الأحكام ٢: ٥٤١ و ج ٣: ٤٣٣.
- ٩- قواعد الأحكام ٢: ١٣٥.
- ١٠- حكاه في المناهل: ١٠٥ عن التذكره.
- ١١- الدروس الشرعيّه ٣: ١٩٢.
- ١٢- اللمعه دمشقيّه: ٦٢.
- ١٣- كنز العرفان في فقه القرآن ٢: ٢٠٩.
- ١٤- الروضه البهيّه ٤: ١٠٥.
- ١٥- رياض المسائل ٥: ٦٣.
- ١٦- كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٤٠ و ٤٤٢، تحرير الوسيله ٢: ١٤، كتاب الحجر مسأله ٥.

و الوجه في ذلك: أنّ المقتضى لولا-يتهم حال كونها في مرتبه واحده موجود و المانع مفقود. أمّا المقتضى، فلأنّ مقتضى إطلاقات باب النكاح - مع التعليل المذكور في الروايات من قوله صلى الله عليه و آله:

«أنت و مالك لأبيك»^(١) - عدم الفرق بين الأجداد في ذلك.

و أمّا عدم المانع، فلأنّ ما توهم من المانع ليس إلّا قوله - تعالى -: (وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ) ٢ .

بناءً على أن يدعى بأنّ الآيه تشمل الولايه أيضاً، و لكنّها وردت في الإرث، فلا يجوز التمسك بها في المقام كما هو ظاهر لمن تأمل فيها و تدبّر في القرائن المحفوف بها، و ممّا قلنا ظهر ما في الوجه الأول.

المطلب الثالث: تقارن تصرّف الأب و الجدّ

إشاره

قد عرفت اشتراك الأب و الجدّ في الولايه؛ بمعنى نفوذ تصرّف أحدهما مع فقد تصرّف الآخر، أو الموافقه و عدم المعارضه، أو سبق تصرّف المتصرّف منهما. و أمّا مع التقارن، كما إذا باع أحدهما شيئاً من أموال الصغار لشخص، و باع الآخر ذلك الشيء بعينه لغير ذلك الشخص، و وقع عقدهما في آن واحد، ففي تقديم تصرّف الأب أو الجدّ أو البطلان احتمالات:

الاحتمال الأول: أنه يقدم الأب. قال في كتاب الوصايا من التذكرة: «إنّ ولاية الأب مقدّمه على ولاية الجدّ، و ولاية الجدّ مقدّمه على ولاية الوصيّ للأب، و الوصيّ للأب و الجدّ أولى من الحاكم»^(٢).

ص: ١٨٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٢: ١٩٤-١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١ و ٢.

٢- (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجريه.

الاحتمال الثاني: أنه يقدّم عقد الجدّ، تمسكاً بفحوى ما دلّ على تقدّم عقده في الترويج من الإجماعات و النصوص المستفيضة، و قال في التذكرة: «حكم الجدّ أولى لو عارضه الأب»^(١).

الاحتمال الثالث: بطلان كلا العقدين، تمسكاً بقاعده استحاله الترويج من غير مرجح.

و يظهر من الروضة التوقف في ذلك، حيث قال: «لو اجتمعا، فإن اتفقا على أمرٍ نفذ، و إن تعارضا قَدّم عقد السابق، فإن اتفقا ففي بطلانه أو ترجيح الأب أو الجدّ أو جُء»^(٢).

الاحتمال الرابع: أنه يقرع بينهما^(٣).

الاحتمال الخامس: أنه يتخير الحاكم بينهما^(٤).

قال المحدّث البحراني: «و المسألة خاليه من النصّ، فمن أجل ذلك حصل التردّد فيها، و الاحتمال في تقديم كلّ من الجدّ و الأب على الآخر»^(٤).

و قال الإمام الخميني قدس سره و نعم ما قال: «الأب و الجدّ مستقلان في الولاية، فينفذ تصرّف السابق منهما ولغا اللاحق، و لو اقترنا ففي تقديم الجدّ أو الأب، أو عدم الترويج و بطلان تصرّف كليهما وجوه بل أقوال، فلا يترك الاحتياط»^(٥).

و كذا في تفصيل الشريعة، و زاد «أنّ الاحتياط يحصل بما فيه النفع الأكثر و الغبطه الكامله»^(٦).

ص: ١٨٦

١- (١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية، جامع المقاصد ٥: ١٨٧، مسالك الأفهام ٤: ١٦١-١٦٢.

٢- (٢) الروضة البهية ٤: ١٠٥-١٠٦.

٣- (٣، ٥) المناهل: ١٠٥.

٤- (٥) الحدائق الناضرة ١٨: ٤٠٨.

٥- (٦) تحرير الوسيلة ٢: ١٤، مسأله ٧.

٦- (٧) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٢-٣٠٣.

أ - الحنفية

إنهم يعتقدون بأن أولى الأولياء الأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجد، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي، ثم من نصبه القاضي، ويعلم الكاساني هذا الترتيب بقوله: «وإنما تثبت الولاية على هذا الترتيب؛ لأن الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم والنظر على هذا الترتيب؛ لأن ذلك مبني على الشفقة (١)، وشفقه الأب فوق شفقه الكل، وشفقه وصيه فوق شفقه الجد؛ لأنه مرضي الأب ومختاره، فكان خلف الأب في الشفقة، وخلف الشيء قائم مقامه كأنه هو، وشفقه الجد فوق شفقه القاضي... وكذا شفقه وصيه؛ لأنه مرضي الجد، ثم قال: وليس لمن سوى هؤلاء من الأم والأخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير في ماله» (٢).

ب - الشافعية

إنهم قالوا: ولي الصبي أبوه، ثم جدّه أبو الأب، ثم وصيهما، ثم القاضي، ولا ولاية عند الشافعية للأم في القول الأصح قياساً على النكاح، وفي القول الثاني لها الولاية المائيه بعد الأب والجد وتقدم على وصيهما لكمال شفقتها (٣).

ص: ١٨٧

١- (١) وما أدري وليت شعري كيف يكون الحكم مبنيّاً على الشفقة؛ فإننا إذا قلنا بأن ثبوت الولاية للأب إنما هو بجعل إلهي، فهي محدوده بما حدده الشارع المقدس، والترتيب تابع له أيضاً، وإذا قلنا بأنها ليست تأسيساً شرعياً، بل سيره العقلاء تدلّ على ذلك، فهي مجمله من هذه الجهة جدّاً، وعليه: فلا وجه للتعرض للشفقة أصلاً، ثم لو أغمضنا النظر عن ذلك، فكيف يمكن أن يقال إن شفقه الوصي فوق شفقه الجد. م ج ف.

٢- (٢) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٣، ردّ المحتار ٦: ١٧٤.

٣- (٣) نهايه المحتاج ٤: ٣٧٣-٣٧٥، المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢١.

ج - الحنابلة

قالوا: تثبت الولاية المائيه للأب، ثم بعد الأب وصيّه، ثم للحاكم، فإن لم يوجد حاكم فأمينٌ يقوم به، و الأمّ و سائر العصابات لا ولاية لهم(١).

د - المالكيه

و رأيهم كرأى الحنابلة(٢).

فالحنفيه و الشافعيه قائلون بولاية الجدّ، إلا أنّ الشافعيه يقدّمونه على وصيّ الأب، بخلاف الحنفيه الذين قالوا: بأنّ ولايته متأخره عنه، و أمّا الحنابلة و المالكيه لا يقولون بولاية الجدّ.

و أيضاً الشافعيه قالوا بولاية الأمّ في أحد قوليهم، بخلاف المذاهب الثلاث الأخر.

ص: ١٨٨

١- (١) الإقناع ٢: ٢٢٣، كشّاف القناع ٣: ٥٢١، المغنى ٤: ٥٢٦.

٢- (٢) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٦٣٠ حاشيه الدسوقي ٣: ٢٩٣.

إشاره

و فيه مطالب:

المطلب الأوّل: اشتراط العدالة

إشاره

هل يشترط فى ثبوت الولاية للأب و الجدّ عدالتهم، أو لا؟

أقوال:

القول الأوّل: أنه يعتبر فى موضوع ولاية الأب و الجدّ العدالة

، اختاره فى الإيضاح (١)، و حكاها فى مفتاح الكرامه (٢) و الجواهر (٣) عن الوسيله، و لكن نعث عليه فى الوسيله. نعم، اشترط فى تصرّف الوليّ كونه ثقّه، و فى الوصيّ أن يكون عادلاً.

و يظهر من القواعد التوقّف فى المسأله، حيث قال: «و يشكل الأمر فى الأب الفاسق» (٤)، و لكن استظهر منه المحقّق الأردبيلى القول باشتراط العدالة، حيث قال: «إنّ ظاهر أكثر العبارات خاليه عن اشتراط العدالة فى الأب و الجدّ. نعم، فى القواعد و شرحه إشاره إلى ذلك» (٥).

ص: ١٨٩

١- (١) إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٨.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٥: ٢٥٧.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢: ١٠٢.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٤.

٥- (٥) مجمع الفائده و البرهان ٩: ٢٣٢. إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٧-٦٢٨، جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

ويمكن الاستدلال على لزوم هذا الشرط بأمور:

الأول: قوله - تعالى - : (وَلَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ) ٢ .

و تقريب الاستدلال بها: أنه بعد ما نهى الله - عزّ وجلّ عن ركون الناس إلى الظالم، والمراد به الفاسق و مطلق من عصى الله بقربينه (لا ينال عَهْدِي الظَّالِمِينَ) ٣ فهو - تعالى - أولى بذلك، فيجب أن لا- يدفع أمر ولايه مال الصغير إلى الأب الظالم؛ لأنه ركون إليه و اعتماد به، و قد نهى سبحانه عنه.

و فيه نظر، أولاً: فإن المراد بالركون إلى الظالم الدخول في أعوانه و جعل الظالم ولياً على نفسه؛ حيث إنّ هذا في نفسه محرّم، و القرينه على ذلك قوله - تعالى - في آخر الآية: (وَمَا لَكُمْ مِّن دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنصِرُونَ) . و لذلك لم يلتزم أحد فيما نعلم باعتبار العدالة في الوكيل أو العامل في المضاربه أو المستعير أو الودعي و نحو ذلك، مع أنّ في جميع ذلك ركون من الموكل و المضارب و المالك إلى الوكيل و العامل و المعير و الودعي(٢).

قال الإمام الخميني قدس سره: «مع إمكان دعوى ظهور الآية الكريمة في الركون إلى ولاه الجور؛ فإنّ قوله - تعالى - : (فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُم مِّن دُونِ اللَّهِ

ص: ١٩٠

١- (١) غير خفي أنّ الأدلّة الدالّة على ثبوت الولاية للأب مطلقه و غير مشروطه بالعدالة، سيّما ما ورد في تزويج الأب أو الجدّ، و أيضاً ظاهر القاعدة الكليّة و هي «أنت و مالك لأبيك» التي هي آية عن تقييدها بالعدالة، فبناء على ذلك يحتاج التقييد إلى دليل آخر يكون بياناً عرفاً للأدلة المطلقة. م ج ف.

٢- (٤) إرشاد الطالب ٣: ٧.

مِنْ أَوْلِيَاءِ ثُمَّ لَا تُنصِرُونَ) سياقُه يشهد بأنَّ الركون إليه أمر عظيم، و من الكبائر و ذو مفسدهٍ عظيمه؛ حيث أوعد عليه بالنار و عدم الأولياء و الناصر لهم، و هذا يناسب الركون إليهم، حيث ورد فيهم و في إعانتهم ما ورد في الأخبار، لا الركون و الميل إلى فاسقٍ كان سبب فسقه عدم ردِّ السلام الواجب»(١).

و ثانياً: أنَّ ذلك قياس فعل البارئ المتعال بأفعال المكلفين مع أنَّه مع الفارق جدّاً؛ فإنَّ أفعاله - تعالى - موافقه لصلاح النظام الكلِّي التكويني لا النظام التشريعي المحدود، كما أنَّ جعله التشريعي لا بدّ و أن يوافق صلاح النظام التشريعي العام، و هو ممّا لا تحيط به العقول المحدوده، و لهذا ترى أنَّه - تعالى - نهى عن التعاون على الإثم و العدوان، و مع ذلك جميع أسباب الإثم و العدوان موجوده بإرادته و فعله، و لا شبهه في وجوب حفظ نفس المؤمن علينا و هو - تعالى قادر على حفظها و لم يحفظها، بل و كل ملك الموت بإماتتها.

و ثالثاً: أنَّ الركون كالتصديق من فعل الجنان، فإمّا أن يحمل على العمل الخارجي و ترتيب الأثر له فيصير مرتبطاً بما نحن فيه.

و إمّا أن يحمل على نفس ما هو عمل الجنان و القلب من الميل و الحبّ، و عليه:

فلا مساس للآيه بما نحن فيه؛ إذ يمكن إيكال أمرٍ إلى ظالمٍ مع النفرة عنه قلباً غايه النفرة.

ثمّ الظاهر من الآيه عرفاً هو الثاني، خصوصاً بملاحظه ذيلها (فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ) و ملاحظه ما ورد في تفسيرها من أنَّ الرجل يأتي السلطان فيحبّ بقاءه إلى أن يدخل يده في كيسه فيعطيه(٢).

ص: ١٩١

١- (١) كتاب البيع ٢: ٤٤٩-٤٥٠.

٢- (٢) كتاب البيع للشيخ الأراكي ٢: ١٠.

ورابعاً: أنّ المراد من الركون في الآيه الكريمه ليس الركون في الأمور الدنيويّه، بل المراد به هو الركون في الأمور السديتيّه (١).
بقرينه ذيلها (فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ) . حيث إنّ ذلك نتيجه الركون إلى الظالم في الأمور السديتيّه لا في الأمور الدنيويّه، وإلاّ فلازمه عدم
جواز توكيل الفاسق في الأموال الشخصيه للبالغين الراشدين و كونه من المحرّمات الشخصيه، فهي بديهى البطلان، ولا أنّه يجوز
تأمين الفاسق و جعل الوديعه عنده (٢).

قال الشيخ الأعظم بعد حكاية اشتراط العدالة فيها: «و لعلّه أراد بنصّ القرآن آيه الركون إلى الظالم... و في دلاله الآيه نظر» (٣)،
و لعلّ وجه النظر بعض هذه الوجوه التي ذكرناها.

الدليل الثاني: الاستدلال بآيه النبأ الدالّه على عدم الاعتناء بقول الفاسق و نبئه، و ثبوت الولايه للفاسق مستلزم (٤) لقبول إخباراته و
إقراراته، و هو منافٍ للآيه، و أنّ بين مفاد الآيه و دليل جعل الولايه تعارض العموم من وجه؛ لأنّ لازم جعل الولايه هو قبول
إقراراته و إخباراته بالنسبه إلى ما تولّاه و إطلاقه يقتضى و جوب قبول قول الولي الفاسق، و الآيه الشريفه بإطلاقها تشمل الولي
الفاسق فيتعارضان فيه، فيجب رفع اليد عن مفاد الأخبار؛ لعدم إمكان تعارضها مع الكتاب (٥).

ص: ١٩٢

-
- ١- (١) كما أنّ الظاهر هو الركون فيما يرتبط بظلمه، و إلاّ فالركون إليه مثلاً لدفع ظالم أقوى لا إشكال فيه، فتأمل. م ج ف.
 - ٢- (٢) مصباح الفقاهه ٥: ١٤.
 - ٣- (٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٦.
 - ٤- (٤) لا- ملازمه بين قبول الخبر و ثبوت الولايه، فيمكن ثبوت الولايه مع عدم قبول إخباراته و إقراراته، و بعبارة اخرى: الكلام
في شرطيه العدالة بالنسبه إلى نفوذ تصرّف الولي مع قطع النظر عن إخباره أو إقراره. م ج ف.
 - ٥- (٥) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٥٠-٤٥١.

اجيب عن الاستدلال بآيه النبأ فى المقام بوجوه:

الأول: ما ذكره المحقق الاصفهاني من أن عدم قبول قول الفاسق و إخباراته من حيث إنه فاسق لا ينافى قبول إقراراته و إخباراته من حيث ولايته و وكالته و نحوهما، حيث إن من ملك شيئاً ملك الإقرار به و نحوه، خصوصاً بعد الاتفاق على ولايه الفاسق أباً كان أو جدّاً على تزويج الصغير و الصغيره، مضافاً إلى أن اعتبار ولايه الأب و الجدّ على الصغير و ماله مغاير لاعتبار ولايه غيره، بملاحظه أنه و ماله لأبيه، فهو كالولايه و السلطنه على نفسه و ماله عادلاً كان أو فاسقاً، فتدبر (١).

و أجاب عنه الإمام الخميني بأن ما ذكره المحقق الاصفهاني «إنما هو فى الحكم الحيثي، كحليه الغنم فى قبال حرمه الموطوء؛ فإنّ قوله - تعالى - : (أُحِلَّتْ لَكُمْ بِهِمَهُ الْأَنْعَامُ) ٢ حكم حيثي للبهيمه مقابل السباع مثلاً، و ليس فيه إطلاق حتى يعارض ما دلّت على حرمه الموطوء، بخلاف الآيه الشريفه؛ فإنّها كافله لحكم فعلي له إطلاق على فرض الدلاله، فتعارض دليل اعتبار قول الأولياء، كما أنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به لو كان مفاد روايه أو معقد إجماع يكشف عن الحكم على هذا العنوان، لكان مفاده معارضاً للآيه الكريمه بالعموم من وجه (٢)، فلا بدّ من الأخذ بها و رفض إطلاق الروايه أو معقد الإجماع» (٣).

نقول: و الظاهر أنّ ما قاله المحقق الاصفهاني - جواباً عن الاستدلال بالآيه

ص: ١٩٣

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب، للمحقق الاصفهاني ٢: ٣٧١-٣٧٢.

٢- (٣) الظاهر أنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به ليس معارضاً للآيه بنحو العموم من وجه، بل تخصيص أو تقييد للآيه الشريفه؛ بمعنى عدم وجوب التبيين فى هذا المورد، فتدبر. م ج ف.

٣- (٤) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٥١.

الكريمه على اشتراط العدالة في الولايه - وجيه.

و الدليل على هذا فهم العرف باختلاف الحث في المورد؛ فإنهم فرّقوا بين الإخبار من حيث إنّه خبر و يدلّ على واقعه في الخارج، و بين الإخبار من الولي من حيث إعمال ولايته على مال الصغير.

الثاني: ما يستفاد من كلام الإمام الخميني رحمه الله، و هو أنّه لا إطلاق (١) في الآيه الكريمه بالنسبه إلى عدم قبول قول وليّ الفاسق؛ حيث إنّ ظاهر الآيه - و لو بملاحظه التعليل الوارد فيها - عدم جواز الاعتماد على خبر الفاسق في الوقائع المهمه، نحو خبر الوليد بكفر بني المصطلق؛ لأنّ الاعتماد في مثله يوجب تجهيز الجيش و قتال المرتدّين، و قتل العامّ الموجب للإصباح نادمين، أيّه ندامه عظيمه!!

ففي مثله لا بدّ من التثبت و التفتيش في واقعه لا العمل بقول الواحد أو الاثنين، سيّما إذا كان فاسقاً... فالآيه أجنبيّه عن الحكم بعدم قبول قول الفاسق مطلقاً (٢).

الثالث: أنّ قبول إخبار الملاك و ذوى أيادي و الأولياء بالتصرّفات فيما بأيديهم أو ثبوت ولايتهم عليها، ممّا جرت عليه سيره العقلانيه من دون نظر إلى كونهم عدولاً، و الردع عمّا جرت عليه سيرتهم يحتاج إلى النهي عنه بخصوصه، و لا يصحّ بالعموم و الإطلاق، و تفصيل ذلك في الأصول في بحث عدم كون الآيات الناهيه عن اتّباع غير العلم رادعه عن العمل بأخبار الثقات. أشار إلى هذا الجواب أيضاً الإمام الخميني قدس سره (٣) و تبعه في ذلك الأستاذ

ص: ١٩٤

١- (١) و الظاهر ثبوت الإطلاق؛ فإنّ كلمه النبأ مطلقه جدّاً، و التعليل بحسب المورد لا يكون مقيداً، و إلّا فاللّازم أن يقال: إنّ التبيين واجب في مورد يكون عدمه موجباً للندامه، و لم يقل به أحد. م ج ف.

٢- (٢) كتاب البيع للإمام الخميني قدس سره ٢: ٤٥١-٤٥٢.

٣- (٣) نفس المصدر ٢: ٤٥٢.

الدليل الثالث: أنّ الفاسق سفيّه، خصوصاً إذا كان شارب الخمر، و السفيه لا تثبت له الولاية مطلقاً، و فيه نظر، للمنع من أنّ الفاسق سفيه (٢).

الدليل الرابع: أنّ الأصل عدم ثبوت الولاية للأب و الجدّ؛ لأنّ الولاية على خلاف الأصل، فيلزم فيه الاقتصار على المتيقّن (٣)؛ و هو صورته ثبوت العدالة لهما.

و فيه نظر؛ لأنّ الأصل بقاء الولاية لهما إذا كانا عدلين ثم فسقا، و لا قائل بالفصل بين الصور على الظاهر، مع أنّ المثبت للولاية مقدّم على النافي لهما، كما لا يخفى (٤).

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّه لا دليل على اشتراط العدالة في ثبوت الولاية للأب و الجدّ.

إيضاح

قال المحقّق الإيرواني: «و لا مجال لتوهم دخل العدالة على سبيل الموضوعيّة كما في المقلّد و القاضي و البيّنه و إمام الجماعة؛ لعدم الدليل عليه، بل هي طريق للحكم بوقوع تصرّفات الوليّ على طبق ما يعتبر أن يقع عليه من المصلحه أو عدم المفسده، فلو فرض صدور التصرّف من الفاسق على طبق ما يعتبر نفذ، كما أنّه لو فرض صدور التصرّف من العادل على خلاف ما يعتبر لم ينفذ و فسق بذلك إن كان عن عمدٍ.

ص: ١٩٥

١- (١) إرشاد الطالب ٩:٣.

٢- (٢) كتاب المناهل: ١٠٦.

٣- (٣) مع وجود الإطلاق في الأدلّة الدالّة على ثبوت الولاية لا مجال لأخذ المتيقّن. م ج ف.

٤- (٤) كتاب المناهل: ١٠٦.

و بالجملة: الولي في مقدار ما هو ولي في من التصرفات تصرفه نافذ.

نعم، طريق معرفه أنّ تصرفه غير متخطئ عن ذلك القانون للأجانب هو العدالة»(١).

و لقد أجاد الأستاذ الشيخ جواد التبريزي في الردّ عليه، حيث قال: لا وجه لهذا الاعتبار لو كان مستند الحكم النهي عن الركون إلى الظالم. نعم، لو كان المستند آية النبأ لكان الالتزام باعتبارها طريقاً وجيهاً(٢).

القول الثاني عدم اشتراط العدالة في ثبوت الولاية للأب والجدّ

القول الثاني: أنّه لا يشترط في ثبوت الولاية للأب والجدّ عدالتهما، بل تثبت الولاية لهما و لو كانا فاسقين، كما يظهر من إطلاق كلام المحقق في الشرائع و النافع(٣).

و كذلك في التبصره(٤) و الإرشاد(٥) و التحرير(٦) و القواعد(٧) و الدروس(٨)

و اللمعه(٩) و كنز العرفان(١٠) و الروضه(١١) و مجمع البرهان(١٢). و به قال جماعه من متأخري

ص: ١٩٦

١- (١) حاشيه المكاسب للايرواني ٣٦٣:٢.

٢- (٢) إرشاد الطالب ٩:٣.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٨:٢، المختصر النافع: ١٤٦.

٤- (٤) تبصره المتعلمين: ٩٦.

٥- (٥) إرشاد الأذهان ١:٣٦٠.

٦- (٦) تحرير الاحكام ٢:٥٤١.

٧- (٧) قواعد الأحكام ٢:١٣٥.

٨- (٨) الدروس الشرعيه ٣:١٩٢.

٩- (٩) اللمعه دمشقيّه: ٨٢.

١٠- (١٠) كنز العرفان ٢:٤٩.

١١- (١١) الروضه البهيه ٤:١٠٥.

١٢- (١٢) مجمع الفائده و البرهان ٩:٢٣٢.

المتأخرين (١) و فقهاء العصر (٢).

قال العلامة: «و يشكل الأمر في الأب الفاسق» (٣).

و قال المحقق الثاني في توضيحه: «وجه الإشكال أنّ ولايته ثابتة بأصل الشرع تابعة لأبوتّه، و لم يشترط الشارع في ولايته العدالة، و الفرق بينه و بين الأجنبي قائم؛ لأنّ شفقتة المركوزه في الجبلّه تمنعه من تضييع مصلحه أولاده، و من حيث إنّ الفاسق لا يركن إليه و ليس أهلاً للاستئمان» (٤).

أدله قول الثاني

و يمكن الاستدلال على عدم اعتبار العدالة في ولايتهما بأمور:

الأوّل: الأصل، قال المحقق الأردبيلي: «إنّ ظاهر أكثر العبارات خاليه عن اشتراط العدالة في الأب و الجدّ... و الأصل يقتضى العدم» (٥).

و حكاه أيضاً عن الكفايه في مفتاح الكرامه (٦). و قال الشيخ الأعظم الأنصاري: «المشهور عدم اعتبار العدالة؛ للأصل و الإطلاقات» (٧)، و كذا في الجواهر (٨).

ص: ١٩٧

-
- ١- (١) مفتاح الكرامه ٥: ٢٥٧، جواهر الكلام ١٠٢: ٢٦، كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.
 - ٢- (٢) البيع للإمام الخميني ٢: ٤٤٤، مصباح الفقاهه ١٣: ٥، إرشاد الطالب ٥: ٣، حاشيه الايرواني على المكاسب: ١٥٤، المكاسب و البيع للنائيني ٢: ٣٣٠، كتاب البيع للأراكي ٥: ٢، تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠١.
 - ٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٤.
 - ٤- (٤) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.
 - ٥- (٥) مجمع الفائده و البرهان ٩: ٢٣٢.
 - ٦- (٦) مفتاح الكرامه ٥: ٢٥٧.
 - ٧- (٧) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.
 - ٨- (٨) جواهر الكلام ١٠٢: ٢٦.

و ظاهر عطف الثانى على الأول، أنه لا يكون المراد من الأصل هي الإطلاقات أو القاعده المستفاده منها، بل المراد منه الأصل العملى، أى البراءة أو الاستصحاب.

و أما أصالة البراءة؛ فإنّ مثل حديث الرفع بناءً على شموله للأحكام الوضعيه، فلا مانع من التمسك به و رفع ما يحتمل شرطيته فى تأثير تصرّفات الأب و الجد؛ لكونها مجهوله و يناسبه الامتنان.

قال المحقّق النائيني: «لا إشكال فى أنّه عند الشكّ فى جزئيه شىء للمركّب أو شرطيته تجرى فيه البراءة الشرعيه، و يندرج فى قوله صلى الله عليه و آله:

رفع ما لا يعلمون»(١) و به قال المحقّق الخراساني(٢).

و لكنّ المرفوع عند الشيخ قدس سره فى «ما لا يعلمون» هو خصوص المؤاخذه على الأقرب و الأظهر، مع إشكال و تأمل فيه منه(٣).

فيبعد أن يكون المراد من الأصل هو البراءة. و أما الاستصحاب، فإن كان المراد به هو الاستصحاب النعتي؛ بأن يقال: إنّ الولايه كانت فى زمان و لم تكن مشروطه بالعداله، فكذلك الحال، فلا- شبهه أنّه لم يكن لذلك حاله سابقه؛ إذ ليس زماناً تكون الولايه ثابتة و لم تكن مشروطه بالعداله حتّى نستصحبها، و إن كان المراد منه أصل العدم الأزلى لسلم من إشكال عدم وجود الحال السابقه، إلّا أنّ الشيخ الأعظم قدس سره لا يقول به٤. فعلى هذا لا- أصل لهذا الأصل الذى ذكره المحقّق الأردبيلي و السبزواري و الشيخ الأعظم كما أشار إليه المحقّق الاصفهاني و تلميذه

ص: ١٩٨

١- (١) فوائد الأصول ٣: ٣٥٤.

٢- (٢) كفايه الأصول: ٤١٧.

٣- ((٣، ٤) فرائد الأصول، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٥: ٢٨-٢٩، ٥٩.

و لعل المراد من الأصل هنا هو الأصل العقلائي؛ لأنّ العقلاء يلاحظون في تصرّفات الأولياء في أموال الصغار بأن يكونوا امناء و موثّقين لحفظ المال و التصرّف لمصلحه الطفل، و لا يعتبرون أزيد من الأمانة و الوثاقه، فعدم اعتبار العدالة لهذا الأصل العقلائي، و لا يكون المراد منه الأصل العملي، كالبراءة و الاستصحاب و غيرهما.

الثاني: أنّ العدالة لو كانت شرطاً في ثبوت ولايتهما لاشتهر روايته؛ لتوفّر الدواعي عليه، و إليه أشار في جامع المقاصد بقوله:

«إنّ ولايته ثابتة بمقتضى النصّ و الإجماع، و اشتراط العدالة فيه لا دليل عليه» (٢).

الثالث: - و هو العمده - إطلاق النصوص، قال الشيخ الفقيه الفاضل اللكراني: «إنّ مقتضى إطلاق أدلّه ولاية الأب و الجدّ له ثبوت الولاية لهما من غير التقييد بالعدالة، كما عرفت أنّه الأحوط في المؤمنين، فثبوت فسقهما أو عروضة لا- يوجب بنفسه الخروج عن الولاية، بحيث لو راعيا المصلحة الكاملة في التصرّف في أموال الطفل لكان التصرّف بلا وجه و صادراً عن غير وليّ الشرعيّ، بل تصرّفهما صحيح و صادر عمّن له الولاية» (٣).

و بالجملة: أهمّ النصوص ما يلي، و هي على طوائف:

الطائفة الأولى: ما ورد في باب الوصية بالمضاربه بمال الولد الصغير، كموثّقه محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام، أنّه سئل عن رجلٍ أوصى إلى رجلٍ بولده

ص: ١٩٩

١- (١) الحاشية على المكاسب للمحقّق الاصفهاني ٢: ٣٧٠، مصباح الفقاهه ٥: ١٣.

٢- (٢) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

٣- (٣) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠١.

و بمال لهم، و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال:

«لا بأس به، من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك و هو حيٌّ»^(١)؛ فإنها تدلّ على نفوذ تصرف الوالد في مال ولده، و لها إطلاق يشمل حالتى الفسق و العدالة من جهتين:

الأولى: من جهه ترك الاستفصال في صدرها، الثانية: من جهه إطلاق التعليل؛ لأنه عليه السلام قال:
«من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك و هو حيٌّ».

و كذا ترك الاستفصال في روايه خالد بن بكير أيضاً دليل على عدم اعتبار العدالة؛ فإن في ذيلها:
«... و أمّا فيما بينك و بين الله - عزّ و جلّ فليس عليك ضمان»^(٢).

الطائفة الثانية: ما ورد في باب الوقف على الولد الصغير، كصحيحه

محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، أنه قال في الرجل يتصدّق على ولده و قد أدركوا:

«إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذى يلي أمره»^(٣).

إذ مفاد التعليل أنّ الوالد الذى يلي أمر الصغير يكفى قبضه في صحه الوقف و لزومه؛ لأنه وليّ الموقوف عليه، و هو قضيه مطلقه شامله لحالتى الفسق و العدالة.

و مثلها معتبره عبيد بن زراره؛ فإنّ في ذيلها:

«لأنّ الوالد هو الذى يلي أمره...»^(٤) أى أمر الصغير.

و كذا معتبره

على بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألته

ص: ٢٠٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٣: ٤٧٨، الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

٢- (٢) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

٣- (٣) نفس المصدر ١٣: ٢٩٧، الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١.

٤- (٤) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

عن رجلٍ تصدَّق على ولده بصدقهِ، ثمَّ بدا له أن يدخل غيره فيه مع ولده، أ يصلح ذلك؟ قال: «نعم، يصنع الوالد بما ل ولد له ما أحبّ، والهبة من الولد بمنزله الصدقه من غيره»^(١)؛ فإنَّ إطلاق التعليل في قوله عليه السلام:

«نعم، يصنع الوالد بما ل ولد له ما أحبّ» يدلُّ على عدم اعتبار العدالة في ولاية الأب، ويثبت في ولاية الجدِّ بعدم القول بالفصل.

الطائفة الثالثة: ما ورد في باب نكاح الأب أو الجدِّ ولده الصغير، كروايه

عبد الله (عبد الملك خ ل) بن الصلت قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام، عن الجارية الصغيره يزوجه أبوها لها أمر إذا بلغت؟ قال: لا، ليس لها مع أبيها أمرٌ، قال:

و سألته عن البكر، إذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبيها أمر؟ قال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تكبر (تشيب خ ل)^(٢).

فإنَّ مقتضى إطلاق الذيل - أعني «ليس لها مع أبيها أمرٌ» - بل عمومه - حيث إنّه نكرة في سياق النفي - أنّ امورها كلّها مسلوبة^(٣) عنها و مفوضه إلى أبيها، و أنّ امورها الرجعة إلى نفسها و مالها موكولة إلى الوالد، و هذا معنى الولاية للأب، و لم يقيد بالعدالة.

و مثلها معتبره زواره؛ فإنَّ في ذيلها:

«و إن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلاّ بأمر وليها»^(٤)؛ فإنَّ الظاهر من الوليِّ متولّي الأمور كلّها في الأموال و غيرها، و هو مطلق يشمل حالتي الفسق و العدالة، كما يظهر ذلك من كلام

ص: ٢٠١

١- (١) نفس المصدر ٣٠٢:١٣، الباب ٥ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٥.

٢- (٢) نفس المصدر ٢٠٨:١٤، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٣.

٣- (٣) الظاهر أنّ الروايه تدلّ على أنّه مع تصرّف الأب ليس لها أمر، و لا تدلّ على أنّ امورها كلّها مسلوبة عنها. م ج ف.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٢١٥:١٤، الباب ٩ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٦.

الرابع: الإجماع، قال في مفتاح الكرامه: «قد حكى في نكاح التذكرة (٢).

الإجماع على ولاية الفاسق في النكاح» (٣) و فحواه يشمل ولايته على الأموال بطريق أولى».

و المتحصّل ممّا ذكرناه أنّه لا يشترط في ولاية الأب و الجدّ عدالتهمَا نصّاً و فتوى و إجماعاً، و إنّما الكلام في رفع المانع الذي ذكره فخر المحقّقين في الإيضاح، حيث قال: «و الأصحّ عندي أنّه لا ولاية له ما دام فاسقاً، لأنّها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يعرف عن حاله، و يستحيل من حكمه الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته و إخباراته على غيره مع نصّ القرآن على خلافه» (٤).

و حاصله يرجع إلى أنّ توليه أمره إلى الفاسق تؤول أحياناً إلى تلف مال الصغير، و لعلّ مراده من نصّ القرآن (٥) آيه الركون إلى الظالم (٦)، كما في جامع المقاصد (٧). و في دلاله الآيه نظر يظهر ممّا تقدّم.

و أمّا الوجه العقلي الذي ذكره في الإيضاح ففيه:

أولاً: أنّه لا يقتضى اعتبار العدالة، بل غايه ما يمكن أن يقال: هو اعتبار الوثاقه و الأمانه، فربما يكون الفاسق أوثق في الأموال من بعض العدول.

و ثانياً: أنّ إطلاق الأدلّه المؤيّد بالإجماع دليلٌ قطعيٌّ على عدم اشتراط

ص: ٢٠٢

١- (١) كتاب البيع للشيخ الأراكي ٢: ٧-٨.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٩٩، الطبعة الحجرية.

٣- (٣) مفتاح الكرامه ٥: ٢٥٧.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٨.

٥- (٥) الظاهر أنّ مراده من نصّ القرآن آيه النبأ، و هذا بقريته المتقدّمه. م ج ف.

٦- (٦) سورة هود ١١: ١١٣.

٧- (٧) جامع المقاصد ١١: ٢٧٥.

العدالة، و هو حَجَّه قطعِيه، و لا يمكن رفع اليد عن هذه الحجَّه إلا مع قيام حجَّه شرعيه أو عقليّه قطعِيه التي لا يمكن دفعها، و مع وجود الاحتمال لا يصحَّ الأخذ بالدليل العقلي، و في هذا المورد لو احتملنا أنّ في ترك الولايه للأب و الجدّ - و لو كانا فاسقين - مفسده غالبه بحيث توجب تلف مال الصغير أحياناً لا دافع لهذا الاحتمال، و معه لا يجوز رفع اليد عن تلك المطلقات الكثيره بمثل هذه الأمور الظنيّه، كما أشار إليه الإمام الخميني(١).

و أجاب المحقّق الثاني عمّا في الإيضاح أنّه «يندفع هذا المحذور بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه ولايه، عزَّله و منعه من التصرّف في ماله و إثبات اليد عليه، و إن ظهر خلافه فولايته ثابتة، و إن لم يعلم حاله استعلم بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله»(٢).

و قال في تفصيل الشريعة: «حيث إنّ الحكمه بل العله في ثبوت الولايه للأب و الجدّ رعايه الغبطه و المصلحه للأطفال، بحيث لم يقع منهما تضرّر على المولّى عليه لعدم قدرته... فلو ظهر للحاكم و لو بقرائن الأحوال ثبوت الضرر منهما على الطفل المولّى عليه، يجب على الحاكم في هذه الصوره - و هي صوره الظهور - عزلهما و منعهما من التصرّف في أمواله؛ لاستلزامه خلاف عله ثبوت الولايه لهما»(٣).

القول الثالث: التوقف في المسأله

، قال العلامة رحمه الله: و في اعتبار العدالة في الوصيّ خلاف، الأقرب ذلك، و يشكل الأمر في الأب الفاسق(٤).

ص: ٢٠٣

١- (١) كتاب البيع ٢: ٤٤٧.

٢- (٢) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

٣- (٣) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠١.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٤.

ووجه التوقف أن ولاية الأب و الجدد ثبت قطعاً في الشريعة، و لا دليل على اعتبار العدالة، و فرق واضح بين الأب و الجدد و الأجنبي، كالوصي و الوكيل و غيرهما؛ لأنّ رأفتهما على الأولاد أكثر من رأفه العادل الأجنبي؛ إذ في الأب و الجدد من الشفقة الذاتية و الرأفة الطبيعيه بالنسبه إلى أولادهم ما لا ينكر و لو كان فاسقاً، و هذه الشفقة الذاتية تمنعها من تضييع مصلحتهم، و من أنّ الفاسق لا يركن إليه للاستئمان(١).

اشتراط العدالة في الولاية على الأموال، عند بعض أهل السنه

اشترط الشافعيه و كذا الحنابله في الوليّ العدالة و لو في الظاهر.

قال الشرييني من فقهاء الشافعيه: «ولى الصبيّ أبوه... ثمّ جدّه أبو الأب و إن علا كولاية النكاح، و تكفي عدالتها الظاهره لوفور شفقتها، فإن فسقا نزع القاضي المال منهما»(٢).

و قال ابن قدامه بعد بيان ثبوت ولاية الأب و الوصيّ على الأموال:

«من شرط ثبوت الولاية - على المال - العدالة بلا خلاف؛ لأنّ في تفويضها إلى الفاسق تضييعاً لماله، فلم يجز، كتفويضها إلى السفیه»(٣).

و كذا في كشاف القناع، بل الحنابله و كذلك الشافعيه اشترطوا في القاضي الذي تثبت له الولاية أن يكون عدلاً، فقد جاء في كشاف القناع: ثم إن لم يكن أبٌ و لا وصيه، تثبت الولاية على الصغير للحاكم بالصفات المعبره؛ و منها العدالة(٤).

ص: ٢٠٤

١- (١) اقتباس من كلام المحقق الثاني في جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

٢- (٢) مغنى المحتاج ٢: ١٧٣.

٣- (٣) الكافي في فقه أحمد ٢: ١٠٧.

٤- (٤) كشاف القناع ٣: ٥٢١.

و فى نهايه المحتاج فى فقه الشافعيه: ولي الصغير و لو انثى أبوه، ثم جدّه، ثم وصييهما، ثم القاضى العدل الأمين (١).

و أما الحنفية و المالكيه، فلم يتعرّضوا لاشتراط العداله فى الولايه على الصبى فى أمواله.

المطلب الثانى: اشتراط المصلحه أو عدم المفسده

اشاره

هل يشترط فى نفوذ تصرّفات الأب و الجدّ توافقها مع المصلحه، أو يكفى عدم المفسده، أو لا يعتبر شىء من ذلك؟ وجوه بل أقوال:

الأول: عدم اعتبار شىء من المصلحه أو عدم المفسده، بل ينفذ و لو مع المفسده، يدلّ على هذا الوجه إطلاق الأخبار:

١ - كصحيحه

محمّد بن مسلم، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه؟ قال: يأكل منه ما شاء من غير سرفٍ. و قال: فى كتاب علىّ عليه السلام إنّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلاّ بإذنه، و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء (٢)،

فإنّ إطلاق قوله عليه السلام:

«و الوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء» يشمل نفوذ تصرّفه و لو مع المفسده.

٢ - و روايه

سعيد بن يسار، عن أبى عبد الله عليه السلام؛ فإنّ فيها: «نعم، يحجّ منه و ينفق منه، إنّ مال الولد للوالد...» (٣).

٣ - و ما دلّ على أنّ الولد و ماله لأبيه، كما فى النبوى المشهور المتقدّم (٤)

ص: ٢٠٥

١- (١) نهايه المحتاج ٣٧٣:٤-٣٧٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢:١٩٤، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٣- (٣) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

٤- (٤) نفس المصدر و الباب، ح ٢.

٤ - و ما فى العيون و العلل، عن محمد بن سنان، أنّ الرضا عليه السلام، كتب إليه فيما كتب من جواب مسائله «و عله تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه و ليس ذلك للولد؛ لأنّ الولد موهوب للوالد فى قوله - عزّ و جلّ - : (يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِثَاءً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ) ١» (١).

٥ - و ما دلّ على ثبوت الولاية للأب و الجدّ على الأولاد الصغار فى النكاح؛ فإنّ إطلاق الأخبار فى باب النكاح تمام، سيّما فى موثقه عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام؛ فإنّ فى ذيلها:

«و يجوز عليها تزويج الأب و الجدّ» (٢)؛ لكونها مطلقه من حيث ثبوت المصلحه فى النكاح و عدم ثبوتها، و وجود المفسده و عدمها، و تتعدّى إلى الأموال بالأولويه القطعيه؛ لكون النكاح أهمّ، بل تلك الأولويه منصوصه؛ فإنّه عليه السلام بعد ما سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:

«أنت و مالك لأبيك»

قالوا: بلى، قال عليه السلام:

فكيف يكون هذا و هو و ماله لأبيه و لا يجوز نكاحه؟ (٣) هذا ما يمكن أن يقال فى توجيه القول الأوّل.

وفيه: أنّ النصوص المتقدمه و إن دلّت على إطلاق ولاية الأب حتّى مع المفسده، إلّا أنّ النصوص الأخرى دلّت على أنّه لا يراد هذا الإطلاق.

بيان آخر: الإطلاق مقيد بالأدله اللفظيه و العقليه، و سندكرها فى الاستدلال للوجه الثانى قريباً إن شاء الله، و الذى يسهّل الخطب أنّه لا قائل بهذا القول كما صرح به الشهيدى فى حاشيته على المكاسب (٤).

ص: ٢٠٦

١- (٢) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٩٦، علل الشرائع ٥٢٤ الباب ٣٠٢، و عنهما وسائل الشيعه ١٢: ١٩٧ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩.

٢- (٣) وسائل الشيعه ١٤: ٢١٨، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العبد، ح ٢.

٣- (٤) نفس المصدر و الباب، ح ٥.

٤- (٥) هدايه الطالب: ٣٢٥.

كون نفوذ تصرفات الأب و الجد منوطاً بعدم المفسده

الثانى: اعتبار عدم المفسده فى تصرفات الأب و الجد، اختاره فى الجواهر(١).

و كذا شيخه فى شرح القواعد(٢) و الشيخ الأعظم الأنصارى(٣) و المحقق النائنى(٤).

و السيد الخوئى(٥) و الإمام الخمينى(٦) قدس الله أسرارهم، و الشيخ الفقيه اللنكرانى(٧).

و يدلّ على هذا القول وجوه:

الأول: أنه لا يندح من إطلاق أخبار ولاية الأب و الجد فى ذهن أحد أن للولى أن يتصرف فى مال المولى عليه بما يوجب فناء و تلفه، و هذا قرينه عقليته قطعيه على أن إطلاق النصوص المتقدمه؛ أى نفوذ تصرف الولي و شرعيته، حتى فى صوره المفسده غير مراد، كما أشار إليه الإمام الخمينى(٨).

الثانى: - و هو العمده - النصوص، و هى كثيره:

١ - صحيحه

أبى حمزه الشمالى، عن أبى جعفر عليه السلام إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال لرجل: «أنت و مالك لأبيك»، ثم قال أبو جعفر عليه السلام: «ما أحبّ (لا نحبّ خ ل) أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه ممّا لا بدّ منه، إن الله لا يحبّ الفساد»(٩).

تقريب الاستدلال بها: أن قوله عليه السلام: «ما أحبّ» و إن كان لا يدلّ على الحرمة

ص: ٢٠٧

١- (١) جواهر الكلام ٣٣٢:٢٢ و ج ٢٨:٢٩٧.

٢- (٢) شرح القواعد لكاشف الغطاء المخطوط ص ٧١، كما حكى عنه فى هامش المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٥٤٠:١٦.

٣- (٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٥٤٠:١٦.

٤- (٤) المكاسب و البيع للنائنى ٣٣١:٢.

٥- (٥) مصباح الفقاهه ٥:٢٠.

٦- (٦) كتاب البيع ٢:٤٥٦.

٧- (٧) جامع المسائل ٣:٣٠٣، الأحكام الواضحه: ٣١٧.

٨- (٨) كتاب البيع للإمام الخمينى ٢:٤٥٤ مع تصرف.

٩- (٩) وسائل الشيعة ١٢:١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ٢.

و لكن بضميمه استشهاده عليه السلام بقوله - تعالى - : (وَ اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ) ١ يدلّ على الحرمة؛ إذ لا شبهه أنّ الفساد ليس على قسمين، قسم منه مكروه و قسم منه حرام، بل هو متمخّص في الحرمة، فهي تدلّ على عدم الولاية مع الفساد، ولا يجوز التصرف في ما فيه مفسده للطفل.

بتعبير آخر: عموم التعليل في الرواية، أي استشهاده عليه السلام بقوله - تعالى - :

(وَ اللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ) يشمل المورد، فيستفاد من الرواية أنّ تصرفات الأب و الجدّ منوطه بعدم المفسده، و هو المطلوب.

٢ - معتبره الحسين بن أبي العلاء - التي رواها المشايخ الثلاثة -

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته (قوت خ ل) بغير سرفٍ إذا اضطرّ إليه. قال: فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم للرجل الذي أتاه فقدّم أباه فقال له: «أنت و مالك لأبيك»، فقال: إنّما جاء بأبيه إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال:

يا رسول الله هذا أبي و قد ظلمني ميراثي من أمي، فأخبره الأب أنّه قد أنفقه عليه و على نفسه، و قال: «أنت و مالك لأبيك»، و لم يكن عند الرجل شيء، أو كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يحبس الأب للابن»(١)؟!

قال المحقّق النائيني في بيان تقريب الاستدلال بها: «فإنّها أيضاً ظاهره الدلالة على أنّ الحكم كان في حقّ الأب هو الضمان، لكن لما لم يكن للأب شيء يؤخذ منه للابن، و كان استنقاذ حقّ الابن منه منوطاً بحبسه، قال عليه السلام: ما كان رسول الله يحبس الأب للابن، و إلاّ فلو كان صرفه في نفقته بحقّ منه لما كان حكمه الحبس و لو جاز حبس الأب للابن؛ إذ التعليل بوجود المانع مع عدم المقتضى ركيك»(٢)،

ص: ٢٠٨

١- (٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٨.

٢- (٣) و الحقّ أنّه لا ركاكه في ذلك و إن أصرّ عليه النائيني قدس سره في الفقه و الأصول؛ و الوجه في ذلك: أنّه قد يكون الاستناد إلى وجود المانع أقرب و أوفق إلى فهم المخاطب مع عدم وجود المقتضى لذلك. م ج ف.

لاستناد عدم الشيء عند عدم المقتضى إليه دون وجود المانع، لكون المعلول مستنداً إلى أسبق علله، كما لا يخفى»(١).

٣ - صحيحه

أبي الصباح الكنانى، عن أبي عبد الله عليه السلام فى الرجل يكون لبعض ولده جاريه و ولده صغار هل يصلح أن يطأها؟ فقال: «يقومها قيمه عدل ثم يأخذها و يكون لولده عليه ثمنها»(٢).

و الظاهر من هذه الروايه أن الوالد له التصرف الاعتبارى بالبيع و الشراء و غيرهما فى مال ابنه الصغير، لكن لا بما يوجب الفساد؛ لأنّ القيمة العادله هى التى لا فساد فيها(٣)، و لو كانت تصرفات الولي نافذة فى حقّ الطفل مطلقاً لم يكن وجهٌ للتقويم بقيمه عادله، بل كانت القيمة النازله أيضاً وافيّه.

و مثلها صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج(٤)، و روايه داود بن سرحان(٥).

٤ - موثقه

عبيد بن زراره قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجاريه يريد أبوها أن يزوجه من رجل، و يريد جدّها أن يزوجه من رجل آخر، فقال: «الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً...»(٦)؛ فإنّها تدلّ مفهوماً على عدم الولاية للجدّ مع الضرر، فيكون مقيداً للإطلاقات، كما أشار إليه المحقق الاصفهاني(٧).

و استشكل عليه السيد الخوئي، ب «أنّ المفهوم و إن كان موجوداً، و لكنّه عدم الولاية مع الضرر - أى لا يدلّ على عدم الولاية للجدّ مع الضرر - بل المراد به نفي

ص: ٢٠٩

١- (١) المكاسب و البيع ٢: ٣٣١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٤: ٥٤٣ الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء ح ١.

٣- (٣) بل فيها المصلحه. م ج ف.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٤: ٥٤٣ الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد و الإماماء ح ٣.

٥- (٥) نفس المصدر و الباب، ح ٤.

٦- (٦) نفس المصدر ١٤: ٢١٨ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٢.

٧- (٧) حاشيه المكاسب للمحقق الاصفهاني ٢: ٣٧٣.

أولويّه الجدّ و تقديمه على الأب عند الضرر، و هذا غير مربوط بالروايه، فلا يكون ذلك مقيداً للإطلاقات في باب النكاح»(١).

نقول: لعلّ اعتبار عدم الضرر لأصل الولايه لا لأولويّه نكاح الجدّ، و يبعد أن يكون للجدّ ولايه مع الضرر، و لكن عقد الأب يقدم عليه.

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّه يكفي في تصرّفات الأب و الجدّ عدم المفسده.

إلاّ أنّه قال في الجواهر: «إنّ الأحوط فيهما - أي في ولايه الأبوين - و في غيرهما مراعاة المصلحه، كما اعترف به الأستاذ في شرحه، حيث إنّ بعد أن ذكر الاكتفاء بعدم المفسده قال: و الاقتصار على ما ذكره الفقهاء و تنزيل الروايات أوفق في النظر و أسلم من الخطر»(٢).

و هو حسن لما يستفاد من الأدله التي سنذكرها للقول الثالث قريباً.

تصرّفات الولي مشروط بالمصلحه

القول الثالث: أنّه يعتبر في تصرّفات الولي ملاحظه المصلحه زائداً عن اعتبار عدم المفسده.

و قبل بيان ذلك لا بدّ و أن يعلم أنّه يجوز تصرّف الولي لأنفسهم في مال الطفل و إن لم يكن فيه المصلحه، و من هنا يجوز قرض الولي من مال الطفل و تقويم جاريته على نفسه مع عدم وجود المصلحه في ذلك للطفل بوجه، و هذا بالنسبه إلى نفس الأولياء ممّا لا شبهه في جوازه، و أمّا اعتبار المصلحه في غير ما يرجع إلى شؤونهم، فهو محلّ النزاع(٣)، فقد صرح الشيخ في المبسوط بلزومها، حيث قال: «من يلي أمر

ص: ٢١٠

١- (١) مصباح الفقاهه ٥: ٢١.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٢: ٣٣٢-٣٣٣.

٣- (٣) مصباح الفقاهه ٥: ١٨-١٩ مع تصرّف يسير.

الصغير و المجنون خمسة: الأب و الجدّ، و وصيّ الأب أو الجدّ، و الإمام أو من يأمره الإمام... فكلّ هؤلاء الخمسة لا يصحّ تصرّفهم إلّا على وجه الاحتياط و الحظّ للصغير المولّى عليه؛ لأنّهم إنّما نصبوا لذلك، فإذا تصرّف على وجه لا حظّ له فيه كان باطلاً؛ لأنّه خالف ما نصب له»(١).

و قال ابن إدريس: «و لا يجوز للولّي و الوصي أن يتصرّف في المال المذكور - أي مال الطفل - إلّا بما يكون فيه صلاح المال، و يعود نفعه إلى الطفل دون المتصرّف فيه، و هذا هو الذي يقتضيه أصل المذهب»(٢).

و في القواعد: و إنّما يصحّ بيع من له الولاية مع المصلحة للمولّى عليه(٣)، و صرح بذلك أيضاً المحقّق(٤) و الشهيدان(٥) و المحقّق الثاني(٦) و غيرهم(٧).

و في مفتاح الكرامه بعد نقل كلمات الأصحاب: «و المحصّل من مجموع كلامهم و ما يقتضيه أصول المذهب أنّه يجوز لولّي الطفل مطلقاً الرهن و الارتهان مع كمال الاحتياط بمراعاة المصلحة»(٨).

أدله اعتبار المصلحة في تصرّفات الأب و الجدّ

قد استدللّ على اعتبار المصلحة في تصرّفات الأب و الجدّ بوجوهٍ خمس:

ص: ٢١١

- ١- (١) المبسوط ٢: ٢٠٠.
- ٢- (٢) السرائر ١: ٤٤١.
- ٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.
- ٤- (٤) شرائع الإسلام ٢: ٧٨، ٧٩ و ١٧١.
- ٥- (٥) اللمعه الدمشقيّه ١: ٨٠، الدروس الشرعيّه ٣: ٣١٨ و ٤٠٣، مسالك الأفهام ٣: ١٦٦، و ج ٤: ٣٣-٣٥، و ج ٥: ١٣٦.
- ٦- (٦) جامع المقاصد ٥: ٧٢.
- ٧- (٧) مجمع الفوائد و البرهان ٤: ١٤، و ج ٦: ٧٧، كفايه الأحكام: ٨٩، ١٠٨، ٢٢٠، رياض المسائل ٥: ٣٥٨.
- ٨- (٨) مفتاح الكرامه ٥: ١١١.

الأول: أنّ حكمه جعل الولايه للأب و الجد تقتضى ذلك؛ لأنّ جعل الولايه لأجل أن يتصرّف في أموالهم بما فيه المصلحه من التجاره و الاستنماء و الحفظ و الإجاره و غيرها و إلاّ فمجرد التصرفات اللغويه بلا وجود ثمره فيه لا يجوز قطعاً.

و بالجمله: أنّ حكمه جعل الولايه للأب و الجد بحسب الطبع هي جلب المنافع للطفل و دفع المضار عنه، و إلاّ فلا- يجوز التصرف في ماله و لو لم يكن فيه مفسده، كما أشار إليه السيد الخوئي رحمه الله، و لكن استشكل هو قدس سره عليه بأنّ «هذا و إن كان بحسب نفسه تماماً، و لكن لا يتم في جميع الموارد؛ لإمكان أن يكون الصلاح في ذلك الجعل راجعاً إلى الولي».

و بعبارة أخرى: تارة يلاحظ في جعل الولايه للأب و الجد صلاح المولى عليه فيجرب في ذلك الحكمه، و اخرى يلاحظ حال الولي، فلا شبهه أنّا نحتمل الثاني أيضاً، فإذن لا دافع للإطلاقات الدالّه على جعل الولايه لهما عليه حتّى في صوره عدم المصلحه في تصرفهم»^(١).

نقول: هذا الاحتمال ضعيفٌ ^(٢)؛ لأنّه يبعد من حكمه البارئ تعالى أن يجعل الولايه على أموال الطفل لأجل المصلحه الراجعه إلى غيره، لا للطفل.

الثاني: دعوى الإجماع.

في مفتاح الكرامه - عند قول العلامة: و إنّما يصح بيع من له الولايه مع المصلحه للمولى عليه -: «هذا الحكم إجماعي على الظاهر. و قد نسبه المصنّف إلى الأصحاب فيما حكى عنه»^(٣)

ص: ٢١٢

١- (١) مصباح الفقاهه ٥: ٢٢ مع تصرّف.

٢- (٢) لا ضعف في هذا الاحتمال، سيّما مع ما ورد من أنّ الولد و ماله لأبيه، فاحتمل أن يكون لحاظ حال الولي لا ينافي لحاظ حال المولى عليه أيضاً، و بالجمله: ثبوت الولايه ليس مختصاً لحال المولى عليه فقط. م ج ف.

٣- (٣) مفتاح الكرامه ٤: ٢١٧.

و فى التذكرة: «الضابط فى تصرف المتولّى لأموال اليتامى و المجانين اعتبار الغبطه، و كون التصرف على وجه النظر و المصلحه»(١).

و استظهر السيّد العاملى قدس سره منه بأنّه لا خلاف فيه بين المسلمين، حيث قال:

و ظاهره أنّه ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين، و أنّه لا فرق فى ذلك بين الأب و الجدّ، و الوصىّ و الحاكم و أمينه(٢).

و لقد أجاد السيّد الخوئى رحمه الله فى الردّ على هذا الإجماع ب «أنّ المحصيل منه غير حاصل، و المنقول منه ليس بحجّه؛ لمخالفه جملة من الأعظم فى ذلك، بل نحتمل استناده إلى الوجوه المذكوره هنا؛ لعدم الجعل فى صوره عدم المصلحه، فلا يكون هنا إجماع تعبدي كاشف عن رأى الحجّه»(٣).

الثالث: قوله - تعالى - : (وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) ٤ التى هى العمده فى المقام.

و تقريب الاستدلال بها: أنّ «الأحسن» إمّا اريد منه التفضيل، أو المجرد عنه، و على الأوّل لا ريب فى الدلاله، بل قضيتها لزوم مراعاة الأصلح، و على الثانى، فالظاهر أنّ المراد من الحسن ما فيه المصلحه لا ما لا مفسده فيه(٤).

بتعبير آخر: أنّ المراد بالأحسن: إمّا الأحسن من جميع الوجوه أو من تركه، و مع عدم المصلحه لا- يكون أحسن بشىء من المعنيين(٥).

ص: ٢١٣

١- (١) تذكرة الفقهاء، كتاب الحجر ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٠.

٣- (٣) مصباح الفقاهه ٥: ٢٢.

٤- (٤) هدايه الطالب إلى أسرار المكاسب، مع تصرف يسير: ٣٢٥.

٥- (٥) عوائد الأيام: ٥٦٠.

و الحاصل: أنّ التصرّف الخالي عن المصلحه في مال اليتيم ليس تصرّفًا حسنًا فيحرم؛ للنهي عن التقرب إليه، حيث إنّ التقرب إلى ماله بلا مصلحه فيه ليس بأحسن، فلا يجوز. و حينئذٍ لو كان إطلاق اليتيم على من ماتت أمه صحيحاً - كما أنّه ليس بعيد - فتشمل الآيه لكلّ من الأب و الجدّ، و إلّا فتختصّ بالجدّ و يتمّ في الأب بعدم القول بالفصل، إذن نرفع اليد عن الإطلاقات الداله على ثبوت الولايه للأب و الجدّ مطلقاً حتّى مع عدم المصلحه.

و في مجمع البيان: «و المراد بالقرب التصرّف فيه، و إنّما خصّ مال اليتيم بالذكر لأنّه لا يستطيع الدفاع عن نفسه و لا عن ماله، فيكون الطمع في ماله أشدّ، و يد الرغبه إليه أمدّ، فأكد سبحانه النهي عن التصرّف في ماله و إن كان ذلك واجباً في مال كلّ واحد (إلّا بالتي هي أحسن) أي بالخلصه أو الطريقه الحسني»(١).

و قال الشيخ في التبيان: «الآيه نهى من الله - تعالى - لجميع المكلّفين أن يقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي أحسن، و هو أن يحفظوا عليه و يثمروه، أو ينفقوا عليه بالمعروف على ما لا يشكّ أنّه أصلح له. فأما لغير ذلك، فلا يجوز لأحد التصرّف فيه»(٢).

و قال المحقّق الأردبيلي في معنى الآيه: «أي لا تقربوا من مال اليتيم؛ بأن تتصرّفوا و تفعلوا فيه فعلاً، فلا تدنوا إليه بفعله أصلاً إلّا بالفعله التي هي أحسن ما يفعل بماله بحسب ما يقتضيه عقل العقلاء، كحفظه و تعمير ما هو خراب منه، و تنميته و تثميره، أو أحسن من تركه. و بالجملة: هو الذي يجده العقل السليم حسناً و أولى من تركه، و هو مقتضى أكثر عقول العقلاء»(٣).

ص: ٢١٤

١- (١) مجمع البيان ٤: ١٨٣.

٢- (٢) تفسير التبيان ٦: ٤٧٦.

٣- (٣) زبده البيان ٢: ٥٠١.

و استشكل الشيخ الأعظم على الاستدلال بالآيه الكريمه بوجوه:

الأول: أنه لا دلاله للآيه الكريمه على اشتراط المصلحه، و أشار إليه بقوله:

«فلو سلم دلالتها»^(١).

و قال المحقق الإيروانى فى توضيح هذا الإيراد: «لعل منشأ عدم الدلاله هو انصرافها إلى تصرف الأجنب دون الجد، و يمكن التشكيك فى صدق اليتيم مع حياه الجد، مع أن «أحسن» أريد منه معنى الحسن دون التفضيل، و التصرف غير المشتمل على المفسده حسن»^(٢).

و فيه نظر؛ لمنع هذا الانصراف؛ لأن الظاهر من «أحسن» هو التفضيل؛ لأنه صيغه أفعال التفضيل، و لا موجب لرفع اليد عن هذا الظهور، و أنه خروج عن ظاهر اللفظ هيئه و مادّه من دون قيام قرينه عليه^(٣).

الثانى: أن الآيه بحكم السياق عامه لجميع الأفراد؛ سواء كان^(٤) أباً أو جدّاً أو غيرهما؛ لأن الآيه تنهى عن التقرب لمال اليتيم، و هذا النهى لكلّ أحد، و تخصّص بالروايات الدالّه على جعل الولاية للجدّ و لو مع عدم المصلحه، أشار إلى ذلك بقوله: «فهى مخصّصه بما دلّ على ولاية الجدّ و سلطنته».

فمفاد الآيه يكون هكذا: أن التقرب إلى مال اليتيم بغير التى هى «أحسن»

ص: ٢١٥

١- (١) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤١.

٢- (٢) حاشيه الإيروانى على مكاسب الشيخ: ١٥٤.

٣- (٣) يمكن أن يقال: إن القرينه على ذلك عدم وجود ضابطه خاصه للتفضيل، فكلّ شىء يُعدّ أحسن يتصوّر شىء أحسن منه، إلا أن يقال بأن ذلك عرفى موكول إلى تشخيص العرف. م ج ف

٤- (٤) التشكيك فى صدق اليتيم مع حياه الجدّ موجب لعدم كون الخطاب عامياً لجميع الأفراد و لا أقلّ الشكّ فى عموميه الخطاب. م ج ف

حرام لكلٍ أحدٍ إلا للجدِّ، و ليس بينهما عموم من وجهٍ حتّى يعمل بقواعده، لانحصار الموضوع فى روايات الولاية بالجدِّ فقط. و أمّا فى الآيه، فموضوعها عامٌ يشمل كلَّ أحدٍ و تخصّص بالروايات؛ لأنّ ما دلّ على ولاية الجدِّ فى النكاح معللاً بأنّ البنت و أباهما للجدِّ (١). و قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«أنت و مالك لأبيك» (٢)، خصوصاً استشهاد الإمام عليه السلام به فى مضيّ نكاح الجدِّ بدون إذن الأب؛ ردّاً على من أنكر ذلك و حكم بطلان ذلك من العامّة فى مجلس بعض الأمراء (٣)، و غير ذلك، يدلّ على ذلك.

و الحاصل: أنّ المستفاد من هذه النصوص ولاية الجدِّ على نكاح المولّى عليه و لو مع عدم المصلحه و المفسده، و يثبت ذلك فى الأموال بالأولويّه (٤).

نقول: إنّ نسبه الآيه الكريمه و أخبار ولاية الجدِّ إن لوحظ مع المستثنى منه فقط عامٌ و خاصّ مطلق، كما ادّعاه الشيخ الأعظم قدس سره.

و أمّا إن لوحظ مجموع الآيه من المستثنى و المستثنى منه، فمفادها ظاهراً أنّ التقرب بمال اليتيم لا يجوز إلا أن يكون ذلك التصرف على الوجه الأحسن.

و لا يخفى أنّ التصرف الأحسن هو الذى كان على الطريقه الشرعيّه أو العقلانيّه و ذا مصلحه لليتيم، و لا ريب أنّ تصرف الأجنب لا يكون كذلك غالباً بمقتضى الضروره و الإجماع و الأخبار الدالّه على عدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بإذنه (٥)، فعلى هذا تكون تصرفات الأجنب خارجة عن مفاد الآيه قطعاً.

ص: ٢١٤

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٤: ٢١٩ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، ح ٨.
- ٢- (٢) نفس المصدر ١٢: ١٩٥-١٩٧ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١، ٢، ٨ و ٩.
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٤: ٢١٨ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد ح ٥.
- ٤- (٤) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤١ مع تصرف و توضيح.
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ٣: ٤٢٥ ح ٣ و ٦: ٣٣٧ ح ٦ و ج ١٩: ٣ ح ٣ فإنّه ورد فيها «لا يحلّ لمؤمنٍ مال أخيه إلا عن طيب نفسٍ منه» و «لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه».

و كذلك تصرّفات الأولياء(١) إذا لم تكن لمصلحه الطفل؛ لأنه لا تكون مثل هذه التصرفات تصرّفاً بالأحسن، فالآيه الكريمة لا تشمل عموم المكلفين، بل هي خطاب للأولياء، و النسبه بين الآيه و الأخبار هي الإطلاق و التقييد، و الآيه مقيدده للأخبار.

على هذا لا بدّ أن يكون تصرّفات الجدّ في مال الطفل على الوجه الأحسن و لمصلحه الطفل.

مضافاً إلى أنه لا إطلاق للأخبار؛ لعدم كونها في مقام البيان من حيث كفيته أعمال هذه الولايه؛ لأنّ ولايه الأمر بمعنى ولايه البيع و الشراء و العتق و الشهاده و الأخذ و الإعطاء و غير ذلك، و لم يؤخذ في الأخبار كفيته أعمال هذه الأمور، بل كانت في مقام إثبات أصل الولايه، و لا- مساس لها بكفيته أعمالها، فلو قام دليل على اعتبار المصلحه لا يكون تقييداً للأخبار، كما أشار إلى ذلك الشيخ الفقيه الحائري(٢).

و بعبارة اخرى: يمكن منع تحقّق الإطلاقات حتّى في باب النكاح؛ إذ الولايه للأب و الجدّ على الأولاد لأجل حفظهم عن وقوعهم بالمضرات بمالهما من الرأفة الطبيعيه لأولادهم؛ بأن يعاملوا معامله أنفسهم في حفظه و عدم التصرفات المتلفه فيه، فأصل جعل الولايه لهذا الموضوع مشعر بهذه الحكمه و العله، فلو أوجبت الولايه توجه الضرر إليهم، أو(٣) عدم المصلحه، فمن الأوّل يمكن القول بعدم جعل

ص: ٢١٧

١- (١) و لا- يخفى أنّ لزوم كون التصرف بالتى هي أحسن، لا- يوجب تضيق الخطاب؛ فإنّ الخطاب بعدم جواز التقرب عامّ يشمل الجميع. نعم، بما أنّ الموضوع هو اليتيم فالخطاب لا يشمل من لا يكون يتيماً، كمن كان له أب أو جدّ. م ج ف.

٢- (٢) كتاب البيع للشيخ الفقيه الأراكى ١١:٢.

٣- (٣) هذا بالنسبه إلى توجه الضرر صحيح. أمّا بالنسبه إلى عدم المصلحه، فقد مرّ احتمال لحاظ الولي دون المولى عليه فقط، فلا يستفاد من أصل جعل الولايه اشتراط المصلحه. م ج ف.

الولايه، و خروجه عن مورد الروايات تخصيماً، بل هذا هو المتعين؛ إذ لا يمكن القول بولايه الأب و الجدّ على الأولاد كيف شاء، إذن فليس هنا إطلاق أصلاً من الأوّل فضلاً عن احتياجه إلى المقيّد (١).

الثالث: و أشار إليه بقوله: «مع أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص و جب الاقتصار عليه في حكم الجدّ دون الأب» (٢).

و فيه ما قلنا في الجواب عن الإيراد الثاني فلا نعيد.

و أمّا دعوى الشيخ الأعظم بأنّ عدم القول بالفصل ممنوعه (٣).

ففيها أوّلاً: أنّ اليتيم يطلق على من فقد الأمّ أيضاً، كما ادّعاه بعضهم (٤).

و ثانياً: كما قال في مجمع البيان: «و إنّما خصّ مال اليتيم بالذكر؛ لأنّه لا يستطيع الدفاع عن نفسه و لا عن ماله، فيكون الطمع في ماله أشدّ و يد الرغبه إليه أمدّ» (٥).

و إلّا كان رعايه مفاد الآيه لازماً في مال كلّ صغيرٍ.

و ثالثاً: يمكن إدخال غير الرشيد فيه إلى أن يرشد؛ لاحتمال أن يكون معنى (حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ) يبلغ رشده، أي يبلغ و يرشد، كما صرّح به المحقّق الأردبيلي (٦).

فإذن لا نحتاج إلى القول بالفصل، و الآيه تشمل الأب و الجدّ.

و المتخصّص من جميع ما ذكرنا: أنّ نفوذ تصرّفات الأب و الجدّ منوطه برعايه المصلحه للطفل، و هذا ما يقتضيه بناء العقلاء، فاعتبار المصلحه في تصرّف الأب

ص: ٢١٨

١- (١) يستفاد هذا من مصباح الفقاهه للسيد الخوئي رحمه الله ١٨:٥-٢١.

٢- (٢) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ٥٤١:١٦.

٣- (٣) نفس المصدر ٥٤٢:١٦.

٤- (٤) أحكام القرآن لابن العربي ٢١٥:١.

٥- (٥) مجمع البيان ١٨٣:٤.

٦- (٦) زبده البيان ٥٠١:٢.

و الجّد أمر عقلائي، و الأدلّه الشرعيّه دليلٌ لإمضائه، كما أشار إليه أيضاً المحقّق الأردبيلي رحمه الله (١).

الوجه الرابع: ما قاله المحقّق الشهيدى: «من أنّ الأصل عدم تسلّط أحدٍ على مال أحدٍ إلاّ مع اليقين بخلافه، و هو صورته وجود المصلحه؛ إذ ليس فى المقام إطلاق يدلّ على عدم اعتبارها» (٢).

الوجه الخامس: ما أشار هو قدس سره إليه أيضاً بقوله: «إنّ الظاهر من أدلّه ولايه عدول المؤمنين كما يأتى اعتبار المصلحه فى ولايتهم، و مناط الاعتبار هنا - و هو قصور الصغير عن التميّز بين صلاحه و فساده - موجود (٣) فى المقام، مع عدم دليل يدلّ على عدم اعتبارها فى المقام» (٤).

اشتراط إحراز المصلحه أو عدم المفسده

بعد الفراغ عن اعتبار المصلحه، أو كفايه عدم المفسده فى نفوذ تصرّفات الأب و الجّد، يلزم أن نبيّن ما هو المدار فى المصلحه و عدم المفسده، فهل يكون هذا الشرط فى عالم الإحراز، فلو أحرز عدم المفسده فى مورد فباع مال الطفل فانكشف وجود المفسده فلا يبطل البيع و ينفذ التصرف.

أو أنّهما شرط فى الواقع، فلو كان فى مورد مفسده واقعيّه فلم يحرز فأقدم على البيع فيكون باطلاً، أو أنّهما معاً من الشرائط؟

الظاهر هو الوجه الأخير، لأنّ من المقتيدات للإطلاقات صحيحه الشمالى

ص: ٢١٩

١- (١) نفس المصدر.

٢- (٢) هدايه الطالب إلى أسرار المكاسب: ٣٢٥.

٣- (٣) قد مرّ إمكان الفرق بين الأب و الجّد من طرف، و بين سائر الأولياء من طرف آخر. م ج ف.

٤- (٤) هدايه الطالب إلى أسرار المكاسب: ٣٢٥.

المتقدّمه (١)؛ فإنّها اعتبرت عدم الفساد في تصرّفات الأب و الجدّ في مال الطفل، و هو كالمعصيه (٢) قائم بأمرين: أحدهما: الوجود الواقعي، و ثانيهما: إحرازه، أي تنجّزه.

كما أنّ سفر المعصيه يتحقّق بأمرين: أحدهما: أن يسافر لأجل الغرض المعلوم كونه معصيه، و الثاني: علم المسافر بذلك و تنجّز التكليف في حقّه، فلو سافرت المرأه بدون رضايه الزوج، فبان أنّها مطلقه فلا يكون سفرها معصيه، أو سافرت بزعم أنّها مطلقه فبان خلافها، فليس سفرها سفر معصيه أيضاً، و إنّما يكون سفر معصيه مع اجتماع الأمرين، و كذلك فيما نحن فيه أنّ التصرف لا بدّ أن يكون عن مصلحه، أو عدم المفسده فيه، و لا يتحقّق هذا إلّا بأمرين:

الأول: وجود المصلحه الواقعيه، أو عدم المفسده كذلك.

الثاني: العلم بذلك و تنجّزه في حقّه.

على هذا يكون المقيد للإطلاقات المثبتة للولاية للأب و الجدّ خصوص كون تصرّفهم مفسداً لحال اليتيم مع العلم به، و ما لم يتنجّز فلا مانع من التمسك بالإطلاقات و الحكم بثبوت الولاية لهما، و لكنّ السيّد الخوئي قال في منهاجه:

«و المدار في كون التصرف مشتملاً على المصلحه أو عدم المفسده على كونه كذلك في نظر العقلاء، لا بالنظر إلى علم الغيب، فلو تصرف الولي باعتقاد المصلحه فتبين أنّه ليس كذلك في نظر العقلاء بطل التصرف، و لو تبين أنّه ليس كذلك بالنظر إلى علم الغيب صحّ إذا كانت فيه مصلحه بنظر العقلاء» (٣).

ص: ٢٢٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٢: ١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

٢- (٢) قياس المقام بالمعصيه مع الفارق جدّاً، و الظاهر في الشرائط كلّها كونها شرطاً واقعياً فقط، و الزائد يحتاج إلى دليل خاصّ، و المستفاد من ظواهر الأدلّه أيضاً ذلك، و بعبارة اخرى: كون الشرط علمياً يشبه جدّاً بعدم الشرطيّه. م ج ف.

٣- (٣) منهاج الصالحين ٢: ٢١ مسأله ٨٠.

اعتبر جمهور الفقهاء من الشافعيّيه و الحنابله و المالكيه أن يكون تصرّف الأب و الجدّ في أموال الصبيّ موافقاً للمصلحه.

قال ابن قدامه: «و ليس لوليّه التصرّف في ماله بما لا حظّ له فيه، كالعق و الهبه و التبرّعات و المحاباه؛ لقول الله - تعالى - : (وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) ١ . و قوله عليه السلام:

لا ضرر و لا ضرار (١) من المسند، و في هذه إضرار، فلا يملكه» (٢).

و في معنى المحتاج: «و يتصرّف له الوليّ بالمصلحه و جوباً؛ لقوله - تعالى - :

(وَ لَا تَقْرَبُوا...). و قوله - تعالى - : (وَ إِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَ اللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ) ٤ . و قضيه كلامه كأصله أنّ التصرّف الذي لا خير فيه و لا شرّ ممنوع منه؛ إذ لا مصلحه فيه، و هو كذلك كما صرح به الشيخ أبو محمّد و الماوردي» (٣).

و قال الرافعي: «رهن الوليّ مال الصبيّ و المجنون و المحجور عليه بالسفه، و ارتهانه لهم مشروط بالمصلحه و الاحتياط، فمن صور الرهن على وجه المصلحه أن يشتري للطفل ما يساوي مائتين بمائه نسيئه، و يرهن به ما يساوي مائه من ماله فيجوز...

و منها: إذا كان الزمان زمان نهب، أو وقع حريق، و خاف الوليّ على ماله، فله

ص: ٢٢١

١- (٢) يأتي تخريجه قريباً.

٢- (٣) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧.

٣- (٥) مغنى المحتاج للخطيب الشربيني ٢: ١٧٤.

أن يشتري عقاراً و يرهن بالثمن شيئاً من ماله...

و منها: أن يستقرض الولي له لحاجته إلى النفقه أو الكسوه أو توفيه ما يلزمه، أو لإصلاح ضياعه»^(١).

و في المغنى: «قال القاضي ليس لوليه رهن ماله إلا بشرطين: أحدهما:

أن يكون عند ثقته، الثاني: أن يكون له فيه حظ»^(٢). و كذا في كشاف القناع^(٣).

و قال ابن شاس: «و لا يتصرف الولي إلا على ما يقتضيه حسن النظر»^(٤).

و يظهر من كلمات بعض الحنفية أنهم اکتفوا بلزوم عدم المفسده في تصرفات الولي.

ففي البدائع: «و أمّا الذي يرجع إلى المولى فيه، فهو أن لا يكون من التصرفات الضاره بالمولى عليه؛ لقوله عليه الصلاه و السلام:

لا ضرر و لا ضرار في الإسلام»^(٥).

و قال عليه الصلاه و السلام:

من لم يرحم صغيرنا - و يعرف حقّ كبيرنا فليس منّا»^(٦). و الإضرار بالصغير ليس من المرحمه في شيء، فليس له أن يهب مال

الصغير من غيره بغير عوض؛ لأنه إزاله ملكه من غير عوض، فكان ضرراً محضاً»^(٧).

ص: ٢٢٢

١- (١) العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٦٩.

٢- (٢) المغنى ٤: ٣٩٧.

٣- (٣) كشاف القناع ٣: ٥٢١.

٤- (٤) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٦٣٠.

٥- (٥) مسند أحمد بن حنبل ١: ٦٧٢ ح ٢٨٦٧، سنن ابن ماجه ٣: ١١٧ ح ٢٣٤٠ و ٢٣٤١، السنن الكبرى للبيهقي ٨: ٤٣٦ ح ١١٥٧١

و ج ٩: ١٢٣ ح ١٢٠٩٨ و ١٢٠٩٩، المعجم الأوسط ٦: ٩١ ح ٥١٨٩، مجمع الزوائد ٤: ١١٠.

٦- (٦) سنن أبي داود ٥: ١٤٧ الرقم ٤٩٤٣، سنن الترمذى ٤: ٣٢١ ح ١٩٢٤.

٧- (٧) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٠.

إشاره

و فيه مطلبان:

المطلب الأول: ولاية الوصي وأدتها

إشاره

المشهور بين الفقهاء من المتقدمين والمتأخرين، بل الإجماع بينهم ثبوت الولاية على الصغار في أموالهم لوصي الأب والجَد مع فقدهما.

قال الشيخ رحمه الله: «من يلي أمر الصغير والمجنون خمسهُ... و وصي الأب أو الجد»^(١).

و في الوسيله: «لا يجوز التصرف في مال اليتيم إلا لأحد ثلاثة: أولها: الولي و هو الجد، ثم الوصي و هو الذي ينصبه أبوه»^(٢).

و به قال المحقق^(٣) و العلامة^(٤) و الشهيد^(٥) و يحيى بن سعيد^(٦) و المحقق^(٧)

و الشهيد الثانيان^(٨) و المحقق الأردبيلي^(٩)، و جماعه من متأخري المتأخرين^(١٠)

ص: ٢٢٣

-
- ١- (١) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠٠.
 - ٢- (٢) الوسيله لابن حمزه: ٢٧٩.
 - ٣- (٣) شرائع الإسلام ٢: ٩، المختصر النافع: ١٤٦.
 - ٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعيه ٢: ٥٤١. تبصره المتعلمين: ٩٦، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠، قواعد الأحكام ٢: ١٣٥.
 - ٥- (٥) اللمعه الدمشقيه: ٦٢.
 - ٦- (٦) الجامع للشرائع: ٢٤٦.
 - ٧- (٧) جامع المقاصد ٥: ١٨٧ و ٤: ٨٦.
 - ٨- (٨) الروضه البهيته ٤: ١٠٦، مسالك الأفهام ٣: ١٦٥.
 - ٩- (٩) مجمع الفائده و البرهان ٩: ٢٣٤.
 - ١٠- (١٠) رياض المسائل ٥: ٣٩١، مفتاح الكرامه ٤: ١٨٤ و ٢١٣ و ج ٥: ٢٥٥-٢٥٦، المناهل: ١٠٥، شرح تبصره المتعلمين ٥: ٤١.

و فقهاء العصر (١).

جاء في الحدائق: «و الوصيّ من أحدهما على من لهما الولاية عليه» (٢).

أدلة ولاية الوصي على أموال الصغار

استدلوا على إثبات ولاية الوصي على أموال الصغار بوجوه:

الأول: الإجماع، كما ادّعه في الرياض (٣) و مهذب الأحكام (٤).

وفيه: أنه مدركي. و لعلّ مستندهم الوجوه الآتية:

الثاني: السيره المستمره بين المتشرعه ٥.

الثالث: قاعده أن كلّ ما جاز فعله حال الحياه، جازت الوصيّه به بعد الممات إلا ما خرج بالدليل، و لا دليل على الخروج في المقام ٦.

و في تماميه هذه القاعده إشكال سيأتي قريباً.

الرابع: شمول دليل الولاية له، بدعوى أنه غير مختص بتصرفاته في حياته، و عمومه لما يكون متأخراً عن وفاته أيضاً (٥).

الخامس: إطلاقات أدلّه نفوذ الوصيّه و دعوى شمولها لوصيتهما بالتجار بمال الصبي بعد موتهما؛ فإن مقتضاها صحّه مثل هذه الوصيّه و نفوذها (٦).

ص: ٢٢٤

١- (١) العروه الوثقى و التعليقات عليها ٥: ٢٦٤ و ٢٦٣، مستمسك العروه الوثقى ١٢: ٤٤٦، مباني العروه الوثقى، كتاب المضاربه

٣: ٢١٢، مهذب الأحكام ٢١: ١٢٦، وسيله النجاه ٢: ١٠٠، تحرير الوسيله ٢: ١٤، تفصيل الشريعه، كتاب الحجر: ٢٩٩.

٢- (٢) الحدائق الناضره ١٨: ٤٠٣.

٣- (٣) رياض المسائل ٥: ٦٣.

٤- ((٤-٦) مهذب الأحكام ٢١: ١٢٦.

٥- ((٧ و ٨) مباني العروه للسيد الخوئي، كتاب المضاربه ٣: ٢١٢.

٦- (٨) نفس المصدر.

و استشكل السيد الخوئي رحمه الله على الدليل الرابع، بأنه لا إطلاق و لا عموم يشمل تصرف الأب و الجد بعد موتهما، بل لهما التصرف في مال الصغير ما دام حيين، و أما بعد موتهما فلا ولايه لهما عليه في شيء (١)، و ما ذكره جيد.

و أورد أيضاً على الدليل الخامس بأنه «لا يوجد في أدلته الوصية إطلاق يشمل الوصية التي لا ترجع إلى الميت و أمواله؛ فإنها و بأجمعها واردة في الوصايا الراجعة إلى الميت نفسه و أمواله، و من هنا لا- تنفذ إلا- في الثلث مما يملك. و أما الزائد عنه فهو وصية في مال الغير على ما دلت عليه النصوص» (٢).

هذا كله ما تقتضيه القواعد و مع قطع النظر عن النصوص الخاصة.

السادس: - و هو العمدة - النصوص:

منها: ما روى في الكافي و التهذيب، عن أحمد بن محمد، عن علي بن الحسن، عن الحسن بن يونس (يوسف خ ل)، عن مثنى بن الوليد، عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم؟ فقال:

«لا بأس به من أجل أن أباه (٢) قد أذن في ذلك و هو حي» (٣).

ثم إن في الفقيه: علي بن الحسين الميثمي (٤) بدلاً من علي بن الحسن علي ما في الكافي (٥) و التهذيب (٦) و الوسائل، و هو ابن فضال الذي يروى عنه أحمد بن محمد،

ص: ٢٢٥

١- ((٣-١) نفس المصدر: ٢١٢-٢١٣).

٢- (٣) كذا في الكافي و التهذيب و الفقيه و الوسائل، و لكن في الوسائل ١٩: ٤٢٧ طبع مؤسسه آل البيت عليهم السلام «أن أباهم» و لعله هو الصواب.

٣- (٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

٤- (٥) الفقيه ٤: ١٩٦، ح ٥٩٠ تحقيق السيد الخراسان، و لكن في الفقيه ٤: ٢٢٧ تحقيق علي أكبر الغفاري: علي بن الحسن الميثمي، و كذا في روضه المتقين ١١: ١٣٠.

٥- (٦) الكافي ٧: ٦٢، ح ١٩.

٦- (٧) تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٦، ح ٩٢١.

و هو من سهو نسخه الخرسان جزءاً؛ إذ لا وجود لعلّي بن الحسين الميثمي لا في الروايات ولا في كتب الرجال. نعم، روى قدس سره في بعض الموارد عن عليّ بن الحسن الميثمي (١) إلا أنه غلط، و الصحيح عليّ بن الحسن التيمي.

ثم إن صاحب الوسائل قد جعل المروي عنه لعلّي بن الحسن هو الحسن بن عليّ بن يونس، و جعل كلمة «يوسف» نسخه بدل ليونس، و هو من الغلط جزءاً، فإنّ الحسن بن عليّ بن يونس لا وجود له في الروايات و كتب الرجال أيضاً، فالصحيح هو الحسن بن عليّ بن يوسف - علي ما في الكافي و الفقيه و التهذيب - و هو ابن بقاح الثقه (٢).

و كيف كان، فالرواية معتبره من حيث السند. و أما من حيث الدلالة، فهي واضحة الدلالة؛ لأنه عليه السلام قال:

«لا بأس به» أي لا بأس بأن يعمل الوصي بمال الصغير.

قال الإمام الخميني قدس سره: «دلت بتعليقها على أنّ إذن الأب موجب لصحة المعاملات الواقعة على مال الصغير؛ سواء كان في حال حياته؛ بأن يوكل من يعمل ذلك؛ أو كان بعد مماته بالإيضاء و الإجازة» (٣).

و منها: صحيحه

العيص بن القاسم - التي رواها المشايخ الثلاثة - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن اليتيم متى يدفع إليها مالها؟ قال: إذا علمت أنّها لا تُفسد و لا تضيع. فسألته إن كانت قد تزوّجت؟ فقال: إذا تزوّجت فقد

ص: ٢٢٦

١- (١) قال السيّد الخوئي: أحمد بن محمد العاصمي، فقد روى عن علي بن الحسن، و علي بن الحسن فضال، و علي بن الحسن التيملي، و علي بن الحسن التيمي، و علي بن الحسن السلمي، و علي بن الحسن الميثمي، و جميع هذه العناوين منطبقه على شخص واحد. معجم رجال الحديث ٢: ٣٣٣ الرقم ٩٤٧.

٢- (٢) مباني العروه، كتاب المضاربه ٣: ٢١٧.

٣- (٣) كتاب البيع ٢: ٤٣٦.

انقطع ملك الوصى عنها(١) فإنّ ذيل الروايه صريح فى ولايه الوصى(٢).

و منها: صحيحه

عبد الله بن سنان، عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله - عزّ و جلّ -:

(فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) قال: «المعروف هو القوت، و إنّما عنى الوصىّ أو القيم فى أموالهم و ما يصلحهم»(٣).

و يؤيده خبر أسباط بن سالم(٤) و خالد بن بكر(٥) الطويل.

و منها: معتبره

أبى الربيع قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون فى يديه مال لأخٍ له يتيم و هو وصيّ، أ يصلح له أن يعمل به؟

قال: نعم، كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما، قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا إذا كان ناظراً له(٦). و الدلاله ظاهره.

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ ولايه الوصىّ ثابتة إجماعاً و نصّاً و فتوى.

آراء فقهاء أهل السنّه فى ولايه الوصىّ على أموال الصغار

ثبت الولاية على أموال الصغار للوصى عند جمهور الفقهاء

أ - الشافعيه

قال المزنى: «قال الشافعي: و أحبّ أن يتجر الوصىّ بأموال من يلى و لا ضمان عليه، و قد أتجر عمر بمال يتيم، و ابضعت عائشه بأموال بنى محمد بن أبى بكر فى

ص: ٢٢٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٣: ٤٣٢ الباب ٤٥ من كتاب الوصايا، ح ١.

٢- (٢) و أيضاً يستفاد من هذه الروايه و هكذا الآتيه أنّ الوصىّ له الولاية على مال الأطفال؛ سواء أوصى بذلك الموصى أم لا. و سواء جعله وصيّاً عليهم أم لا. م ج ف.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٤- (٤) نفس المصدر ١٢: ١٩٠ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٥- (٥) نفس المصدر ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب الوصايا، ح ٢.

٦- (٦) وسائل الشيعه ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، ح ٦.

البحر و هم أيتام»(١).

و أضاف الماوردي، بأن هذا كان إجماعاً، ولأنّ الوليّ يقوم في مال اليتيم مقام البالغ الرشيد في مال نفسه، فلمّا كان من أفعال الرشيد أن يتّجر بماله، كان الوليّ في مال اليتيم مندوباً إلى أن يتّجر بماله، ولأنّ الوليّ مندوب إلى أن يثمر ماله من يلي عليه، و التجاره من أقوى الأسباب في تثير المال،

و لما روى أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: «ابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاه»(٢)،(٣).

و في معنى المحتاج: «ولّى الصبى أبوه ثم جدّه ثم وصيهما ثم القاضى»(٤).

و في المهذب في فقه الشافعى: «و إن لم يكن أب ولا جدّ نظر فيه الوصى؛ لأنّه نائب عن الأب و الجدّ، فقدّم على غيره»(٥). و كذا في روضه الطالبين(٦)

و المجموع(٧).

ب - الحنابله

قال في الكافى: «و يتولّى الأب مال الصبى و المجنون؛ لأنها ولاية على الصغير فقدّم فيها الأب كولاية النكاح، ثم وصيه بعده؛ لأنّه نائبه»(٨).

و قال ابن قدامه: «إنّ لولّى اليتيم أن يضارب بماله و أن يدفعه إلى من يضارب له به، و يجعل له نصيباً من الربح أباً كان أو وصياً، أو حاكماً أو أمين حاكم، و هو أولى

ص: ٢٢٨

١- (١) مختصر المزنى: ٨٩.

٢- (٢) الموطأ: ١٥٢ ح ٥٨٦، الأمّ ١: ٣٠، المصنّف لعبد الرزّاق ٤: ٦٦ ح ٦٩٨٢، المعجم الأوسط ٢: ٦ ح ١٠٠٢، سنن الدارقطنى

٢: ٩٦ ح ١٩٥٨، السنن الكبرى للبيهقى ٨: ٢٩٥-٢٩٦ ح ١١١٤٣-١١١٤٥، كنز العمّال ١٥: ١٧٧ ح ٤٠٤٨٤ و ٤٠٤٨٥.

٣- (٣) الحاوى الكبير ٦: ٤٤٣-٤٤٤.

٤- (٤) معنى المحتاج ٢: ١٧٣.

٥- (٥) المهذب في فقه الإمام الشافعى ٢: ١٢٦.

٦- (٦) روضه الطالبين ٣: ٤٧٥.

٧- (٧) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢١.

٨- (٨) الكافى في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧، كشاف القناع ٣: ٥٢١.

من تركه، و ممن رأى ذلك ابن عمرو النخعي و الحسن بن صالح و مالك و الشافعي ثم - بعد ما نقل الخلاف عن الحسن - قال: و الذي عليه الجمهور أولى؛ لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال:

من ولي يتيماً له مال فليتجر له، و لا يتركه حتى تأكله الصدقه»(١)(٢).

ج - الحنفية

قال في البدائع في سبب تحقق ولاية الوصي: «و وصي الأب قائم مقامه؛ لأنه رضىه و اختاره، فالظاهر أنه ما اختاره من بين سائر الناس إلا لعلمه بأن شففته على ورثته مثل شففته عليهم، و لو لا ذلك لما ارتضاه من بين سائر الناس، فكان الوصي خلفاً عن الأب، و خلف الشيء قائم مقامه كأنه هو، و الجد له كمال الرأي و وفور الشفقة، إلا أن شففته دون شفقه الأب، فلا جرم تأخرت ولايته عن ولاية الأب، و ولاية وصيه و وصي وصيه أيضاً؛ لأن تلك ولاية الأب من حيث المعنى على ما ذكرنا، و وصي الجد قائم مقامه؛ لأنه استفاد الولاية من جهته، و كذا وصي وصيه»(٣).

و قال في المبسوط: «و يجوز لوصي اليتيم أن يوكل في كل ما يجوز له أن يعمله بنفسه من امور اليتيم»(٤).

و قال في باب الوصايا: «و للوصي أن يتجر بنفسه بمال اليتيم و يدفعه مضاربه و يشارك به لهم... لأن الوصي جعله قائماً مقامه في التصرف في المال...»(٥)

ص: ٢٢٩

١- (١) سنن الترمذى ٣: ٣٢ ح ٦٤٠، سنن الدارقطنى ٢: ٩٥ ح ١٩٥١، كنز العمال ١٥: ١٧٧ ح ٤٠٨٦.

٢- (٢) المغنى ٤: ٢٩٣.

٣- (٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٤٩.

٤- (٤) المبسوط للسرخسى ١٩: ٣٠.

٥- (٥) نفس المصدر ٢٨: ٢٨.

وقال فى باب القصاص: «و عفو الأب و الوصى عن قصاصٍ واجبٍ للصغير باطل؛ لأنّه فوّض إليهما استيفاء حقه شرعاً لا إسقاطه»(١).

د - المالكيه

قال ابن شاس: «و وليّ الصبىّ أبوه و عند عدمه الوصىّ أو وصيه، فإن لم يكن فالحاكم»(٢).

و فى شرح الزرقانى: «ثمّ يلى أباً المحجور وصيه؛ أى الذى أوصاه الأب قبل موته على ولده؛ لأنّه نائبه، فإن مات فوصيه الذى أوصاه ذلك الوصىّ قبل موته»(٣) و كذا فى بدايه المجتهد(٤) و الذخير(٥).

و فى حاشيه الخرشى: «و إن لم يوجد الأب فوصيه يقوم مقامه و ينظر فى مصالح اليتيم من بيعٍ و غيره»(٦).

و فى الكافى فى فقه أهل المدينه المالكي: «و لا بأس بالتجاره فى مال اليتيم، و لا ضمان على الوصىّ...»(٧).

المطلب الثانى: فى بيان شرائطها:

اشاره

الأول: أنّه يشترط فى تصرّفات الوصىّ فى أموال الصغار مراعاة المصلحه و النظر و الغبطه؛ للأدله التى ذكرنا فى ولايه الأب و الجدّ، و لا يجوز له التصرف

ص: ٢٣٠

١- (١) نفس المصدر ٢٦:١٦١.

٢- (٢) عقد الجواهر الثمينه ٢:٦٣٠.

٣- (٣) شرح الزرقانى لأبى الضياء ٣:٢٩٨.

٤- (٤) بدايه المجتهد لابن رشد ٢:٢٨٠-٢٨١.

٥- (٥) الذخير لابن إدريس القرافى ٧:١٦٢-١٦٣.

٦- (٦) حاشيه الخرشى لعبد الله بن الخرشى ٦:٢٤٣.

٧- (٧) الكافى فى فقه أهل المدينه للمالكي، لابن عبد البر: ٤٢٣.

فى مال الصغبر بما لا حظّ فىه، كالعقق و الهبه و التبرّعات و غيرها، و الببع و الشراء بغبين فاحشٍ.

الثانى: قال فى المناهل: «هل يشترط فى ثبوت ولايه الوصى لأحد الأبوين و جعله وصياً على الصغبر، أو لا؟ بل يكفى مجرد صدق كونه وصياً و لو كان وصياً على الثلث فقط؟ يظهر من إطلاق عبارات الأصحاب الثانى، و لكن قد يدعى انصراف الإطلاقات المذكوره إلى صوره جعله وصياً على الصغبر، فىلزم الرجوع فى غيرها إلى حكم الأصل و هو عدم ثبوت الولايه، فالاحتمال الثانى هو الأقرب»(١).

اشتراط تصرفات الوصى للمصلحه عند أهل السنّه

يظهر من كلمات فقهاء أهل السنّه التى ذكرناها فى نقل آرائهم فى ولايه الوصى: أنّهم قائلون بولايه وصى الوصى أيضاً كالوصى، فراجع.

و هم أيضاً قائلون بأنّه يشترط فى تصرفات الوصى أن تكون موافقه للمصلحه.

قال ابن قدامه(٢) من فقهاء الحنابله: «و ليس لولايه التصرف فى ماله بما لا حظّ له... لقوله - تعالى - : (وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) ٣. و قوله صلى الله عليه و آله و سلم:

«لا ضرر و لا ضرار»(٣) و بمثل ذلك قال ابن شاس من فقهاء المالكيه(٤).

و فى المبسوط: «الوصى يعطى مال اليتيم مضاربه، و إن شاء أبضعه، و إن شاء

ص: ٢٣١

١- (١) المناهل: ١٠٦.

٢- (٢) الكافى فى فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧، الشرح الكبير ٤: ٥١٩.

٣- (٣) تقدّم فى آخر المبحث الثالث.

٤- (٤) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٦٣٠.

تَجْرِبُ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ وَكَانَ خَيْرًا لِلْيَتِيمِ فَعَلَ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: (قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ...١)

وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

ابْتَغُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى خَيْرًا كَيْلًا تَأْكُلُهَا الصَّدَقَةُ (١)

يَعْنِي النَّفَقَةَ... (٢).

وَفِي مَعْنَى الْمَحْتَاجِ: «وَيَتَصَرَّفُ لَهُ الْوَلِيُّ بِالْمَصْلَحَةِ وَجُوبًا؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى...

وَقَضِيَّتِهِ كَلَامَهُ كَأَصْلِهِ أَنْ التَّصَرَّفَ الَّذِي لَا خَيْرَ فِيهِ وَلَا شَرٌّ مَمْنُوعٌ مِنْهُ؛ إِذْ لَا مَصْلَحَةَ فِيهِ...» (٣).

وَأَشْرَطَ بَعْضُ فُقَهَاءِ أَهْلِ السُّنَّةِ فِي وِلَايَةِ الْوَصِيِّ أَنْ يَكُونَ عَادِلًا.

قَالَ ابْنُ قِدَامَةَ: «وَمِنْ شُرُوطِ ثُبُوتِ الْوِلَايَةِ الْعَدَالَةَ بِلَا خِلَافٍ؛ لِأَنَّ فِي تَفْوِضِهَا إِلَى الْفَاسِقِ تَضْيِيعًا لِمَالِهِ، فَلَمْ يَجْزِ، كَتَفْوِضِهَا إِلَى السُّفِيهِ» (٤).

وَقَالَ النَّوَوِيُّ: «ثُمَّ الْوَصِيُّ أَيْ الْمَنْصُوبُ مِنْ جِهَةِ الْأَبِّ أَوْ الْجَدِّ، أَوْ وَصِيٍّ مِنْ تَأَخَّرَ مَوْتُهُ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَهُ وَشَرْطُهُ الْعَدَالَةُ» (٥) وَكَذَا فِي مَعْنَى الْمَحْتَاجِ (٦).

ص: ٢٣٢

١- (٢) تَقَدَّمَ عَنْ قَرِيبٍ.

٢- (٣) الْمَبْسُوطُ لِلسَّرْحَسِيِّ ٢٢: ١٩-٢٠.

٣- (٤) مَعْنَى الْمَحْتَاجِ ٢: ١٧٤.

٤- (٥) الْكَافِي فِي فِقْهِ أَحْمَدَ ٢: ١٠٧.

٥- (٦) الْمَجْمُوعُ شَرْحُ الْمَهْدَبِ ١٤: ١٢١.

٦- (٧) مَعْنَى الْمَحْتَاجِ ٢: ١٧٥.

المبحث الخامس: نفوذ تصرفات الوكيل على أموال الصغار

لا خلاف في ولايه الوكيل من قبل الأب أو الجدّ على أموال الصغار.

قال المحقّق في الشرائع: «و للأب و الجدّ أن يوكلّا عن الولد الصغير...»^(١).

و في التذكرة «كلّ من صحّ تصرّفه في شيء تدخله النيابة صحّ أن يوكل فيه»^(٢). و كذا في التحرير^(٣) و القواعد^(٤) و الإرشاد^(٥) و جامع المقاصد^(٦) و مجمع الفوائد و البرهان^(٧) و مفتاح الكرامه^(٨).

و قال المحدث البحراني: «و الوكيل من المالك أو ممّن له الولايه»^(٩).

و في الرياض: «أو وكيلاً عن المالك أو من له الولايه حيث يجوز له التوكيل»^(١٠).

و قال في تحرير الوسيله: «يجوز للولي كالأب و الجدّ للصغير أن يوكل غيره فيما يتعلّق بالمولى عليه ممّا له الولايه عليه»^(١١).

ص: ٢٣٣

- ١- (١) شرائع الاسلام ٢: ١٩٧.
- ٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ١١٥، الطبعه الحجرية.
- ٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٢٩.
- ٤- (٤) قواعد الأحكام ٢: ٣٥١.
- ٥- (٥) إرشاد الأذهان ١: ٤١٥.
- ٦- (٦) جامع المقاصد ٨: ١٨٩.
- ٧- (٧) مجمع الفوائد و البرهان ٩: ٤٩٠ و ٤٩٤.
- ٨- (٨) مفتاح الكرامه ٧: ٥٣٤ و ج ٥: ٢٦٧.
- ٩- (٩) الحدائق الناظره ١٨: ٤٠٣.
- ١٠- (١٠) رياض المسائل ٥: ٦٣.
- ١١- (١١) تحرير الوسيله ٢: ٤٢ مسألة ١٨.

و بالجمله يستفاد من كلمات الفقهاء أنه كَلَّ ما تعلق غرض الشارع بإيقاعه مباشرة لا يصح التوكيل فيه. و أما إذا لم يكن كذلك فإنه يصح فيه التوكيل، فعلى هذا يجوز للأولياء كالأب و الجدّ و الوصيّ لهما و الحاكم أن يوكلوا غيرهم فيما يتعلق بالموالي عليهم مميّاً لهم الولايه عليه؛ لأنّ الغرض من جعل الولايه لهم حفظ أنفسهم و أموالهم من التلف و الضرر، و إعاتهم فيما يحتاجون إليه في امورهم، و هذا يمكن أن يصدر من الأولياء و من غيرهم.

و الدليل على إثبات ولايه الوكيل على أموال الصغار ما ذكرناه لإثبات ولايته على النكاح(1)؛ كعموم بعض النصوص، مثل:

معتبره

معاويه بن وهب و جابر بن يزيد جميعاً، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال:

«من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالو كاله ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها»(2).

و حيث إنّ جواز التصرف في مال الصبيّ هو أمر من الأمور، فالو كاله فيه ثابتة.

و الحاصل: أنه لا تفاوت بين البابين، فلا نتعرض لبيان الأدله مراعاة للاختصار، و الحمد لله ربّ العالمين.

ص: ٢٣٤

١- (١) راجع الفصل السادس من هذا الباب.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٣: ٢٨٥ الباب ١ من كتاب الوكاله، ح ١.

اشاره

و فيه مباحث:

المبحث الأول: ولايه الحاكم

اشاره

لا شبهه فى أن للحاكم الذى هو الفقيه الجامع للشرائط جواز التصرف فى أموال الغيب و القصر، و الظاهر أنه لا خلاف فى أصل ولايته على أموالهم، بل الإجماع عليه، فيجوز بيع مال الصغير و نحوه بشرط المصلحه من الحاكم أو أمينه عند عدم الأب و الجد و وصييهما.

إنما الكلام فى أن جواز تصرفه هذا، هل يكون من جهه النيايه العامه الثابته للفقيه عن الإمام عليه السلام كما هو المشهور، أو لكون هذا التصرف من شئون القضاء الثابته له بلا خلافٍ، أو من باب امور الحسبه؟.

قال الشيخ رحمه الله فى المبسوط: «من ولى مال اليتيم جاز له أن يتجر فيه للصبي

ص: ٢٣٥

نظراً له؛ سواءً كان أباً أو جدّاً أو وصيّاً أو حاكماً أو أميناً لحاكم» (١). و هكذا فى النهايه (٢). و مثل هذا فى السرائر (٣).

و قال المحقق رحمه الله: «الولاية فى مال الطفل و المجنون، للأب و الجدّ للأب، فإن لم يكونا فلولوصى، فإن لم يكن فللحاكم» (٤).

و كذا فى المختصر النافع (٥). و به قال بنو حمزه (٦) و زهره (٧) و إدريس (٨)

و سعيد (٩)، و الفاضل الآبى (١٠)، و العلامه فى أكثر كتبه (١١)، و الشهيد الأوّل (١٢).

و قال الشهيد الثانى: «إنّ الأمور المفتقره إلى الولاية إمّا أن تكون أطفالاً، أو وصايا و حقوقاً و ديوناً. فإن كان الأوّل فالولاية فيهم لأبيه، ثمّ لجدّه لأبيه، ثمّ لمن يليه من الأجداد على ترتيب الولاية، الأقرب منهم إلى الميت فالأقرب، فإن عدم الجميع فوصى الأب، ثمّ وصى الجدّ و هكذا، فإن عُدِم الجميع فالحاكم، و الولاية فى الباقي غير الأطفال للوصى ثمّ الحاكم، و المراد به السلطان العادل، أو نائبه الخاص أو العامّ مع تعذّر الأولين؛ و هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى العدل. و إنّما

ص: ٢٣٦

- ١- (١) المبسوط للطوسى ٢: ١٦٢.
- ٢- (٢) النهايه للطوسى: ٣٦١.
- ٣- (٣) السرائر ٣: ١٩٤ و ج ٢: ٢١١.
- ٤- (٤) شرائع الإسلام ٢: ١٠٢-١٠٣.
- ٥- (٥) المختصر النافع: ١٤٦ و ١٧٠.
- ٦- (٦) الوسيله: ٢٧٩.
- ٧- (٧) غنيه النزوع: ٢٠٧.
- ٨- (٨) السرائر ٢: ٢١١.
- ٩- (٩) الجامع للشرائع: ٢٤٦.
- ١٠- (١٠) كشف الرموز ١: ٥٥٤.
- ١١- (١١) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠ و ٣٩٧.
- ١٢- (١٢) الدروس الشرعيه ٣: ١٩٢.

كان حاكماً عاماً لأنه منصوب من قبل الإمام لا بخصوص ذلك الشخص، بل بعموم قولهم عليهم السلام:

«أنظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا» (١) (٢).

وقال المحقق الكركي في رساله صلاه الجمعه:

«اتفق أصحابنا رضوان الله عليهم على أن الفقيه العدل الإمامي الجامع لشرائط الفتوى المعبر عنه بالمجتهد في الأحكام الشرعيه نائب من قبل أئمة الهدى صلوات الله وسلامه عليهم في حال الغيبه في جميع ما للنيابه فيه مدخل... وله أن يبيع مال الممتنع من أداء الحق إن احتيج إليه، ويلي أموال الغيباب والأطفال والسفهاء والمفلسين، ويتصرف على المحجور عليهم، إلى آخر ما يثبت للحاكم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام» (٣).

وقريب من هذه العبارات جاء في كلمات بعض آخر من المتأخرين (٤)، و متأخرى المتأخرين (٥). وهكذا بعض فقهاء العصر (٦).

ويمكن أن يدعى أن ولاية الفقهاء الجامعين للشرائط على أموال اليتامى من ضروريات فقه الإماميه:

جاء في الجواهر: «بالجمله: فالمسأله من الواضحات التي لا تحتاج إلى أدله» (٧).

ص: ٢٣٧

١- (١) الكافي ٧: ٤١٢ ح ٥، تهذيب الأحكام ٦: ٢١٨ ح ٥١٤.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤-٢٦٥.

٣- (٣) رسائل المحقق الكركي ١: ١٤٢.

٤- (٤) غايه المراد ٢: ٢١ و ٢٠٤، اللعه دمشقيه: ٦٢، جامع المقاصد ٤: ٨٥، زبده البيان: ٥٠١، كفايه الأحكام: ١١٣، جامع الشتات ٢: ٤٦٤-٤٦٧.

٥- (٥) عوائد الأيام: ٥٥٥، مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٦، الحدائق الناظره ١٨: ٣٢٢، رياض المسائل ٥: ٦٣.

٦- (٦) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٦٢٣ و ٦٧٣-٦٧٥، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٢ و ٢١٠، الأحكام الواضحه للشيخ الفقيه الفاضل اللكراني: ٣١٧.

٧- (٧) جواهر الكلام ٢١: ٣٩٧.

وقال الإمام الخميني رحمه الله: «ولاية الفقيه - بعد تصوّر أطراف القضيه - ليست أمراً نظرياً يحتاج إلى برهان»^(١).

أدلة ولاية الحاكم على أموال الصغار

يدلّ على ولاية الحاكم على أموال الصغار امور:

الأول: الإجماع القطعي كما تقدّم في كلام المحقّق الكركي.

قال صاحب الرياض - بعد ذكر من لهم الولاية على أموال الصغار من الأب و الجدّ و الحاكم الشرعي و أمينه المنصوب من قبله، و بيان مراتبهم في ذلك :-

«و لا- خلاف في ثبوت الولاية لهؤلاء، بل الظاهر الإجماع عليه، و هو الحُجّه»^(٢)، و نقله أيضاً المحقّق الأردبيلي^(٣). و ادّعاه في الجواهر^(٤).

و قال المحقّق القمي: «و الدليل لولاية الحاكم الإجماع المنقول و عموم النيابة التي تستفاد من مثل المقبولة و غيرها»^(٥).

و قال الفاضل النراقي: «و حكاية الإجماع و عدم الخلاف فيه مستفيضه»^(٦).

و جاء في العناوين للسيد المراغي: «و نقل الإجماع في كلامهم على هذا المعنى لعله مستفيض في كلامهم»^(٧).

ص: ٢٣٨

١- (١) كتاب البيع ٢: ٤٦٧.

٢- (٢) رياض المسائل ٥: ٦٣.

٣- (٣) مجمع الفوائد و البرهان ٩: ٢٣٢.

٤- (٤) جواهر الكلام ١٥: ٤٢٢.

٥- (٥) جامع الشتات ٢: ٤٦٥.

٦- (٦) عوائد الأيام: ٥٥٥.

٧- (٧) العناوين ٢: ٥٦٣.

الثانى: قوله - تعالى - : (وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) ١ .

و تقريب الاستدلال بها: أنّ الآية إمّا خطاب إلى الأولياء، كقوله تعالى:

(فَإِنْ أَنْشِئْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ٢ . فالخطاب فيها متوجه إلى الوصى و الحاكم و أمينه و لعلّ إلى الجدّ لو لا انصرافها عنه؛ لأنّها فى مورد اليتيم.

و إمّا خطاب لجميع المكلفين، كما يشهد له سياق الآيات المتقدّمة عليها و المتأخّره عنها.

و على كلا التقديرين تكون الآية بلحاظ الاستثناء دليلاً على جواز التصرف المقرون بمصلحة الصغير، فتدلّ على جواز قرب ماله بالتى هى أحسن لكلّ أحدٍ من الناس، و القدر المتيقّن منه الفقهاء فيجوز لهم قطعاً، و كذلك يجوز قرب غيرهم مع إذن الفقيه، و أمّا بدون إذنه فجواز قرب مال اليتيم لا يستفاد من الآية (١)؛ لجواز أن يكون الأحسن كونه مع إذن الفقيه الذى بيده مجارى الأمور، و هو المرجع فى الحوادث و الحجّج و الحاكم و القاضى من جانب الإمام، و أمين الرسول، و كافل الأيتام، و أعلم بوجوه التصرف، بل يظهر منه عدم جواز قرب الغير بدون إذنه، كما صرّح بذلك الفاضل التراقى رحمه الله (٢)

ص: ٢٣٩

١- (٣) الحقّ أنّ الآية الشريفه لا تدلّ على من له الولاية على التصرف، و بعبارة اخرى: لا تعين الأولياء، بل تدلّ على أنّ من له الولاية الثابته بدليل آخر لا يجوز له التصرف إلاّ بالتى هى أحسن، أو تدلّ على أنّ جميع المكلفين إذا أرادوا التصرف و لو من جهه اشتراء مال اليتيم لا يجوز إلاّ بالأحسن، فالمشترى لمال اليتيم مخاطب أيضاً مع أنّه ليس وليّاً، و بناءً على ذلك لا تدلّ الآية الشريفه على أنّ الفقيه له التصرف فى مال اليتيم ولايه. نعم لا تدلّ على الحكم التكليفى فقط كما ذهب إليه السيد الخوئى، بل تدلّ على عدم جواز التصرف تكليفاً و وضعاً إلاّ بالتى هى أحسن، فالآيه لا تدلّ على الولاية، بل تدلّ على التصرفات بالنحو الذى ذكر. م ج ف.

٢- (٤) عوائد الأيتام: ٥٥٥ مع تصرف.

أورد عليه السيّد الخوئي بأنّ دلالة الآيه على ثبوت الولايه ممنوعٌ، و قال في توضيحه: «إنّ ظاهر الآيه هو النهى تكليفاً في التسلّط على مال اليتيم و تملكه و أكله بالباطل».

ثمّ قال: «و المراد بالّتي ليس هو التقربّ و إلّا لما كان وجه للتأنيث، بل هي إشاره إلى الطريقه الوسطى الإسلاميه، أو إلى الشريعه الواضحه المحمّديه، كما عبّر عن ذلك في آيه اخرى بالمعروف، و نهى عن أكل مال اليتيم إلّا بالمعروف، و عليه:

فتكون الآيه نظير آيه التجاره نهياً عن أكل المال بالباطل إلّا بالطريقه الوسطى و بالأسباب الشرعيّه، فلا تكون مربوطاً بالبيع و الشراء و بجهه الولايه»(١).

و في كلامه قدس سره نظر؛ لأنّه لو كان مفادّ آيه النهى عن قرب مال اليتيم مثل آيه النهى عن التجاره بالباطل كما قال رحمه الله، يصير معناها(٢) بلحاظ الاستثناء (حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ) هكذا، إذا بلغ اليتيم أشدّه فيجوز قرب ماله بغير التي هي أحسن و غير الطريقه الإسلاميه، و بلوغ اليتيم أشدّه يبيح قرب ماله و يجوز أكله و تملكه بغير الأحسن، و فساده ظاهر، و معنى القرب - كما جاء في التفاسير - التصرف فيه و حفظه و تثيره و الاتجار به.

قال الشيخ رحمه الله: «في الآيه نهى من الله - تعالى - لجميع المكلفين أن يقربوا مال اليتيم إلّا - بالتي هي أحسن، و هو أن يحفظوا عليه و يثمروه، أو ينفقوا عليه بالمعروف على ما لا يشكّ أنّه أصلح له، فأما لغير ذلك فلا يجوز لأحد التصرف فيه...»(٣)

ص: ٢٤٠

١- (١) مصباح الفقاهه ٥: ٢٧ و ٧٧ و ٧٩.

٢- (٢) هذا المعنى ممنوع جداً؛ فإنّ الآيه بلحاظ الاستثناء تدلّ على أنّ اليتيم إذا بلغ أشدّه فيجوز دفع ماله إليه حتّى يتصرف فيه بأيّ نحو شاء و أراد، و بعبارة أخرى: جواز القرب و عدم جوازه مختصّ بزمان عدم البلوغ، و إلّا فبعده لا معنى للقرب أصلاً، و هذا يستفاد من الكشّاف أيضاً. م ج ف.

٣- (٣) التبيان في تفسير القرآن ٦: ٤٧٦.

و كذا فى مجمع البيان (١).

و فى الكشاف: «و لا- تقربوا مال اليتيم إلا- بالتى هى أحسن، إلا- بالخصله التى هى أحسن ما يفعل بمال اليتيم، و هى حفظه و تثيره، و المعنى احفظوا عليه حتى يبلغ أشده فادفعوا إليه بالقسط» (٢).

و نحو هذا كلام القرطبي فى الجامع لأحكام القرآن (٣).

و فى الدر المنثور: «أخرج أبو حاتم عن عطيه فى قوله: (وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ) الآية، قال: طلب التجاره فيه و الربح فيه» (٤).

على هذا لا- وجه لما ذكره قدس سره فى دلاله الآية من أنّ مدلولها هو النهى تكليفاً فى القرب بمال اليتيم، و تملكه و أكله بالباطل و على غير وجه الشرعيه، و كونها نظير آيه التجاره.

و ظهر ممّا ذكرنا أيضاً ما فى كلام المحقق الايروانى قدس سره من «أنّ الآية بصدد بيان ما يجوز من التصرف و ما لا يجوز، لا ضابط من له التصرف ممن ليس له، فهى مهمله من هذه الحثيه» (٥)؛ لأنّه لا- إهمال فى الآية الكريمه، بل هى ظاهره بلحاظ الاستثناء فى جواز التصرف المقرون بمصلحه الغير، و حيث إنّ مورد الآية هو اليتيم الذى لا ولى له، فللحاكم و أمينه أو المأذون من قبله أو الوصى للجدّ أو الأب جواز التصرف، و حيث إنّ الضروره و الإجماع قائم بأنّه لا يجوز التصرف فى مال اليتيم إلاّ من هؤلاء الخمسه المذكوره.

ص: ٢٤١

١- (١) مجمع البيان ٤: ١٨٣.

٢- (٢) الكشاف ٢: ٧٩.

٣- (٣) الجامع لأحكام القرآن ٧: ١٣٤.

٤- (٤) الدر المنثور ٣: ٥٥.

٥- (٥) حاشيه الايروانى على المكاسب: ١٥٩.

فيستفاد من الآيه بضميمه الإجماع و الضروره و لايه الحاكم، و هو المطلوب.

الثالث: سيره المتشرّعه و ارتكازهم

قال السيد السبزواري: «و سيره المتشرّعه بالرجوع إلى المجتهدين فيها؛ أي في امور الأيتام و المجانين و الأوقاف التي لا متولّي لها...» ثم قال:

«إنّ ولاية الفقيه الجامع للشرائط في مثل هذه الأمور الدينيه من مرتكزات المتشرّعه، بل من فطريات أهل كلّ مذهب و ملّه الرجوع فيها إلى علماء مذهبهم، و أنّ للعلماء نحو ولاية في مثل هذه الأمور... و في مثل هذا الأمر الارتكازي للمتشرّعه لا يحتاج إلى ورود التعيّد من الشارع، بل يكفي مجرد عدم الردع في هذه الأمور العامه الابتلاء في جميع الأعصار و الأزمان. فلا وجه بعد ذلك للتمسك بأصالة عدم الولاية؛ لأنّها ثابتة بنظر العرف، و ما ورد من الترغيب في الرجوع إلى الفقهاء ورد في مورد هذا النظر العرفي، فيؤكّده و يثبتته، فأصل ولاية الفقيه في الجملة ممّا لا ينبغي أن يبحث عنه»^(١).

الرابع^(٢): القاعده الثابته من بعض الأخبار و من مذاق الشريعة؛ و هي أنّه لا شكّ في أنّ الصغير ممنوع عن التصرف في ماله شرعاً، إجماعاً و نصّاً، كتاباً و سنّه، فإنّما لم يُنصب من جانب الله سبحانه أحد لحفظ أمواله و إصلاحه و التصرف فيه فيما يصلحه، أو نصب.

و الأوّل غير جائز على الحكيم - تعالى - المتقن عقلاً، كما صرّح به في روايه العلل من أنّه

«لو لم يجعل لهم إماماً قيماً أميناً حافظاً مستودعاً لدرست الملّه، و ذهب الدين، و غيرت السنن و الأحكام - إلى أن قال: -

و كان في ذلك فساد

ص: ٢٤٢

١- (١) مهذب الأحكام ١: ١١٥.

٢- (٢) هذا الوجه و كذا الوجه السابق لا تدلّ على ثبوت الولاية، بل غايتها الثبوت من باب الحسبه لا الولاية، و الفرق بينهما واضح جدّاً. م ج ف.

و يدلّ عليه أيضاً استفاضه الأخبار بأنّ الشارع لم يدع شيئاً ممّا تحتاج إليه الأمّة إلاّ بينه لهم(٢).

و لا شكّ أنّ هذا أشدّ ما يحتاجون إليه، بل يبطله في الأكثر نفى الضرر و الضرار، فتعيّن الثانی، و هذا المنصوب إمّا أن يكون معيّناً أولاً على التعيين؛ أى كلّ من كان، و المرّد لا على التعيين لا ماهيته له و لا هويّه. و على التعيين إمّا يكون هو الفقيه أو ثقته العدل، و على كلا التقديرين يكون الفقيه منصوباً، فهو المتيقّن و الباقي مشكوك، أشار إلى هذا الوجه الفاضل النراقي قدس سره(٣).

الخامس: - و هو العمده - الأخبار الكثيره

منها: صحيحه

إسماعيل بن بزيع قال: مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثه صغاراً و متاعاً و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهنّ؛ إذ لم يكن الميت صير إليه وصيته، و كان قيامه فيها بأمر القاضى؛ لأنهنّ فروج. قال: فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السلام و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى إلى أحدٍ و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلاً منّا فيبيعهنّ، أو قال: يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لأنهنّ فروج، فما ترى فى ذلك؟

قال: فقال: «إذا كان القيم به مثلك و(٤) مثل عبد الحميد فلا بأس»(٥).

ص: ٢٤٣

١- (١) علل الشرائع ١: ٢٥٣-٢٥٤.

٢- (٢) الكافي ١: ٥٩ ح ٢ و ٤.

٣- (٣) عوائد الأيام: ٥٥٥-٥٥٦.

٤- (٤) فى نسخه من التهذيب «أو».

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ٢.

قال المحقق العراقي: «صحيحه ابن بزيع خير شاهد على ثبوت هذه التولية العامه»(١).

والمهم في فقه الحديث هو بيان جهه المماثله و أنها في أى شىء؟ فقد جعل الشيخ الأعظم قدس سره موارد الاحتمالات في المماثله أربعه، حيث قال: «إن المراد من المماثله: إما المماثله في التشيع، أو في الوثاقه و ملاحظه مصلحه اليتيم و إن لم يكن شيعياً، أو في الفقاهاه؛ بأن يكون من نواب الإمام عليه السلام عموماً في القضاء بين المسلمين، أو في العداله»(٢).

أما احتمال التماثل في التشيع فبعيد جداً؛ إذ الظاهر من الروايه أن التشيع مفروض الوجود و مفروغ عنه، و إنما السؤال من جهه أن نصب القاضى يجوز التصرف للقيم أم لا؟ مع عدم كون القاضى شيعياً و لا فقيهاً في مذهبنا و لا عدلاً، بل و لا ثقاً على الظاهر، و ذلك لأن فرض السائل كون الرجل من أصحابنا و جعل القاضى عبد الحميد قيماً.

و أما احتمال المماثله في الفقاهاه لكون محمّد بن إسماعيل بن بزيع من فقهاء الشيعه؛ لأنه من مشايخ فضل بن شاذان، و كذلك عبد الحميد على بعض الوجوه، فمعنى الروايه يكون هكذا: إن كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد فقيهاً فلا بأس، و تدلّ على ولايه الفقيه على أموال اليتامى، و سيأتى زياد توضيح في ذلك قريباً.

قال السيّد الخوئى قدس سره: «ربما يقال: إن عبد الحميد هذا محتمل بين اثنين:

أحدهما ثقه لم تثبت فقاهاته و هو ابن سالم، و الآخر فقيه لم يثبت وثاقته و هو ابن سعيد، فحينئذ تكون الروايه مجمله من حيث اعتبار الفقاهاه، و لكن الظاهر أن

ص: ٢٤٤

١- (١) شرح تبصره المتعلمين، كتاب القضاء: ٢٤٠.

٢- (٢) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٥.

المراد منه هو عبد الحميد بن سالم كما صرح به في الروايه، حيث قال: وجعل عبد الحميد بن سالم القيم بماله كما في التهذيب في باب الزيادة من الوصيّه، و أنّ توثيقه لم ينحصر بهذه الروايه، بل ظاهر عباره النجاشي في ابنه محمّد بن عبد الحميد بن سالم هو ذلك مع إثبات كتاب له، فيكون فقيهاً^(١).

و مقصوده قدس سره ما قال النجاشي في ترجمه ابنه محمّد بن عبد الحميد، و هذا نصّه:

«روى عبد الحميد، عن أبي الحسن موسى عليه السلام، و كان ثقةً من أصحابنا الكوفيين، له كتاب النوادر»^(٢). فيستفاد من هذا أنّ التوثيق للأب لا- للابن؛ لأنّه إذا كان الراوى صاحب كتابٍ أو أصل يستظهر بل يستفاد أنّه فقيه، كما أشار إليه المحقق الاصفهاني^(٣).

و قال المحقق التستري بعد نقل ما قال النجاشي في ترجمه الرجل:

أقول: التحقيق أنّه ظاهر في الرجوع إلى هذا؛ لقوله: «و كان» بالوصل؛ فإنّه ظاهر في العطف على قوله: «روى» و لو أراد قطع الكلام عن الأب لقال: «كان» بالفصل، كما في قوله بعده: «له كتاب»^(٤).

مضافاً إلى أنّه يمكن إثبات فقاوته من حيث إنّ جعل قريناً لمثل ابن بزيع، الذي هو من الفقهاء و من مشايخ الفضل بن شاذان كما تقدّم. و أمّا لو كان هو عبد الحميد ابن سعيد؛ لأنّ في نسخه الكافي و بعض نسخ التهذيب لم تكن كلمه «ابن سالم» موجوده^(٥)، كما قال الشيخ التستري أيضاً نقلاً عن الوحيد: «لم يجد

ص: ٢٤٥

١- (١) مصباح الفقاهه ٥: ٦١.

٢- (٢) رجال النجاشي: ٣٣٩ الرقم ٩٠٦.

٣- (٣) حاشيه المكاسب ٢: ٤٠٦.

٤- (٤) قاموس الرجال ٦: ٦٦ الرقم ٣٩٥٨.

٥- (٥) الكافي ٥: ٢٠٩، و فيه «فصير عبد الحميد القيم بماله».

فى نسخته من التهذيب لفظه «بن سالم» فلعل المراد بعبد الحميد فيه عبد الحميد ابن سعيد الآتى؛ لأن هذا من أصحاب الصادق و الكاظم عليهما السلام، و المسئول عنه الجواد عليه السلام»(١).

قال النجاشى: و أمراً وثاقته فمن وجهين: من جهة هذه الرواية، كما قال التستري فى ترجمته. «فكونه من أصحاب الجواد عليه السلام فى غاية القرب، و حينئذ فبدل الخبر على وثاقته»(٢).

و من جهة روايه صفوان عنه، و هو ممن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه، قال الشيخ فى العده: «و لأجل ذلك سوت الطائفة بين ما يرويه محمد بن أبى عمير، و صفوان بن يحيى، و أحمد بن محمد بن أبى نصر، و غيرهم من الثقات الذين عرفوا بأنهم لا يروون و لا يرسلون إلا عمّن يوثق به»(٣).

مضافاً إلى أنه قيل: إنهما واحد، و أنه نسب تارة: إلى أبيه، و اخرى: إلى جدّه؛ لتوصيف كليهما بأنه مولى بجيله كوفىّ و كليهما بالطار، فهو فقيه موثق، و الله العالم(٤).

الإيراد على الاستدلال بالصحيحه و الجواب عنه

قال الشيخ الأعظم الأنصارى - بعد ذكر الصحيحه و بيان الاحتمالات فى المماثلة -: «و الاحتمال الثالث - أى الفقاهه - منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه و لو مع تعدّره، و هذا بخلاف الاحتمالات الأخر - إلى أن

ص: ٢٤٦

١- (١) قاموس الرجال ٦: ٦٧.

٢- (٢) رجال النجاشى: ٢٤٦.

٣- (٣) العده فى الأصول ١: ١٥٤.

٤- (٤) حاشيه المكاسب للمحقّق الاصفهاني ٢: ٤٠٦، تنقيح المقال ٢: ١٣٥ مع تصرّف.

قال: - فيجب الأخذ في مخالفه الأصل بالأخصّ منها؛ و هو العدل»(١).

و قال المحقّق النائيني في توضيح هذا الإيراد: «و على هذا الاحتمال - أي المماثله في الفقاهه - تخرج الصحيحه عن الدلاله على ولايه غير الفقيه، لكنّه بعيد في نفسه؛ لاقتضائه بمفهومه ثبوت البأس مع عدم كون المتصدّي فقيهاً، مع أنّ مفروض مورد السؤال هو الأمر الذي يجب القيام به من غير الفقيه عند عدم الفقيه - إلى أن قال: - فالمتعيّن هو أحد الاحتمالين من الثاني أو الثالث، و حيث لا ترجيح لأحدهما على الآخر فلا جرم يجب الأخذ بالمتعيّن منهما و هو العداله»(٢).

و المتحصّل من هذا الإيراد: أنّ هذا المفهوم «هو مفهوم الشرط، و يستفاد منه أنّه لو لم يكن القيم فقيهاً ففيه البأس، و هذا ينافي كون التصرّف في مال اليتيم و القيام بأمره من الأمور التي لا تسقط بتعدّر إذن الفقيه، و نعلم قطعاً بولايه عدول المؤمنين عند تعدّر الوصول إلى الفقيه، مع أنّ إطلاق ذلك المفهوم يمنع عن ذلك.

و أجاب نفسه قدس سره بأنّه يمكن أن يكون المفروض في مورد الروايه صورته التمكن من الرجوع إلى الفقيه، و أنّ البأس كان في تصدّي غيره لأجل التمكن من تصدّيه...»(٣).

و أظهر منه ما أجاب عنه السيد الخوئي رحمه الله بوجهين:

أولاً: النقص بإرادته المماثله في العداله؛ إذ المحذور المذكور وارد على هذا أيضاً، للعلم بوصول النوبه إلى المؤمنين الفاسقين مع تعدّر العدل منهم العياذ بالله، مع أنّ المفهوم ينفي جواز توليتهم على ذلك.

و ثانياً: أنّه قد حقّق في محلّه أنّ أصله عدم التقييد و ظهور الإطلاق إنّما يتبع

ص: ٢٤٧

١- (١) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٥٦٥:١٦.

٢- ((٢-٣) المكاسب و البيع للنائيني ٣٣٩:٢ و ٣٤٠.

فيما إذا كان الشك في أصل المراد، فبمقتضى ظهور الكلام وإطلاقه نستكشف مراد المتكلم و يحتج به له و عليه. و هذا بخلاف ما إذا علم المراد من الخارج و كان الشك في كَيْفِيَّةِ ذلك المراد من المفهوم، فلا يجوز حينئذ التمسك بأصالة عدم التقييد في بيان كَيْفِيَّةِ المراد حتى يتوهم أن إطلاق المفهوم ينفي وصول النوبه إلى المؤمنين العادلين، فليس المورد مورداً للتمسك بأصالة عدم التقييد أصلاً، كما هو واضح (١)، إذن فلا مجال لإشكال المصنّف؛ إذ هو مفروض التمسك بأصالة عدم التقييد، و قد عرفت عدم وصول النوبه إليها (٢).

ثم قال قدس سره: «و التحقيق أنّ الظاهر إرادته المماثلة من الروايه من (٣) جميع الجهات حتى في العربيّه و الكوفيّه، و لكن نرفع اليد عن ذلك في الأمور التي نقطع بعدم مدخليتها في الحكم بنحو، كالعربيّه و الكوفيّه و نحوهما، و يبقى الباقي تحت الإطلاق، بل كلما نشك في خروجه و دخوله من جهة مدخليته و عدمه، و إنّما الخارج ما نعلم بعدم دخالته في الحكم، إذن فلا وجه لاعتبار العدالة فقط من جهة أخذ القدر المتيقن.

و عليه: فلا بدّ من اعتبار الفقيه و الوثاقه و العدالة و جميع الخصوصيات المحسّنه التي تحتل دخالتها في الحكم في الولاية المجعوله في الروايه، فافهم» (٤)

ص: ٢٤٨

١- (١) و الحق أنّ التمسك في المفهوم في ما نحن فيه إنّما هو بالنسبه إلى أصل المراد، و ليس التمسك بأصالة الإطلاق لإثبات كَيْفِيَّةِ المراد، فالمفهوم بالإطلاق يدلّ على نفى ولاية غير الفقيه حتى عدول المؤمنين. نعم، لا استحاش في ذلك بعد إمكان تقييده بالأدله الأخرى. م ج ف.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٥: ٦.

٣- (٣) لا ريب عندي في عدم إرادته المماثلة في جميع الجهات؛ فإنّه مضافاً إلى ندرتها غايه الندره أنّ العرف لا يفهم من العبارة ذلك المعنى؛ فإنّ التعبير بالمثل عند العرف هو من كان شبيهاً أو قريباً إليه في رعايه المصلحه و حفظ الأمانه، و عدم تضييع حقوق الأيتام. م ج ف.

٤- (٤) مصباح الفقاهه ٥: ٦٠-٦١.

و منها: صحيحه

ابن رئاب - التي رواها المشايخ الثلاثة - قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام، عن رجل بينى و بينه قرابه مات و ترك أولاداً صغاراً، و ترك مماليك له غلماناً و جوارى و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه فيتخذها أم ولد؟ و ما ترى في بيعهم؟ فقال: إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم كان مأجوراً فيهم. قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجاربه فيتخذها أم ولد؟ قال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم، و ليس لهم أن يرجعوا عما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم (١).

و مورد الروايه هو اليتيم الذي لا أب له و لا وصي، و كذا الجدّ على الظاهر، و في هذا المورد قال الإمام عليه السلام:

«إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم و باع عليهم و نظر لهم».

فهذه الصحيحه ظاهره في أنّ الحاكم ينصب فرداً قيماً و ناظراً لهؤلاء الصغار؛ لأنّ جعل القيمومه منحصر بالحاكم، فهي تدلّ على ثبوت الولاية لغير الأب و الوصي و الجدّ، حيث انتفت هذه الثلاثة في مورد الروايه. أمّا الأب و الوصي، فصريح الروايه انتفاؤهما. و أمّا الجدّ؛ فلأنّه لو كان، لكان هو المتولّي لأمرهم و يذكره الإمام عليه السلام، فتدلّ الصحيحه على إثبات الولاية لغير هؤلاء الثلاثة، و الحاكم منهم، و هو المطلوب، و سيأتي أنّها تدلّ على ولاية عدول المؤمنين أيضاً.

و منها:

ما أرسله في الفقيه قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:

اللهم ارحم خلفائي، قيل: يا رسول الله و من خلفائك؟ قال: الذين يأتون من بعدى، يروون حديثي و سنتي» (٢).

و رواه في عيون الأخبار بطرق ثلاثة، رجال كلّ طريق يغير طريق الآخر

ص: ٢٤٩

١- (١) و سائل الشيعة ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

٢- (٢) الفقيه ٤: ٣٥٢ الرقم ٩١٥، و سائل الشيعة ١٨: ٦٥ الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، ح ٥٠.

و فيها:

«اللهم ارحم خلفائي ثلاث مرّات»(١).

و فى معانى الأخبار بسند رابع(٢).

و كذلك فى الأمالى و زاد فى آخرها:

«ثمّ يعلمونها امتى»(٣).

و ذكرها فى مستدرک الوسائل نقلاً عن صحيفه الرضا عليه السلام(٤).

و كذا فى عوالى اللئالى و زاد فى آخرها:

«أولئك رفقاءى فى الجنّه»(٥).

و ذكره فى البحار نقلاً عن منيه المريد مع تفاوتٍ يسير(٦). و مثله ما نقل عن الراوندى(٧).

قال الإمام الخمينى: «هى روايه معتمده لكثرة طرقها، بل لو كانت مرسله لكانت من مراسيل الصدوق التى لا تقصر عن مراسيل مثل ابن أبى عمير؛ فإنّ مراسلات الصدوق على قسمين: أحدهما: ما ارسل و نسب إلى المعصوم عليه السلام بنحو الجزم، كقوله: قال أمير المؤمنين عليه السلام كذا. و ثانيهما: ما قال: روى عنه عليه السلام مثلاً، و القسم الأوّل من المراسيل المعتمده المقبوله»(٨).

و أمّا تقريب الاستدلال بها: بأن يُقال: إنّ معنى الخلافه عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أمر معهود من أوّل الإسلام ليس فيه إبهام، و الخلافه لو لم تكن ظاهره فى الولاية و الحكومه فلا أقلّ من أنّها القدر المتيقّن منها(٩)، و منها: الولاية على أموال الصغار.

ص: ٢٥٠

١- (١) عيون أخبار الرضا ٢: ٣٧ الرقم ٩٤.

٢- (٢) معانى الأخبار: ٣٧٤-٣٧٥.

٣- (٣) الأمالى للصدوق: ٢٤٧ الرقم ٢٦٦.

٤- (٤) مستدرک الوسائل ١٧: ٢٨٧ الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، ح ١٠.

٥- (٥) عوالى اللئالى ٤: ٦٤.

٦- (٦) بحار الأنوار ٢: ٢٥ كتاب العلم الباب ٨ ح ٨٣.

٧- (٧) مستدرک الوسائل ١٧: ٣٠٠ الباب ٨ من أبواب صفات القاضى، ح ٤٨.

٨- (٨) كتاب البيع ٢: ٤٦٨.

٩- (٩) نفس المصدر.

بتعبيرٍ آخر: الخلافة بقول مطلق كما ورد في الروايات تفيد استخلاف الخليفة في كلِّ ما كان للمستخلف «بالكسر». ففي المقام يستفاد منها أنّ للفقيه ما كان للنبيّ صلى الله عليه و آله من الشئون في امور المسلمين، و منها الولايه على أموال الصغار. نعم، لا يكون له ما استثنى من هذا الإطلاق، كالجهد ابتداءً و تزويج الصغار و غيرهما.

و أورد السيد الخوئي قدس سره على الاستدلال بالروايه ب «أنّ الظاهر من ذلك خليفتهم في نقل الروايه و الحديث(١)، كما قال صلى الله عليه و آله:

يروون حديثي و سنّتي، لا أنّ المراد من الخلافة الخلافة في التصرف في أموال الناس و أنفسهم»(٢). و يستفاد ذلك أيضاً من كلام المحقق الاصفهاني(٣) و العراقي(٤).

و قال المحقق الايرواني بعد بيان أنّ الخلافة مقوله بالتشكيك: «و الإضافه تفيد العموم في حقّ كلّ من هو خليفه في جهه أو(٥) في جهات، و الذين يأتون بعده و يروون حديثه يشمل الأئمّه الذين هم خلفاؤه في كلّ الجهات و العلماء و الرواه الذين لا يعلم حدّ خلافتهم، فلعلّ خلافتهم مختصّه بنشر الأحكام و إبلاغها كما يناسبه لفظ يروون حديثي...»(٦).

و في كلامهم نظر؛ لأنّ الخلافة لنقل الروايه و السنّه لا معنى لها؛ لأنّه صلى الله عليه و آله لم يكن

ص: ٢٥١

١- (١) و يبيّنه التعبير بقوله (من بعدى)؛ فإنّ الخلافة في نقل الروايه و الحديث كانت من زمن النبي صلى الله عليه و آله لا من بعده. هذا، مضافاً إلى أنّ اللازم تفسير كلمه الخلفاء مع قطع النظر عن ذيل الروايه بمعنى أنّه لو صدر من لسان الرسول صلى الله عليه و آله هذه العبارة فقط، لكان معناه الخلافة في جميع الأمور و من يقوم مقامه في كل الشئون إلا ما استثنى. م ج ف.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٥: ٤٤.

٣- (٣) حاشيه المكاسب للاصفهاني ٢: ٣٨٦.

٤- (٤) كتاب القضاء للعراقي: ١٦.

٥- (٥) و الخليفه في جهه من الجهات لا- يُعدّ عند العرف خليفه؛ فإنّ الخلافة متقوم لأكثر من جهه واحده لو لم نقل بوجود غالب الجهات، فتدبر. م ج ف.

٦- (٦) حاشيه المكاسب للايرواني: ١٥٦.

راوياً لرواياته حتى يكون الخليفة قائماً مقامه في ذلك، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم:

«الذين يأتون من بعدى، يروون حديثي و سنتي» يكون معرفاً للخلفاء، ولا يكون في مقام تحديد معنى الخلافة حتى تكون الخلافة في روايه الحديث و السنّه، هذا أولاً.

و ثانياً: على ما في الروايه أضاف صلى الله عليه وآله وسلم الخلفاء إلى نفسه، فقال:

اللهم ارحم خلفائي، و الإضافه - كما قال المحقق الايرواني نفسه - تفيد العموم، فيستفاد منها أنّ كلّ ما كان له صلى الله عليه وآله وسلم من الولايه كان لخلفائه إلا ما استثني، و هذا المعنى هو ما قلنا في تقريب الاستدلال بأنّ الخلافة بقول مطلق تفيد استخلاف الخليفة في كلّ ما كان للمستخلف «بكسر اللام».

و على هذا لا معنى للقول: بأنّ الظاهر من الحديث خليفتهم في نقل الروايه و الحديث، أو يقال: حيث لا يعلم حدّ خلافه الفقهاء، فخلافتهم مختصّه بنشر الأحكام و إبلاغها.

قال في الجواهر: «و دعوى اختصاص ولايته بالأحكام الشرعيّه، يدفعها معلوميّه توليه كثيراً من الأمور التي لا ترجع للأحكام، كحفظه لمال الأطفال و المجانين و الغائبين، و غير ذلك ممّا هو محرّر في محلّه، و يمكن تحصيل الإجماع عليه من الفقهاء؛ فإنّهم لا يزالون يذكرون ولايته في مقاماتٍ عديدهٍ لا دليل عليها سوى الإطلاقات» (١).

و قال الإمام الخميني رحمه الله: «و توهم أنّ المراد من الخلفاء خصوص الأئمه عليهم السلام في غايه الوهن؛ فإنّ التعبير عن الأئمه عليهم السلام برواه الأحاديث غير معهود، بل هم خزّان علمه تعالى، و لهم صفات جميله إلى ما شاء الله (٢) لا يناسب للإيعاز

ص: ٢٥٢

١- (١) جواهر الكلام ١٥: ٤٢٢.

٢- (٢) ورد في حقهم أنّهم الراسخون في العلم و عالمون بتأويله، اصول الكافي ١: ٢٧٠ ب ٢٢، و خزنه علم الله و عيبه وحي الله. نفس المصدر: ٢٤٩ ب ١١، و هم شجره النبوه و بيت الرحمه و معدن العلم و مختلف الملائكه. نفس المصدر: ٢٧٩ ب ٣١.

إلى مقامهم عليهم السلام «أنهم رواه الأحاديث» بل لو كان المقصود من الخلفاء أشخاصهم المعلومين لقال: عليّ و أولاده المعصومون عليهم السلام لا العنوان العامّ الشامل لجميع العلماء»(١).

و منها: الروايه المتقدّمه التي ذكرها في تحف العقول عن سيّد الشهداء، عن أمير المؤمنين عليهما السلام.

و هي و إن كانت مرسله، لكن اعتمد على الكتاب صاحب الوسائل قدس سره، و متنها موافق للاعتبار و العقل. و الرّوايه طويله نذكر بعض فقراتها التي دلّت على ما كنّا بصدد إثباته في المقام قال عليه السلام:

«ثم أنتم أيّها العصابه، عصابه بالعلم مشهوره، و بالخير مذكوره، و بالنصيحه معروفه، و بالله في أنفس الناس مهابه، يهابكم الشريف، و يكرمكم الضعيف، و يؤثركم من لا فضل لكم عليه و لا يد لكم عنده، تشفعون في الحوائج اذا امتنعت من طلبها، و تمشون في الطريق بهيئه الملوك، و كرامه الأكابر، أليس كلّ ذلك إنّما نلتموه بما يرجي عندكم من القيام بحقّ الله و إن كنتم عن أكثر حقه تقصّرون، فاستخففتم بحقّ الأئمه. فأما حق الضعفاء فضيّعتم، و أمّا حقّكم بزعمكم فطلبتم، فلا مالاً بذلتموه... لقد خشيت عليكم أيّها المتمنّون على الله أن تحلّ بكم نقمه من نعماته... و أنتم بالله في عباده تكرمون، و قد ترون عهد الله منقوضه فلا- تفزعون، و أنتم لبعض ذمم آبائكم تفزعون، و ذمّه رسول الله صلى الله عليه و آله محقوره... كلّ ذلك ممّا أمركم الله به من النهي و التناهي و أنتم عنه غافلون، و أنتم أعظم الناس مصيبه لما غلبتم عليه من منازل العلماء لو كنتم تشعرون، ذلك بأنّ مجارى الأمور و الأحكام على أيدي العلماء بالله، الأمانة على حلاله و حرامه، فأنتم المسلوبون تلك المنزل، و ما سلبتم ذلك إلاّ بتفريقكم عن

ص: ٢٥٣

الحق، الحديث»(١).

و مدلول الجملة الأخيره هو ثبوت الولاية العامه؛ لأنّ الأمور جمع محلّى باللام، فيستفاد منها العموم، و أنّ الأمور التي من شأنها الجريان عن نظر الإمام مفوضه إلى العلماء، و منها: رعايه شؤون القاصرين في أموالهم و أنفسهم.

و أورد عليه المحقق النائيني بأنّ قوله عليه السلام:

«مجارى الأمور بيد العلماء» الدالّ بإطلاقه على الولاية العامه «فمن المحتمل قريباً كون العلماء فيها هم الأئمه عليهم السلام - إلى أن قال: - فإنّ فيه قرائن تدلّ على أنّ المراد من العلماء فيه: هم الأئمه عليهم السلام؛ فإنّهم هم الأمناء على حلال الله و حرامه»(٢).

و قال المحقق العراقي: «و مثل هذا العنوان ربما كان مختصاً بالأئمه»(٣).

و تبعهما السيّد الخوئي في ذلك(٤). و هكذا قال به أيضاً المحقق الايرواني(٥)، و المحقق الاصفهاني(٦). و قال الفاضل الغفاري: «يعنى به المعصومين عليهم السلام؛ لقوله عليه السلام:

نحن العلماء»(٧).

و لقد أجاد الإمام الخميني قدس سره في الجواب عنهم، حيث قال: «و أنت إذا تدبّرت فيها صدرّاً و ذليلاً ترى أنّ وجهه الكلام لا تختصّ بعصر دون عصر، و بمصر دون مصر، بل كلام صادر لضرب دستور كلّى للعلماء قاطبه في كلّ عصر، و مصر للحثّ على القيام بالأمر بالمعروف و النهي عن المنكر في مقابل

ص: ٢٥٤

١- (١) تحف العقول: ٢٣٧-٢٣٨.

٢- (٢) منيه الطالب ٢: ٢٣٣-٢٣٤.

٣- (٣) شرح تبصره المتعلمين ٥: ٤١.

٤- (٤) مصباح الفقاهه ٥: ٤٣.

٥- (٥) حاشيه المكاسب للايرواني: ١٥٦.

٦- (٦) حاشيه المكاسب للاصفهاني ٢: ٣٨٨.

٧- (٧) ذكره في هامش تحف العقول: ٢٣٨.

الظلمه، و تعبيرهم على تركهما طمعاً في الظلمه أو خوفاً منهم - إلى أن قال: - و العدول عن لفظ «الأئمه» إلى «العلماء بالله، الأئمه على حلاله و حرامه» لعله لتعميم الحكم بالنسبه إلى جميع العلماء العدول الذين هم امناء الله على حلاله و حرامه، بل انطباق هذا العنوان على غير الأئمه أظهر؛ إذ توصيفهم عليهم السلام بذلك يحتاج إلى القرينه»(١).

نقول: و فى الروايه قرائن قطعیه دلت على أنها صدرت خطاباً للعلماء، و فيها جمل لا تكون مناسبه لمقام أهل البيت و الأئمه المعصومين عليهم السلام، مثل ما قال عليه السلام:

«أنتم أيتها العصابة عصابة بالعلم مشهوره، و بالخير مذكوره... و بالله فى أنفس الناس مهابه... تشفعون فى الحوائج».

هذه الجملات لا تكون خطاباً للناس كلهم؛ لأن كل الناس لا يكونون بالعلم مشهورين، و بالخير مذكورين، و هكذا.

و مثل ما قال عليه السلام:

«فأما حق الضعفاء فضيعة، و أما حقكم بزعمكم فطلبتهم... لقد خشيت عليكم أيها المتمنون على الله أن تحل بكم نعمة من نعماته... و أنتم أعظم الناس مصيبة لما غلبتم عليه من منازل العلماء لو كنتم تشعرون...».

لا ريب فى أنّ هذه الجمل تكون خطاباً للعلماء خاصه، الذين لا يقومون بوظيفتهم من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و...

فإذا قال الإمام عليه السلام عقيب هذه الجملات:

«ذلك بأن مجارى الأمور و الأحكام على أيدي العلماء بالله، الأئمه على حلاله و حرامه» لا يحتمل أن يكون المقصود منها الأئمه عليهم السلام، و هذا ظاهر لمن تدبر فى هذه الروايه الشريفه.

ص: ٢٥٥

و الحاصل: أنّ الإمام عليه السلام قسّم العلماء على قسمين: قسم منهم لا يقومون بوظيفتهم فهم أعظم الناس مصيبه، و قسم آخر قاموا على طريق الحقّ و هم الذين تكون مجارى الأمور و الأحكام بأيديهم، و يكونون الأمناء على حلال الله و حرامه.

على هذا يمكن استفاده مرجعيه الفقيه فى الأمور منها، كما أنّه يستكشف ذلك من منع الإمام عليه السلام من التحاكم إلى قضاء العامه و إرجاع الشيعه إلى فقهائنا، كما فى مقبوله عمر بن حنظله (١) و مشهوره أو صحيحه أبى خديجه (٢)؛ إذ من مثلهما ربما يستفاد كون الفقيه حاكماً فى قبال حكّامهم، و أنّ له من الشأن ما لهم من الولاية على الأمور.

إذن تستفاد الولاية المطلقة للفقهاء فى عصر الغيبه من عموم التنزيل و إطلاقه، حيث إنّ الشارع قد جعل الفقيه الجامع للشرائط قاضياً و حاكماً كما فى مقبوله عمر بن حنظله و مشهوره أو صحيحه أبى خديجه؛ فإنّ مقتضى الإطلاق فيهما أن يترتب الآثار المرغوبه من القضاء و الحكم بأجمعهما على الرواه و الفقهاء، و من تلك الآثار تصديهم لنصب القيم و الولي على القضيّر من الصغار و المجانين و غيرهما.

و ذلك لأنّه لا-شبهه فى أنّ القضاء المنصوبين من قبل العامه و الخلفاء كانوا يتصدّون لتلك الوظائف، كما لا يخفى على من لاحظ أحوالهم و عرف سيرهم و سلوكهم، و يشهد لذلك صحيحه ابن بزيع المتقدمه؛ لأنّها صريحه فى أنّ القضاء كانوا يتصدّون لنصب القيم، فإذن تدلّ الروايتان على أنّ المجتهد الجامع للشرائط قد جعل قاضياً فى الشريعه، فتدلّان بإطلاقهما على أنّ الآثار الثابته للقضاء و الحكم

ص: ٢٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ٩٩:١٨، الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، ح ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٤:١٨، الباب ١ من أبواب صفات القاضى، ح ٥.

بأجمعهما مترتبة على الفقيه؛ فإن ذلك مقتضى جعل المجتهد قاضياً في مقابل قضاتهم وحكامهم.

فتحصّل من الأخبار المتقدّمة و كذلك من روايات كثيرة أُخرى أنّ الفقيه بيده مجارى الأمور و هو المرجع فى الحوادث، و الحجّة و الحاكم و القاضى من جانب الإمام عليه السلام و أمين الرسول و خليفته، و كافل الأيتام، و حصن الإسلام، و وارث الأنبياء و بمنزلتهم، فثبوت ولايه الفقهاء الجامعين للشرائط فى أموال اليتامى قطعاً لا شبهه فيها.

قال الشهيد فى مسأله و جوب دفع الزكاه إلى الإمام: «و كذا يجب دفعها إلى الفقيه الشرعى فى حال الغيبه لو طلبها بنفسه أو وكيله؛ لأنّه نائب للإمام كالساعى بل أقوى»^(١).

و بيّن صاحب الجواهر دليل أقوائته بقوله: «لنيابته عنه فى جميع ما كان للإمام، و الساعى إنّما هو وكيل للإمام عليه السلام فى عمل مخصوص - إلى أن قال: - إطلاق أدلّه حكومته - أى الفقيه - خصوصاً روايه النصب^(٢) التى وردت عن صاحب الأمر عليه السلام - روحى و أرواح العالمين له الفداء - يصيره من أولى الأمر الذين أوجب الله علينا طاعتهم. نعم، من المعلوم اختصاصه فى كلّ ما له فى الشرع مداخلته حكماً أو موضوعاً»^(٣).

و قال السيّد السبزوارى: «بعد سدّ الرجوع إلى أبواب حكّام الجور و قضاتهم و الأخذ منهم، و عدم الميل إليهم بنحو شديد أكيد، مع عموم الابتلاء للاحتياج إلى ولايه الفقيه الجامع للشرائط، فهل يتصوّر أن يهمل الشارع هذه الجبهه بالنسبه

ص: ٢٥٧

١- (١) الروضه البهيه ٢: ٥٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨: ١٠١ الباب ١١ من أبواب صفات القاضى، ح ٩.

٣- (٣) جواهر الكلام ١٥: ٤٢٢.

إلى أمته و يذرهم حيارى؟! فالتشكيك في ولايه الفقيه فيما تبسط يده بالنسبه إليها ممّا لا ينبغي»(١).

ثم إنَّ الشيخ الأعظم و إن استشكل في ثبوت الولاية العامه للفقيه في كتاب المكاسب، حيث قال: «و بالجمله: فإقامه الدليل على وجوب طاعه الفقيه كالإمام عليه السلام إلا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد»(٢).

و قال في موضع آخر: «و المسأله لا تخلو عن إشكال و إن كان الحكم به مشهورياً»(٣).

و لكن مال قدس سره في كتاب الزكاه إلى ثبوت النيابة العامه للفقيه؛ حيث قال: «و لو طلبها الفقيه فمقتضى أدله النيابة العامه وجوب الدفع؛ لأن منعه ردّ عليه،

و الرادّ عليه رادّ على الله تعالى، كما في مقبوله عمر بن حنظله المتقدمه. و لقوله عليه السلام في التوقيع الشريف الوارد في وجوب الرجوع في الوقائع الحادثه إلى رواه الأحاديث، قال:

فإنهم حجّتي عليكم و أنا حجّه الله»(٤).

و قال أيضاً في كتاب الخمس: «و ربما أمكن القول بوجوب الدفع إلى المجتهد؛ نظراً إلى عموم نيابته، و كونه حجّه الإمام على الرعيه و أميناً عنه و خليفه له، كما استفيد ذلك كلّ من الأخبار.

لكنّ الإنصاف: أنّ ظاهر تلك الأدله و ولايه الفقيه عن الإمام عليه السلام على الأمور العامه»(٥).

ص: ٢٥٨

١- (١) مهذب الأحكام ١: ١١٦.

٢- (٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٥٣.

٣- (٣) نفس المصدر ١٦: ٥٥٧.

٤- (٤) كتاب الزكاه، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٠: ٣٥٦.

٥- (٥) كتاب الخمس، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١١: ٣٣٧.

ثم لو تنزلنا عن ذلك وقلنا: إن الأخبار المستدل بها على الولاية المطلقة للفقير قاصره السند أو الدلالة، كما قال به جماعة (١)، ولكن لأجل أن بعض الأمور الراجعة إلى الولاية مميّلا -مناص أن تتحقق في الخارج، وهي المعبر عنها بالأمور الحسيّة (٢)، كبيع مال اليتيم عند اقتضاء الضرورة له، أو تزويج الصغير أو الصغيره مع اقتضاء المصلحه وغيرهما؛ لأنه علم من الشارع مطلوبته وجودها، والجزم بعدم رضا الشارع بتركها، فلا بد من أن يتصدى شخص لإقامه تلك الأمور، هذا من ناحيه.

و من ناحيه أخرى: الأئمة عليهم السلام منعوا الشيعة عن الرجوع إلى قضاء الجور مطلقاً، فيكون الفقيه الجامع للشرائط مرجعاً لهذه الأمور؛ لأنه القدر المتيقن ممن يحتمل له الولاية في تلك الأمور (٣)؛ لعدم احتمال أن يرخص الشارع فيها لغير الفقيه، كما لا يحتمل أن يهملها، فمع التمكن من الرجوع إلى الفقيه لا يجوز الرجوع فيها إلى الغير.

بيان آخر: لا يجوز تعطيل تلك الأمور أو تأخيرها؛ لاستلزامه تفويت مال الصغار أو الغائب، أو انتهاك عرضهم، و يكون الفقيه هو المرجع فيها؛ لأنه القدر المتيقن ممن يحتمل أن يكون له الولاية في تلك الأمور.

نعم، إذا لم يمكن الرجوع إليه في مورد يكون العدول من المؤمنين مرجعاً

ص: ٢٥٩

١- (١) منيه الطالب ٣: ٢٣٤-٢٣٧، شرح تبصره المتعلمين كتاب القضاء ٥: ١٦، التنقيح في شرح العروه، كتاب الاجتهاد و التقليد: ٤١٩-٤٢٧، مصباح الفقيه ٥: ٤٩، حاشيه المكاسب للايرواني: ١٥٦-١٥٧.

٢- (٢) تقدّم ذكر معنى الحسبه و الدليل عليها في ولاية الحاكم على تزويج الصغار ج ١: ٦٨٧.

٣- (٣) إذا جعلناها من الأمور الحسيه يمكن أن يقال بأن الفقيه أولى بالتصرف من غيره، و الظاهر عدم وجود دليل على التعيين في هذا الفرض، فافهم. م ج ف.

و يجوز لهم التصرف، و سندكر مبحثاً لبيان مسائلها قريباً إن شاء الله.

فتحصل مما ذكرنا: أنّ إثبات الولاية للفقير في الجملة في عصر الغيبة قطعي.

قال المحقق النائيني: «و لا إشكال في ثبوت منصب القضاء و الإفتاء للفقير في عصر الغيبة، و هكذا ما يكون من توابع القضاء، كأخذ المدعى به من المحكوم عليه، و حبس الغريم المماطل و التصرف في بعض الأمور الحسينية، كحفظ مال الغائب و الصغير و نحو ذلك»^(١).

و قال المحقق العراقي: «و يجوز التصرف المزبور بشرط المصلحة من الحاكم و أمينه عند عدم الأب و الجدّ أو من هو بمنزلةهما؛ نظراً إلى كون مثل هذا الشأن من وظائف قضاء الجور الثابتة لقضائنا؛ لظهور المقبوله المعروفه علاوه عن تحقق مقدمات الحسبه في بعض المقامات؛ للجزم بعدم رضا الشارع بتلف المال، و لا بدّيه كون حفظه بنظر الرئيس، فيكون للفقير قدر متيقن في هذا المقدار، بل و مع عدمه ربما تنتهي النوبه إلى عدول المؤمنين؛ للنص بعدم البأس مع قيام العدل في مورده»^(٢)، و تبعهما في ذلك السيد المحقق الخوئي^(٣) و الحكيم^(٤).

ثمّ لو قلنا بثبوت تصدّي الحاكم من باب الحسبه، فلا بدّ من الاقتصار فيها على القدر المتيقن، و لا يستفاد منها أنّ للفقير ولاية مطلقة في عصر الغيبة، كالولاية الثابتة للنبي صلى الله عليه و آله و الأئمة عليهم السلام حتى يتمكن من التصرف في غير مورد الضروره و عدم مساس الحاجه إلى وقوعها، و لو عبّرنا عنه بالولاية فهي ولاية جزئية تثبت في مورد خاص؛ أعني الأمور الحسينية التي لا بدّ من تحقّقها في الخارج، و لذا قال

ص: ٢٤٠

١- (١) منيه الطالب ٢: ٢٣٢.

٢- (٢) شرح تبصره المتعلمين ٥: ٤٠.

٣- (٣) التنقيح في شرح العروه الوثقى ١: ٤٢٣.

٤- (٤) مستمسك العروه الوثقى ١: ١٠٦.

المحقّق العراقي: «و لكنّ المقدار الثابت في ذلك هي التصرفات المقتضية لحفظ مال اليتيم عن التلف، وإلا ففى دلالتها على جواز نقلها لمحض الأنفعيّه إشكال»(١).

ولاية الحاكم على أموال الصبي عند فقهاء أهل السنّه

أ - الحنفية

إنّهم قالوا: وليّ الصغير في باب الأموال أبوه، ثمّ من بعد موته يكون الولي من أوصى به الأب، ثمّ من بعد موت وصي الأب يكون الولي من أوصى به وصي الأب، ثمّ من بعد هؤلاء الثلاثة يكون الولي الجدّ لأب وإن علا، ثمّ وصي الجدّ، ثمّ وصي وصي الجدّ، ثمّ الوالي؛ وهو الذي يليه تقليد القضاء، ثمّ القاضي أو وصيه الذي يقيمه، فأيهما يتصرّف تصحّ تصرفاته(٢).

ب - الشافعية

قال القفال: «ثبت الولاية في مال الصغير و المجنون للأب ثمّ الجدّ، فإنّ عدما فالسلطان»(٣)، و في المجموع شرح المهذب: «و للناظر في مال الصبي أن يتجر في ماله؛ سواء كان الناظر أباً أو جدّاً أو وصياً أو سلطاناً أو أميناً من قبل الحاكم»(٤).

و جاء في المهذب للشيرازي: «و ينظر في ماله الأب ثمّ الجدّ... و إن لم يكن وصي نظر السلطان؛ لأنّ الولاية من جهة القرابه قد سقطت، فثبتت للسلطان»(٥).

ص: ٢٤١

١- (١) شرح تبصره المتعلّمين ٥: ٤٠.

٢- (٢) حاشيه ردّ المحتار ٦: ١٧٤ مع اختلاف يسير، الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٤، تبين الحقائق ٥: ٢٢٠.

٣- (٣) حليه العلماء ٤: ٥٢٥.

٤- (٤) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢٤.

٥- (٥) المهذب في فقه الشافعي ١: ٣٢٨.

قالوا: وليّ الصبيّ أبوه ثمّ الوصيّ وإن تسلسل، وعند فقدهما فالحاكم؛ أى يأتى بعد الأب وصيّيه وإن تسلسل؛ بأن أوصى الوصيّ غيره، ثمّ أوصى ذلك آخراً و هلم جزأً، ثمّ بعد فقدهما... الحاكم أو من يقوم مقامه كالقاضي(١).

د - مذهب الحنابله

فقد جاء فى المغنى لابن قدامه: «و لا ينظر فى مال الصبيّ و المجنون ما دام فى الحجر إلاّ الأب أو وصيّيه بعده، أو الحاكم عند عدمهما»(٢).

و كذا فى شرح الكبير(٣) و كشف القناع(٤) و الإقناع(٥) و الإنصاف(٦) و الكافى فى فقه أحمد(٧).

ص: ٢٦٢

١- (١) تبين المسالك ٣:٥٢٥، مواهب الجليل و التاج و الإكليل ٦:٦٤٩-٦٥٥، حاشيه الخرشي ٦:٢٣٤ و ما بعدها، الشرح الكبير، المطبوع فى حاشيه الدسوقي للدردير ٣:٢٩٩-٣٠٠ و الشرح الصغير، المطبوع مع بلغه السالك ٣:٢٤٦.

٢- (٢) المغنى ٤:٥٢٦.

٣- (٣) الشرح الكبير لابن قدامه ٤:٥١٨.

٤- (٤) كشاف القناع ٣:٥٢١.

٥- (٥) الإقناع ٢:٢٢٣.

٦- (٦) الإنصاف ٥:٣٢٣-٣٢٤.

٧- (٧) الكافى فى فقه الإمام أحمد ٢:١٠٧.

إشاره

هل يشترط أن يكون تصرف الحاكم في مال اليتيم مقرونًا بالمصلحة و الغبطه، أو بالأصلح، أو يكفي عدم المفسده فقط، أو لا يشترط شيء من ذلك؟

فيه أقوال:

إشاره

الأول: اعتبار المصلحة فقط.

الثاني: اعتبار الأصلحيه.

الثالث: عدم اعتبار المصلحة.

اعتبار المصلحة في تصرفات الحاكم

الظاهر من كلمات الفقهاء، بل الإجماع منهم على أن تصرفات الحاكم في أموال الغيب و القصير و المجانين منوطه بالغبطه و المصلحة، و لا يجوز أن تكون على غير وجه النظر و المصلحة، فضلاً عما إذا كان فيه المفسده و الضرر.

قال الشيخ في المبسوط: «من يلي أمر الصغير و المجنون خمسه: الأب و الجد، و وصي الأب أو الجد، و الإمام أو من يأمره الإمام».

ثم قال: «فكل هؤلاء الخمسه لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط، و الحظ للصغير المولى عليه؛ لأنهم إنما نصبوا لذلك، فإذا تصرف على وجه لا حظ له فيه كان باطلاً؛ لأنه خالف ما نصب له»^(١).

ص: ٢٤٣

و كذا فى موضع آخر منه (١) ، و بمثل ذلك فى النهايه (٢) ، و به قال ابن حمزه (٣)

و فى السرائر: الوليّ نصب لمصالح اليتيم و استيفاء حقوقه. ثمّ قال: لا يجوز له - أى للوليّ مثل الأب و الجدّ و الوصيّ و الحاكم - التصرفّ إلّا فيما فيه مصلحه لهم (٤).

و به قال الكيدري (٥) و يحيى بن سعيد الحلّي (٦). و جاء فى التذكرة للعلامة:

«الضابط فى تصرف المتولّي لأموال اليتامى و المجانين اعتبار الغبطه، و كون التصرفّ على وجه النظر و المصلحه، فللوليّ أن يتجرّ بمال اليتيم و يضارب به، و يدفعه إلى من يضارب له به و يجعل له نصيباً من الربح، و يستحبّ له ذلك؛ سواء كان الوليّ أباً، أو جدّاً له، أو وصيّاً، أو حاكماً أو أميناً حاكماً» (٧).

و استظهر فى مفتاح الكرامه من عبارته التذكرة نفى الخلاف فى ذلك بين المسلمين (٨).

و فى المبسوط (٩) و الشرائع (١٠) و الإرشاد (١١) و غيرها (١٢): أنه يجوز لوليّ الطفل أخذ الرهن له إذا باع ماله نسيئته، أو أقرض ماله إذا كان له فيه الحظّ.

ص: ٢٦٤

- ١- (١) نفس المصدر: ١٦٢.
- ٢- (٢) النهايه للطوسى: ٣٦١.
- ٣- (٣) الوسيله: ٢٧٩-٢٨٠.
- ٤- (٤) السرائر ٢: ٢١٣.
- ٥- (٥) إصباح الشيعه: ٢٩٦.
- ٦- (٦) الجامع للشرائع: ٢٨١.
- ٧- (٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية.
- ٨- (٨) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٠.
- ٩- (٩) المبسوط للطوسى ٢: ٢٠٠-٢٠١.
- ١٠- (١٠) شرائع الإسلام ٢: ٧٨-٧٩.
- ١١- (١١) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢.
- ١٢- (١٢) مختلف الشيعه ٥: ٦٦ و ٣: ١٣٤.

و كذلك يجوز لوليّ الطفل رهن ماله إذا ألجأته الحاجة إلى الاستدانه له مع مراعاة المصلحه فى ذلك.

و مثله ما فى الدروس (١) و اللمعه (٢) و الروضه (٣) و الكفايه (٤) من أنه يجوز للولى أخذ الرهن لليتم إذا باع ماله نسيئاً، أو خاف على المال من غرق أو حرق أو نهب، و كذلك رهن ماله إذا استقرض لليتم بحسب المصلحه.

و المتحصّل من مجموع كلماتهم و ما يقتضيه اصول المذهب: أنه يجوز لولى الطفل مطلق التصرفات فى مال اليتيم مع كمال الاحتياط بمراعاة المصلحه.

و به قال جمع من متأخري المتأخرين (٥) و بعض أعلام المعاصرين (٦).

أدله هذا الحكم

و يمكن الاستدلال لاعتبار المصلحه فى تصرف الحاكم بأمور:

الأول: الآيات :-

منها: عموم قوله - تعالى - :- (وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا - بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ) ٧ بالتقريب المتقدم فى أدله اعتبار المصلحه فى تصرفات الأب و الجدّ

ص: ٢٤٥

١- (١) الدروس الشرعيّه ٣: ٣١٨.

٢- (٢) اللمعه الدمشقيّه: ٨٠.

٣- (٣) الروضه البهيّه ٤: ٧٣-٧٤.

٤- (٤) كفايه الأحكام: ١٠٨.

٥- (٥) شرح تبصره المتعلّمين ٥: ٤٠، عوائد الأيام: ٥٦٠، كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٣-٥٨٠، منيه الطالب ٢: ٢٤٣.

٦- (٦) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٥٢٦ و ما بعدها، مصباح الفقاهه ٥: ٧٩ و ما بعدها.

و منها: قوله - تعالى - : (وَ يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ) ١ .

قال الشيخ في التبيان: «المخالطة مجامعه يتعدّر معها التمييز، كمخالطه الخلل للماء، و الماء للماء و ما أشبه ذلك - إلى أن قال: - و معنى الآيه الإيذان لهم فيما كانوا متحرّجين منه من مخالطه الأيتام في الأموال من المأكل و المشرب و المسكن و نحو ذلك، فأذن الله لهم في ذلك إذا تحرّوا الإصلاح بالتوفير على الأيتام» (١).

و في المجمع: «قال ابن عباس لما أنزل الله: (وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ) الآيه، و (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا) انطلق كل من كان عنده يتيم فعزل طعامه من طعامه، و شرابه من شرابه، و اشتد ذلك عليهم فسألوا عنه، فنزلت هذه الآيه، و لا بد من إضمار في الكلام؛ لأن السؤال لم يقع عن أشخاص اليتامى و لا ورد الجواب عنها، فالمعنى يسألونك عن القيام على اليتامى و التصرف في أموال اليتامى قل يا محمّد (إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ) يعنى إصلاح لأموالهم من غير اجره، و لا أخذ عوض منهم خير و أعظم أجراً (وَ إِنْ تُخَالِطُوهُمْ) أى تشاركوهم في أموالهم و تخلطوها بأموالكم فتصيبوا من أموالهم عوضاً عن قيامكم بأموالهم...

(وَ اللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ) معناه و الله يعلم من كان غرضه من مخالطه اليتامى إفساد مالهم أو إصلاح مالهم» (٢).

و قال الجصاص في أحكام القرآن بعد قوله - تعالى - : (قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ) :

«فيه الدلالة على جواز خلط ماله بماله، و جواز التصرف فيه بالبيع و الشراء

١- (٢) تفسير التبيان ٢: ٢١٥.

٢- (٣) مجمع البيان ٢: ٨٣-٨٥.

إذا كان ذلك صلاحاً - إلى أن قال: - إنما عنى بالمضميرين من قوله (وَيَسْئَلُونَكَ)

الْقَوَامِ عَلَى الْإِيْتَامِ الْكَافِلِينَ لَهُمْ»(١).

وقال بعض آخر: «دلّت هذه الآية على جواز التصرف في أموال اليتامى على وجه الإصلاح»(٢).

والحاصل: أنّ الآية تدلّ على جواز التصرف في أموال الصغار وغيرها ممّا يتعلّق بهم إذا كان على وجه المصلحة.

الثانى: النصوص :-

منها: صحيحه ابن رثاب المتقدمه عن أبى الحسن موسى عليه السلام قال فيها:

«إن كان لهم ولئى يقوم بأمرهم و باع عليهم و نظر لهم». الحديث(٣).

لأنّ معنى النظر لهم ملاحظه نفعهم و مصلحتهم، و كذلك مفهوم الشرط فى قوله عليه السلام:

«لا بأس إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم» يدلّ على ثبوت البأس الذى هو العذاب إذا لم يكن البيع فيما يصلحهم، و لا فرق بين أن يكون

«فما يصلحهم» متعلّقاً «بإع» و «صنع» أو أن يكون متعلّقاً

«بالناظر»؛ لأنّ المفهوم يتبع المنطوق فى جميع القيود المعتره فيه، و إنّما التفاوت بينهما بالسلب و الإيجاب، و يكفى فى انتفاء الحكم انتفاء أحد القيود المأخوذه فى المنطوق. و السرّ فى ذلك: أنّ المفهوم تابع للمنطوق موضوعاً و محمولاً و نسبه، إلا أنّ المنطوق قضيه موجهه أو سالبه و المفهوم عكس ذلك(٤).

ص: ٢٦٧

١- (١) أحكام القرآن للجصاص ١: ٤٥٢.

٢- (٢) شرح تفسير آيات الأحكام لمحمّد على السائس ١: ١٢٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

٤- (٤) فوائد الأصول ٢: ٤٨٥.

فلا وجه لما ذكره الفاضل النراقي رحمه الله من الإشكال على الاستدلال بالرواية و الجواب عنه (١).

و لقد أجاد الإمام الخميني رحمه الله في مقام الاستدلال بالرواية، حيث قال:

«ضروره ظهور عنايه واضحه في ذلك بتكراره في قوله عليه السلام: باع عليهم و نظر لهم.

الظاهر في مراعاة صلاحهم، و في قوله عليه السلام:

القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم. الظاهر في أنّ القيمومه لا تكفي للصحة و النفوذ، بل لا بدّ منها و من مراعاة المصلحه، و يظهر منه أنّ القيم موظّف بالنظر فيما يصلحهم» (٢).

ثمّ إنّ هذه الصحيحه تشمل من عدا الأب و وصيّيه من سائر الأولياء، كالفقيه و القيم من قبله أو عدول المؤمنين.

و منها: حسنه

عبد الله بن يحيى الكاهلي قال: قيل لأبي عبد الله عليه السلام: إنّنا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام و معه خادم لهم؛ فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم، و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم، فما ترى في ذلك؟ فقال «إن كان في دخولكم عليهم منفعه لهم فلا بأس، و إن كان فيه ضرر فلا» و قال عليه السلام: (بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ) (٣). فأنتم لا يخفى عليكم، و قد قال الله - عزّ و جلّ - : (وَ اللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ) (٤) (٥).

و الظاهر أنّ السؤال عن جواز الدخول في بيت اليتيم و التصرف في ماله، فأجاب عليه السلام بأنّ المجوّز للدخول و التصرف في أموالهم هو كونه منفعه لهم، كما لو كان

ص: ٢٤٨

١- (١) عوائد الأيام: ٥٦١.

٢- (٢) كتاب البيع ٥٣٤:٢.

٣- (٣) سورة القيامة ١٤:٧٥.

٤- (٤) سورة البقره ٢:٢٢٠.

٥- (٥) وسائل الشيعة ١٢:١٨٣ الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

فى دخوله جلب أنظار المحسنين إلى الأيتام، أو كان معه شخص من أهل الإحسان يريد جلب نظره إليهم، أو يدخل عليهم الشخص المشخص بحيث يوجب ذلك عدم جراه الناس عليهم، أو دخل داره و أراد إهداء هديته نفعه لهم عرفاً أو غير ذلك.

و الحاصل: أنّ من أراد الدخول فى بيت اليتيم و التصرف فى ماله إن كان فى دخوله منفعه لليتيم جاز، و إلا فلا.

و ليست الروايه سؤالاً و جواباً ناظره إلى عوض التصرفات فضلاً عن عوض المثل، و لا ناظره إلى الضمان فيما أتلّف أو تصرف فيه، بل هى ناظره إلى المنافع الغالبه المترتبه على الدخول فى بيت اليتيم، و لعل ذلك لمراعاه حال الأيتام و الكفيل لهم و الواردين على الكفيل؛ فإنّ فى المنع مطلقاً ضيقاً على الكفيل و الواردين عليه، و فى التجويز مطلقاً تصرفاً فى مال الأيتام بلا وجه و ضرراً عليهم، فأجاز الشارع الأقدس الدخول فى بيتهم بشرط كونه منفعه لهم، بحيث يقال عرفاً: إنّ دخول فلان كان بنفع اليتيم (١).

و ممّا ذكرنا يظهر أنّه لا- وجه لما ذكره الشيخ الأعظم من «أنّ المراد من منفعه الدخول ما يوازى عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر فى الذيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازى ذلك» (٢).

و تبعه فى ذلك المحقق الاصفهاني، حيث قال «الغرض من الروايه أنّه إن كان لدخولكم و قعودكم و أكلكم ما يصل إلى اليتيم - لا أنّه لا يتعقّبه شيء - فلا بأس، و إن لم يتعقّبه شيء كان ضرراً محضاً فلا يجوز، كما أنّه إذا لم يتعقّبه ما يوازيه بل أقلّ

ص: ٢٤٩

١- (١) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٥٣٤-٥٣٥ مع تصرف.

٢- (٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٧.

منه كان بالإضافه إلى ما بقى ضرراً»(١).

و بالجمله: لا وجه لما ذكرهما؛ لأنه كما تقدّم آنفاً ليست الروايه فى مقام بيان الضمان فيما أتلّف أو تصرّف فيه، و أنّه لا تكون المنفعه عوض هذه التصرّفات فضلاً على عوض المثل، بل الروايه ناظره إلى المنفعه المترتبه على الدخول فى بيت الأيتام، و أنّ قوله عليه السلام:

«إن كان فى دخولكم منفعه عليهم» إنّما هو لمراعاة حال اليتيم و حصول النفع له.

و لا- شبهه فى أنّ من أتلّف من مال اليتيم عشره دنانير، ثمّ عقب ذلك بإهداء دينار له لا يقال عند العرف: إنّ فى دخوله على اليتيم منفعه له، و كذا لو عقبه بمثل ذلك ففى أمثال المقام لا بدّ من الرجوع إلى العرف، لا التحليلات العقلية الموجهه للخروج عن فهم الأخبار.

و الحاصل: أنّ عموم الروايه تشمل الفقيه و القيم من قبله كما هو ظاهر.

توهم التعارض و الجواب عنه

ثمّ إنّّه ربما يتوهم أنّ بين مفهومي صدر الروايه و ذيلها تعارضاً - كما نقله الشيخ الأعظم عن بعض معاصريه - و أنّ الصدر دالّ على إناطه الجواز بالنفع، و الذيل دالّ على إناطه الحرمة بالضرر، فيتعارضان فى مورد يكون التصرّف غير نافع و لا مضراً(٢).

فمقتضى مفهوم الجملة الشرطية الأولى:

«إن كان فى دخولكم عليهم منفعه لهم فلا بأس» أنّه لا يجوز مع عدم المنفعه و لو لم يكن ضرر، و مقتضى مفهوم الجملة

ص: ٢٧٠

١- (١) الحاشيه على المكاسب للاصفهاني ٢: ٤٣٠.

٢- (٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٧-٥٧٨.

و إن كان فيه ضرر فلا» أنه يجوز مع عدم الضرر و إن لم تكن منفعه.

و أجب عنه ب «أنّ المراد من المنفعه ما يوازي عوض ما يتصرّفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل: أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك، فلا تنافى بين الصدر و الذيل»^(١) حيث أراد قدس سره أن يُدخِل ما لا نفع فيه و لا ضرر في قسم ما يوازي و مشمولاً للمنفعه.

و بهذا فسّر كلام الشيخ رحمه الله المحقّق الاصفهاني قدس سره، لكنّه قال بعد هذا التفسير:

«لا تنافى بين صدر الروايه و ذيلها؛ لكون الشرطيّه في كلّ منهما مسوقه على ما هو الغالب من حصول الضرر أو النفع من دخول بيت اليتيم، لندره الموازاه و المساواه بين ما يتلف عن مال اليتيم بالأكل و ما يؤدّى بإزائه، فحيث لا معارضه بينهما»^(٢).

و استشكل عليه المحقّق الحائري:

أولاً: بأنّه مخالف لما أراده الشيخ الأعظم قدس سره، و هو بصدّد تفسير كلامه و توضيح مراده؛ لأنّه - على ما فسّره هو قدس سره - يلزم أن تكون الروايه ساكنه عن الفرض المزبور، و مراد الشيخ على ما صرّح به أنّه يشمل صدر الروايه لهذا الفرض.

و ثانياً: أنّ ما ذكره المحقّق الاصفهاني من كون ندره فرض الموازاه موجباً لخروجه عن كلتا الشرطيتين، ففيه؛ أنّ ندره الوجود إن صار بمثابه يوجب انصراف لفظ المنفعه إلى غيره، كان ما ذكره تاماً، و لكن من المعلوم عدم كونه كذلك..».

ص: ٢٧١

١- (١) نفس المصدر، مع تصرّف.

٢- (٢) الحاشيه على المكاسب للاصفهاني ٢: ٤٣٠ مع تصرّف.

ثم قال: «الحق في رفع هذا التعارض أن يُقال: المتفاهم عرفاً من أمثال هذه القضايا أن الأصل هو ما ابتدأ به المتكلم في صدر الكلام، وما عقبه في الذكر (الذيل ظ) (١) بمثابه التفرع على الجملة الأولى مقتصرأ على بعض الأفراد لنكته، إما لكونه أخفى، أو الاهتمام بذكره، أو غير ذلك» (٢) انتهى كلامه.

و لقد أجاد فيما أفاد قدس سره: فالمستفاد من الرواية أن وجود النفع ملاك الجواز، و ذكر الضرر في طرف الحرمة لكونه أعلى الأفراد.

و أجاب عنه الإمام الخميني بما يقرب ذلك، حيث قال: «و ممّا ذكرناه من أنّ كلامه عليه السلام سيق لمراعاة حال الأيتام، يظهر عدم التنافي بين مفهومي الشرطيتين؛ فإنّ القرينه في المقام قائمه على أنّ المراد من النفع أمر زائد على ما أتلّف على اليتيم زياده يقال معها عرفاً: إنّ في دخوله منفعه، فعلى هذا يكون الميزان الشرطيّه الأولى و مفهومها، فذكر الثانيه بيان مصداق من المفهوم، و لعلّ ما ذكر جارٍ في غير المقام أيضاً، فتحمل الشرطيّه الثانيه على بيان مصداق من مفهوم الأولى في جميع الموارد إلّا في ما دلّ الدليل على خلافه، و لو لم يسلم في سائر المقامات ففي المقام لا بدّ من تسليمه، لقيام القرينه عليه» (٣).

فرعان

الأول: أنّ هذه الإجازة للدخول في بيت الأيتام مختصّه بمثل مورد الروايه من الدخول على من تكفل الأيتام و اختلط بهم، كما ورد في الروايات (٤) الواردة

ص: ٢٧٢

١- (١) جاء في المصدر: «في الذكر» و لكن الظاهر «في الذيل» صحيح.

٢- (٢) كتاب البيع للأراكي ٢: ٤٣-٤٤.

٣- (٣) كتاب البيع ٢: ٥٣٦.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

فى تفسير قوله - تعالى - : (وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ) ١ .

فأجاز الشارع الأقدس للكفيل الاختلاط بالأيتام فى الأكل و الشرب و نحوهما، و أجاز للدائل على الكفيل الاختلاط بهم مع حصول النفع لهم. و أمّا إجازة الدخول لغير هذا المورد فمشكل (١).

الثانى: لا يصح إحاق التصرفات الاعتبارية و المعاملية بالتصرفات الخارجيه الوارده فى صحيحه الكاهلى، بدعوى الأولويه.

بتقريب: أنه لو جاز التصرف الذى هو لانتفاع المتصرف دون اليتيم بمجرد عدم الضرر و المفسده، لجاز معه التصرف الراجع إلى اليتيم بالأولويه، حيث إنه ليس فيه إلاّ تحمّل كلفه اليتيم كما ذهب إليه المحقق الاصفهاني (٢)؛ فإنه مضافاً إلى أن تلك الأولويات الظنيه على فرضها لا يعتمد عليها فى الفقه، دعوى الأولويه غير تامه، و إحاق المشابهة بالمشابهة قياس باطل، أشار إلى الفرعين الإمام الخميني رحمه الله (٣).

و منها: روايه

علّى بن المغيره قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن لي ابنه أخ يتيمة فربما أهدي لها الشىء فأكل منه ثم أطمعها بعد ذلك الشىء من مالى فأقول: يا ربّ هذا بذاء، فقال عليه السلام: «لا بأس» (٤).

لأنّ الغالب كون التصرف فى الطعام المهدي إليها و إعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من الطعام المهدي إليها هو المطبوخ و شبهه ممّا لا يمكن حفظه

ص: ٢٧٣

١- (٢) و هذا خلاف ما يستفاد من إطلاق بعض الروايات السابقه، كحسنه عبد الله بن يحيى الكاهلى، فراجع. م ج ف.

٢- (٣) حاشيه المحقق الاصفهاني على المكاسب ٢: ٤٣١.

٣- (٤) كتاب البيع ٢: ٥٣٦-٥٣٧.

٤- (٥) وسائل الشيعه ١٢: ١٨٤ الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

فى مدّه طويله سيّما فى مثل ذلك الزمان.

و بالجمله: مورد هذه الروايه أيضاً غير المعاملات و التصرفات الاعتباريّه.

و منها:

ما روى فى الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام أنّه قال: «لأيسر القبيله - و هو فقيهاها و عالمها - أن يتصرف لليتيم فى ماله فيما يراه حظاً و صلاحاً، و ليس عليه خسران و لا ربح، و الربح و الخسران لليتيم و عليه، و باللّه التوفيق» (١).

و يشعر بذلك أيضاً ما نقل

على بن إبراهيم فى تفسيره عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«لَمَّا نَزَلَتْ (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَ سَيَصِفُونَ سَيِّئًا) (٢) أخرج كلّ من كان عنده يتيم، و سألوا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى إخراجهم، فأنزل الله: (وَ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَ إِنَّ تَخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَ اللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ) « (٣) (٤).

و هكذا

ما ذكره العياشى فى تفسيره عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن قول الله فى اليتامى: (وَ إِنَّ تَخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ) قال: «يكون لهم التمر و اللبن، و يكون لك مثله على قدر ما يكفيك و يكفيهم، و لا يخفى على الله المفسد من المصلح» ٥.

الأمر الثالث: أنّ الحكمة فى جعل الولاية على اليتيم ليس إلا- جلب المنفعة للطفل و رعايه مصالحه و استيفاء حقوقه (٥) و دفع الضرر عنه، و إلا

ص: ٢٧٤

١- (١) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٣٣٣.

٢- (٢) سورة النساء ٤: ١٠.

٣- (٣) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

٤- (٤-٥) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٩ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به ح ٥، و ٣.

٥- (٥) السرائر ٢: ٢١٣.

تكون لغواً.

قال الشهيد رحمه الله: «هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال المولى عليه، أو يكتفى بنفي المفسده؟ يحتل الأول؛ لأنه منصوب لها»^(١).

و فيه: أنه أول المسألة، و لو سلم ذلك فلا مجال للنزاع^(٢).

الأمر الرابع: دعوى الإجماع من غير واحد، قال في التذكرة: «الضابط في تصرف المتولى لأموال اليتامى و المجانين اعتبار الغبطه، و كون التصرف على وجه النظر و المصلحة.

فللولى أن يتجر بمال اليتيم و يضارب به، و يدفعه إلى من يضارب له به و يجعل له نصيباً من الربح... و لا نعلم فيه خلافاً إلا ما روى عن الحسن البصرى كراهه ذلك»^(٣).

و استظهر في مفتاح الكرامه منه الإجماع تبعاً لشيخه في الحاشيه على القواعد^(٤)، حيث قال: «و ظاهره أنه مما لا خلاف فيه بين المسلمين، و أنه لا فرق في ذلك بين الأب و الجد، و الوصى، و الحاكم و أمينه»^(٥).

و في موضع آخر: «و هذا الحكم إجماعى على الظاهر»^(٦).

و قال الشيخ الأعظم في مقام قبول هذا الإجماع: «و ليس ببعيد»^(٧).

ص: ٢٧٥

-
- ١- (١) القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢ القاعدة ١٣٣.
 - ٢- (٢) جامع الشتات ٢: ٤٥٦، حاشيه المكاسب للايروانى: ١٦١.
 - ٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية.
 - ٤- (٤) حاشيه القواعد لكاشف الغطاء (مخطوط) الورقه ٧١ ذيل قول العلامة: «مع المصلحة للمولى عليه، و فيه: و ظاهرهم الإجماع على ذلك» نقلاً عن هامش كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٩.
 - ٥- (٥) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٠.
 - ٦- (٦) نفس المصدر ٤: ٢١٧.
 - ٧- (٧) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٩.

و حكاة أيضاً المحقق الاصفهاني (١) و السيد الخوئي (٢).

الأمر الخامس: الأصل، قال الشهيد رحمه الله: «الأصالة بقاء الملك على حاله» (٣).

و به قال في نضد القواعد (٤).

و قال الشيخ الأعظم: «و يدلّ عليه... أصالة عدم الولاية لأحدٍ على أحدٍ» (٥).

و في نهج الفقاهة: «المشهور المدعى عليه الإجماع ظاهراً أو صريحاً في كلام غير واحد، اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم و إن كان المتصرف أباً أو جدّاً، فهل يعتبر ذلك في تصرف الحاكم أو العدل أو الثقة، أو يكفي عدم المفسده؟ مقتضى الأصل الأوّل» (٦).

و قال المحقق الحائري رحمه الله: و إن قلنا بأنّ الثابت - في المقام - هو الولاية، فالمرجع - عند الشكّ في تحقّق الشرط - أصالة عدم الولاية. لا يقال: إنّ هذا الأصل محكوم بإطلاق (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و نحوه - لأننا نعلم بأنّ إطلاق (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) و شبهه قد قيّد بطيب نفس المالك أو من يقوم مقامه، و الشكّ في ولاية هذا المتصدّي عند عدم مراعاة المصلحة، فاستصحاب عدم ولايته منقّح للموضوع، و هو مقدّم على أصالة العموم أو الإطلاق (٧). و به قال الإمام الخميني رحمه الله (٨).

ص: ٢٧٦

١- (١) حاشيه كتاب المكاسب للاصفهاني ٢: ٤٢٩.

٢- (٢) مصباح الفقاهة ٥: ٧٥.

٣- (٣) القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢ القاعدة ٣٣.

٤- (٤) نضد القواعد: ٣٧٨.

٥- (٥) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٤.

٦- (٦) نهج الفقاهة: ٣٠٩.

٧- (٧) كتاب البيع للأراكي ٢: ٣٧.

٨- (٨) كتاب البيع ٢: ٥٢٦.

نقول: لا شك في جريان هذا الأصل، و لكنه ليس دليلاً لاعتبار المصلحه؛ لكونه مثبتاً إلا أن يقال بخفاء الواسطه.

اعتبار الأصلية في تصرفات الحاكم

القول الثاني: وجوب مراعاة الأصلية و عدم الاكتفاء بالمصلحه.

قال الشهيد: «هل يتحرى الأصلح، أو يكتفى بمطلق المصلحه؟ فيه وجهان:

نعم، لمثل ما قلناه»(١)؛ أى يجب تحرى الأصلح لمثل ما تقدم في وجوب مراعاة المصلحه من الوجوه الثلاثة».

قال المحقق الاصفهاني في تقريبه: «إن ترك الأصلح و اختيار ما فيه المصلحه، ترك رعايه المصلحه الزائده العائده إلى اليتيم بلا وجه، مع أنه منصوب لرعايه حاله و إصلاح ماله. و أنه مع الشك في نفوذ ما فيه المصلحه مع إمكان لزوم البيع بما هو أصلح، فالأصل عدم نفوذه.

و أن اختيار ما فيه المصلحه مع تساويه مع الأصلح في أصل طبيعه المصلحه ليس إلا لأجل فقدته للزياده، و العدم لا يعقل أن يكون غايه للوجودى، بخلاف اختيار الأصلح؛ فإنه معمول للمصلحه الزائده التى هى أمر وجودى»(٢).

و فى جميع هذه الوجوه إشكال؛ لأن جعل الولاية للحاكم لرعايه المصلحه فى معاملاته الوارده على مال اليتيم أول الكلام، فلعله منصوب لحفظ ماله(٣) لا لتحصيل المنفعه، كما أشار إليه المحقق القمى(٤). و تبعه فى ذلك

ص: ٢٧٧

١- (١) القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢ قاعدة ١٣٣، نضد القواعد: ٣٧٨-٣٧٩.

٢- (٢) الحاشيه على المكاسب للاصفهاني ٢: ٤٣٣-٤٣٤.

٣- (٣) هذا الفرض لعله خارج عن محل الكلام؛ فإنه فى فرض التصرف قد وقع النزاع فى الاشتراط، فتدبر. م ج ف.

٤- (٤) جامع الشتات ٢: ٤٥٦.

و أما أصاله عدم نفوذه؛ فإنها مسلمه، إلا أنها ليست دليلاً على اعتبار الأصلح كما هو ظاهر؛ لأنها بالنسبه إليه مثبتة.

و أمّا عدم وقوع العدميات غايه للوجودى؛ فإنّه و إن كان كذلك، إلا أنه لا يجب أن تكون غايه الأمر الوجودى راجعة إلى المولى عليه دائماً، فلعلها تكون راجعة إلى الولي، كسهوله حفظ المال و غيره.

فهذه الوجوه التى ذكرها الشهيد رحمه الله لمراعاة الأصلح لا تخلو عن إشكال (٢) بل منع، و القول بوجوب مراعاة الأصلح في تصرف الولي لا دليل عليه أولاً.

و ثانياً: أنه ممّا لا يتناهى في بعض الأوقات كما أشار إليه الشهيد رحمه الله (٣) و المحقق القمى (٤)؛ لأنّ الأصلح لا آخر له، و كلّ تصرف يفرض كونه صلاحاً يمكن أن يكون تصرف آخر أصلح و أحسن منه، أشار إليه في الجواهر، حيث قال: «لو قلنا بوجوب مراعاة الأصلح التى لا أصلح منها يقتضى ذلك تعطيل مال الطفل؛ إذ ما من حسن إلا و هناك أحسن منه، و غايه ما يعتبر في تصرف الولي أن يكون مقروناً بالصلاح و الحسن بما يعدّه أهل العرف مصلحه لليتيم» (٥).

و قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «الظاهر أنّ فعل الأصلح فى مقابل ترك التصرف رأساً غير لازم؛ لعدم الدليل عليه» (٦).

ص: ٢٧٨

١- (١) حاشيه المكاسب، للمحقق الاصفهاني ٢: ٤٣٣.

٢- (٢) حاشيه المكاسب للمحقق الاصفهاني ٢: ٤٣٤ مع زياده و تصرف.

٣- (٣) القواعد و الفوائد ١: ٣٥٢.

٤- (٤) جامع الشتات ٢: ٤٥٧.

٥- (٥) جواهر الكلام ٢٥: ١٦١ مع تصرف يسير.

٦- (٦) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٩.

مضافاً إلى أنّ حسنه الكاهلي و خبر ابن المغيرة المتقدمين (١) تدلّان على عدم لزوم مراعاة الأصلح؛ لأنّ قوله عليه السلام في حسنه الكاهلي:

«إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس» يدلّ بإطلاقه على اعتبار المصلحه و المنفعه، لا على اعتبار الأنفعيه و الأصلحيه.

و كذلك قوله عليه السلام:

«لا بأس» في خبر ابن المغيرة، فترك الاستفصال عن زياده العوض يدلّ على عدم اعتبارها، فمقتضى إطلاق الخبرين عدم لزوم مراعاة الأصلح، و كذا صحيحه منصور بن حازم (٢)؛ فإنّ مقتضاها جواز استقراض الولي من مال اليتيم بلا اعتبار الأصلحيه، و مثلها معتبره البنظي (٣)... و كذا روايات جواز مخالطه اليتيم التي لم تشترط فيها الأصلحيه (٤).

و مع ذلك كلّ قال الشهيد قدس سره: «لو ظهر في الحال الأصلح و المصلحه لم يجز العدول عن الأصلح» (٥). و به قال أيضاً المحقّق الحائري (٦) و السيّد الحكيم (٧).

و قال الشيخ الأعظم: «إذا دار الأمر بين أفعالٍ بعضها أصلح من بعض فظاهر الآيه عدم جواز العدول عنه» (٨).

و استشكله أيضاً في الجواهر، حيث قال: «إنّ في الاكتفاء بالفرد الأدنى مع تيسر الفرد الأعلى مطلقاً إشكالاً، إن لم يكن منعاً» (٩).

ص: ٢٧٩

١- (١) في ص ٣٦٤ و ٣٦٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢:١٩٢ الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٣- (٣) نفس المصدر، ح ٢.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٢:١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

٥- (٥) القواعد و الفوائد ١:٣٥٢ القاعدة ١٣٣.

٦- (٦) كتاب البيع للأراكي ٢:٤٠.

٧- (٧) نهج الفقاهه: ٣١٢-٣١٣.

٨- (٨) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦:٥٨٠.

٩- (٩) جواهر الكلام ٢٥:١٦١.

نقول: و ما قالوا وجيه؛ لأنّ الاحتياط حسن في كلّ حال، إلّا أنّه لا دليل عليه وجوباً كما أثبتناه.

عدم اعتبار المصلحة في تصرّفات الحاكم

القول الثالث: أنّه لا- يجب على الحاكم رعايه المصلحة في تصرّفاتة في أموال الصغار، و هكذا رعايه الأصلحيه، بل يكتفى بمجرّد عدم المفسده.

جاء في مصباح الفقاهه: «ربما قيل: إنّ المناط عدم الضرر فقط و إن لم يكن فيه نفع»^(١).

و قال الشيخ الأعظم: «نعم، ربما يظهر من بعض الروايات أنّ مناط حرمة التصرف هو الضرر، لا أنّ مناط الجواز هو النفع»^(٢).

و تردّد فيه في الجواهر في باب التجاره، حيث قال: «بل لا يمكن استقصاء أفراد ولايه الحاكم و أمينه؛ لأنّ التحقيق عمومها في كلّ ما احتيج فيه إلى ولايه في مال أو غيره؛ إذ هو وليّ من لا- وليّ له، و لهما توليه طرفي العقد في الاقتراض و غيره من التصرفات التي فيها المصلحة أو لا مفسده فيها»^(٣).

و لكنّه قدس سره اختار في غيره اعتبار المصلحة.

أدله هذا القول

و يمكن أن يستدلّ لهذا القول بروايات:

منها: حسنه الكاهلي المتقدّمه^(٤)؛ و استظهر منها الشيخ الأعظم قدس سره «أنّ المراد

ص: ٢٨٠

١- (١) مصباح الفقاهه ٥: ٧٩.

٢- (٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٧.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣٣٤.

٤- (٤) في ص ٢٦٤.

من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك»(١). و تقدّم ما فيه من الإشكال و لا نعيده.

و منها: روايه على بن المغيرة المتقدّمه(٢)؛ فإنّ فيها:

فأقول: يا ربّ هذا بذّا فقال عليه السلام: «لا بأس». و قد ظهر جوابها أيضاً ممّا تقدّم.

و أيضاً أنّ الغالب كون التصرف في الطعام المهدى إلى اليتيمه و إعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من الطعام المهدى إليها هو المطبوخ و شبهه.

و ربما يتوهم أنّ روايات باب جواز الاختلاط(٣) بأموال الأيتام تدلّ على عدم اعتبار المصلحه، بل يكتفى بمجرد عدم المفسده؛ لأنّ المراد بالمصلح عدم المفسد، لكنّه توهم غير وجيه؛ لأنّ نفس كون الأيتام في بيوت من يكفلهم - مختلطين بهم غير ممتازين في المأكل و المشرب عنهم و عن أطفالهم بحيث لا- يمسّوا ألم اليتيم - مصلحه، بل مصلح كثيره ربما تترجّح على المصلح الماديه، فإجازه الاختلاط و الأكل في مادبه واحده كالإخوان و الآباء و الأولاد إجازة لأمر ذي مصلحه و منفعه، فلا وجه لتوهم أنّ هذه الأخبار تدلّ على عدم اعتبار المصلحه و المنفعه، كما أشار إليه الإمام الخميني قدس سره(٤).

اعتبار المصلحه في ولاية الحاكم عند فقهاء أهل السنّه

اتفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على أنّه يشترط أن يكون تصرف الحاكم

ص: ٢٨١

١- (١) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٥٧٧:١٦.

٢- (٢) في ص ٢٦٩.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢:١٨٨، الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

٤- (٤) كتاب البيع ٢:٥٣٧-٥٣٨.

فى مال اليتيم مقرونأ بالمصلحة و الاحتياط، فنذكر شرطأ من كلماتهم:

أ - الشافعيه

قال فى المهدب: «و لا يتصرف الناظر فى ماله إلا على النظر و الاحتياط، و لا يتصرف إلا فيما فيه حظ و اغتباط، فأما ما لا حظ فيه كالعق و الهبه و المحابه فلا يملكه؛ لقوله - تعالى -: (وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) ١، و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم:

لا ضرر و لا ضرار (١). و فى هذه التصرفات إضرار بالصبي، فوجب أن لا يملكه، و يجوز أن يتجر فى ماله؛

لما روى... أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: من ولى يتيمأ له مال فليتجر له بماله و لا يتركه حتى تأكله الصدقه» (٢) (٣).

و جاء فى شرحه: «فالناظر هو الحافظ، و النظر هو الحفظ، و هو مأخوذ من النظر الذى هو التأمل و التفكر فى أمر التدبير، أو من الشفقه...» (٤).

ب - المالكيه

قال فى عقد الجواهر الثمينه: «و لا يتصرف الولي إلا على ما يقتضيه حسن النظر» (٥).

و كذا فى المدونه الكبرى (٦).

ج - الحنابله

فقد جاء فى الكافى فى فقه أحمد: «و ليس لوليه التصرف فى ماله بما لا حظ له

ص: ٢٨٢

١- (٢) تقدم فى ص ٢١٨.

٢- (٣) سنن الدارقطنى ٢: ٩٥ ح ١٩٥١، سنن الترمذى ٣: ٣٢ ح ٦٤٠.

٣- (٤) المهدب فى فقه الشافعى ١: ٣٢٨.

٤- (٥) المجموع شرح المهدب ١٤: ١٢٣.

٥- (٦) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٦٣٠.

٦- (٧) المدونه الكبرى ٥: ٢٨٣.

فيه، كالتق و الهبه و التبرعات»(١).

ثم استدل بالآيه و الروايه المتقدمتان اللتان استدل بهما فى المهذب.

و فى الإنصاف: «و لا يجوز لولييهما - أى ولي الصبى و المجنون - أن يتصرف فى مالهما إلا على وجه الحظ لهما»(٢).

د - الحنفية

إنهم قالوا أيضاً باشتراط رعايه المصلحه فى تصرفات الولي، سواء كان الولي أباً أو جدّاً أو وصياً أو حاكماً، كما جاء فى بعض

كتبهم(٣)

ص: ٢٨٣

١- (١) الكافى فى فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧.

٢- (٢) الإنصاف ٥: ٣٢٥.

٣- (٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١، رد المحتار ٦: ١٧٧، الشرح الكبير لابن قدامه ٤: ٥١٩، الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٧ و ما بعده.

تمهيد

بحثنا في ما سبق عن ولاية الحاكم من حيث إنه فقيه جامع للشرائط الذي له شئون مختلفه، و من جملتها الولاية على أموال الغيب و القصر و المجانين، و الآن نبحث عن ولاية القضاة من جهة أنهم منصوبون من قبل الحاكم، و يمكن فرضهم فقهاء أيضاً مع كونهم واجدين لبعض الشرائط لا الكُلّ، مثل أن يكونوا مجتهدين في باب القضاء فقط، أو لا يكونوا أعلم على نحو الإطلاق الذي هو شرط للمرجعيه في الفتوى.

على هذا تتفاوت الولاية فيهما و إن كان دليل إثباتهما واحداً، و كذا شرائطهما، و لأجل هذا عنون الفقهاء مبحث الولاية هذا في بابين: في باب ولاية الفقيه، و باب القضاء معاً، و نحن نتبع آثارهم، فنقول:

الظاهر أنه لا خلاف بين الفقهاء في أنّ للقاضي أيضاً ولاية على أموال الغيب و القصر و السفهاء و المجانين، و قد صرح بعضهم بذلك.

قال الشهيد في المسالك: «و مبدؤه - أي القضاء - الرئاسة العامه في امور الدين و الدنيا... و له ولاية على كلّ مؤلّى عليه مع فقد وليه، و مع وجوده في مواضع يأتي بعضها إن شاء الله...» (١).

و بمثل ذلك قال في الرياض (٢) و الجواهر (٣).

ص: ٢٨٤

١- (١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٢٥-٣٢٦.

٢- (٢) رياض المسائل ٩: ٢٣٣.

٣- (٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٠.

و يستفاد ذلك أيضاً من كلماتهم فى تعريف القضاء، فقد عرّفه الشهيد رحمه الله فى الدروس: «بأنه ولاية شرعية على الحكم فى المصالح العامة من قبل الإمام»^(١).

و قال به أيضاً المحقق الآشتياني رحمه الله^(٢).

و يستفاد هذا أيضاً من كلماتهم فى بيان وظائف القاضى، بتعبير آخر: قد بينوا للقاضى شئونهاً مختلفه، و منها: - التى لا خلاف فيها - الولاية على أموال الغيب و القصر و...

قال الشيخ فى مبحث نظاره القاضى فى أمر الأطفال و الأوصياء:

«و إنما قلنا: يقدّم النظر فى أمر الأطفال و المجانين؛ لأنّ هؤلاء لا يعبرون عن نفوسهم و لا يمكنهم المطالبة بحقوقهم.... و كان النظر فى أمر من لا يمكنه المطالبة بحقه أولى...»^(٣).

و فى الشرائع: «ثمّ يسأل - أى القاضى - عن الأوصياء على الأيتام، و يعتمد معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط و لايه، إمّا لبلوغ اليتيم، أو لظهور خيانه، أو ضمّ مشاركٍ إن ظهر من الوصى عجز.

ثمّ ينظر فى امناء الحاكم الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم»^(٤).

و فى القواعد: «ثمّ بعد ذلك ينظر - القاضى - فى الأوصياء و أموال الأطفال و المجانين، و يعتمد معهم ما يجب من تضمين أو إنفاذ أو إسقاط و لايه، إمّا لبلوغ و رشيد، أو ظهور خيانه، أو ضمّ مشاركٍ إن ظهر عجز، ثمّ ينظر فى امناء الحكم الحافظين لأموال الأيتام و المجانين...»^(٥).

ص: ٢٨٥

١- (١) الدروس الشرعية ٢: ٦٥.

٢- (٢) كتاب القضاء: ٢.

٣- (٣) المبسوط للطوسى ٨: ٩٥.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٤: ٧٣.

٥- (٥) قواعد الأحكام ٣: ٤٢٧.

و هكذا قال أيضاً في إرشاد الأذهان (١) و الدروس (٢) و المسالك (٣) و مجمع الفائده (٤) و الجواهر (٥) و الرياض (٦).

و جاء في كتاب القضاء للشيخ ضياء الدين العراقي:

«قال الفقهاء رضوان الله عليهم: من مسئوله مقام القضاء، القيام بالحكم بين الناس و فصل خصوماتهم، و تعقيب المجرمين... و هكذا النظر في القسمة و نصب القيم على الأوقاف العامه و الأيتام و القصر...» (٧) و شبه هذا في موضع آخر.

و قال الشيخ الأعظم الأنصاري: «و منه يظهر كون الفقيه مرجعاً في الأمور العامه، مثل الموقوفات و أموال اليتامى و المجانين و الغيب؛ لأن هذا كله من وظيفه القاضي عرفاً» (٨).

و به صرح أيضاً فقهاء العصر (٩). قال في تحرير الوسيله: «لو رَفَعَ الطفل المميز ظلامته إلى القاضي، فإن كان له وليّ أحضره ل طرح الدعوى، و إلا فأحضر المدعى عليه و لايه أو نصب قِيماً له، أو وَّكَل و كَيْلاً في الدعوى أو تكفّل بنفسه» (١٠) و به قال في تفصيل الشريعة (١١).

ص: ٢٨٤

- ١- (١) إرشاد الأذهان ٢: ١٣٩.
- ٢- (٢) الدروس الشرعيه ٢: ٧١.
- ٣- (٣) مسالك الافهام ١٣: ٣٧٠-٣٧١.
- ٤- (٤) مجمع الفائده و البرهان ١٢: ٣٦-٣٧.
- ٥- (٥) جواهر الكلام ٤٠: ٧٥.
- ٦- (٦) رياض المسائل ٩: ٢٥٤.
- ٧- (٧-٨) كتاب القضاء للشيخ ضياء الدين العراقي: ٢٤٠ و ١٨.
- ٨- (٩) القضاء و الشهادات، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٢: ٤٩.
- ٩- (١٠) التنقيح في شرح العروه الوثقى، الاجتهاد و التقليد ١: ٤٢٠، كتاب القضاء للسيد الكلبيگانی ١: ١٤٨.
- ١٠- (١١) تحرير الوسيله ٢: ٣٩٠ في شروط سماع الدعوى مسأله ١.
- ١١- (١٢) تفصيل الشريعة، القضاء و الشهادات: ٧٩.

فالمتحصل ممّا ذكرنا من كلماتهم بطوله أنّه لا خلاف بينهم على أنّ من شئون القضاء للقاضي الولاية على أموال القصر و الأيتام الذين لم يجعل الأب أو الجدّ لهم وصيّاً، أو جعلاً و مات، أو ثبت عدم توثيقه و ائتمانه في حفظ الأموال، فإذا كان كذلك جاز للقاضي التصرف في أموال الأيتام بالحفظ و البيع و الشراء و الإجاره و الرهن، و غير ذلك ممّا فيه حظٌّ للأيتام و مصلحته لهم و لأموالهم، بالمباشرة أو بالتوكيل.

أدّله و لابه القضاء على أموال الصغار

تدلّ على هذه الولاية امورٌ، و قبل بيانها نذكر مقدّمه، فنقول:

لا شكّ في أنّ القضاء من مناصب النبيّ و أوصيائه عليهم السلام(١)، و يشترط في جوازه عن غيرهم إذنهم في ذلك صريحاً أو بالعموم، و هذا حكمٌ مسلمٌ إجماعيّ، بل هو من ضروريّات الفقه.

قال الشيخ في النهاية: «و أمّا الحكم بين الناس و القضاء بين المختلفين، فلا يجوز أيضاً إلاّ لمن أذن له سلطان الحقّ في ذلك، و قد فوّضوا ذلك إلى فقهاء شيعتهم في حالٍ لا يتمكّنون فيه من تولّيه بنفوسهم...»(٢).

و في الشرائع: «يشترط في ثبوت الولاية إذن الإمام عليه السلام أو من فوّض إليه الإمام»(٣). و كذا في المسالك(٤)، و صرح في الرياض بأنّه لا يجوز لأحدٍ التصرف فيه إلاّ بإذنه - أي الإمام - قطعاً(٥).

ص: ٢٨٧

١- (١) كتاب القضاء للمحقّق الآشتياني: ٣.

٢- (٢) النهاية: ٣٠١.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٤: ٦٨.

٤- (٤) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣١.

٥- (٥) رياض المسائل ٩: ٢٤٤.

و قال المحقق الأردبيلي في المقام: «أما اشتراط إذن الإمام، أو إذن من نصبه مع إمكانه، فكأنه إجماعي»^(١).

و الظاهر أنّ مستنده مثل روايه

سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«أتقوا الحكومه؛ فإنّ الحكومه إنّما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين، لنبيّ (كنبيّ خ ل) أو وصيّ نبيّ»^(٢).

و كذا في الجواهر، و أضاف بأنّه «لا خلاف عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه»^(٣). و به قال الشيخ الأعظم الأنصاري في كتاب القضاء^(٤) و الشيخ ضياء الدين العراقي^(٥) و السيد الكلبيگانی^(٦). و كذا في تحرير الوسيله^(٧) و شرحها^(٨).

و بعد هذا نقول: إذا كانت ولايه الحاكم و القاضي على القضاء مشروطه بإذن الإمام عليه السلام أو من نصبه، ففي زمان الحضور مؤدى الولاية و توسعتها أو تضييقها تابعة لأذنهم عليهم السلام صريحاً و بنحو خاصّ؛ يعنى إن كان الإذن دلّ على جواز تصرّفهم في أموال الأيتام و الغيب و... فيتبع، كما أجاز أمير المؤمنين عليه السلام ذلك في عهده إلى مالك الأشتر عليه الرحمه، و إلّا فلا، و هذا لا كلام فيه.

و أمّا في زمان الغيبه، فلأجل أنّ الفقهاء الجامعين للشرائط كانوا مأذونين من قبل الأئمه عليهم السلام للقضاوه بطريق العامّ، فدائرته ولايتهم - و من جملتها الولاية

ص: ٢٨٨

١- (١) مجمع الفائدة و البرهان ١٢: ١٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٧: ١٨ الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، ح ٣.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٣: ٤٠.

٤- (٤) كتاب القضاء و الشهادات، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٢: ٤٥.

٥- (٥) كتاب القضاء: ٢٣٦.

٦- (٦) كتاب القضاء: ٥٣.

٧- (٧) تحرير الوسيله ٢: ٣٨٤.

٨- (٨) تفصيل الشريعه، كتاب القضاء و الشهادات: ١٦ و ما بعدها.

على أموال الصغار - تابعه لما استفدنا من الإذن العام الذي دلت عليه الروايات الواردة في المقام. وبالجملة: فالمتبع ما يظهر من دليل النصب، وكذا تدل عليها دلائل أخرى أيضاً نذكرها على الترتيب التالي:

منها: الرواية المتقدمه التي اشتهرت بمقبوله

ابن حنظله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه في دَيْنٍ أو ميراث فتحاكما إلى السلطان و إلى القضاء أ يحل ذلك؟

قال: من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت... وقد أمر الله أن يكفر به، قال الله - تعالى -: (يُرِيدُونَ أَنْ يُتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَقَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ) ١ قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا، فليرضوا به حكماً؛ فإنني قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله، و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله» (١).

و منها: مشهوره أبي خديجه المتقدمه أيضاً

عن الصادق عليه السلام قال: «إيّاكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجلٍ منكم يعلم شيئاً من قضايانا (قضايانا ل) فاجعلوه بينكم؛ فإنني قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه» (٢).

و دلالتهما على ما كتنا في طريق إثباته - أي ولاية القضاء على أموال القصير و الغيب - واضحة لا ستره عليها، حيث إن المتبادر عرفاً من لفظ الحاكم هو

ص: ٢٨٩

١- (٢) الكافي ١: ٦٧ باب اختلاف الحديث ح ١٠، وسائل الشيعة ١٨: ٩٨ الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ١. إلا أنه جاء فيه و ما أمر الله أن يكفر به.

٢- (٣) نفس المصدر ١٨: ٤٠ الباب ١ من أبواب صفات القاضي، ح ٥.

المتسلط على الإطلاق، فهو نظير قول السلطان لأهل بلده: جعلت فلاناً حاكماً عليكم، حيث يفهم منه تسلطه على الرعيه في جميع ما له دخل في أوامر السلطان جزئياً أو كلياً، ومنها جواز التصرف في أموال الصغار، و يؤيده العدول عن لفظ الحكم إلى الحاكم مع أن الأنسب بالسياق حيث قال «فليرضوا به حكماً» أن يقول:

فإني قد جعلته عليكم حكماً.

و كذا المتبادر من لفظ القاضي عرفاً من يرجع إليه و ينفذ حكمه و إزامه في جميع الحوادث الشرعيه، كما هو معلوم من حال القضاء، سيما الموجودين في أعصار الأئمه عليهم السلام من قضاء الجور(1).

بتعبير آخر حيث إن عمل القاضي في تلك الأعصار لم يكن منحصراً في القضاء و فصل الخصومات فقط، بل كان هو المرجع أيضاً في الأمور الحسينيه التي لا مناص عن إجرائها، التي منها حفظ أموال اليتامى و التصرف فيها على نحو المصلحه، و لا يجوز إهمالها و ليس لها مسئول خاص، و كذلك المتعارف في أعصارنا أيضاً كما تراه، فيستكشف من إرجاع الإمام عليه السلام الشيعه إلى القضاء المنصوبين من قبلهم أو من قبل من نصبهم، ثبوت ولايتهم فيها، بل يجب عليهم القيام بتلك الأمور؛ لأنه بعد أن سد الإمام عليه السلام باب الرجوع إلى أبواب حكم الجور و قضاتهم و الأخذ منهم بنحو شديد أكيد مع عموم الابتلاء، فهل يتصور أن يُهمل هذه الجبهه بالنسبه إلى الشيعه و يذرهم حيارى؟ هذا لا يتفوه به عاقل، و هو أدل دليل على إثبات ولايه القضاء في تلك الأمور، و هو المطلوب.

جاء في كتاب القضاء للشيخ ضياء الدين العراقي قدس سره:

«قال الفقهاء رضوان الله عليهم: من مسئوليته مقام القضاء القيام بالحكم بين

ص: ٢٩٠

١- (١) القضاء و الشهادات، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٢: ٤٨-٤٩ مع تصرف يسير.

الناس - إلى أن قال: - و نصب القِيم على الأوقاف العامه و الأيتام و القَصِير... و ما شاكل من الأمور العامه، كل ذلك بدليل قيام القضاة بها أيام حكمه الجور، قياماً كان من شأنهم القيام بها حسب أنظار المتشرّعه من المسلمين، و حيث نهينا عن مراجعتهم في هذه الشئون؛ لأنّه رجوع إلى الطاغوت، و امرنا بالرجوع فيها إلى فقهاءنا الأبرار، كان اللّازم بدلاله الالتزام هو الرجوع إليهم في كافه الشئون المذكوره، و بالتالى فلقضاه العدل تولّى هذه الشئون جميعاً»(١).

و منها: صحيحه ابن بزيع(٢) المتقدّمه أيضاً، بالتقريب الذى استفدنا من المقبوله و المشهوره، و حاصله: أنّ النهى عن مراجعه أولئك في هذه الشئون يستدعى جواز الرجوع فيها جميعاً إلى قضاة العدل، فهى وظيفتهم و يجب عليهم القيام بها.

و منها: خبر

إسماعيل بن سعد الأشعري، قال: سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يموت بغير وصيّه و له ولد صغار و كبار، أ يحلّ شراء شيء من خدمه و متاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك؟ فإن تولاه قاضٍ قد تراضوا به و لم يستعمله الخليفه، أ يطيب الشراء منه، أم لا؟

فقال: «إذا كان الأكبر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع و قام عدل فى ذلك»(٣).

يظهر من هذا الخبر أنّ التصدّى لأموال الصغار فى تلك الأعصار كان من شئون القضاة، و يدلّ على ولايتهم أيضاً إن كان المراد بقوله عليه السلام:

«و قام عدل» هو العدل من القضاة، و أمّا إن كان المقصود منه مطلق العدل، فيدلّ عليها أيضاً بالأولويّه.

ص: ٢٩١

١- (١) شرح تبصره المتعلمين، كتاب القضاء: ٢٤٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢: ٢٦٩: الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ١.

و تدلّ عليها أيضاً أدلّه الحسبه التي ذكرناها دليلاً على ولايه الحاكم بالتقريب المتقدّم.

ولايه القضاء على أموال الأيتام عند فقهاء أهل السنّه

اتفق فقهاء أهل السنّه على أنّه إذا لم يكن للصغير وليّ من الأب و الجدّ و الوصيّ لهما، كان للقضاء المنصوبين من قبل الحاكم ولايةً على أموال القصر و الغيب و المجانين و السفهاء، فنذكر شرطاً من كلماتهم:

أ - الحنابلة

قال الماوردي في الأحكام السلطانيّه: «و لا تخلو ولايه القاضي من عموم أو خصوص، فإن كانت ولايته عامّه مطلقه التصرف في جميع ما تضمّنته فظنّه مشتمل على عشره أحكام... الثالث: ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرف بجنونٍ أو صغرٍ، و الحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس حفظاً للأموال على مستحقّيها». و به قال القاضي أبو يعلى أيضاً (١). و كذا في غيره (٢).

ب - المالكيه

فقد جاء في تبين المسالك: «ثم بعد فقدهما - أي فقد الأب و الوصيّ - يأتي الحاكم أو من يقوم مقامه كالقاضي» (٣).

ج - الشافعيه

جاء في المنهاج: «وليّ الصبيّ أبوه ثمّ جدّه، ثمّ وصيّهما، ثمّ القاضي» (٤).

ص: ٢٩٢

١- (١) الأحكام السلطانيّه للقاضي أبي يعلى ١: ٧٠، و للماوردي ٢: ٦٦.

٢- (٢) الإنصاف ٥: ٣٢٣-٣٢٤، كشف القناع ٣: ٥٢١، الإقناع ٢: ٢٢٣.

٣- (٣) تبين المسالك ٣: ٥٢٥ نقلاً عن الشرح الصغير.

٤- (٤) منهاج الطالبين ٢: ١٢٦.

و أضاف فى شرحه الخطيب الشربيني: «أو أمينه (١) لخبر،

السلطان وليّ من لا وليّ له» (٢).

و مثل هذا فى نهايه المحتاج (٣) و أسنى المطالب (٤) و المجموع شرح المهذب (٥)

و غيرها (٦).

د - الحنفية

قالوا: أولى الأولياء بالولاية المائيه على الصغار الأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجد الصحيح - أبو الأب - و إن علا، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم القاضي، ثم من نصبه القاضي و هو وصي القاضي (٧). و قريب من هذا فى حاشيه رد المحتار (٨) و أحكام الصغار (٩) و البحر الرائق (١٠) و غيرها (١١).

تذكرة

يشترط فى نفوذ تصرفات القاضى فى أموال الغيب و القصر رعايه الاحتياط، و أن يكون التصرف مصلحه لهم، فلا يجوز لهم الإقدام على أمر

ص: ٢٩٣

١- (١) معنى المحتاج ١٧٣:٢.

٢- (٢) مسند أحمد بن حنبل ١: ٥٤٤ ح ٢٢٦٠، سنن أبى داود ٢: ٣٩٢ ذ ح ٢٠٨٣، سنن الترمذى ٣: ٤٠٨ ذ ح ١١٠٣.

٣- (٣) نهايه المحتاج ٣٧٤:٤.

٤- (٤) أسنى المطالب ٢: ٢١١ و ٢١٤.

٥- (٥) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢١.

٦- (٦) الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٦.

٧- (٧) المفصل فى أحكام المرأه و البيت المسلم ١٠: ٣١٧.

٨- (٨) حاشيه رد المحتار ٦: ١٧٤.

٩- (٩) أحكام الصغار: ٤٢-٤٣ و ١٩٢.

١٠- (١٠) تكمله البحر الرائق ٨: ١٤٣.

١١- (١١) بدائع الصنائع ٤: ٣٤٩ و ٣٥٣.

يكون ضرراً عليهم أو مفسدةً لهم، أو لم يكن فيه لهم مصلحة، و يدلّ على لزومها ما ذكرنا في البحث عن اشتراط تصرّفات الحاكم بها أيضاً، فلا نعيده حفظاً للاختصار.

ص: ٢٩٤

إشاره

هل يكون لعدول المؤمنين ولاية على أموال الصغار أم لا؟

فيه أقوال:

الأول: ثبوت الولاية لهم

الثاني: عدم ثبوتها.

الثالث: التردد فيها.

المشهور بين الفقهاء بل الظاهر أنه لا خلاف بينهم في ثبوت ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام عند فقد الأولياء من الأب و الجدّ و الوصيّ لهما، و الحاكم و أمينه، و إن اختلفت تعبيراتهم في من له هذه الولاية، فعبر بعضهم بالمؤمنين على نحو الإطلاق.

قال الشيخ في النهاية: «فإن لم يكن السلطان الذي يتولّى ذلك أو يأمر به، جاز لبعض المؤمنين أن ينظر في ذلك من قبل نفسه، و يستعمل فيه الأمانة و يؤدّيها من غير إضرارٍ بالورثه، و يكون ما يفعله صحيحاً ماضياً» (١).

و بمثل ذلك قال العلامة في المختلف (٢). و القاضي ابن البرّاج في المهذب (٣).

و الشيخ الأعظم في المكاسب (٤). و هو الظاهر أيضاً من كلام الشهيد في القواعد (٥).

و بعض آخر عبر بالمؤمنين الثقات: قال في الشرائع: «و كذا لو مات إنسان

ص: ٢٩٥

١- (١) النهاية: ٦٠٨.

٢- (٢) مختلف الشيعة ٣٥٧:٦-٣٥٩.

٣- (٣) المهذب ١١٨:٢.

٤- (٤) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٥٦١:١٦.

٥- (٥) القواعد و الفوائد ١:٤٠٦ قاعده ١٤٨.

ولا وصي له، كان للحاكم النظر في تركته، ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولاه من المؤمنين من يوثق به»(١). وهكذا في المسالك(٢) و مجمع الفائدة(٣) و الجواهر(٤).

و عبّر ثالث بصلحاء المؤمنين:

كما قال في الجامع للشرائع: «فإن مات ذو الأطفال و لم يوص تولاهم الحاكم، فإن تعذّر فبعض صلحاء المؤمنين»(٥).

و عبّر رابع بالعدول من المؤمنين:

كما قال في الدروس: «و لو فقد الحاكم أو تعذّر مراجعته جاز لآحاد المؤمنين العدول التصرف بما فيه صلاح؛ لأنه من باب التعاون على البرّ و التقوى، و لشمول ولايته الإيمان»(٦) و كذا في جامع الشتات(٧) و بلغه الفقيه(٨) و الرياض(٩) و جامع المقاصد(١٠) و البيع للإمام الخميني(١١) و مصباح الفقاهه(١٢) و تفصيل الشريعة(١٣).

و عبّر خامس بالعدل الموثق:

ص: ٢٩٦

- ١- (١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.
- ٢- (٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٥.
- ٣- (٣) مجمع الفائدة و البرهان ٩: ٢٣٢.
- ٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.
- ٥- (٥) الجامع للشرائع: ٤٩٢.
- ٦- (٦) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٩.
- ٧- (٧) جامع الشتات ٤: ٢٣٤.
- ٨- (٨) بلغه الفقيه ٣: ٢٩٠.
- ٩- (٩) رياض المسائل ٦: ٢٩٣.
- ١٠- (١٠) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦.
- ١١- (١١) البيع ٢: ٥٠١.
- ١٢- (١٢) مصباح الفقاهه ٥: ٦٢.
- ١٣- (١٣) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٢٩٩.

كما في الحدائق؛ فإنه عبّر في أول كلامه في بيان طرح المسألة بالعدول من المؤمنين، ولكن بعد ذكر أخبار الباب والاستدلال بها على مختاره قال: «و بالجمله فإن الروايات المذكوره ظاهره في جواز قيام العدل الثقة بذلك، و أنه بهذه الأخبار مأذون في الدخول؛ سواء وجد الإمام أم لا، و لا- يبعد القول بجواز توليه ذلك أيضاً مع وجود الفقيه الجامع للشرائط و إن كان ظاهر الأصحاب خلاف ذلك»^(١).

و سادس عبّر بالموثق فقط:

كما هو المستفاد من كلام المحقق الاصفهاني في حاشيته^(٢) على مكاسب الشيخ الأعظم رحمه الله، و المحقق الخوانساري في جامع المدارك^(٣).

و حيث إنه لا- تفاوت بين العادل الموثق و المؤمن العادل؛ لأجل أن غير المؤمن فاسق^(٤) قطعاً، فمن عبّر في المقام بالعدل الثقة مقصوده هو المؤمن العادل، و كذا المقصود من صلحاء المؤمنين هم العدول من المؤمنين؛ لأنّ الفاسق ليس بعادل.

و ليس مقصود من عبّر بالمؤمنين صرف من كان على اعتقاد حقّ و إن كان غير موثق في عمله و قوله، و ظهر منه الفسق، بل المقصود من المؤمنين هم العدول و الثقات قطعاً و إن لم يذكر في بعض الكلمات صفة العدالة أو الثقة.

و بما أن العدل كان أخصّ مفهوماً من الثقة كما يستفاد من كلام بعضهم^(٥)

ص: ٢٩٧

١- (١) الحدائق الناضره ٥٨٩:٢٢ و ٥٩٢.

٢- (٢) حاشيه كتاب المكاسب ٤٠٨:٢.

٣- (٣) جامع المدارك ٩٢:٤.

٤- (٤) هذا الأمر و إن كان صحيحاً بحسب الكبرى الكلّيه، إلا- أنّ انطباقها على المقام غير معلوم، فيملاحظه الأدلّه السابقه و أيضاً الحكمه الموجوده في تولّى امور الأيتام، لا يبعد أن يقال: إنه لا فرق بين المؤمن بحسب اصطلاحنا و غير المؤمن، و على هذا لا يصحّ أن يقال إن غير المؤمن فاسق قطعاً، و إلا فلا معنى لقيام الفساق من المؤمنين مقام العدول، فتدبّر. م ج ف.

٥- (٥) مجمع الفائده و البرهان ٢٣٤:٩.

فيمكن أن نلخص كلماتهم في المقام في قولين:

١ - ولاية المؤمنين العدول.

٢ - ولاية المؤمنين الثقات.

وقبل بيان أدلته إثبات ولاية المؤمن العادل في المقام يلزم أن نذكر أمرين:

الأول: أنه يستثنى من موضع الخلاف ما كان ضرورياً من أمور الطفل من الأكل والشرب والألبسة وحفظه من التلف، وهكذا حفظ أمواله إن كانت في معرض التلف؛ فإنه يجب كفايه على كل مسلم فضلاً على المؤمن العادل.

قال في المسالك: «و يستثنى من موضع الخلاف ما يضطر إليه الأطفال والدواب من المؤنه و صيانه المال المشرف على التلف؛ فإن ذلك ونحوه واجب على الكفايه على جميع المسلمين، فضلاً عن العدول منهم، حتى لو فرض عدم ترك مورثهم مالا فمؤنه الأطفال ونحوهم من العاجزين عن التكسب واجب على المسلمين من أموالهم كفايه، كإعانه كل محتاج وإطعام كل جائع يضطر إليه، فمن مال المحتاج أولى. و حيث يجوز لأحد فعل ذلك فالمراد به معناه الأعم، و المراد منه الوجوب؛ لما ذكرناه من أنه من فروض الكفايات»^(١).

و هكذا في جامع المقاصد^(٢) و الحدائق^(٣) و الجواهر^(٤).

الثاني: المقصود في كلماتهم بثبوت الولاية للمؤمن العادل إن لم يكن هناك حاكم، عدم وجوده في البلد الذي سكن فيه الصغير و في ناحيته و إن وجد في غيره، إذا توقفت مراجعته على مشقّه لا تتحمل عادةً، و يجب مع وجوده بعيداً الاقتصار

ص: ٢٩٨

١- (١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٦.

٢- (٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٧.

٣- (٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٣.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

على ما لا بدّ منه، و تأخير ما يسع تأخيره إلى أن يمكن مراجعته، كما أشار إليه في المسالك (١).

أدله هذا الحكم

تدلّ على ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام امورٌ:

الأول: الآيات، كقوله - تعالى - : (وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) ٢ ، فإنّ عمومها يشمل المورد. و قوله: (وَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى) ٣ .

و قوله: (مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ) ٤ ، كما استدللّ بها الشهيد في الدروس (٢).

و العلامه في المختلف (٣). و كذا في جامع المقاصد (٤) و الرياض (٥).

و لقد أجاد المحقّق الاصفهاني في الإيراد على الاستدلال بها، حيث قال:

«لو كان كذلك فلا- موجب لاختصاصه بالفقيه مع تيسير التصدّي منه؛ لأنّ المفروض أنّه معروف و إعانه على البرّ و التقوى، و إحسان على أى تقدير، و إذا احتمل اختصاصه بالفقيه فلا يقع معروفاً و لا إعانه على البرّ و التقوى، و لا إحساناً إلاّ إذا صدر من الفقيه، ففي صورته الشكّ تكون الشبهه مصداقيه، و لا مجال للاستدلال بالعامّ معها» (٦)

ص: ٢٩٩

١- (١) مسالك الأنهام ٢٦٦:٦.

٢- (٥) الدروس الشرعيّه ٣٢٩:٢.

٣- (٦) مختلف الشيعه ٣٥٩:٦.

٤- (٧) جامع المقاصد ٢٦٦:١١.

٥- (٨) رياض المسائل ٢٩٣:٦.

٦- (٩) حاشيه المكاسب للمحقّق الاصفهاني ٤٠١:٢.

الثاني: الضروره تقتضى ذلك (١).

الثالث: حكم العقل بذلك، كما فى حفظ مال اليتيم من التلّف (٢).

قال المحقّق النائينى: «فمع وجود العدل لا شبهه أنّ المتيقّن نفوذ خصوص ما يقوم به. نعم، مع تعدّره يقوم الفسّاق من المؤمنين بعد عدم احتمال تعطيله؛ لكونه ضروريّاً، و ممّا يستقلّ العقل بلزوم وجوده» (٣).

و لا يخفى أنّ الأخيرين يختصّان بحال الضروره فقط، فلا تثبت فى غيرها.

الرابع: جريان السيره العقلائيه بضميمه عدم ردع الشارع عنها (٤).

و لا يخفى أنّ هذا دليل لبيّ، و القدر المتيقّن منها ما كان فى مورد الضروره، فلا تثبت فى غيرها أيضاً.

الخامس: الإجماع الذى ادّعه فى الرياض بقوله: «بل لعلّها إجماع فى الحقيقه» (٥).

و الظاهر أنّ هذا الإجماع مدركىّ و لا يكون دليلاً مستقلاً.

السادس: الأصل الثابت من بعض الأخبار، بالتقريب الذى ذكرناه فى الاستدلال به على ولايه الفقيه فراجع، إلاّ أنّه يلزم فى المقام فرض عدم وجود الفقيه؛ لأنّه فى حال كونه موجوداً فهو القدر المتيقّن. و أمّا فى حال عدم الفقيه، فيكون العادل أو الثقه هو المنصوب للقيام بأمر الأيتام.

السابع: - و هو العمده - النصوص

ص: ٣٠٠

١- (١) مختلف الشيعة ٣٥٩:٦.

٢- (٢) منهاج الفقاهه ٣٠٦:٤.

٣- (٣) منيه الطالب ٢٤٣:٢.

٤- (٤) منهاج الفقاهه ٣٠٦:٤.

٥- (٥) رياض المسائل ٢٩٣:٦.

منها: صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدمه؛ لأنه قال عليه السلام فيها:

«إذا كان القيم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس»^(١) بالتقريب الذى ذكره الشيخ الأعظم، أنه بناءً على أن المراد من المماثله: إمّا المماثله فى التشيع، أو فى الوثاقه، أو فى الفقاهه، أو فى العداله، و الاحتمال فى الفقاهه منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه و لو مع تعذّره، و هذا بخلاف الاحتمالات الأخرى؛ فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف و إنّ تعذّر غيرهم، فتعيّن أحدها الدائر بينها، فيجب الأخذ من مخالفه الأصل بالأخصّ منها؛ و هو العدل^(٢).

و قريب من هذا فى بلغه الفقيه^(٣).

و لكن قلنا فيما تقدّم: إنّ هذا التقريب ليس بتأمّ، و استدللنا بها على ولاية الحاكم، فراجع.

و منها: صحيحه على بن رثاب المتقدمه؛ فإنّه قال عليه السلام فيها:

«إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم...»^(٤) بناءً على أن المراد بالوليّ فيها إنّما هو أحد عدول المؤمنين؛ لأنّ انتفاء الوصيّ ظاهر من الخبر، و انتفاء الحاكم الشرعى الذى هو أحد الأولياء أيضاً ظاهر؛ إذ ليس فى وقته عليه السلام حاكم شرعىّ أصاله سواه، و احتمال الجدّ بعيد من سياق الخبر، كما استدلّ به فى الحدائق^(٥).

و لكن عدل عن نظره الشريف فى كتاب الوصايا، حيث قال: «أمّا صحيحه على بن رثاب فالوليّ فيها مجمل يجب حمله على ما يدلّ عليه غيرها من الحاكم

ص: ٣٠١

١- (١) وسائل الشيعه ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ٢.

٢- (٢) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٥ مع تصرّف يسير.

٣- (٣) بلغه الفقيه ٣: ٢٩١-٢٩٢.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

٥- (٥) الحدائق الناضره ١٨: ٣٢٤، كتاب البيع ٢: ٥٣٤.

الشرعى، أو عدول المؤمنين»(١).

وقال الإمام الخمينى رحمه الله: «ثمَّ إنّها تشمل من عدا الأب خاصّه، أو من عدا الأب و وصيّيه من سائر الأولياء، جدّاً كان أو وصيّيه القيم عليهم، أو فقيهاً أو القيم من قبله، أو عدول المؤمنين لو قلنا بولايتهم»(٢).

ولكنّ الإنصاف أنّها لا تدلّ على ولاية عدول المؤمنين؛ لأنّه - كما قلنا فى الاستدلال بها على ولاية الحاكم - يكون جواز جعل القيمومه و الناظر الذى يستفاد من قوله عليه السلام:

إذا باع عليهم القيم لهم الناظر... منحصراً بالحاكم(٣)، و ليس ذلك لعدول المؤمنين، و لا أقلّ نشكّ فيه.

و منها: موثقه

سماعه قال: سألته عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصيّيه، و له خدم و مماليك و عقد، كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك الميراث؟ قال: «إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس»(٤).

و دلالتها ظاهرة لا ستره عليها، حيث إنّ الإمام عليه السلام رتب الحكم على جواز تقسيم أموال الصغار الذى يستفاد من قوله عليه السلام:

«فلا بأس» على قيام الثقة بذلك، و المعلوم من السياق عدم وجود الجدّ للصغار، و هكذا لم يكن المقصود من الثقة الحاكم الثقة، بل كان أحد المؤمنين، و هو المطلوب.

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «بناءً على أنّ المراد من يوثق به و يطمئنّ بفعله عرفاً و إن لم يكن فيه ملكه العدالة»(٥).

ص: ٣٠٢

١- (١) نفس المصدر: ٥٩٢/٢٢.

٢- (٢) كتاب البيع ٥٣٤:٢.

٣- (٣) مضافاً إلى أنّ كلمه ولى ظاهره فى شخص معيّن، مع أنّ الولاية لعدول المؤمنين ليست منحصره بفرد معيّن. م ج ف.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٣:٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ٢.

٥- (٥) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٥٦٧:١٦.

و لكنّ الظاهر أنّ المراد من الثقة غير ما اصطلح عليه الرجاليون في معنى الوثاقه، بل المقصود من الثقة في الروايات هي التي تكون ملازمه للعدالة، بل أخصّ منها، إذ ربما يكون العادل غير ثقة في فعله؛ لعدم التفاته بفعله لبله و نحوه، كما قد ورد في بعض الروايات الدالّة على اعتبار العدالة في إمام الجماعة، بأنّه إذا كان ثقة ترضون دينه، و في بعض الروايات: أنّ فلاناً ثقة في دينه و دنياه(١).

و منها: صحيحه

إسماعيل بن سعد الأشعري: قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصيّيه و ترك أولاداً ذكراً غلماناً صغاراً و ترك جوارى و مماليك، هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: «نعم».

و عن الرجل يموت بغير وصيّيه و له ولد صغار و كبار، أي حلّ شراء شيء من خدمه و متاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك، فإن تولّاه قاض قد تراضوا به و لم يستعمله الخليفه، أي يطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: «إذا كان الأكبر من ولده معه في البيع، فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع، و قام عدل في ذلك»(٢) فإنّها دلّت على جواز الشراء من أموال الصغار إذا قام عدل في ذلك، و مفهومها عدم الجواز إذا لم يقم به عدل.

قال الإمام الخميني رحمه الله: «لا يحتمل في الصحيحه إجازة شخصيه؛ لأنّ الظاهر من السؤال و الجواب هو التكليف الكلّي، و أمّا احتمال النصب بالنسبه إلى نفس الصغير فلا وجه له، لا فيها و لا في غيرها من الروايات، كما أنّه لا ظهور لها و لا لغيرها إلّا في أصل الجواز، لا النصب بالنسبه إلى المال أيضاً لو كان للنصب وجه صحّه بالنسبه إليه.

ص: ٣٠٣

١- (١) مصباح الفقاهه ٥: ٦٢ مع تصرّف.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، ح ١.

نعم، يحتمل فيها كغيرها أن يكون الجواز حكماً شرعياً، وأن يكون إجازة من الإمام عليه السلام، وقد مرّ أن لا ظهور لكلامه في بيان الحكم الإلهي في مثل المقام الذي كان له ولايه أمره، بل هو محتمل، كما أنّ الإجازة السلطانية أيضاً محتملة (١).

ثم إنّ في قوله عليه السلام:

«إذا كان الأكبر من ولده معه» إلخ احتمالين:

أحدهما: رجوع ضمير «معه» إلى القاضى الذى تراضوا به، ويكون المراد أنّ القاضى المذكور إذا باع بمحضر عدل لا بأس به، فتدلّ على لزوم نظاره العدل فى البيع، أمّا جواز استقلاله لذلك فلا، إلاّ أن يقال: إنّ القاضى الجائر لا دخاله لفعله فى الصّحّه، فهى ناشئه من نظر العدل محضاً، فتدلّ الروايه التزاماً على الصّحّه لو أوقعه بنفسه، و له وجه لو دلّت على أنّ العدل رضى بذلك، و هو محلّ تأمل.

ثانيهما: رجوع الضمير إلى المشتري، و يكون المراد إلغاء عمل القاضى، و توقّف الصّحّه فى قسمه الأكبر على رضاهم، و فى قسمه الصغير على قيام العدل فى البيع؛ أى يكون البيع برضا الكبير و العدل، فتدلّ على أنّ فعل العدل نافذ فى حصّه الصغير، فتتمّ الدلالة، و هذا أوفق بمناسبه الحكم و الموضوع (٢).

و ما قيل: من أنّها تدلّ على اعتبار العدالة بالنسبه إلى المشتري، و الكلام إنّما هو فى وظيفه المتصدّى للبيع نفسه (٣).

ففيه: أنّ الظاهر من عنوان

«قام عدل فى ذلك» اشتراط العدالة فىمن تصدّى للبيع لا من اشترى، هذا أولاً، و ثانياً: على فرض اشتراطها فى المشتري، نقول:

جعل العدالة شرطاً للشراء مستلزم لجعلها شرطاً للبيع، و إلاّ فجعل جواز البيع

ص: ٣٠٤

١- (١) و لا يخفى أنّ لازم هذا الاحتمال، كون ولايه عدول المؤمنين مشروطه بإذن الإمام عليه السلام أو من يقوم مقامه مع أنّ

ظاهر الفتاوى خلاف ذلك. م ج ف

٢- (٢) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٥٠٦-٥٠٧.

٣- (٣) منهاج الفقاهه ٤: ٣١٣.

للفاسق من غير أن يجوز لأحد الشراء منه لغو.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّه يستفاد من الروايات أنّه جعل الشارع الولايه على أموال الصغار للمؤمنين العدول، كما ذهب إليه المشهور.

قال في الحدائق: «لا يخفى أنّ الظاهر من هذه الأخبار باعتبار ضمّ بعضها إلى بعض، و حمل مطلقها على مقيدها و مجملها على مفضّلها، هو ما صرّح به الأ-كثر؛ فإنّها هو الأقرب منها و الأظهر - إلى أن قال -: و بالجملة: فإنّ الروايات المذكوره ظاهره في جواز قيام العدل الثقة بذلك، و أنّه بهذه الأخبار مأذون في الدخول»(١).

و قال السيّد الفقيه الخوانسارى: «يستفاد من بعضها جواز التصدّي للعدل و للثقه من بعض آخر - إلى أن قال: - فاللازم تحقّق أحد الوصفين من العدالة و الوثاقه، و الوثاقه إن كان المراد منها الوثاقه في الدين تكون ملازمه للعداله»(٢).

و بالجملة: فإنّ النسبه بين الوثاقه و العداله و إن كانت عموماً من وجه مفهوماً فإنّما أن نقول: إنّ المراد من الوثاقه في الروايات الوثاقه في الدين، فتكون ملازمه للعدل، أو نقول: العداله هي الأخصّ من الوثاقه و في الدوران بين الخاصّ و العامّ، الخاصّ هو المتيقّن، فتثبت ولايه العادل على كلا الصورتين، و هو المطلوب.

الثامن: دليل الحسبه بالتقريب الذي تقدّم في الاستدلال بها على ولايه الفقيه، و لكن مع فرض عدم الفقيه أيضاً، كما ذكرنا في الاستدلال بالأصل الثابت بالأخبار.

قال المحقّق النائيني رحمه الله: «الأمر التي يعلم من الشرع مطلوبيّتها في جميع الأزمان، و لم يؤخذ في دليلها صدورها من شخص خاصّ، فمع وجود الفقيه هو

ص: ٣٠٥

١- (١) الحدائق الناضره ٥٩٢:٢٢.

٢- (٢) جامع المدارك ٩٢:٤.

المتعین للقيام بها: إمّا لثبوت ولايته عليها بالأدلة العامّة، أو لكونه هو المتيقّن من بين المسلمين، أو لثلا يلزم الهرج و المرج، فيعتبر قيام الفقيه به مباشره أو إذنه أو استنابته، و مع تعذّره فيقوم به سائر المسلمين، و لما كان العدل أولى بالحفظ و الإصلاح، فمع وجوده هو المتعین»(١).

و مثل ذلك ما قال الإمام الخميني رحمه الله(٢).

القول الثاني عدم ولايه عدول المؤمنين على أموال الأيتام

القول الثاني: عدم ثبوت ولايه عدول المؤمنين على أموال الأيتام.

قال في السرائر - بعد نقل كلام الشيخ رحمه الله في الخلاف و النهايه -: «و الذي يقتضيه المذهب أنّه إذا لم يكن سلطان يتولّى ذلك، فالأمر فيه إلى فقهاء شيعته عليه السلام من ذوى الرأى و الصلاح؛ فإنّهم عليهم السلام قد ولّوهم هذه الأمور، فلا يجوز لمن ليس بفقيهٍ تولّى ذلك بحال، فإن تولّاه فإنّه لا يمضى شيء ممّا يفعله؛ لأنّه ليس له ذلك بحال»(٣).

و الوجه فيه: أنّ إثبات اليد على مال الطفل و التصرف فيه بالبيع و الشراء و غيرهما موقوف على الإذن الشرعى و هو منتفٍ(٤).

و قد ظهر الجواب عنه ممّا ذكرنا فى الاستدلال على القول الأوّل، مع احتمال حمله على ما يوافق قول المشهور؛ بأن يكون المقصود منه المنع من ولايتهم إذا كان الحاكم الشرعى موجوداً.

ص: ٣٠٦

١- (١) منيه الطالب ٢: ٢٤١.

٢- (٢) كتاب البيع ٢: ٥٠١.

٣- (٣) السرائر ٣: ١٩٣-١٩٤.

٤- (٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٥.

قال فى الجواهر: «و ظننى أنه لا يخالف فىه ابن إدريس و إن نفى الولاية عنهم، لكن مراده نفيها على حسب ولاية الأب و الجدّ و الحاكم لا مطلقاً، و حينئذٍ يرتفع النزاع»(١).

و ظهر ممّا ذكرنا الجواب عن القول الثالث، أى التردد فى المسأله، و هو ما اختاره فى الشرائع حيث قال: «و فى هذا تردد»(٢).
جاء فى الرياض: «و خلاف الحلّى كتردد الماتن فى الشرائع شاذّ غير ملتفتٍ إليه، مع احتمال عبارته الأوّل ما يوافق الجماعه بإرادته المنع عن ولايتهم إذا كان هناك حاكم الشريعة»(٣).

يجوز لعدول المؤمنين نصب القيم للأيتام

بعد ما ثبت أنّ لعدول المؤمنين - عند فقد الأولياء من الأب و الجدّ و الوصىّ لهما و الحاكم - ولاية على أموال الصغار، وقع البحث فى أنه هل يكون ولايتهم كولاية الآباء و الأجداد و الحاكم، فيجوز لهم نصب غيرهم و عزلهم أم لم يكن كذلك، بل المقصود من ولايتهم أنه يجب عليهم حفظ أموال الصغار و بيعها أو الشراء لهم إذا اقتضت المصلحه ذلك، و التعبير بالولاية تسامح.

بتعبير آخر: يجب عليهم أو يستحبّ فعل ذلك و هو حكم تكليفى، بخلاف ولاية الحاكم فإنّها مجعوله؟

فيه، قولان:

ذهب إلى الثانى الإمام الخمينى رحمه الله، حيث قال: «يحتمل أن يكون المراد

ص: ٣٠٧

١- (١) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

٣- (٣) رياض المسائل ٦: ٢٩٣.

من قوله عليه السلام: «فصير» إلخ - في صحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع - الإقامه بأمر البيع؛ أى جعله متصدياً للبيع، فقوله عليه السلام:

«لا بأس به» إجازة لمثلها في البيع، لا نصب و جعل ولاية منه حتى يكون مثلها ولياً - كالفقيه - ليكون له نصب غيره و عزله، و لا يكون التصدي من قبيل الحسيات حتى لا يجوز التصدي إلا مع الضروره.

نعم، من ترك الاستفصال في المورد يمكن استفادة جواز تصدي البيع و لو لم يصل إلى حد الضروره، لكن لا يلزم منه الولاية بالمعنى المذكور، فغايه الأمر استفادة جواز التصرف لمثلها، لا الولاية على الصغير أو على اموره.

و كذلك الأمر على الشق الثاني من السؤال؛ و هو قوله: أو قال: يقوم بذلك رجل منا - إلى أن قال: - و كيف كان، لا استفاد منه أيضاً النصب و جعل الولاية، بل غايه الأمر دلالة على جواز التصرف بيعاً و شراءً و نحوهما لمثلها و لو لم يبلغ حد الضروره»(١).

و في مهذب الأحكام: «هل يكون ما ثبت لعدول المؤمنين بعد فقد الفقيه هو الولاية من سنخ ولاية الفقيه. و بعبارة أخرى: ما هو الثابت له هو الحكم الوضعي، أو مجرد الحكم التكليفي من الوجوب و الندب؟ الحق هو الأخير؛ لأنه المتيقن من الأدلة، و غيره يحتاج إلى عناية، و هي مفقوده.

نعم، في مثل بيع أموال القصير و نحو ذلك يلزمها السلطة فعلاً فيصح تعبير الولاية من هذه الجهة، فهي تابعة للحكم التكليفي في جملة من الموارد، و لعل تعبير الفقهاء بالولاية من هذه الجهة أيضاً»(٢).

ص: ٣٠٨

١- (١) كتاب البيع ٢: ٥٠٣ و ٥٠٤.

٢- (٢) مهذب الأحكام ١٦: ٣٨٠-٣٨١.

و لكنَّ الحقَّ هو (١) الأوَّل، و هو الظاهر من كلام المشهور أيضاً؛ لأنَّ الاستفادة من الروايات أنَّهم وليّ كالأبَاء و الأجداد و الحاكم و يجوز لهم القيام بأمور الصغار. فإنَّ الظاهر من قوله عليه السلام:

«لا- بأس بذلك إذا باع، عليهم القِيم لهم الناظر فيما يصلحهم» (٢) في صحيحه على بن رثاب المتقدّمه. و كذا ظاهر قوله عليه السلام:

«إذا كان القِيم به مثلك» (٣) في صحيحه ابن بزيع، أنَّه يجوز له القيام بأمور الأيتام بنفسه أو بنصب غيره و هو الناظر فيه، و كذا له عزله إذا خالف عمّا هو الحقّ.

نعم، من قال بأنّه لا يستفاد من الأدلّه ولايه عدول المؤمنين، بل يجب أو يندب لهم الدخول في امور الأيتام من باب الحسبه و التعاون و الإحسان مباشرةً، فلا يجوز لهم نصب الغير أو عزله.

عدم ثبوت الولاية على أموال الصغار للفساق

إذا تعدّر العدول فهل تثبت الولاية لغيرهم من الفساق، فيكون واجباً كفاً على كلّ من يقدر عليه و إن كان فاسقاً؟ أم لا.

قال في الجواهر: «لا يبعد ثبوت ولاية الفاسق مع عدم العدل» (٤).

و في بلغه الفقيه: «الظاهر جواز توليته - الفاسق - مع المصلحه و مراعاة

ص: ٣٠٩

١- (١) الحقّ ما ذهب إليه السيّد الإمام الخميني قدس سره؛ فإنَّ التعبير بالقيمومه و حتّى التعبير بالولاية لا تدلّ إلاّ على ثبوت الولاية و هو لا- يلازم جواز نصب من يقوم مقامه أو عزله، بل هو تابع لدليل الولاية، و فيما نحن فيه لا يستفاد من الأدلّه ذلك، فتدبّر. م ج ف.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

٣- (٣) نفس المصدر ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع و شروطه ح ٢.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

الغبطة، توضيحاً إلى ما يريد الشارع إيجاده للمصلحة المترتبة على وجوده، كتجهيز الميت الواجب كفاية على كل من يتمكن منه مع عدم ولي له مطلقاً، حتى الحاكم و عدول المؤمنين»(١).

و الظاهر أنه لا يمكن إثبات الولاية للفساق و إن تعذر وجود العدول، و ذلك لأجل أنه ثبت بالأدلة القطعية عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه.

فإذا فرض احتياج ذلك المال إلى التصرف و لم يكن الإذن من صاحبه، فدار الأمر بين أن يتصرف كل شخص أعم من الفاسق و العادل، أو خصوص العادل، أو غيره بإذنه، فالمتيقن هو الثاني، و مجرد الشك في ذلك يكفي في عدم الجواز وضعاً و تكليفاً، لإطباق الأدلة على عدم الجواز، و الخارج منها قطعاً هي صورة الإذن من العدول، أو تصديهم بنفسهم على التصرف.

نعم، قد يكون شيء مفروض المطلوب للشارع غير مضاف إلى أحد، فيجب على الفساق كالمؤمنين تكليفاً الإقدام بذلك من باب الحسبه.

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «نعم، لو فرض المعروف على وجه يستقل العقل بحسنه مطلقاً، كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسده التصرف في مال الغير بغير إذنه، صحّ المباشرة بمقدار يندفع به الضروره، أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديده لكل أحد»(٢).

و الظاهر أن من قال بالولاية للفساق فمقصوده في هذا المورد الخاص.

قال في الجواهر: «لا- يبعد ثبوت ولاية الفاسق مع عدم العدل، و إن كان الظاهر تقييدها بما إذا كان المقام مقام الحسبه لا مطلقاً»(٣).

ص: ٣١٠

١- (١) بلغه الفقيه ٣: ٢٩٤.

٢- (٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٣.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

أ - الشافعيه

جاء في نهايه المحتاج: «قال الجرجاني: و إذا لم يوجد أحدٌ من الأولياء المذكورين فعلى المسلمين النظر في مال محجورهم و تولى حفظه لهم - إلى أن قال: - و يؤخذ من كلام الجرجاني السابق - مع ما مرّ - أنه لو لم يوجد إلا قاضٍ فاسقٍ أو غير أمينٍ كانت الولاية للمسلمين أى لصلحائهم، و هو متّجه» (١).

ب - المالكيه

إنهم قالوا: ثبت هذه الولاية - أى الولاية على المال - للأب ثم لوصيه ثم للقاضي أو من يقيمه ثم لجماعه المسلمين إن لم يوجد قاضٍ (٢).

ج - الحنابله

قال في كشاف القناع: «فإن لم يوجد حاكم بالصفات المعتمره فأمين يقوم به، أى باليتيم» (٣). و كذا في الإنصاف (٤) و الإقناع (٥).

د - الحنفيّه

بحسب تتبعنا لم نظفر في كلماتهم من قال بهذه الولاية، بل الظاهر منهم عدم جعل الولاية في المقام.

قال في البدائع: «فأولى الأولياء الأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، ثم الجدّ ثم

ص: ٣١١

١- (١) نهايه المحتاج ٣٧٤:٤-٣٧٥.

٢- (٢) الفقه الإسلامى و أدلته ٧:٧٥٠، الفقه على المذاهب الأربعة ٢:٣٥٦.

٣- (٣) كشاف القناع ٣:٥٢١.

٤- (٤) الإنصاف ٥:٣٢٤.

٥- (٥) الإقناع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل ٢:٢٢٣.

وصيّه، ثمّ القاضى ثمّ من نصبه القاضى؛ وهو وصيّ القاضى - إلى أن قال: - وليس لمن سوى هؤلاء من الأمّ والأخ والعمّ وغيرهم ولايه التصرف على الصغير في ماله»^(١). وهكذا في غيره^(٢).

ص: ٣١٢

١- (١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٣.

٢- (٢) حاشيه ردّ المحتار على الدرّ المختار ٦: ١٧٤، المفصل في أحكام المرأة ١٠: ٣١٧.

لما أثبتنا الولاية لعدول المؤمنين، ينبغي أن نذكر الأمور التي كانت شروطاً لها، وهي ما يلي:
الأول: رعايه المصلحه.

قد ذكرنا أقوالهم عند البحث عن اشتراط المصلحه في ولايه الحاكم فراجع؛ إذ لا فرق في هذا بين الحاكم وغيره من الأولياء.

قال في التذكرة: «الضابط في تصرف المتولّي لأموال اليتامى و المجانين اعتبار الغبطه و كون التصرف على وجه النظر و المصلحه، فللولى أن يتجر بمال اليتيم و يضارب به و يدفعه إلى من يضارب له به، و يجعل له نصيباً من الربح، و يستحب له ذلك، سواء كان الولي أباً أو جدّاً له أو وصيّاً، أو حاكماً أو أمين حاكم»^(١).

و استظهر في مفتاح الكرامه من هذا نفى الخلاف في ذلك بين المسلمين^(٢).

و نقل المحقق الاصفهاني أيضاً في ذلك دعوى الإجماع من غير واحد^(٣).

على كلّ حال تدلّ على اشتراط لزوم رعايه المصلحه من جانب عدول المؤمنين في تصرفاتهم في المقام الأدلّه التي ذكرناها دليلاً على اشتراطها في تصرفات الحاكم، فراجع.

قال المحقق النائيني في المقام: «يستفاد من مجموع الأدلّه أنّ ولايه الفقيه و العدل و مطلق المؤمن ليس كولايه الأب و الجدّ حتّى يكون لهم التصرف مطلقاً،

ص: ٣١٣

١- (١) تذكره الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٠.

٣- (٣) حاشيه المكاسب للمحقق الاصفهاني ٢: ٤٢٩.

بل الظاهر منها إناطه جواز التصرف بما كان صلاحاً لليتيم»(١).

الأمر الثاني: فقد الحاكم.

هل يشترط في ولاية العدول من المؤمنين فقد الإمام أو الحاكم، أم أنهم مأذونون و لو مع وجود الفقيه الجامع للشرائط؟ قولان:

الأول: الظاهر من كلمات كثيرهم أنه يشترط في ولايتهم فقد الحاكم؛ لأنهم قيدوا ولايتهم بتعذر الفقيه.

قال المحقق النراقي: «و حكايات الإجماع على اختصاص جواز التصرف من العدول أو العدل بصوره فقد الفقيه»(٢).

و في بلغه الفقيه: «ضروره تقدّمهم عليهم إن وجدوا، نصّاً و فتوى بل ضروره»(٣).

و في مهذب الأحكام: «هذا الترتيب - أي تقديم ولاية الحاكم على عدول المؤمنين - من ضروريات فقه الإمامية»(٤).

و استدّلوا لهذا القول بوجوه:

الأول: كونها ضروره فقهية كما ادّعاها في البلغه و مهذب الأحكام(٤)، و الظاهر عدم ثبوتها، بل أقصى ما يمكن أن يُقال: إن هذا هو المشهور بين الفقهاء.

الثاني: عدم كون تصرفهم أحسن في صورته إمكان الوصول إلى الفقيه.

الثالث: الاستدلال بما في الفقه الرضوي:

«روى أنّ لأيسر القبيله و هو فقيها و عالمها أن يتصرف لليتيم في ماله فيما يراه حظّاً و صلاحاً، و ليس عليه خسران

ص: ٣١٤

١- (١) منيه الطالب في شرح المكاسب ج ٢: ٢٤٣.

٢- (٢) عوائد الأيام: ٥٥٩.

٣- ((٣ و ٤) بلغه الفقيه ٣: ٢٩٠-٢٩١.

٤- (٥) مهذب الأحكام ١٦: ٣٨٠.

و لا له ربح، و الربح و الخسران لليتيم و عليه»(١).

ذكرهما المحقق النراقي في العوائد(٢).

و الجواب عن الثاني: أن إطلاق الروايات يحكم بأن التصرف من غير الفقيه أيضاً يكون أحسن.

و أما عن الثالث - مضافاً إلى ضعف سندها بالإرسال - : لم يثبت عدم جواز التصرف من غير الفقيه بدليل آخر.

الرابع: كونها موجبة للهرج و المرج.

جاء في مهذب الأحكام: «أن موضوع ما يتصداه المؤمنون إنما هو ما علم بتشريع و ترغيب الشارع إليه مطلقاً، لكنه جعلها مربوطه بإذن الفقيه دفعا للهرج و المرج»(٣).

و الجواب عنه: أن تصرفهم منوط برعايه المصلحه، و هذا يوجب المنع عن الهرج و المرج، و تحققهما في بعض الأحوال خارج عن الفرض.

بيان آخر: هذا الدليل أخص من المدعى؛ لأن ولايتهم لا توجب الهرج و المرج مطلقاً، بل يمكن تحققهما في بعض الأحوال.

الخامس: ما ادعاه بعض بأن مقتضى إطلاق نصوص الباب و إن كان إثبات ولايتهم مطلقاً، إلا أنه من جهة كونها من مناصب القضاء، و قد جعل الشارع الفقيه قاضياً و حاكماً، فمع وجوده لا بد من تصديده لذلك(٤).

و الجواب عنه: أن إطلاق الروايات دليل على إذن الشارع في ذلك لغير الفقيه

ص: ٣١٥

١- (١) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٣٣٣.

٢- (٢) عوائد الأيام: ٥٥٩.

٣- (٣) مهذب الأحكام ٣٨٠:١٦.

٤- (٤) منهاج الفقاهه ٣١٥:٤ مع تصرف يسير.

أيضاً، و الفرض أنه لا دليل للمنع عن غيره، فالحكم بأن هذا كان من مناصب المختصه للقضاء لا دليل عليه، و هو ظاهر.

عدم اشتراط ولايه عدول المؤمنين بتعذر الإذن من الفقيه

القول الثاني: - و هو الحق - أنه لا يشترط في ولايه عدول المؤمنين تعذر الإذن من الفقيه، بل لهم ولايه و لو مع وجوده.

قال المحقق الأردبيلي: «الظاهر ثبوت ذلك - أى الولايه على أموال الأيتام - لمن يوثق بدينه و أمانته بعد تعذر ذلك كله - إلى أن قال: - من غير قيد تعذر الحاكم و لا شك أنه أولى مع إمكانه، و إلا فالظاهر أن لغيره ذلك» (١).

و كذا في الحدائق (٢). و قال به أيضاً المحقق الاصفهاني (٣) و السيد الخوانساري (٤) و السيد الخوئي (٥).

و يدل على هذا الحكم وجوه:

الأول: أنها من الأمور التي يمكن قيام آحاد المؤمنين بها، كصلاه الميت و بيع مال اليتيم و نحوهما، فهذه لم يثبت اختصاصها بالإمام عليه السلام بما هو رئيس المسلمين حتى يقوم الفقيه مقامه (٤).

نقول: هذه و إن لم تكن من الأمور التي لا يقوم بها إلا الإمام عليه السلام أو نائبه، إلا أن التصرف في مال الغير يحتاج إلى مجوز شرعي.

ص: ٣١٦

١- (١) مجمع الفائده و البرهان ٩: ٢٣٢.

٢- (٢) الحدائق الناضره ٢٢: ٥٩٢.

٣- (٣) حاشيه المكاسب للمحقق الاصفهاني ٢: ٤٠١-٤٠٢.

٤- (٤) جامع المدارك ٤: ٩٢-٩٣.

٥- (٥) مصباح الفقاهه ٥: ٦٢.

٦- (٦) حاشيه المكاسب للمحقق الاصفهاني ٢: ٤٠١-٤٠٢.

الثاني: نتیجه حمل المطلق على المقيد في روايات الباب يقتضى ذلك.

قال الإمام الخميني رحمه الله: «مقتضى خلافه الفقهاء ووراثتهم حصر الولاية بهم ونفى ثبوتها لغيرهم، ولازم حصرها بهم حصر كل ما هو من شؤون الولاية بهم، ومنها: التصرف والتصدي لأمر الصغار، فيقع التعارض بينهما، وبين ما دل على ثبوت ذلك للعدل.

لكن الذي يسهل الخطب أن بين الدليلين عموماً مطلقاً؛ لأن الثابت للفقهاء كل التصرفات الثابتة للوالي، ومنها: التصرف في مال الأيتام، ولازم الحصر نفى جميع ذلك عن غيره، وما دل على ثبوت التصرف الخاص للعدل يخصه عموم الحصر أو يقيد إطلاقه، كما أن عموم ولاية الفقيه مخصص بأدله ولاية الأب والجد، فكما أن عموم ولايته أو إطلاقها قابل للتخصيص والتقييد، كذلك إطلاق الحصر أو عمومه، ففي المقام ثبت الولاية للفقهاء وجاز التصرف للعدل، بناءً على ثبوت الحكم للعدل في زمان الغيبة» (١).

الثالث: - وهو العمده - إطلاق النصوص.

فإن الظاهر منها جواز قيام العدل لإداره شؤون الأيتام، وكفايه ما يحتاجون إليها ولو مع وجود الفقيه وعدم تعذر الإذن منه؛ لأن المفروض أنها مطلوبة للشارع غير مضاف إلى شخص، ويتضح هذا بأدنى تأمل؛ لأن المعصومين عليهم السلام كانوا موجودين في زمن وقوع السؤال، ومع هذا لم يقيدوا ولاية العدول بالإذن منهم عليهم السلام.

قال في الحدائق: «و بالجمله: فإن الروايات المذكوره ظاهره في جواز العدل الثقة بذلك، و أنه بهذه الأخبار مأذون في الدخول؛ سواء وجد الإمام أم لا؟»

ص: ٣١٧

و لا يبعد القول بجواز توليه ذلك أيضاً مع وجود الفقيه الجامع للشرائط»(١).

وقال السيد الخوئي رحمه الله: «و الظاهر أنّ الذى يستفاد من الروايات هو جواز ولايه عدول المؤمنين فى خصوص مال اليتيم توسعاً و لو مع التمكّن من الإذن من الإمام أو الفقيه؛ إذ العاده جاريه بعدم التمكّن فى جميع النقاط حتّى القرى»(٢).

نقول: و مع ذلك كلّه فالأولى رعايه الاحتياط و الإذن من الفقيه إذا لم يتعدّر ذلك.

الأمر الثالث: عدم المزاحمه بين تصرّف العدلين.

هل يشترط فى جواز تصرّف العدل فى أموال الصغار عدم المزاحمه من عدل آخر؟ قولان:

الأول: لا يشترط ذلك، بل يجوز له التصرف و لو مع مزاحمه الآخر.

قال الشيخ الأ-عظم رحمه الله: «ثم إنّه حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين، فالظاهر أنّه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى، لا على وجه النيايه من حاكم الشرع فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا- يوجب منع الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه - إلى أن قال: - و بالجملة: فالظاهر أنّ حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الأب و الجدّ، من حيث جواز التصرف لكلّ منهما ما لم يتصرّف الآخر»(٣).

و محصل كلامه: أنّ الولايه الثابته لعدول المؤمنين ليست إلّا على وجه الجواز أو الوجوب أو الندب التكليفى، لا على وجه النيايه من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام عليه السلام، فمجرد وضع أحدهم يده على مال اليتيم لا يمنع الآخر عن تصرّفاته، نظير الأب و الجدّ؛ حيث يجوز لكلّ منهما أن يتصرّف

ص: ٣١٨

١- (١) الحدائق الناضره ٥٩٢:٢٢.

٢- (٢) مصباح الفقاهه ٥: ٦٢-٦٣.

٣- (٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٥٦٩:١٦-٥٧٠.

فيما وضع الآخر يده عليه(١). و به قال المحقق النائيني رحمه الله(٢).

وقال بعضهم في توجيه هذا الحكم: أنّ الأصل يقتضى ذلك بعد عدم الدليل على الحرمة(٣).

والجواب عنه: أنّه لا- شبهه في نفوذ تصرفهم من البيع و الشراء و غيرهما من أقسام التصرفات عند فقد الحكام، و ليس معنى الولايه إلا- ذلك - التي ثبت من قبل الإمام - و إلا فمجرد الحكم التكليفي فهو من الأمور الحسيه غير المربوطه بباب الولايه. إذن فولايه العدول كولايه الفقيه، فكما لا يجوز المزاحمه للفقيه إذا وضع يده على مال اليتيم لا يجوز مزاحمه العدل المؤمن أيضاً، و إذا كان كذلك فالأصل لا يقتضى الجواز؛ لأنّه لا دليل عليه في الفرض، بل على خلافه(٤).

قال المحقق الايرواني في توجيه كلام الشيخ الأعظم رحمه الله: «الظاهر أنّ مقصوده ليس ما هو ظاهر العبارة، كما يشهد له تفرّيع جواز مزاحمه غير المتصدى للمتصدى؛ فإنّ ذلك ليس متفرّعاً على كون جواز تصرفهم جوازاً تكليفيّاً، بل متفرّع على ثبوت الولايه للعنوان العام، أعني عنوان المؤمن المنطبق على كلّ فرد فرد ابتداءً... و بالجمله جواز المزاحمه و عدم تعيين الولايه بالشروع في التصرف من مقتضيات كون الولايه بعنوان عام؛ أعني عنوان المؤمن و عنوان الأب بالمعنى الشامل للجدّ و عنوان الفقيه»(٥).

نقول: بعد كون ولايتهم كولايه الفقيه؛ فإنهما يشتركان في الحكم، فكما

ص: ٣١٩

١- (١) مصباح الفقاهه ٥: ٦٤.

٢- (٢) منيه الطالب ٢: ٢٤٣.

٣- (٣) مهذب الأحكام ١٦: ٣٨٣.

٤- (٤) اقتبسنا ذلك من مصباح الفقاهه ٥: ٦٤-٦٥.

٥- (٥) حاشيه الايرواني على المكاسب: ١٥٩ الطبعه الحجرية.

لا يجوز مزاحمه الفقيه في التصرف، كذلك لا يجوز للعدول أيضاً.

القول الثاني: - وهو الحق - أنه يشترط في نفوذ تصرف العدول عدم مزاحمه عدل آخر، فبمجرد وضع أحدهم يده على مال اليتيم لا يجوز للآخر التصرف فيه؛ لأن الأصل الأولى عدم جواز التصرف لأحد في مال غيره، و بعد القطع بجوازه في مال اليتيم للحكام ولعدول المؤمنين في الجملة، فالمتيقن منه هو عدم جواز تصرف الثاني فيه بعد وضع الأول يده عليه أو تصرفه فيه، كما قال السيد الخوئي رحمه الله (1).

تذكرة

واعلم أنه على ما تتبعنا في كلمات فقهاء أهل السنه لم نجد مبحثاً مستقلاً منهم بحثوا فيه عن شرائط أعمال ولاية المؤمنين، أو الأمين، أو العدول من المؤمنين، أو جماعه من المسلمين على اختلاف تعبيراتهم في هذه المسألة، و لكن يستفاد من كلماتهم - التي ذكروها في بيان شرائط الأولياء على نحو مطلق - أنه يشترط في صحه هذه الولاية رعايه الاحتياط و المصلحه للموئى عليه، مثل ما كان شرطاً عندهم في أعمال ولاية الأب و الجدّ و الحاكم و غيرهم، فراجع كلماتهم التي نقلنا عنهم في ذيل البحث عن اعتبار المصلحه في ولاية الحاكم على أموال الصغار، فلا نعيدها مراعاها للاختصار.

و هكذا يستفاد من كلماتهم في ترتيب الأولياء أنّ ولاية الحاكم و أمينه مقدّم على المؤمنين، و شرطوا في صحه ولاية المؤمنين فقد الحاكم و أمينه؛ أي ما دام الحاكم و أمينه موجوداً لا يجوز لغيرهم التصرف في أموال الأيتام، فلا معنى للبحث في أنه هل يكون تصرف المؤمنين منوطاً بالإذن من الحاكم أو لا؟ فراجع كلماتهم في البحث عن ترتيب الأولياء على التزويج و المال، و الحمد لله رب العالمين.

ص: ٣٢٠

أتضح فى الباب الرابع ثبوت ولاية الأولياء فى النفوس و أموال الصغار، و يتفرع على ذلك صحه تصرفاتهم فى كثير من الأمور، و تنقسم هذه التصرفات باختلاف مواردها على أنواع:

الأول: العقود المعاوضيه التمليكيه؛ سواء تعلقت بالأعيان، أو بالمنافع كالبيع و الإجاره و نحوهما.

الثانى: العقود التمليكيه غير المعاوضيه، كالهبة و الصدقه و الوقف و غيرها.

الثالث: العقود الإذنيه، كالوديعة و العاربه و الوكاله. و هذه الثلاثه كلها تصرفات اعتباريه.

الرابع: التصرفات التى تعلقت بنفس مال الصغير عيناً، كبناء عقاره، و حفظ ماله و تثيره، و الزراعه له و رعى مواشيه، و الإنفاق عليه من ماله و غيرها، و كل هذه الأربعه تكون من شئون ولاية الأولياء على أموال الصغار.

الخامس: التصرفات التى تترتب لأجل ولايتهم على النفوس، كاستيفاء حقوقهم، و أخذ الشفعه لهم، و قبول الهبه و الصدقه و الوقف و الوصيه لهم و غير ذلك، و لبيان أحكام هذه التصرفات عقدنا هذا الباب، و فيه فصول:

الأول: البيع و الشراء و المصالحة بمال الصبى.

الثانى: الأمور التى هى من شئون الاتجار.

الثالث: إجاره الولى الصبى أو ماله.

الرابع: استيفاء حقوق الطفل.

الخامس: الوصيه بالولاية.

ص: ٣٢٢

إشاره

و فيه مباحث:

المبحث الأول: البيع والشراء والاتجار بمال الصبي

إشاره

الظاهر أنه لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز للوليّ البيع والشراء بمال الصبيّ إن كان في ذلك مصلحة له.

جاء في المبسوط: «من وليّ مال اليتيم جاز له أن يتجر فيه للصبيّ نظراً له؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو وصيّاً، أو حاكماً أو أميناً لحاكم»^(١).

وقال ابن زهره السيّد أبو المكارم: «من شرائط صحّه البيع ثبوت الولاية في المعقود عليه، ثم قال: و اشترطنا ثبوت الولاية احترازاً من بيع من ليس بمالكٍ للمبيع ولا في حكم المالك له، وهم ستّة: الأب و الجدّ و وصيّهما، و الحاكم و أمينه و الوكيل»^(٢). و به قال سلار^(٣) و ابن حمزه^(٤) و الكيدري^(٥).

ص: ٣٢٣

١- (١) المبسوط للطوسي ١٦٢:٢.

٢- (٢) غنية النزوع: ٢٠٧.

٣- (٣) المراسم: ١٧٣.

٤- (٤) الوسيله: ٢٣٦.

٥- (٥) إصباح الشيعه: ١٩٧.

و في الشرائع في شرائط المتعاقدين: «و أن يكون البائع مالكاً أو مَمَّن له أن يبيع عن المالك كالأب و الجدّ للأب، و الوكيل، و الوصي، و الحاكم و أمينه»^(١).

و به قال العلامة في جملة من كتبه^(٢) و الشهيد^(٣) و المحقق الأردبيلي^(٤). و به قال أيضاً جماعة من المتأخرين و متأخريهم^(٥).

و جاء في مفتاح الكرامة: «اشترط كون البائع أحد هذه السبعة ممّا طفحت^(٦).

به عبارات الأصحاب، كالشيخ الطوسي و أبي المكارم و الحلّي و من تأخّر عنهم إلا من شدّد^(٧).

و قال الشيخ الأعظم: «و من شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع»^(٨).

و الظاهر من هذه الجملة أنّ المدعى من الواضحات التي لا مجال للبحث فيها و الاستدلال لها^(٩).

جاء في مجمع الفوائد و البرهان: «الظاهر أنّه لا خلاف و لا نزاع في جواز البيع

ص: ٣٢٤

١- (١) شرائع الإسلام ١٤:٢، المختصر النافع: ١٤٦.

٢- (٢) مختلف الشيعة ٥:٨٩-٩٠، تذكرة الفقهاء ١٠:١٤، نهایة الأحكام ٢:٤٧٧، تبصره المتعلمين: ٩٦، تحرير الأحكام الشرعيّة ٢:٢٧٦.

٣- (٣) الدروس الشرعيّة ٣:١٩٢.

٤- (٤) مجمع الفوائد و البرهان ٨:١٥٧.

٥- (٥) جامع المقاصد ٤:٨٧، رياض المسائل ٥:٦٣، الحدائق الناضرة ١٨:٤٠٣، مسالك الأفهام ٣:١٦٤، الروضة البهيّة ٣:٢٤١، جواهر الكلام ٢٢:٢٧٢ و ٣٢٤، المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦:٥٣٥، المكاسب و البيع للنائني ٢:٣٣٠، الحاشية على المكاسب للاصفهاني ٢:٣٧٢، كتاب البيع للأراكي ٢:٣، كتاب البيع للإمام الخميني ٢:٤٣٥، مصباح الفقاهة ٥:١١، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢:١٩.

٦- (٦) «طفح: طفح الإناء طفوحاً، إذا امتلأ حتّى يفيض». الصحاح للجوهري ١:٣٤٤.

٧- (٧) مفتاح الكرامة ٤:١٨٤.

٨- (٨) المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦:٣٤٥.

٩- (٩) مباني منهاج الصالحين ٧:٤٠٩.

و الشراء و سائر التصرفات للأطفال و المجانين و السفهاء المتصل جنونهم و سفههم إلى البلوغ، من الأب و الجد للأب، لا للأُم، و من وصى أحدهما مع عدمهما، ثم من الحاكم أو الذي يعينه لهم»(١).

و فى تحرير الوسيله: «يجوز للأب و الجد للأب - و إن علا - أن يتصرفا فى مال الصغير بالبيع و الشراء و الإجاره و غيرها»(٢).

و به قال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكرانى(٣).

أدله جواز البيع و الشراء بمال الطفل

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم - مضافاً إلى الأدله التى تثبت بها ولايه الولي على أموال الصغار بنحو العام، التى بحثنا عنها فى الباب الرابع - بوجوه:

الأول: الإجماع الذى ادّعه فى الرياض(٤) و الجواهر(٥) و المكاسب(٦).

الثانى: النصوص المستفيضة.

قال الشيخ الأعظم: «يدل عليه قبل الإجماع الأخبار المستفيضة المصرّحه فى موارد كثيره»(٧).

منها: صحيحه

على بن رئاب - التى رواها المشايخ الثلاثة - قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بينى و بينه قرابه مات و ترك أولاداً صغاراً، و ترك

ص: ٣٢٥

١- (١) مجمع الفائده و البرهان ٨: ١٥٧.

٢- (٢) تحرير الوسيله ١: ٤٠١ فى شرائط المتعاقدين مسأله ١٨.

٣- (٣) الأحكام الواضحه للشيخ الفقيه الفاضل اللنكرانى: ٣١٧.

٤- (٤) رياض المسائل ٥: ٦٣.

٥- (٥) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٢.

٦- (٦) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.

٧- (٧) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.

مما ليك غلماناً و جوارى و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟ و ما ترى في بيعهم؟

قال: فقال: «إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجوراً فيهم».

قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها أم ولد؟

فقال: «لا- بأس بذلك إذا باع عليهم القِيم لهم الناظر فيما يصلحهم، فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القِيم لهم الناظر فيما يصلحهم»^(١).

و الظاهر أن ترك الوصية إنما هو بالنسبة إلى الجوارى و الغلمان، و المراد من القِيم و الولي من نصبه الأب؛ فإن نَصَبَ قِضاه الجور لا أثر له، و نَصَبُه عليه السلام و نَصَبُ فقيهٍ مَنّا مفروض العدم.

و منها: صحيحه

ربعي بن عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في رجل عنده مال اليتيم، فقال: «إن كان محتاجاً و ليس له مال فلا يمَسُّ ماله، و إن هو أتجر به فالربح لليتيم و هو ضامن»^(٢).

و هذه الرواية تدل على أحكام؛ و هي جواز الاتجار بمال اليتيم، و كون الربح لليتيم، و كون الولي ضامناً إن تلف المال.

و منها: معتبره أو صحيحه

محمد بن مسلم - التي رواها المشايخ الثلاثة - عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: «لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك و هو حَيٌّ»^(٣).

ص: ٣٢٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٢: ٢٦٩ الباب ١٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ١.

٢- (٢) نفس المصدر ١٢: ١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

٣- (٣) نفس المصدر ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١. و سند هذه الرواية إما صحيحه أو معتبره؛ لأن أحمد بن محمد هو أحمد بن محمد العاصمي الكوفي و هو ثقة، و علي بن الحسن هو ابن فضال بقريته الراوى و المروى عنه، و الحسن بن علي هو ابن يوسف كما في الفقيه ٤: ٢١٠ ح ٥٩٠ و التهذيب ٩: ٢٣٦ ح ٩٢١، و الكافي ٧: ٦٢ ح ١٩. و أما مثني بن الوليد، فهو ثقة؛ لأنه قال الكشي: «قال محمد بن مسعود: قال علي بن الحسن «ابن فضال» سلام و المثني بن الوليد و المثني بن عبد السلام كلهم حنطون كوفيون لا بأس بهم». رجال الكشي: ٣٣٨ الرقم ٦٢٣. و أيضاً يروى عنه الأجلاء كاليزنطي و ابن فضال و عبد الله بن مسكان و حسن بن محبوب. جامع الرواه ٢: ٤٠.

وقال الإمام الخميني قدس سره بعد نقل الحديث: «دلت بتعليقها على أن إذن الأب موجب لصحة المعاملات الواقعة على مال الصغير؛ سواء كان في حال حياته - بأن يوكل من يعمل ذلك - أو كان بعد مماته بالإيصاء والإجازة، فيظهر منه أن له التصرف بالبيع والشراء ونحوهما، وأنه وليّ الطفل وأن تصرفاته نافذة؛ سواء كانت فيما ملكه الطفل حال حياته، أو فيما انتقل إليه بعد مماته»^(١).

وبالجملة: هذه النصوص تدلّ على جواز تصرف الأب في حال حياته بالبيع والشراء والاتجار في مال الصبيّ و تفويضه إلى الوصي بعد موته.

و كذلك غيرها من الأخبار المستفيضة في موارد كثيرة^(٢).

آراء فقهاء أهل السنّة في هذه المسألة

أ - الحنفيّه

فقد جاء في بدائع الصنائع: «وله - أي الولي - أن يبيع ماله بأكثر من قيمته

ص: ٣٢٧

١- (١) كتاب البيع ٢: ٤٣٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٦: ٥٤ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاه، ح ٥، قال عليه السلام فيه: «إذا اتّجر به فزكّه». و ح ١٠، و فيه: «لا- زكاه عليه إلاّ أن يعمل به». و ص ٥٧ الباب ٢ من تلك الأبواب ح ١؛ فإنّه قال عليه السلام في جواب السائل الذي سأل بأنّه هل على مال اليتيم زكاه؟ «لا، إلاّ أن يتّجر به أو تعمل به» و ح ٢؛ فإنّ فيه قول الإمام عليه السلام: «ليس في مال اليتيم زكاه إلاّ- أن يتّجر به فإن اتّجر به، فالربح لليتيم، و إن وضع فعلى الذي يتّجر به». و هكذا ح ٣-٨ من هذا الباب. و هكذا الوسائل ١٢: ١٩٠ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ١-٥.

و يشتري له شيئاً بأقل من قيمته؛ لما قلناه (١).

و له أن يبيعه بمثل قيمته و بأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادةً، و له أن يشتري له شيئاً بمثل قيمته و بأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادةً (٢).

و قال فى موضع آخر: «إن الأب أو الجد إذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته أو بأقل جاز. و لو فعل الوصى ذلك لا يجوز عند محمد أصلاً، و عند أبى حنيفة و أبى يوسف إن كان خيراً لليتيم جاز، و إلا فلا» (٣).

و به قال الزيلعى الحنفى (٣).

ب - الشافعيه

و جاء فى المهذب للشيرازى: «يجوز أن يتجر فى ماله؛

لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال: ألا من ولى يتيماً له مال فليتجر له بماله و لا يتركه حتى تأكله الصدقه» (٤)، (٥).

ثم قال فى موضع آخر: «إن أراد أن يبيع ماله بماله، فإن كان أباً أو جدّاً جاز ذلك؛ لأنهما لا يتهمان فى ذلك لكمال شفقتهما، و إن كان غيرهما لم يجز؛ لما روى أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال:

لا يشتري الوصى من مال اليتيم (٦). و لأنه متهم فى طلب الحظ

ص: ٣٢٨

١- (١) أى لأنه نفع محض له فيملك الولي.

٢- ((٢-٣)) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١ و ٣٥٢.

٣- (٤) تبين الحقائق ٥: ٢٢١.

٤- (٥) الأموال لأبى عبيد: ٥٤٧ ح ١٢٩٩، و فيه: فليتجر له فيه. سنن الترمذى ٣: ٣٢ ح ٦٤٠، شرح السنه ٤: ٣٦ ح ١٥٨٩ و فيهما: فليتجر فيه، سنن الدارقطنى ٢: ٩٥ ح ٩١٥١، و فيه: فليتجر له. السنن الكبرى للبيهقى ٥: ٥٢٤ ح ٧٤٣٣ و فيه: فليتجر له فيه.

٥- (٦) المهذب للشيرازى ١: ٣٢٨.

٦- (٧) قال النووى: «قال ابن حجر فى تلخيص الحبير: لم أجد هذا الحديث». المجموع ١٤: ١٣٧، و كذا فى هامش العزيز شرح المهذب ٥: ٨١.

له في بيع ماله من نفسه، فلم يجعل ذلك إليه»(١).

وقال النووي: «و للناظر في مال الصبي أن يتجر في ماله؛ سواء كان الناظر أباً، أو جدّاً، أو وصياً، أو سلطاناً، أو أميناً من قبل الحاكم»(٢).

و قريب من هذا ما جاء في كلام الماوردي(٣) و الخطيب الشربيني(٤)

و غيرهما(٥).

ج - المالكيه

قالوا: إنَّ للأب بيع مال ولده المحجور عليه مطلقاً عقاراً كان أو منقولاً، و لا يتعقَّب بحال و لا يطلب منه بيان سبب البيع؛ لأنَّ تصرّفه محمول على المصلحه(٦).

و أما الوصي، فلا يبيع عقار محجوره إلاّ لسبب يقتضى بيعه؛ كنفقه و وفاء دينٍ لم يوجد لهما غير العقار، أو كون بيعه غبطه؛ بأن زيد في ثمنه الثلث فأكثر، أو كونه يؤخذ عليه توظيفٌ؛ أى تجبى عليه جبايه، أو كون غلته قليله، فيساع و يشتري من ثمنه عقار أكثر غلّه، أو لخوفٍ عليه من ظالم أو غيرها(٧).

و كذلك يبيع الحاكم كالوصي مال المحجور عند الضروره، كالفقه و وفاء الدين و نحوهما.

ص: ٣٢٩

-
- ١- (١) المهذب للشيرازي ١: ٣٣٠.
 - ٢- (٢) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٢٤.
 - ٣- (٣) الحاوي الكبير ٦: ٤٥٠.
 - ٤- (٤) مغنى المحتاج ٢: ١٧٤.
 - ٥- (٥) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٠، روضه الطالبين ٣: ٤٧٦-٤٧٧.
 - ٦- (٦) الشرح الكبير مع حاشيه الدسوقي ٣: ٢٩٩-٣٠٠، بلغه السالك «شرح الصغير» ٣: ٢٤٥، مواهب الجليل ٦: ٦٤٩-٦٥٢، حاشيه الخرشي ٦: ٢٤٣، حاشيه البناني على شرح الزرقاني ٥: ٣٠١، تبين المسالك ٣: ٥٢٩ و ٥٢٦، عقد الجواهر الثمينه ٢: ٦٣٠، التاج و الإكليل ٦: ٦٥٥.
 - ٧- (٧) نفس المصدر السابق.

يجوز عندهم أيضاً أن يتصرّف الوليّ في أموال الصبّي بالمصلحه، فله أن يتّجر بماله، و التجاره بماله أولى من تركه، و استدلّوا بما روى عن النّبى صلى الله عليه و آله و سلم قال:

«من ولى يتيماً له مال فليتّجر له فيه، و لا يتركه حتّى تأكله الصدقه»(١).

و متى اتّجر في مال الصبّي بنفسه فالربح كلّه لليتيم؛ لأنّ الربح نماء مال اليتيم، فلا يستحقّه غيره إلّا بعقد، و المضارب إنّما يستحقّ بعقد، و لا يجوز أن يعقد الوليّ المضاربه مع نفسه لنفسه(٢).

قال ابن قدامه: «و يجوز أن يشتري له العقار؛ لأنّ الحظّ فيه يحصل منه الفضل و يبقى الأصل، فهو أحظّ من التجاره و أقلّ غرراً»(٣).

و هكذا قالوا: إنّ للأب بيع ماله بماله؛ لأنّه غير متّهم عليه لكمال شفقتة، و ليس ذلك للوصيّ و لا للحاكم؛ لأنّهما متّهمان في طلب الحظّ لأنفسهما، فلم يجز ذلك لهما(٤).

ص: ٣٣٠

١- (١) تقدّم تخريجه.

٢- (٢) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٨-١٠٩، المغنى ٤: ٢٩٣، و الشرح الكبير ٤: ٥١٩ و ٥٢٠ و ٥٢٣ و ٥٢٤، الإقناع ٢: ٢٢٤ و ٢٢٥، الإنصاف ٥: ٣٢٥-٣٢٦.

٣- (٣) المغنى ٤: ٢٩٣، الشرح الكبير ٤: ٥١٩ و ٥٢٠.

٤- (٤) المصادر المتقدّمه.

إشاره

الأول: قال في التذكرة: «و هل للوصي بيع مال الطفل و المجنون من نفسه، و بيع مال نفسه منه؟ منع منه جماعه من علمائنا، و الشافعي أيضاً لقوله صلى الله عليه و آله و سلم:

لا- يشتري الوصي من مال اليتيم»(١). و الأقرب عندى الجواز، و التهمه منتفيه مع الوثوق بالعداله، و لأنّ التقدير أنّه بالغ فى النصيحه، و لا استبعاد فى كونه موجباً و قابلاً كما فى الأب و الجدّ. إذا عرفت هذا فهل للأب و الجدّ للأب ذلك؟ الأولى ذلك، و به قال الشافعي؛ لأنّ شفقتهم(٢) عليه يوجب المناصحه. و كذا يبيع الأب و الجدّ عن أحد الصغيرين و يشتري للآخر»(٣).

و فى الشرائع: «الأب و الجدّ للأب يُمضى تصرفهما... فيجوز أن يبيع عن ولده من غيره، و عن نفسه من ولده، و عن ولده من نفسه»(٤)

ص: ٣٣١

١- (١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١ الطبعه الحجريّه.

٢- (٢) مقتضى التعليل انحصار الجواز بالأب و الجدّ، مع أنّ الملاك فى جواز البيع أو الشراء بالنسبه إلى الوصي هو انتفاء التهمه، و هذا الملاك عام حتّى بالنسبه إلى غير الأب و الجدّ من الحاكم أو أمينه أو عدول المؤمنين. و هكذا يدلّ عليه إطلاق ما دلّ على نفوذ التصرف للمؤمن العادل، إلّا- أن يقال: إنّ الحكم فيه تكليفيّ و ليس من قبيل الولاية حتّى يتمسك بعمومه، و كيف كان، الظاهر من المحقق و الجواهر أنّ جواز وقوعه لأحد طرفى العقد منحصر بالأب و الجدّ، مع أنّ العلامه قد صرح للوصي أيضاً؛ فإذا قلنا للمؤمن العدل و لايه، فيجوز له أن يبيع مال الصبي عن نفسه بما يكون مصلحه له. م ج ف.

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعه الحجريّه.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٢: ١٥.

و به قال فى المسالك (١).

و فى الجواهر فى شرح كلام المحقق: «بلا خلاف محقق فى المقام، أو معتدّ به أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى السيره و نصوص تقويم جاريته عليه (٢)... و إطلاق ما دلّ على ولايته الشامل لذلك البيع و عدم اختصاصها بالعقد مع الغير» (٣).

و جاء فى البيان فى فقه الشافعى: «و يجوز للأب و الجدّ أن يبيعا مالهما من الصبى و يشتريا ماله بأنفسهما إذا رأيا الحظّ له فى ذلك؛ لأنّهما لا يتّهمان فى ذلك - إلى أن قال: - و أمّا غير الأب و الجدّ من الأولياء كالوصىّ و أمين الحاكم، فلا يجوز أن يبيع ماله من الصبىّ و يتولّى طرفى العقد، و لا يجوز أن يشتري ماله بنفسه» (٤).

و كذا عند الحنفية (٥).

و فى الشرح الكبير: «و لا- يجوز أن يشتري - أى الولي - من مالهما شيئاً لنفسه و لا يبيعهما إلاّ الأب؛ لأنّه غير متّهم عليه لكمال شفقتة. و به قال أبو حنيفة و مالك و الأوزاعى و الشافعى و زادوا الجدّ» (٦).

الثانى: قال العلامة فى القواعد: «يجب حفظ مال الطفل و استنماؤه قدرأ لا تأكله النفقه على إشكال» (٧).

و لكن جزم فى نكاح التذكرة بأنّه «يجب على الولي حفظ مال الطفل؛ لأنّ الله

ص: ٣٣٢

١- (١) مسالك الأفهام ٣: ١٦٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢: ١٩٨ الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ١ و ٢.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣٢٤ مع تصرّف يسير.

٤- (٤) البيان فى مذهب الإمام الشافعى ٦: ٢١٦-٢١٧.

٥- (٥) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٢.

٦- (٦) الشرح الكبير ٤: ٥١٩.

٧- (٧) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥.

تعالى جعله قيماً عليه ناظراً في مصالحه و تحصيل منافعه، و دفع المفسد عنه، فيجب عليه مراعاة حاله في حفظ ماله، و صونه عن أسباب التلف، و عليه استنماؤه بحيث لا- تأكله النفقه و المؤمن إن أمكن ذلك، و لا- تجب عليه المبالغه في الاستنماء و طلب النهايه فيه.

و لو طلب متاعه بأكثر من ثمنه و جب بيعه، إلا- أن تقتضى المصلحه إبقاءه، و لو كان هناك متاع يُباع بأقل ثمنه و للطفل مال و جب أن يشتريه مع المصلحه و الغبطه، إلا أن يرغب الولي في شرائه لنفسه فيجوز.

و ما يحتاج الطفل إلى إبقائه و حفظ ثمنه لا يجوز بيعه و إن طلب بالزيادة، و العقار الذي يحصل منه قدر كفايته لا يباع.

و كذا في طرف الشراء، قد يكون الشيء رخيصاً لكن يكون في معرض التلف، أو يتعدّر بيعه لقله الراغب فيه فلا يشتريه الولي؛ لأنه يكون ثقله على الطفل»(١).

و لم يرجح ابن العلامه ذلك في الإيضاح، حيث قال: «ينشأ الإشكال من أنه اكتساب لا يجب، و من أنه منصوب للمصلحه، و هذه من أتم المصالح، و لأنه مفسده و ضرر عظيم على الطفل و نصب المولى لدفعها، و بهذا يبنى على أن هذا هل هو مصلحه أو أصلح، و على الثاني هل يجب أم لا؟ و قد حَقَّق ذلك في علم الكلام»(٢).

نقول: الظاهر لزوم التفصيل في المسأله، و القول بأنه يجب على الولي حفظ مال الطفل عن التلف، بحيث لو لم يقدم على هذا كان عاصياً و معاقباً، و لكن لا يجب(٣).

ص: ٣٣٣

١- (١) تذكره الفقهاء ٢: ٦٠٩، الطبعه الحجريه.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ٢: ٥٣.

٣- (٣) إلا إذا طلب المتاع بأكثر من ثمنه و لا تقتضى المصلحه إبقاءه، و بعباره اخرى: الاستنماء ابتداءً لا دليل على وجوبه، و أمّا في فرض الطلب هكذا فمن مصاديق لزوم رعايه المصلحه. م ج ف.

عليه استنماء مال الطفل و طلب الزيادة فيه.

و الدليل على هذا أنّ الله - تعالى - جعل الوليّ قيماً على الطفل ناظراً في مصالحه، و هذا يجعل يوجب أن يكون مكلفاً في دفع الضرر و المفاسد عن نفس الطفل و ماله، فيجب عليه مراعاة حاله و حفظ ماله؛ لأنّه لا معنى بأن يقال: إنّ الوليّ قيّم و ناظر و لا يجب حفظه و حفظ ماله عن التلف.

بتعبير آخر: إنّ لجعل الشارع القيمومه للطفل أثراً، و هو إلزام القيم برعايه مصالحه، و منها: حفظ ماله عن التلف، و إن لم نقل بذلك يكون جعل القيمومه بلا أثر و لغواً.

و ممّا ذكرنا ظهر أنّه إن تلف مال الطفل في زمان قيمومه الوليّ فليس عليه ضمان؛ لأنّه لم يكن موجباً لإتلافه بحيث يصدق أن يُقال: إنّ الوليّ ألتف مال الطفل و إن كان عاصياً في عدم حفظه مال الطفل.

و أمّا وجوب استنماء مال الطفل و طلب الزيادة فيه، فلا يجب على الوليّ؛ لأنّه اكتساب و تكليف زائد و لا دليل عليه، فنحكم بعدم وجوبه للأصل.

و هذا هو الظاهر من كلام المحقّق الثاني، حيث قال - في ذيل كلام العلامة في القواعد «و استنماؤه قدراً لا تأكله النفقه على إشكال» - : «ينشأ من أنّ ذلك اكتساب مال الطفل و لا يجب، و من أنّ ذهاب ماله في النفقه ضرر عظيم، و فائده نصب الوليّ دفع الضرر، و ربما بنى الحكم على أنّ الواجب الأصلح، أم تكفى المصلحه، و الأصحّ عدم الوجوب»^(١).

و اختاره أيضاً في مفتاح الكرامه بأنّه قال: «أصحّه عدم الوجوب». و استدللّ بأنّ «الواجب على الوصي فعل ما فيه مصلحه؛ بمعنى دفع الضرر، و لا يجب

ص: ٣٣٤

و يدل أيضاً على عدم وجوبه ما ورد في خبر

أسباط بن سالم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كان لى أخ هلك فأوصى «فوصيى خ ل» إلى أخ أكبر منى و أدخلنى معه فى الوصية، و ترك ابناً له صغيراً و له مال، أ يضرب به أخى؟ فما كان من فضل سلمه لليتيم، و ضمن له ماله، فقال: «إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، و إن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم»(٢).

حيث قال عليه السلام:

«لا بأس به» و لم يقل: فليتجر به، أو يضارب، أو يجب عليه، أو نحو ذلك مما يدل على الوجوب.

و مثله خبر

أبى الربيع قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون فى يديه مال لأخ له يتيم و هو وصية، أ يصلح له أن يعمل به؟ قال: «نعم، كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما». قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: «لا، إذا كان ناظراً له»(٣).

و لعله لما ذكرنا عدل العلامة عن نظره الشريف فقال فى حجر التذكرة: «لولى أن يتجر بمال اليتيم و يضارب به، و يدفعه إلى من يضارب له به، و يجعل له نصيباً من الربح، و يستحب له ذلك؛ سواء كان الولي أباً أو جدّاً له، أو وصياً، أو حاكماً أو أمين حاكم. و به قال على عليه السلام و عمر و عائشه و الضحّاك، و لا نعلم فيه خلافاً إلا ما روى عن الحسن البصرى كراهه ذلك؛ لأنّ خزّنه(٤) أحفظ و أبعد من التلف»(٥).

الثالث: أيضاً فى التذكرة: «يجب على الولي الإنفاق على من يليه بالمعروف،

ص: ٣٣٥

١- (١) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٦.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٠ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٣- (٣) وسائل الشيعة ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، ح ٦.

٤- (٤) خزّن الشىء خزّناً جعله فى خزانه، لسان العرب ٢: ٢٥٢، المعجم الوسيط: ٢٣٣.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية.

و لا- يجوز له التقتير عليه في الغايه، و لا- الإسراف في النفقه، بل يكون في ذلك مقتصد، أو يجرى الطفل على عادته و قواعد أمثاله من نظرائه، فإن كان من أهل الاحتشام أطعمه و كساه ما يليق بأمثاله من المطعوم و الملبوس. و كذا إن كان من أهل الفاقه و الضروره أنفق عليه نفقه أمثاله»(١).

و كذا في وسيله النجاه(٢) و تحريرها(٣) و تفصيل الشريعه، و زاد أنه «لو أسرف في ذلك يكون ضامناً للزياده، كما أنه لو قتر يكون معاقباً عليه، بل لو صار التقتير سبباً للمرض و الكساله المستلزمه صحتها للمخارج لا يبعد أن يقال بضمان تلك المخارج حتى تتحقق الصّحه»(٤).

و هو مقتضى موثقه

سماعه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله - عزّ و جلّ - : (وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ) ؟ فقال: «يعنى اليتامى إذا كان الرجل يلى لأيتام فى حجره فليخرج من ماله على قدر ما يحتاج إليه، على قدر ما يخرج له لكل إنسان منهم فيخالطهم و يأكلون جميعاً، و لا يرزأَن (٥) من أموالهم شيئاً، إنما هى النار»(٦).

و كذا مرسله

العيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اليتيم تكون غلته(٧) فى الشهر عشرين درهماً، كيف ينفق عليه منها؟ قال: «قوته من

ص: ٣٣٦

- ١- (١) نفس المصدر ٨٢:٢، الطبعة الحجرية.
- ٢- (٢) وسيله النجاه ١٠١:٢.
- ٣- (٣) تحرير الوسيله ١٦:٢.
- ٤- (٤) تفصيل الشريعه، كتاب الحجر: ٣٠٨.
- ٥- (٥) رزأه ماله: أى أصاب منه شيئاً فنقصه، المعجم الوسيط: ٣٤١.
- ٦- (٦) وسائل الشيعه ١٨٨:١٢ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.
- ٧- (٧) الغلّه: كلّ شىء يحصل من ريع الأرض أو اجرتها و نحو ذلك، المصباح المنير: ٤٥٢، و الريع الزياده و النماء، قال الأزهرى: الريع فضل كلّ شىء على أصله، المصباح المنير ٢٤٨:١.

الرابع: من يلى مال اليتيم من وليّ أو وصيّ يجب أن يخرج عن الطفل من ماله جميع ما يتعلّق به من الديون التي لزمته باقتراض الوليّ عنه، أو لزمته بأرش أو جنايه، أو بسبب ديون مورّثه.

فأمّا زكاه الفطره، فلا تجب عليه عندنا خلافاً لبعض العامّه.

و أمّا زكاه المال، ففيها قولان: أحدهما: الاستحباب(٢).... و إن جنى الطفل على مال كانت فى ماله، يخرجها الوصيّ عنه. و إن كانت على النفس فهي خطأ مطلقاً؛ لأنّ عمد الطفل عندنا خطأ... فالديه على العاقله.

و الكفّاره فى مال الطفل على الفور... و كذا ينفق على من عليه نفقته، فلو كان له أبوان فقيران أنفق عليهما(٣).

نقول: سنذكر حكم الزكاه و الخمس فى مال الصبّ و كذا الكفّاره فى الباب الذى عقدناه للبحث عن عبادات الطفل إن شاء الله.

الخامس: قال فى التحرير: «يجوز أن يفرد اليتيم بالمأكول و الملبوس و السكنى، و أن يخلطه بعائلته يحسبه كأحدهم، فيأخذ من ماله بإزاء ما يقابل مؤنته و لا يفضل على نفسه، بل يستحبّ أن يفضل نفسه عليه، و لو كان إفراده أرفق به أفرده، و كذا لو كان الرفق فى مزجه أمزجه استحباباً»(٤). و كذا فى المبسوط(٥) و السرائر(٦).

ص: ٣٣٧

١- (١) نفس المصدر ١٢: ١٩٠ الباب ٧٤ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٢- (٢) قال الشيخ الطوسى: «ما يجب فيه الزكاه من أموال الطفل فعلى الوصيّ أن يخرج من ماله» الخلاف ٤: ١٦٥.

٣- (٣) تذكره الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعه الحجريّه.

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعيّه ٢: ٥٤٣.

٥- (٥) المبسوط للطوسى ٢: ١٦٣.

٦- (٦) السرائر ٢: ٢١٣-٢١٤.

و زاد فى التذكرة: «فينبغى أن يتغابن - أى الولي - مع الأيتام فيحسب لكل واحد من عياله و أتباعه أكثر من أكل اليتيم و إن ساوى الواحد منهم، تحفظاً لمال اليتيم و تحزناً من تلف بعضه، و لو تعدد اليتامى و اختلفوا كبراً و صغراً حسب على الكبير بقسطه و على الصغير بقسطه لئلا يضيع مال الصغير بقسطه على نفقه الكبير» (٣).

و قريب من هذا فى جامع المقاصد (٤) و مفتاح الكرامه (٥). و لقد أجاد فى تفصيل الشريعة حيث قال: «يجوز له - أى للولي - أن يخلطه بعائلته و اسرته و يحسبه كأحدهم، فيوزع المصارف عليهم بنسبه الرءوس و يأخذ سهم اليتيم من ماله، بل لعل هذا يكون أنفع بحاله من الأفراد و الاستقلال؛ لأن التوزيع موجب لقله مصارف اليتيم نوعاً... هذا بالإضافة إلى المأكول و المشروب.

و أمياً الملبوس فحيث إنه لا معنى للتوزيع فيه غالباً، فالحساب على كل على حدّه. و أمياً المسكن لو لم يكن اليتيم واجداً له بالإرث و نحوه، فاللازم فيه أيضاً رعايه ما هو صلاح له من الاثراء و الاستئجار و الأفراد و المخالطه» (٦).

و يدلّ عليه موثقه سماعه المتقدمه؛ لأن الإمام عليه السلام قال فيها:

«إذا كان الرجل يلى لأيتام فى حجره فليخرج من ماله على قدر ما يحتاج إليه، على قدر ما

ص: ٣٣٨

١- (١) وسيله النجاه ٢: ١٠١.

٢- (٢) تحرير الوسيله ٢: ١٦.

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٢، الطبعة الحجرية.

٤- (٤) جامع المقاصد ٥: ١٩١.

٥- (٥) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٩.

٦- (٦) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٦.

يخرجه لكل إنسان منهم فيخالطهم و يأكلون جميعاً» الحديث (١).

و خبر

أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: قلت: أ رأيت قول الله - عزّ و جلّ -: (وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ) قال: «تخرج من أموالهم قدر ما يكفيهم، و تخرج من مالك قدر ما يكفيك، ثم تنفقه». قلت: أ رأيت إن كانوا يتامى صغاراً و كباراً، و بعضهم أعلى كسوه من بعض، و بعضهم آكل من بعض و مالهم جميعاً، فقال: «أما الكسوه فعلى كل إنسان منهم ثمن كسوته، و أما الطعام فاجعلوه جميعاً؛ فإنّ الصغير يوشك أن يأكل مثل الكبير» (٢).

و كذا يدلّ عليه روايه تفسير القمّي (٣).

السادس: جاء في المبسوط: «و يستحبّ له - أي للوليّ - أن يشتري بماله - أي اليتيم - العقار (٤)؛ لأنّه يحصل فيه الفضل و يبقى الأصل، و لا يشتريه إلاّ من ثقه أمين يؤمن جحوده أو حيلته في إفساد البيع؛ بأن يكون قد أقرّ لغيره قبل البيع و ما أشبه ذلك، و يكون في موضع لا - يخاف هلا-كه؛ بأن لا يكون بقرب الماء فيخاف غرقه أو في معترك بين طائفتين من أهل بلد فيخاف عليه الحريق و الهدم» (٥).

و كذا في التحرير (٦).

و زاد في التذكرة: «لأنّه يحصل منه الفضل و لا يفتقر إلى كثير مئونه و سلامته

ص: ٣٣٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٣- (٣) نفس المصدر، ح ٦.

٤- (٤) العقار مثل سلام كل ملك ثابت له أصل، كالدار و النخل. قال بعضهم: و ربما اطلق على المتاع، و الجمع عقارات و العقار بالفتح. المصباح المنير: ٤٢١.

٥- (٥) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٢.

٦- (٦) تحرير الأحكام الشرعيه ٢: ٥٤٢.

متيقنه، والأصل باق مع الاستنماء، والغرر فيه أقل من التجاره، بل هو أولى منها؛ لما فى التجاره من الأخطار و انحطاط الأسعار، فإن لم يكن فى شرائه مصلحه إما لفضل الخراج و جور السلطان، أو إشراف الموضع على البوار لم يجرز»(١).

السابع: يجوز أن يبنى عقاراً، و يستجدّه إذا استهدم من الدور و المساكن؛ لأنّه فى معنى الشراء، إلاّ أن يكون الشراء أنفع فىصرف المال إليه، و يقدّمه على البناء.

و إذا أراد البناء بنى بما فيه الحظّ لليتيم، و بينه بالآجر و الطين. و إن اقتضت المصلحه البناء باللبن(٢) فعل، و إلاّ فلا... و بالجملة: يفعل الأصلح... و الأولى البناء فى كلّ بلد على عادته(٣).

الثامن: قال الشيخ فى المبسوط: «إن كان له - أى لليتيم - عقار لم يجرز لولّيه أن يبيعه إلاّ عند الحاجه بالصغير إلى ثمنه لنفقتة و كسوته، و لا يكون له وجه غيره من غلّه و أجره عقاراً فيباع بقدر الحاجه، أو يكون فى بيعه غبطه...»(٤).

و كذا فى القواعد(٥)، و علّله فى التذكرة بأنّ الوليّ مأمور بفعل ما فيه الحظّ و المصلحه لليتيم، و بيع عقاره يكون تفويتاً للحظّ و المصلحه عليه، فلا يجوز إلاّ أن احتيج إلى بيعه فجاز(٦).

و قال المحقّق العاملى - فى شرح كلام الماتن فى المقام -: «كأن يكون به ضروره إلى كسوه أو نفقه، أو قضاء دين أو ما لا بدّ منه، و لا تندفع حاجته إلاّ بالبيع

ص: ٣٤٠

١- (١) تذكرة الفقهاء ٨١:٢، الطبعة الحجرية.

٢- (٢) اللّبن: المضروب من الطين يبنى به دون أن يطبخ، المعجم الوسيط ٨١٤:٢.

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٨١:٢، الطبعة الحجرية، المبسوط للطوسى ١٦٢:٢.

٤- (٤) المبسوط للطوسى ١٦٢:٢.

٥- (٥) قواعد الاحكام ١٣٦:٢.

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ٨١:٢، الطبعة الحجرية.

و الجزئيات لا تنضبط، فالمدار على الحاجة مع المصلحة»^(١).

و الحاصل: أنّ تصرّف الأولياء في أملاك الأيتام بالبيع و الشراء مقيد بوجود المصلحة أو عدم المفسده على ما بيّناه سابقاً، و بيع عقار اليتيم من دون حاجة يكون على خلاف مصلحته، بل يوجب ضرراً و مفسده عليه، فلا يجوز تكليفاً؛ بمعنى أنّه إن باع الوليّ العقار أو غيره من دون حاجة إلى البيع و على خلاف مصلحة اليتيم كان عاصياً؛ لأنّ فعله يوجب ضرراً عليه و هو محرّم، و كذا لا ينعقد البيع وضعاً؛ بمعنى أنّه إن عصى و أوجب البيع لم يصحّ و لم يخرج المبيع عن ملك اليتيم، و لا تترتب عليه آثار الملك للمشتري؛ لأنّ في فرض المسأله لم يكن الوليّ مجازاً للتصرّف لا شرعاً، فإنّ تصرّفه شرعاً مقيد بالمصلحة، و لا من ناحيه المالك - أي اليتيم - حيث إنّّه لم يكن أهلاً للإجازة، فلا وجه للقول بصحّه البيع.

و ممّا ذكرنا ظهر أنّه لا وجه للقول بكراهه بيع العقار من دون حاجة و مصلحة لليتيم، كما اختاره العلامة في التحرير^(٢).

و لعلّه لما ذكرنا عدل عن رأيه في التذكرة و القواعد كما ذكرنا.

التاسع: قال في التذكرة: «إذا باع الأب أو الجدّ عقار الصبيّ أو المجنون و ذكر أنّه للحاجة، و رفع الأمر إلى الحاكم، جاز له أن يسجّل على البيع و لم يكلفهما إثبات الحاجة و الغبطه؛ لأنّهما غير^(٣) متهمين في حقّ ولدهما. و لو باع الوصيّ أو أمين الحاكم لم يسجّل الحاكم إلّا إذا قامت البيّنه على الحاجة أو الغبطه»^(٤). و كذا

ص: ٣٤١

١- (١) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٩.

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعيّه ٢: ٥٤٢.

٣- (٣) كلمه «غير» لم تكن في النسخه المطبوعه، و الأصحّ ما أثبتناه كما في مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٩.

٤- (٤) تذكره الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجرية.

فى تحرير الأحكام (١). و اختاره الشيخ الطوسى فى المبسوط (٢).

نقول: الأقوى ما اختاره بعض الفقهاء من التفصيل بين ما إذا كان الوصى موثقاً عند الحاكم، فيقبل قوله و يسجله عملاً لظاهر الحال، و بين ما إذا لم يكن كذلك فلا يقبل إلا بعد إقامه البيّنه.

قال فى تحرير الوسيله: «و أمّا غيرهما كالوصى فلا يسجله إلا بعد ثبوتها عنده على الأحوط، و إن كان الأقرب جواز تسجيله مع وثاقته عنده» (٣).

و كذا فى تفصيل الشريعة (٤).

العاشر: جاء فى المبسوط: و إذا بلغ الصبى و قد باع الأب أو الجدّ - عقاره - فادعى أنّه باعه من غير حاجه و لا غبطه كان القول قول الأب أو الجدّ، و إن كان وصياً أو أميناً كان القول قول الصبى، و وجب على الوصى أو الأمين البيّنه» (٥).

و اختاره فى التحرير (٦).

و زاد فى التذكرة بأنّ «القول قول الأب و الجدّ مع اليمين، و عليه - أى على الصبى - البيّنه؛ لأنّه يدعى عليهما خلاف الظاهر؛ إذ الظاهر من حالهما الشفقه و عدم البيع إلا للحاجه، و لو ادّعا على الوصى أو الأمين فالقول قوله فى العقار و عليهما البيّنه؛ لأنّهما مدّعيان فكان عليهما البيّنه، و فى غير العقار الأولى ذلك أيضاً لهذا الدليل» (٧).

ص: ٣٤٢

١- (١) تحرير الأحكام ٢: ٥٤٢.

٢- (٢) المبسوط للطوسى ٢: ١٦٣.

٣- (٣) تحرير الوسيله ٢: ١٥.

٤- (٤) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٣-٣٠٤.

٥- (٥) المبسوط للطوسى ٢: ١٦٣.

٦- (٦) تحرير الأحكام الشرعيّه ٢: ٥٤٢.

٧- (٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجرية.

و أفتى فى القواعد بقبول قول الوصى أيضاً فى البيع لكنّه على إشكال(١).

نقول: إذا كان الوصى أو أمين الحاكم موثقاً، فالقول قوله، و الأقوى عدم الفرق بين الأب و الجدّ و غيرهما فى هذا الحكم، و الدليل عليه ما سنذكره دليلاً للحكم فى الفرع الحادى عشر، فانتظره.

الحادى عشر: جاء أيضاً فى المبسوط: إن ادعى «أى الولي» أنه أنفق عليه أو على العقار قبل من الأب أو الجدّ بلا بينه، و لا يقبل من الوصى و لا الأمين إلاّ بينه، و قيل: إنه يقبل منهما أيضاً بلا بينه؛ لأنّهما مأموران و هو الأولى؛ لأنّه يشقّ عليهما إقامة البينه على الإنفاق، و لا يشقّ على البيع، فلاجل ذلك قبل قولهما فى هذا و لم يقبل فى الأوّل(٢) أى فى البيع.

و فى التذكرة: «كان القول قول الأب و الجدّ للأب مع يمينه إلاّ أن يكون مع الابن بينه، و إن كان وصياً أو أميناً قبل قوله فيه مع اليمين و لا يكلفان البينه...»

لتعدّر إقامه البينه على ذلك - إلى أن قال: - لأنّ الظاهر من حال العدل الصدق و هو أمين عليه، فكان القول قوله مع اليمين، و لو ادعى خلاف ما تقتضيه العاده فهو زياده على المعروف و يكون ضامناً. و كذا لو ادعى تلف شيء من ماله فى يده بغير تفريط، أو أنّ ظالماً قهره عليه و أخذه منه، قدّم قوله مع اليمين؛ لأنّه أمين. أمّا لو ادعى الإنفاق عليه منذ ثلاث سنين، فقال الصبى: ما مات أبى إلاّ - منذ سنتين قدّم قول الصبى مع اليمين؛ لأنّ الأصل حياه أبيه، و اختلافهما فى أمر ليس الوصى أميناً فيه، فكان القول قول من يوافق قوله الأصل مع اليمين(٣).

ص: ٣٤٣

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦-١٣٧.

٢- (٢) المبسوط للطوسى ٢: ١٦٣.

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٢، الطبعة الحجرية.

و اختاره فى التحرير(١). و كذا فى القواعد(٢)، و لم يحكم بلزوم اليمين من الأب و الجد لإثبات مدّعيهما، إلاّ أنّه قال فى القواعد: بقبول قول غير الأب و الجدّ على إشكالٍ.

و قال المحقّق فى باب الوكّال: «أما الوصيّ، فالقول قوله فى الإنفاق؛ لتعذّر البيّنه فيه... و كذا القول فى الأب و الجدّ و الحاكم و أمينه مع اليتيم إذا أنكر القبض عند بلوغه و رشده»(٣). و اختاره فى المسالك(٤) و جامع المقاصد(٥) و مفتاح الكرامه(٦) و الجواهر(٧).

و فى تحرير الوسيله: «لو ادّعى الوليّ الإنفاق على الصبّى أو على ماله...

و أنكر بعد البلوغ أصل الإنفاق أو كيفيته، فالقول قول الوليّ مع اليمين، و على الصبّى البيّنه»(٨) و كذا فى تفصيل الشريعه(٩).

و بالجملة: فالظاهر أنّه لا خلاف بينهم فى أنّه يقبل قول الأب و الجدّ و الوصيّ و أمين الحاكم بشرط كونهما موثّقين فى الإنفاق على الأيتام بالمعروف، و تلف شىء من أموال الصغار بغير تفريط و إن اختلفوا فى قبوله مع اليمين أو بلا يمين، و عند بعضهم يقبل قولهم فى بيع مال اليتيم لمصلحته، و هكذا فى كلّ أمرٍ يساعده ظاهر الحال.

ص: ٣٤٤

- ١- (١) تحرير الأحكام الشرعيّه ٥٤٢:٢.
- ٢- (٢) قواعد الأحكام ١٣٦-١٣٧.
- ٣- (٣) شرائع الإسلام ٢٠٥:٢.
- ٤- (٤) مسالك الأفهام ٢٩٩:٥.
- ٥- (٥) جامع المقاصد ١٩٤:٥ و ج ٣١٧:٨.
- ٦- (٦) مفتاح الكرامه ٢٧٢:٥ و ج ٦٥٠:٧.
- ٧- (٧) جواهر الكلام ٤٣٣:٢٧.
- ٨- (٨) تحرير الوسيله ١٦:٢، كتاب الحجر، مسأله ١٦.
- ٩- (٩) تفصيل الشريعه، كتاب الحجر: ٣٠٨-٣٠٩.

و يدلّ عليه أولاً: أنّ الأولياء أمناء بالنسبة إلى ذلك فيقبل قولهم، أشار إليه في الجواهر و ادّعى بأنّه لا خلاف فيه (١).

و ثانياً: لعسر إقامه البيّنه على الإنفاق في كلّ وقت يحتاج إليه، فيستلزم العسر و الحرج (٢)، كما صرّح به في المسالك (٣).

و ثالثاً: بأنّ الأصل صحّه تصرّفات المسلم المالك لذلك التصرف.

جاء في الإيضاح: «لا شكّ أنّ القول قوله في الإنفاق بالمعروف؛ لعسر إقامه البيّنه في كلّ وقت على الإنفاق و عسر ضبطه، و لا في أنّ القول قوله في التلف من غير تفريط، للأصل؛ ولأنّه أقوى من الودعي، و لا في أنّ القول قول الأب في أنّ القرض أو البيع للمصلحه؛ لأنّه غير متّهم في حقّ ابنه و عليه الإنفاق، و الإشكال في غيره، و منشؤه أصاله صحّه تصرّفات المسلم المالك لذلك التصرف، و لأنّه موضوع لفعل ما يعتقد أنّه مصلحه، فلا يمكن إقامه البيّنه عليه، و لأنّ دعواه بصلاح التصرف دعوى عدم التعدي، و هو الأصل و القول قوله فيه» (٤).

و يمكن أيضاً استئناس هذا الحكم - أي قبول قول الولي في البيع و الإنفاق - من النصوص المتقدّمه، حيث حكم فيها بجواز بيع الولي، كقوله عليه السلام في صحيحه على بن رثاب:

«لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم...»

الحديث (٥).

و قوله عليه السلام في معتبره أو صحيحه محمد بن مسلم:

«لا بأس به من أجل أنّ أباه

ص: ٣٤٥

١- (١) جواهر الكلام ٢٧: ٤٣٣.

٢- (٢) «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ». سورة البقره ٢: ١٨٥، «وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ». سورة الحجّ ٢٢: ٧٨.

٣- (٣) مسالك الأفهام ٥: ٢٩٩.

٤- (٤) إيضاح النافع ٢: ٥٤.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٢: ٢٦٩ الباب ١٥ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ١.

قد أذن له في ذلك و هو حيّ»(١). و غيرها(٢).

و حكم بجواز الإنفاق على الأيتام من مالهم، كما هو مقتضى موثقه سماعه؛ لأنه قال عليه السلام:

«إذا كان الرجل يلى لأيتام في حجره فليخرج من ماله على قدر ما يحتاج إليه، على قدر ما يخرج له لكل إنسان منهم فيخالطهم و يأكلون جميعاً»(٣).

و خبر أبي الصباح الكناني؛ لقوله عليه السلام:

«تخرج من أموالهم قدر ما يكفيهم، و تخرج من مالك قدر ما يكفيك، ثم تنفقه»(٤). و غيرها(٥).

و بالجملة: يستأنس من الحكم بجواز بيع أموال الأيتام و الإنفاق عليهم من الجدّ و الوصيّ صحتهما و إن خالفهم الأيتام بعد بلوغهم بعدم المصلحة في البيع، أو عدم الإنفاق على المعروف.

بتعبير أوضح: الحكم بجواز البيع من الوصيّ قبل بلوغ اليتيم، و إثبات صحته و كونه عن مصلحة، مع إقامه البيّنه بعد بلوغه مع مخالفه اليتيم لا- يجتمعان، و كذا لا- يجتمع جواز الإنفاق عليهم، مع الحكم بلزوم إثبات كونه عن معروف إلى إقامه البيّنه إن ادّعى اليتيم عدم كونه كذلك بعد بلوغه.

و يمكن أن يقرّر بأن يقال: حيث إنّ تصرّفات الوصيّ مشروطه برعايه المصلحة لليتيم، بمعنى أنّ الشارع جعل الولاية له كذلك، فإذا لم يكن البيع لمصلحة اليتيم، لم يصحّ شرعاً و لم يكن الوصيّ مجازاً لأن يوقعه.

على هذا، النصوص المتقدّمة التي تدلّ على جواز البيع و الإنفاق، تدلّ

ص: ٣٤٤

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.
- ٢- (٢) نفس المصدر ١٢: ١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به.
- ٣- (٣) نفس المصدر ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.
- ٤- (٤) نفس المصدر ح ١.
- ٥- (٥) نفس المصدر ١٢: ١٩٠ الباب ٧٤ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

على الجواز مع رعايه المصلحه مطلقاً؛ أى سواء خالف اليتيم بعد بلوغه أم لا، فالزام الولي - الجد أو الوصي - بإقامه البيئه أو اليمين لإثبات كون البيع للمصلحه و الإنفاق على وجه المعروف لا يساعد هذا الإطلاق.

و الحاصل: أنه يقبل قول الولي؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو وصياً في البيع للمصلحه و الإنفاق بالمعروف و القرض لهم، و كذا في تلف شيء عندهم من دون أن يحتاجوا إلى إقامه البيئه. و الأحوط أن يقبل قولهم مع اليمين، خصوصاً فيما صدر من الوصي، فنحكم بقبول قوله مع اليمين وجوباً كما قال به كثير من الفقهاء^(١) عند اختلاف الوصي مع الصغير بعد بلوغه في أصل النفقه أو مقدارها، أو بأنّ الإنفاق كان زائداً على المعروف.

نعم، إذا خالفهم الأيتام بعد بلوغهم و أقاموا البيئه طبقاً لدعواهم فيقدم قولهم، من باب تقديم البيئه على الأصل، و نذكر تفصيل ذلك في الباب الذي عقدناه للبحث عن دعاوى الأطفال إن شاء الله.

و ممّا ذكرنا ظهر أنه لا فرق فيما ذكر بين الوصي و غيره.

قال في مفتاح الكرامه: «لا فرق بين الإنفاق و البيع للمصلحه و القرض لها و التلف من غير تفريط، كما أنه لا فرق في ذلك بين الوصي و غيره من الأولياء»^(٢)

ص: ٣٤٧

١- (١) تذكره الفقهاء ٥١٢:٢، الطبعه الحجريه، جامع المقاصد ٢٨٩:١١، تحرير الأحكام الشرعيه ٣:٣٨٣، الدروس الشرعيه ٣٢٨:٢، وسيله النجاه ١٥١:٢، تحرير الوسيله ١٠٢:٢ مسأله ٥٨، مهذب الأحكام ٢٢:٢٢٦، و الأصل في جميع هذه الصور قاعده كل مدّع يسمع قوله فعليه اليمين، و المراد من سماع قوله عدم تكليفه بالبيئه أو بحجّه أخرى في الحكم له، و يسمع قول الوصي في هذه المواضع مع يمينه، و هذه القاعده من قواعد باب القضاء؛ بمعنى أنّ الحاكم في مقام الحكم إذا سمع قول مدّع و لا يطلب منه البيئه فلا يحكم له إلا بعد اليمين.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٧:٦٥٠.

اتّفق الفقهاء من أهل السنّه على أنّه إذا اختلف الوصّي مع الصغير بعد بلوغه، فقال الوصّي: أنفقت عليك، وقال الصبّي: لم تنفق عليّ، فالقول قول الوصّي؛ لأنّه أمين، و تتعدّر عليه إقامه البيّنه على النفقه(١). وكذا إذا اختلفا في قدر النفقه، فقال الوصّي: أنفقت عليك في كلّ سنه مائه دينار، وقال الصبّي: بل أنفقت عليّ خمسين ديناراً، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنّه إن كان ما يدّعه الوصّي هو النفقه بالمعروف فالقول قوله؛ لأنّه أمين، وإن كان أكثر من النفقه بالمعروف فعليه الضمان(٢).

و هكذا لو ادّعى الطفل بعد البلوغ و الرشده أنّ الوصّي خان في بيع ماله؛ بأنّه باعه من غير حاجه و لا غبطه فيصدق الوصّي.

قال الغزالي: «فالقول قول الوصّي فإنّه أمين، و الأصل عدم الخيانه»(٣). وكذا في حاشيه ردّ المحتار(٤).

و إذا اختلفا في قدر مدّه الإنفاق؛ بأن قال الوصّي: مات أبوك من عشر سنين و أنفقت عليك فيها، وقال الصبّي: بل مات أبي من ثمانى سنين و أنفقت عليّ ثمان سنين، يقدّم قول الصبّي؛ لأنّ الأصل عدم موت الأب في الوقت الذى يدّعه الوصّي، و أيضاً يمكن للوصّي إقامه البيّنه على ذلك بخلاف قدر النفقه(٥). و أمّا إذا

ص: ٣٤٨

١- (١) المهذب للشيرازى ١: ٤٦٤، المجموع شرح المهذب ١٦: ٤٣٧-٤٣٨، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٨٢، منهاج الطالبين ٢: ٣٧٩، روضه الطالبين ٥: ٣٨٠، البيان ٨: ٣١٤، الكافي في فقه أحمد ٢: ٢٩٣، الإقناع ٢: ٢٢٨، كشاف القناع ٣: ٥٣٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٤١٠، حاشيه الدسوقي ٤: ٤٥٦، المدونه الكبرى ٦: ٢٥، تكمله البحر الرائق ٩: ٣٢٨، أحكام الصغار: ٣٦١.

٢- (٢) المنابع المتقدّمه كلّها، و كذا منتهى الإرادات ٢: ٥٠٩، و عقد الجواهر الثمينه ٣: ٤٣٣.

٣- (٣) الوجيز ١: ٤٦٢، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٨٣.

٤- (٤) حاشيه ردّ المحتار ٦: ٧١٩.

٥- (٥) المهذب ١: ٤٦٢، البيان ٨: ٣١٤، كشاف القناع ٣: ٥٣٢، حاشيه الدسوقي ٤: ٤٥٦ و كثير من المصادر المتقدّمه.

اختلفا فى دفع المال إلى الصبى بعد البلوغ و الرشد، فادعى الوصى أنه دفع إليه، و أنكر الصبى، فذهب الشافعيه و المالكيه إلى أنه صدق الصبى بيمينه على الصحيح (١).

و أما الحنابله، فإنهم فضّلوا بين ما كان الوصى متبرّعاً، فيقبل قوله فى دفع المال إلى الصبى بعد بلوغه و رشده؛ لأنّه أمين أشبهه المودّع، و بين ما إذا لم يكن متبرّعاً بل بأجره، فلا يقبل قوله فى دفعه المال إليه، بل يقدم قول اليتيم (٢).

و قال الحنفيّه: إنّ القول قول الوصى إذا قال: دفعت إلى الصبى ماله بعد البلوغ و الرشد (٣).

ص: ٣٤٩

-
- ١- (١) المدوّنه الكبرى ٢٥:٦، عقد الجواهر الثمينه ٣:٤٣٣، حليه العلماء ٦:١٤٩، العزيز شرح الوجيز ٧:٢٨٣، مغنى المحتاج ٣:٧٨.
 - ٢- (٢) الإقناع ٢:٢٢٩، كشاف القناع ٣:٥٣٢.
 - ٣- (٣) حليه العلماء ٦:١٤٩، بدائع الصنائع ٤:٣٥٢، مختصر اختلاف العلماء ٣:٤١٠، البحر الرائق ٩:٣٢٧-٣٢٨.

الظاهر أنه لا خلاف بينهم في أنه يجوز للولي المصالحة (١) بمال الصبي إن يراها مصلحة له.

قال الشيخ رحمه الله: «متى كان لليتامى على إنسان مالٌ جاز لوليهم أن يصالحه على شيء يراه صلاحاً في الحال و يأخذ الباقي، و تبرأ بذلك ذمّه من كان عليه المال» (٢).

و في الوسيله: «إن كان لليتيم مالٌ على الغير و رأى له الغبطه في المصالحة عليه، جاز له أن يصالح و كان الصلح ماضياً» (٣). و اختاره في التذكرة (٤).

ص: ٣٥٠

١- (١) المصالحة اسم من الصلح بمعنى السلم، جاء في المعجم الوسيط: ٥٢٠ صلحه مصلحه، و صلاحاً: سالمه و صافاه، يقال: صلحه على الشيء، أى سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق. و أما في الاصطلاح، قال العلامة: «الصلح عقد سائغ شرع لقطع التجاذب، إلا ما أحل حراماً، أو حرّم حلالاً، كالصلح على استرقاق حرّ» قواعد الأحكام ١٧٢:٢. و كذا في الحدائق الناضره ٨٤-٨٣:٢١ و زاد «الظاهر أنه لا خلاف بين أصحابنا رضوان الله عليهم في أنه لا يشترط في صحه الصلح سبق نزاع». و كذا في جامع المقاصد ٤٠٧:٥. و قال في الجواهر ٢١١:٢٦: «الصلح عقد شرع لقطع التجاذب و التنازع بين المتخاصمين، إلا أن ذلك فيه من الحكم التي لا- يجب أطرادها مثل المشقه في حكمه القصر و نقصان قيمه في الرد بالعيب... و غيرها من الحكم التي لا تقتضى تخصيصاً أو تقييداً؛ لعموم الدليل أو إطلاقه المقتضى ثبوت الحكم في غير محلها. و جاء في بعض كتب أهل السنه أن الصلح معاقده يرتفع بها النزاع بين الخصوم، و يتوصل بها إلى الموافقه بين المختلفين، كما في تبين الحقائق ٢٩:٥، البحر الرائق ٤٣٤:٧، روضه الطالبين ٣:٤٨٢، نهايه المحتاج ٣٨٢:٤، شرح منتهى الإرادات ٢:٤٤٧، كشاف القناع ٣:٤٥٥، انظر الموسوعه الفقهيّه الكويتيه ٢٧:٣٢٣.

٢- (٢) النهايه للطوسى: ٣٦٢.

٣- (٣) الوسيله لابن حمزه: ٢٨٠.

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ٨٢:٢، الطبعة الحجرية.

و جاء في السرائر: «أمّا الوليّ، فجائز له مصالحه ذلك الغريم إذا رأى ذلك صلاحاً للأيتام؛ لأنّه ناظرٌ في مصلحتهم، و هذا من ذاك إذا كان لهم فيه صلاحٌ.

فأمّا من عليه المال؛ فإنّ ذمّته لا تبرأ إن كان جاحداً مانعاً، و بذل دون الحقّ و أنكر الحقّ، ثمّ صالحه الوليّ على ما أقرّ له به، أو أقرّ بالجميع و صالحه على بعض، فلا تبرأ ذمّته من ذلك، و لا يجوز للوليّ إسقاط شيء منه بحال؛ لأنّ الوليّ لا يجوز له إسقاط شيء من مال اليتيم؛ لأنّه نصب لمصالحه و استيفاء حقوقه، لا لإسقاطها، فيحمل ما ورد من الأخبار، و ما ذكره بعض أصحابنا، و أودعه كتابه على ما قلناه و حرّناه أولاً؛ من أنّه إذا رأى الصلاح الوليّ في مصالحه الغريم فيما فيه لليتيم الحظ، فجائز له ذلك، و لا يجوز فيما عداه ممّا ليس له الحظّ فيه و الصلاح»(١).

قال العلامة: «هذا القول جيّد، لكن كلام الشيخ لا ينافي ذلك؛ فإنّه قال:

يجوز للولّي أن يصلح على شيء يراه صلاحاً، و هو عين ما قاله ابن إدريس»(٢).

أدله جواز المصالحه بمال الطفل

يدلّ على هذا الحكم نصوص:

منها: إطلاق صحيحه

حفص بن البختري، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الصلح جائز بين الناس»(٣).

و منها: ما رواه الصدوق رحمه الله من أنّ

«الصلح جائز بين المسلمين»(٤).

و منها: روايه

عبد الرحمن بن الحجّاج و داود بن فرقد جميعاً، عن أبي عبد الله عليه السلام

ص: ٣٥١

١- (١) السرائر ٢: ٢١٣.

٢- (٢) مختلف الشيعة ٥: ٦٧.

٣- (٣-٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح، ح ١ و ٢.

قالا: سألتاه عن الرجل يكون عنده المال لأيتام، فلا يعطيهم حتى يهلكوا، فيأتيه وارثهم و وكيلهم فيصلحه على أن يأخذ بعضاً و يدع بعضاً و يرثه ممّا كان، أ يبرأ منه؟ قال: «نعم»(١).

و منها: خبر

سهل، عن أبيه قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل أوصى بدين فلا يزال يجيء من يدعى عليه الشيء فيقيم عليه البينه و يحلف، كيف تأمر فيه؟ قال: «أرى أن يصالح عليه حتى يؤدى أمانته»٢.

و دلالة الأخيرين على جواز المصالحة بمال اليتيم ظاهره لا ستره عليها.

و منها: صحيحه

عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله - عزّ و جلّ -:

﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾٣ قال: «المعروف هو القوت، و إنما عنى الوصيّ أو القيم في أموالهم و ما يصلحهم»(٢).

تدلّ على أنّ الوليّ نصب لحفظ أموال الصبّي و رعايه مصالحه، و الفرض أنّ المصالحة بماله في بعض الأحوال تكون من جملة مصالحه، فكان جائزاً بمقتضى هذه الصحيحه، و هو المطلوب.

عدم تبرئه ذمّه من عليه الحقّ

النصوص المتقدمه كانت دليلاً لجواز المصالحه، أمّا براءة ذمّه من عليه الحقّ فلا دليل عليها، و لقد أجاد العلامه في بيان ذلك، حيث قال في التحرير:

«الوجه ما قاله ابن إدريس من أنّ الصلح جائز للولّي مع المصلحه، أمّا من عليه الحقّ، فلا يجوز له منعه من باقى المال إذا كان ثابتاً في ذمّته، و ليس للولّي

ص: ٣٥٢

١- ((١، ٢)) نفس المصدر ١٣:١٦٧ الباب ٦ من أبواب الصلح، ح ١ و ٢.

٢- (٤) وسائل الشيعه ١٢:١٨٤ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

و فى التذكرة: «الوجه أن يقول: إن كان ما فى ذمه الغريم أكثر و علم بذلك لم تبرأ ذمته؛ إذ لا مصلحة لليتيم فى إسقاط ماله، و لا تبرأ ذمه الوصى أيضاً، أما إذا كان المدعى عليه منكرًا للمال و لا بينه عليه فصالح الوصى برأت ذمته دون ذمه من عليه المال. و لو كان من عليه المال لا يعلم قدره فصالح على قدر لا يعلم ثبوته فى ذمته أو ثبوت ما هو، أو أزيد أو أقل، صحّ الصلح و برأت ذمته، و ينبغى له الاحتياط و تغليب الأكثر فى ظنه.

و للوصى أن يصلح من يدعى على الميت إن كان للمدعى بينه، أو علم القاضى بدعواه، و إلا لم يجز»(٢).

و فى الوسيله(٣) للسيد الاصفهانى و تحريرها(٤): «لو كان للصغير مال على غيره جاز للولى أن يصلحه عنه ببعضه مع المصلحة، لكن لا يحلّ على المتصالح باقى المال، و ليس للولى إسقاط بحال».

و قال ابن الجنيد: «و لو كان الوصى المدعى حقًا لليتيم و له به بينه، لم يكن له أن يصلح منه على بعض حقّ اليتيم، و لو لم يكن له بينه و بذل الخصم اليمين، جاز الصلح، و متى وجد الوصى أو اليتيم بينه بحقه، انتقض الصلح و رجع على المدعى عليه بحقه، و كان مال الصلح مردوداً على المدعى عليه، أو مقاصاً به من الحقّ عليه».

ص: ٣٥٣

١- (١) تحرير الأحكام الشرعيه ٢: ٥٤٤.

٢- (٢) تذكره الفقهاء ٢: ٨٥، الطبعة الحجرية.

٣- (٣) وسيله النجاه ٢: ١٠١.

٤- (٤) تحرير الوسيله ٢: ١٥ مسألة ١٣.

و عَقَّب عليه في المختلف: «و في ذلك نظر؛ فإنه لو جاز للصبي الرجوع لجاز للبالغ (للبيع خ ل)؛ إذ صلح الولي ملزم كصلح الرجل، على أنه لا يخلو من قوه»^(١).

و لعلّه لمراعاة المصلحه في مال اليتيم.

حكم المصالحة بمال الصبي عند فقهاء أهل السنّه

تجوز المصالحة بمال الصبي عندهم في الدعاوى، و صرح بعضهم إن كان للمدعى بينه يجوز ذلك، و بعض آخر لم يشترطه، فأليك نصّ كلماتهم:

ففي المبسوط: «إذا كان للصغير دار أو عبد، فادعى رجل في دعوى، فصالحه أبوه على شيء من مال الصبي، ينظر في ذلك، فإن كان للمدعى بينه، و كان ما أعطى الأب من مال الصبي مثل حق المدعى أو أكثر مما يتغابن الناس فيه جاز؛ لأن سبب الاستحقاق للمدعى ظاهر شرعاً، فالأب بهذا الصلح يصير كالمشترى لتلك العين لولده بماله، و الأب غير متهم في حق ولده، فعند ظهور الحق للمدعى بالبينه إنما يقصد النظر للصبي، و ربما يكون له في العين منفعه لا يحصل ذلك بقيمته، و إن لم يكن له بينه لم يجز الصلح من الصبي؛ لأن المدعى ما استحق شيئاً على الصبي بمجرد دعواه».

ثم قال: «و وصي الأب في هذا بعد موت الأب كالأب، و كذلك الجدّ و وصي الجدّ»^(٢). و به قال الأستروشنى^(٣).

و في الإنصاف في الفقه الحنبلي: «يصح الصلح عمّا ادعى على مولاه، و به بينه

ص: ٣٥٤

١- (١) مختلف الشيعة ٦: ١٨٢-١٨٣ مسألة ١٢٤.

٢- (٢) المبسوط للسرخسى ٢٠: ١٧٨.

٣- (٣) أحكام الصغار: ٢٥٤.

على الصحيح من المذهب»(١).

وقال بعض آخر منهم بعدم جوازها إلا في حال الإنكار و عدم البيّنه.

جاء في الشرح الكبير: و لا يصحّ الصلح ممّن لا يملك التبرّع كالمكاتب، و المأذون له، و ولّى اليتيم إلا في حال الإنكار و عدم البيّنه؛ لأنّه تبرّع و ليس لهم التبرّع، فأما إذا لم يكن بالدين أو كان على الإنكار صحّ؛ لأنّ استيفاءهم البعض عند العجز عن استيفاء الكلّ أولى من تركه»(٢).

و به قال أيضاً الشافعيّ(٣) و المالكيه، فقد جاء في تبين المسالك(٤): «و أمّا غير العقار فللولى التصرف فيه بتجاره و غيرها حسب ما تقتضيه المصلحه، و عليه أن يؤدّى الحقوق التى على المحجور من نفقه و زكاه و نحوهما، و له أن يصلح عنه لمصلحته، أى المحجور... و الأصل فى ذلك قوله - تعالى - : (وَ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ) ٥.

قال ابن عربى: «لما أذن الله - تعالى - للناس فى مخالطه الأيتام مع قصد الإصلاح بالنظر لهم و فيهم، كان ذلك دليلاً على جواز التصرف للأيتام كما يتصرف للأبناء»(٥).

ص: ٣٥٥

١- (١) الإنصاف ٥: ٢٣٦.

٢- (٢) الشرح الكبير ٥: ٤، المقنع: ١٢١، المبدع فى شرح المقنع ٤: ٢٧٩، كشاف القناع ٣: ٤٥٧، الإقناع ٢: ١٩٣.

٣- (٣) الفقه المنهجى على مذهب الإمام الشافعى، المعاملات ٣: ١٥٧.

٤- (٤) تبين المسالك ٣: ٥٣٠.

٥- (٥) أحكام القرآن ١: ٢١٥.

منهج البحث:

بعد ما جاز للولّي الأتجار و البيع و الشراء و المصالحه بمال اليتيم، جاز له المضاربه و الإبضاع و الرهن و الارتهان و القرض و الاقتراض و الإيداع و العاريه و التوكيل و غيرها في أموال الصبّي؛ لأنّها من شؤون الأتجار؛ لبيان هذه الأحكام عقدنا هذا الفصل، و قسّمناه إلى مباحث:

المبحث الأول: المضاربه و الإبضاع بمال اليتيم.

المبحث الثاني: الرهن و الارتهان و الإقراض و الاقتراض.

المبحث الثالث: الإيداع و العاريه في مال الصبّي.

المبحث الرابع: التوكيل و الاستنابه في امور الصبّي.

الظاهر أنه لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز للولي المضاربه (١) بمال الصبي.

قال في المبسوط: «لولي اليتيم أن يدفع مال اليتيم قراضاً إلى ثقه، فإن دفعه إلى غير ثقه فعليه الضمان» (٢).

و في النهايه: «و من أعطى مال اليتيم إلى غيره مضاربه، فإن ربح كان بينهما على ما يتفقان عليه، و إن خسر كان ضمانه على من أعطى المال» (٣).

و أورد عليه في السرائر: «إن كان هذا المعطى ناظراً في مال اليتيم نظراً شرعياً

ص: ٣٥٨

١- (١) ضاربه مضاربه لفلان في ماله، أتجر له فيه أو أتجر فيه على أن له حصه معينه من ربحه، المعجم الوسيط: ٥٣٦، و في لسان العرب ١١٣:٤؛ المضاربه أن تعطى إنساناً من مالك ما يتجر فيه على أن يكون له سهم معلوم من الربح، و كأنه من الضرب في الأرض لطلب الرزق، قال الله تعالى: (وَ آخِرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ) (سوره المزمل ٢٠:٧٣). و أمّا في الاصطلاح، قال في التذكرة الطبع الحجريه ٢:٢٢٩: «القراض - أي المضاربه - عقد شرعي لتجاره الإنسان بمال غيره بحصه من الربح». و قال الشهيد قدس سره في المسالك ٤:٣٤٣: «هي مفاعله من الضرب في الأرض؛ لأن العامل يضرب فيها للسعي على التجاره و ابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأن الضرب مسبب عنهما طرداً لباب المفاعله في طرفي الفاعل، أو من ضرب كل منهما في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال و تقليبه، و يقال للعامل: مضارب - بكسر الراء - لأنه العنذى يضرب في الأرض و يقلبه، و لم يشتق أهل اللغه لرب المال من المضاربه اسماً. و هذه لغه أهل العراق. و أمّا أهل الحجاز، فيسمونه قراضاً إمّا من القرض؛ و هو القطع... فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعاً و سلمها للعامل... أو من المقارضه؛ و هي المساواه و الموازنه... و وجهه: أن المال هنا من جهه مالكه و العمل من جهه العامل، فقد تساويا في قوام العقد بهما، أو لاشتراكهما في الربح و تساويهما في أصل استحقاقه و إن اختلفا

٢- (٢) المبسوط للطوسي ٣:١٩٩.

٣- (٣) النهايه للطوسي: ٤٣٠.

إمّا أن يكون وصياً في ذلك أو ولياً، فله أن يفعل فيه ما لليتيم الحظّ فيه و الصلاح، فعلى هذا لا يلزم الولي المعطى الخسران إن خسر المال، وهذا هو الذي يقتضيه المذهب، ثم وجهه ثانياً بقوله، و ما أورده شيخنا في نهايته خبر واحد(١) أورده إيراداً لا اعتقاداً، على ما كثرنا ذلك(٢).

و أجاب في المختلف عن ابن إدريس فقال: «و هذا القول ليس بجيّد، لأنّ إعطاء القراض تغرير، فربما لزمه الضمان من هذه الحيثية».

و وجه كلام الشيخ بقوله: «و يحتمل أن يكون العامل قد فرط في سفره و تعدّر تضمينه فيلزم الدافع؛ لأنّه سبب(٣).

و في التذكرة: «و إذا اتّجر لهم ينبغي أن يتّجر في المواضع الأمانة و لا يدفعه إلاّ لأمين و لا يغرر بماله - إلى أن قال: - و يشترط في التاجر بمال اليتيم أن يكون ولياً و أن يكون مليئاً، فإن انتفى أحد الوصفين لم يجز له التجاره في ماله، فإن اتّجر كان الضمان عليه و الربح لليتيم و هو ضامن(٤). و مثل هذا في التحرير(٥).

و وافقه في ذلك المحقق الثاني(٦) و السيد العاملي في مفتاح الكرامه(٧) و كذا في العروه مع التعليقات لعده من الفقهاء العظام(٨)، و به صرح أيضاً

ص: ٣٥٩

- ١- (١) المقصود من الخبر ما رواه بكر بن حبيب، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل دفع مال يتيّم مضاربه فقال: «إن كان ربح فلليتيم، و إن كان وضيعه فالذي أعطى ضامن». تهذيب الأحكام ٧: ١٩٠ ح ٨٤٢، وسائل الشيعة ١٣: ١٨٩ الباب ١٠ من كتاب المضاربه، ح ١.
- ٢- (٢) السرائر ٢: ٤١١.
- ٣- (٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٠٨.
- ٤- (٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠-٨١، الطبعة الحجرية.
- ٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤٢.
- ٦- (٦) جامع المقاصد ٥: ١٩٠.
- ٧- (٧) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٨.
- ٨- (٨) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٢٦٤.

فى المستمسك (١) و المستند (٢).

وقال الشيخ الفقيه الفاضل اللكرانى: «يجوز للأب و الجدّ الأتجار بمال المولّى عليه بنحو المضاربه بإيقاع عقدها، بل مع عدمه أيضاً؛ أى عدم لزوم إيقاع العقد و كفايه التيه فقط. و كذا يجوز ذلك للوصىّ فى مال الصغير مع ملاحظه الغبطه و المصلحه و الأمن من هلاك المال» (٣).

و فى الوسيله و تحريرها: «يجوز للولّى المضاربه بمال الطفل و إبضاعه بشرط وثاقه العامل و أمانته، فإن دفعه إلى غيره ضمن» (٤).

و هكذا يجوز لولّى اليتيم إبضاع (٥) ماله.

قال العلامة: «و يجوز لولّى اليتيم إبضاع ماله؛ و هو دفعه إلى من يتجر به و الربح كلّه لليتيم؛ لأنّ ذلك أنفع من المضاربه؛ لأنّه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه، فدفعه إلى من يدفعه جميع ربحه إلى اليتيم أولى» (٦).

و فى جامع المقاصد: «و جواز ذلك منوط بالمصلحه، و لا- فرق بين أن يكون المتجر بمال الطفل متبرّعاً أو بالأجره مع المصلحه» (٧).

ص: ٣٦٠

١- (١) مستمسك العروه الوثقى ١٢:٤٤٦.

٢- (٢) مبانى العروه الوثقى، المضاربه و الشركه و المزارعه: ٢١٢.

٣- (٣) العروه الوثقى مع تعليقات الشيخ الفقيه الفاضل اللكرانى ٢:٥٧٦.

٤- (٤) وسيله النجاه ٢:١٠١، تحرير الوسيله ٢:١٦٤.

٥- (٥) البضاعه طائفه من مالك تبعثها للتجاره. الصحاح ٢:١٩٢، لسان العرب ١:٢١٧، و فى المصباح المنير: ٥١، بالكسر قطعه من المال تعدّ للتجاره. و عرّفها الفقهاء بأنّه بعث المال مع من يتجر به تبرّعاً و الربح كلّه لربّ المال. المقنع لابن قدامه: ١٣٢، منتهى الإرادات ٣:٧، المغنى و الشرح الكبير ٥:١٣١، تحرير الأحكام الشرعيّه ٢:٥٤٣، تذكّره الفقهاء ٢:٨١، الطبعه الحجريّه.

٦- (٦) تذكّره الفقهاء ٢:٨١ الطبعه الحجريّه، قواعد الأحكام ٢:١٣٦، تحرير الأحكام الشرعيّه ٢:٥٤٣.

٧- (٧) جامع المقاصد ٥:١٩١.

و الحاصل: أنه يستفاد من كلماتهم حكمان: جواز المضاربه و الإيضاع بمال الصغير، و ضمان الدافع إن دفعه إلى غير أمين.

أدله هذين الحكيمين

و أمّا دليل جواز المضاربه و الإيضاع بمال اليتيم، فالعمده ما يثبت به عموم ولاية الأولياء، و لكن فيما إذا كان ذلك مصلحه للصبى (١). مضافاً إلى أنه يمكن إثبات الحكيمين فى المقام مستنداً إلى بعض النصوص الواردة خاصّه:

١ - كمعتره

أبى الربيع قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون فى يديه مال لأخ له يتيم و هو وصيّه، أ يصلح له أن يعمل به؟ قال: «نعم، كما يعمل بمال غيره و الريح بينهما». قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: «لا، إذا كان ناظراً له» (٢).

٢ - و خبر

بكر بن حبيب قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل دفع إليه مال يتيم مضاربه، فقال: «إن كان ربح فلليتيم، و إن كان وضيعه فالذى أعطى ضامن» (٣).

٣ - صحيحه

محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم و أذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال و أن يكون الريح بينه و بينهم، فقال: «لا بأس به، من أجل أن أباه قد أذن له فى ذلك و هو حى» (٤).

٤ - خبر

خالد بن بكير الطويل قال: دعانى أبى حين حضرته الوفاه، فقال:

يا بُنى اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و أعطهم النصف، و ليس عليك ضمان، فقدمتنى أم ولد أبى بعد وفاه أبى إلى ابن أبى لىلى، فقالت:

إنّ هذا يأكل أموال ولدى، قال: فاقصصت عليه ما أمرنى به أبى، فقال لى

ص: ٣٦١

١- (١) مستمسك العروه الوثقى ١٢: ٤٤٦، مبانى العروه الوثقى، كتاب المضاربه: ٢١٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٥٨: ٦ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، ح ٦.

٣- (٣) نفس المصدر ١٨٩: ١٣ الباب ١٠ من كتاب المضاربه، ح ١.

٤- (٤) نفس المصدر ٤٧٨: ١٣ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالبطل لم أجره، ثم أشهد على ابن أبي ليلى إن أنا حرّكته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: «أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع رده، و أما فيما بينك وبين الله عزّ وجلّ فليس عليك ضمان»^(١).

و دلالتها على جواز المضاربه بمال اليتيم صريحه، و يستفاد منها جواز الإبضاع بالأولويه القطعيه.

٥ - و صحيحه

ربعي بن عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في رجل عنده مال اليتيم، فقال: «إن كان محتاجاً و ليس له مال فلا يمَسّ ماله، و إن هو اتّجر به فالربح لليتيم و هو ضامن»^(٢).

٦ - صحيحه

محمّد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام في مال اليتيم، قال: «العامل به ضامن، و لليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال». أو قال: «إن عطب أذاه»^٣.

٧ - صحيحه

إسماعيل بن سعد الأشعري، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال:

سألته عن مال اليتيم هل للوصي أن يعينه أو يتّجر فيه؟ قال: «إن فعل فهو ضامن»^(٣).

٨ - صحيحه اخرى ل

محمّد بن مسلم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: هل على مال اليتيم زكاه؟ قال: «لا، إلا أن يتّجر به أو تعمل به»^(٤).

٩ - خبر

سعيد السّمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «ليس في مال اليتيم زكاه إلا أن يتّجر به، فإن اتّجر به فالربح لليتيم، و إن وضع فعلى الذى

ص: ٣٦٢

١- (١) نفس المصدر ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

٢- (٢، ٣) وسائل الشيعة ١٢: ١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢ و ٣.

٣- (٤) نفس المصدر ١٣: ٤١٨ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٥.

٤- (٥) نفس المصدر ٦: ٥٧ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، ح ١.

يَتَجَرُّ بِهِ» (١).

و كذا غيرها من النصوص المستفيضة (٢).

و دلالتها على جواز الإبزاع و كذا ضمان الولي إن دفع المال إلى غير الأمين واضح، و تدلّ على جواز المضاربه بالإطلاق.

المضاربه و الإبزاع بمال الصبي عند أهل السنّه

الظاهر أنّه لا خلاف بينهم في جواز المضاربه و الإبزاع بمال الصبي.

ففي المبسوط في فقه الحنفي: «الوصي يعطي مال اليتيم مضاربه و إن شاء أبضعه، لقوله - تعالى - : (قُلْ إِضْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ) ٣ و الأصلح في حقّه أن يتجر بماله، و الأنفع لليتيم أن يدفعه إليه بضاعه» (٣).

و في موضع آخر: «و يجوز للوصي أن يعمل في مال الصبي مضاربه أو يدفعه إلى غيره مضاربه» (٤).

و به قال الأستروشنى (٥) و قاضى خان (٦).

و جاء في المغنى لابن قدامه من فقهاء الحنبلى: «إنّ لوليّ اليتيم أن يضارب بماله و أن يدفعه إلى من يضارب له به، و يجعل له نصيباً من الربح أباً كان أو وصياً

ص: ٣٤٣

-
- ١- (١) نفس المصدر ح ٢.
 - ٢- (٢) نفس المصدر ٥٤:٦ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاه، ح ١ و ٥ و ١٠ و الباب ٢ من هذه الأبواب ص ٥٧، ح ٣ و ٤ و ٥ و ٧ و ٨.
 - ٣- (٣) المبسوط للسرخسى ٢٠:٢٢.
 - ٤- (٤) نفس المصدر ٩٩:٢١.
 - ٥- (٥) أحكام الصغار: ١٩٢.
 - ٦- (٦) فتاوى قاضى خان، المطبوع في هامش الفتاوى الهندية ٢: ٢٨٨.

أو حاكماً أو أمين حاكم، وهو أولى من تركه...».

و استند في هذا

«لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أنّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال:

ألا من ولي يتيماً له مال فليتجر له ولا يتركه حتى تأكله الصدقه» (١) (٢).

و كذا في الشرح الكبير (٣) و الكافي (٤)، و قال أيضاً: «يجوز لوليّ اليتيم إبطاع ماله، و معناه دفعه إلى من يتجر به و الربح كلّه لليتيم... لأنه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه إلى من يوفّر الربح أولى» (٥).

و به قال البهوتى (٦) و بعض آخر (٧). و قال الرافعي: «إنّ القراض توكيل، فكما يجوز لوليّ الطفل التوكيل في أمور الطفل، كذلك يجوز لوليّ الطفل و المجنون أن يقارض على مالهما يستوى فيه الأب و الجدّ و وصيتهما و الحاكم و أمينه» (٨).

و به قال النووي (٩) و الخطيب الشرويني (١٠).

و في الحاوي الكبير: «يجوز لوليّ اليتيم أن يتجر له بماله على الشروط المعتره فيه؛ و هو قول عامّه الفقهاء - إلى أن قال: - لأنّ الوليّ يقوم في مال اليتيم مقام البالغ الرشيد في مال نفسه، فلما كان من أفعال الرشيد أن يتجر بماله، كان الوليّ في مال

ص: ٣٦٤

١- (١) سنن الترمذى ٣٢:٣ ح ٦٤٠، السنن الكبرى للبيهقى ٥:٥٢٤ ح ٧٤٣٣.

٢- (٢) المغنى ٤:٢٩٣.

٣- (٣) الشرح الكبير ٤:٥٢٠.

٤- (٤) الكافي ٢:١٠٨، المقنع: ١٢٦.

٥- (٥) المغنى ٤:٢٩٣، الشرح الكبير ٤:٥٢١.

٦- (٦) كشف القناع ٣:٥٢٣.

٧- (٧) المبدع فى شرح المقنع ٤:٣٣٨، الإقناع ٢:٢٢٤، الإنصاف ٥:٣٢٧، المحرّر ١:٣٤٧، الفروع ٤:٢٤٣.

٨- (٨) العزيز شرح الوجيز ٦:١٨.

٩- (٩) روضه الطالبين ٤:٢٩٥.

١٠- (١٠) مغنى المحتاج ٢:٣١٤.

اليتيم مندوباً إلى أن يتجر بماله، ولأنّ الوليّ مندوب إلى أن يثمر ماله من يلى عليه، و التجاره من أقوى الأسباب فى تثير المال، فكان الوليّ بها أولى»(١).

وقال به أيضاً فقهاء المالكي، كما صرح بذلك فى التاج والإكليل فى حاشيه مواهب الجليل(٢) و الشرح الصغير للدردير(٣).

فرع:

قال فى القواعد: «و هل للوصيّ أن يتجر لنفسه مضاربه؟ فيه إشكال ينشأ من أنّ له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه، و من أنّ الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقّ عليه إلاّ بعقدٍ، و لا يجوز أن يعقد الوليّ المضاربه مع نفسه»(٤).

و فى التحرير: «فالأقرب أنّه لا تصحّ المضاربه و تكون له اجره المثل»(٥)(٦).

و به قال بعض أهل السنّه أيضاً(٧).

و لقد أجاد المحقق الثانى فى بيانه و الجواب عنه فى شرحه على القواعد، حيث قال: «إنّ جواز الدفع إلى غيره جائز مع المصلحه، و إنّما جاز لكونه منوطاً بنظره، فإذا كان بيده كان أدخل فى الحفظ و أقرب إلى مقتضى الوصيّه، فيكون جوازه

ص: ٣٦٥

١- (١) الحاوى الكبير ٦: ٤٤٣ و ٤٤٤.

٢- (٢) مواهب الجليل ٢: ٥٣٩.

٣- (٣) بلغه السالك على الشرح الصغير ٣: ٣٩٣.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦.

٥- (٥) و سيأتى أنّ المشهور ذهبوا إلى جواز اقتراض الوليّ من مال اليتيم، فيمكن أن يقال: إذا كان الاقتراض جائزاً فالاتجار لنفسه جائز قطعاً، فتدبر. و أيضاً يستفاد الجواز ممّا ورد فى بعض النصوص الآتية؛ من أنّه إذا كان عندك مال و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال، كما صرح به فى خبر منصور الصيقل، فانتظر. م ج ف.

٦- (٦) تحرير الأحكام الشرعيّه ٢: ٥٤٣.

٧- (٧) المغنى لابن قدامه ٤: ٢٩٣، الشرح الكبير ٤: ٥٢٠، الكافى ٢: ١٠٨، المقنع: ١٢٦.

بطريقٍ أولى.

و يرد عليه: أنه لا بدّ في الجواز من تناول الإذن له، و المتبادر من الإذن في عقد المضاربه الدفع إلى آخر.

و يجاب: بأنّ الوصيّه إليه إسناد التصرف إلى رأيه، و هو يعمّ ذلك.

و توضيح الوجه الثاني: أنّ الأصل في نماء المال أن يكون لمالكه (1)، فلا يخرج عنه و لا يستحقّ عليه الآخر إلا بعقدٍ يقتضيه، و لا يعقد الوليّ لنفسه، إمّا لأنّ العقد يقتضى متعاقدين، أو لأنّه لا بدّ من الإذن في ذلك.

و يجاب عن الأوّل: بأنّ المتعاقدين يكفي حصولهما بالقوّه و تغيّرهما بالاعتبار، و عن الثاني: بما قدّمناه من أنّ إسناد التصرف بالوصيّه يتناول كلّ تصرف بالمصلحه (2).

ص: ٣٦٦

١- (١) ربما ينتفض هذا الأصل بما ورد من أنّ الزرع للزارع و إن كان غاصباً، فإنّ الزرع من نماء الأرض مع أنّه ليس لمالك الأرض، و أيضاً ينتفض بالنماء المستوفاه على القول بعدم ضمان الغاصب، فافهم. م ج ف.

٢- (٢) جامع المقاصد ٥: ١٩٠-١٩١.

المشهور بين الفقهاء أنه يجوز للوليّ رهن (١) مال الصبيّ وأخذ الرهن، وهكذا الإقراض والاقتراض له إذا افتقر إلى ذلك مع مراعاة المصلحه.

قال الشيخ رحمه الله: «و أمّا رهن ماله؛ فإنّه لا- يجوز إلاّ- أن يكون به حاجه إلى مال ينفقه عليه في كسوته و طعامه، أو يرمّ ما استهدم من عقاره، و يخاف إن تركه هلاكه و عظيم الخسران و له مال غائب يرجو قدومه، أو غلّه تدرك إذا بيعت بطل كثير منها، فإذا تركت حتّى يدرك توفّر ثمنها؛ فإنّ الوليّ يستقرض له هاهنا و يرهن من ماله و يقضيه من غلّته أو ما تقدّم عليه، و إن لم يكن له حاجه إلى شيء من ذلك و كان بيع العقار أصلح باعه و لم يرهن» (٢).

و في الشرائع: «يجوز لوليّ الطفل رهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانه مع مراعاة المصلحه، كأن يُسْتَهْدَمَ عقاره فيروم رمّه، أو يكون له أموال يحتاج إلى الإنفاق

ص: ٣٦٧

١- (١) الرهن اسم للشئ المرهون الذي يجمع على رهان، كسهم و سهام، و معناه في اللغه الثبوت و الدوام، رهن الرجل الدّابه أى أثبته و أدامه، و رهن فلان عند فلان الشئ حبسه عنده بدين. يقال: رهنته لسانى أى كفته و حبسته، فهو مرهون و رهين، المعجم الوسيط: ٣٧٨، المصباح المنير: ٢٤٢. و عزّفه الفقهاء: بأنّه وثيقه دين المرتهن، أو عقد شرّع لاستيثاق على الدّين، تذكره الفقهاء ١٣: ٨٧، شرائع الإسلام ٢: ٧٥، قواعد الأحكام ٢: ١٠٨، الدروس الشرعيه ٣: ٣٨٣، جامع المقاصد ٥: ٤٤، الأحكام الواضحه للشيخ الفقيه الفاضل اللنكرانى: ٣٥٦. و قال فى الجواهر ٢٥: ٩٤ فى شرح كلام المحقّق قدس سره: إنّ الرّهن وثيقه لدين المرتهن «لكن لا يريدون بذلك أنّه حقيقه شرعيه، بل المراد حقيقه عند المتشرّعه» ثم ذكر المناقشات على التعريف و الجواب عنها إلى أن قال: «و على كلّ حال فلا ينبغى الالتفات إلى هذه المناقشات بعد أن كان الرهن باقياً على معناه اللغوى، و إنّما اعتبر الشارع فيه شرائط للصحيح منه، فهو حينئذ هنا حبس العين باللفظ المخصوص».

٢- (٢) المبسوط للطوسى ٢: ٢٠١.

لحفظها من التلف أو الانتقاص، فيرهن بذلك ما يراه من أمواله إذا كان استبقاؤها أعود»^(١). و كذا في المختصر النافع^(٢).

و به قال الشهيد في الدروس، حيث قال: «و يجوز لوليّ الطفل رهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانه لإصلاح مال استبقاؤه (استبقاؤه خ ل) أعود أو لنفقته»^(٣).

و كذا في اللمعه^(٤).

و نحو ذلك قول العلامة: «يجوز لوليّ الطفل أن يرهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانه مع المصلحه، مثل أن يستهدم عقاره فيحتاج في إصلاحه إلى الاستدانه أو يكون له ما يحتاج إلى الإنفاق عليه، أو تكون به حاجه إلى نفقه و كسوه، أو يخاف من تلف بعض ماله فيستدين الوليّ لحفظه و يرهن ما يراه مصلحه، و له أن يقبض الرهن مع المصلحه أيضاً»^(٥).

و كذا في الإرشاد^(٦) و التذكرة^(٧). و به قال المحقق الأردبيلي^(٨) و الشهيد في المسالك^(٩) و الروضه^(١٠) و المحقق العاملی في مفتاح الكرامه^(١١) و المحقق السبزواری

ص: ٣٦٨

١- (١) شرائع الإسلام ٢: ٧٨.

٢- (٢) المختصر النافع: ١٦٧.

٣- (٣) الدروس الشرعيّه ٣: ٤٠٣.

٤- (٤) اللمعه دمشقيّه: ٨٠.

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيّه ٢: ٤٧٤.

٦- (٦) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢.

٧- (٧) تذكرة الفقهاء ٢: ١٤، الطبعة الحجرية.

٨- (٨) مجمع الفائده و البرهان ٩: ١٥١.

٩- (٩) مسالك الأفهام ٤: ٣٣.

١٠- (١٠) الروضه البهيّه ٤: ٧٣.

١١- (١١) مفتاح الكرامه ٥: ١١٠.

فى الكفايه (١). و هكذا فى الجواهر (٢) و الرياض (٣) و الوسيله (٤) و تحريرها (٥)

و جامع المدارك (٦) و منهاج الصالحين (٧) و مبانيه (٨) و مهذب الأحكام (٩).

و يستفاد من كلماتهم أنّ مراعاة المصلحه إنّما تكون بحسب نظر الوليّ، و هى لا تنضبط لاختلاف المصالح باختلاف الأمكنه و الأزمنه و الأحوال، كما نبّه عليه فى الجواهر (١٠).

أدله جواز رهن مال الصبى

و يمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بوجوه:

الأول: إطلاق قوله تعالى: (وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) ١١

حيث نهى عن القرب إلا بالتي هى أحسن، و الفرض أنّ فى رهن مال الصبى مصلحه له.

الثانى: إطلاق أدله ولاية الوليّ الشامله لذلك.

ص: ٣٦٩

- ١- (١) كفايه الأحكام: ١٠٨.
- ٢- (٢) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠.
- ٣- (٣) رياض المسائل ٥: ٣٥٨.
- ٤- (٤) وسيله النجاه ٢: ٩٦.
- ٥- (٥) تحرير الوسيله ٢: ٥٥ مسأله ٣.
- ٦- (٦) جامع المدارك ٣: ٣٤٩.
- ٧- (٧) منهاج الصالحين للسيد الخوئى ٢: ١٧٦.
- ٨- (٨) مباني منهاج الصالحين ٩: ٢١٠.
- ٩- (٩) مهذب الأحكام ٢١: ٧٧.
- ١٠- (١٠) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠.

الثالث: ظاهر المسالك و الجواهر الإجماع عليه، حيث قال الشهيد: «و هذا الحكم ممّا لا خلاف فيه عندنا، و إنّما خالف فيه بعض الشافعيّيه، فممنع رهن ماله مطلقاً» (١).

و مثله فى الجواهر (٢). و فى مهذب الأحكام: «للإجماع و اقتضاء ولايته ذلك» (٣).

الرابع: أنّه يجوز للولّى الاتّجار بمال الصبّى كما تقدّم، و الرهن و الارتهان من شئون التجاره.

فإذن للولّى التصرّف فى مال اليتيم مع المصلحه، و لا فرق فى جواز التصرّف بين أقسامه، و لكنّ لمّا كان جواز ذلك الرهن مع مراعاة المصلحه التى هى الأحسن الذى نهى الله (٤) عن القرب إلى مال اليتيم بدونه، فلا بدّ أن يكون وضع الرهن على يد عدلٍ يجوز إيداعه منه، أو فى يد من يطمئنّ به عليه من التلف و نحوه (٥).

و أشار إلى ذلك الشهيد الثانى أيضاً (٦).

الارتهان للصغير

ممّا قلنا ظهر أنّه يجوز للولّى اليتيم أخذ الرهن له، صرح بذلك غير واحد من الفقهاء (٧).

ص: ٣٧٠

١- (١) مسالك الأفهام ٣٣:٤.

٢- (٢) جواهر الكلام ١٦٠:٢٥.

٣- (٣) مهذب الأحكام ٧٧:٢١.

٤- (٤) سورة الأنعام ١٥٢:٦.

٥- (٥) جواهر الكلام ١٦٠:٢٥.

٦- (٦) مسالك الأفهام ٣٣:٤.

٧- (٧) شرائع الإسلام ٧٩:٢، تذكرة الفقهاء ١٤:٢، الطبعه الحجرية، تحرير الأحكام الشرعية ٤٧٤:٢، مسالك الأفهام ٣٤:٤، مجمع الفائده و البرهان ١٥١:٩، جواهر الكلام ١٦٠:٢٥، وسيله النجاه للسيد أبو الحسن الاصفهاني ٩٦:٢، تحرير الوسيله ٥٥:٢ مسأله ٣.

قال فى المبسوط - بعد الحكم بجواز تصرف الأولياء على وجه الاحتياط و الحظ للصغير المولى عليه - : «و الارتهان له، فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون فى بيع ماله أو قرضه. فإن كان فى بيع ماله ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: أن يبيع سلعه تساوى مائه درهم نقداً بمائه درهم إلى أجل و يأخذ به رهناً، فهذا باطل؛ لأنه لا حظ للمولى عليه فيه.

و الثانية: أن يبيع ما يساوى مائه نقداً بمائه و عشرين، مائه نقداً يعجلها و عشرين مؤجلاً يأخذ بها رهناً، فهذا صحيح و الرهن صحيح؛ لأن فيه الحظ.

و الثالثة: أن يبيع بمائه و عشرين مؤجلاً و يؤخذ بالجميع رهناً، فمن الناس من قال: يجوز؛ لأن الولي نصب للتجاره فى مال المولى عليه و طلب الفضل و الربح له، و لا يمكنه إلا هكذا. و منهم من قال: لا يجوز؛ لأن فيه تغييراً بالأصل، و الأول أصح؛ لأن الرهن وثيقه و فيه العائده، فليس فيه تغيير.

و أمّا القرض؛ فإنه لا يجوز إلا فى موضع الضروره؛ و هو أن يكون فى البلد نهب أو حرق أو غرق يخاف على مال الصغير أن يتلف، فيجوز له أن يقرضه بشرطين:

أحدهما: أن يقرضه ثقة يؤمن أن يجحد.

و الثانى: أن يكون ملياً يقدر على قضائه.

و أمّا أخذ الرهن به ينظر، فإن كان الحظ فى أخذه أخذه، و إن كان فى تركه تركه، و أخذه أحوط؛ لأن عندنا إذا تلف الرهن لا يسقط به الدين، و على هذا يجوز بيع ماله نسيئته و أخذ الرهن به إذا كان له فيه الحظ» (١).

ص: ٣٧١

اشتراط كون الرهن مساوياً لمال الصغير أو أزيد

و فى المسالك(١) و الروضه(٢) و الرياض(٣): أنه يعتبر كون الرهن مساوياً أو أزيد، و كونه بيد الولي أو عدل، و الإشهاد على الحق، فلو أخل ببعض هذه ضمن مع الإمكان.

و فى الكفايه: «إنّ الأحوط الإقراض من الثقة الملى و الارتهان و الإشهاد مع الإمكان»(٤).

و اقتصر فى الشرائع(٥) و الإرشاد(٦) و اللمعه(٧) و رهن التذكره(٨) و حجر القواعد(٩) على أنه يجوز له مع المصلحه كالخوف أن يقرضه و يرتهن.

و مقتضى كلام هؤلاء أنه مع إمكان الرهن لا يعتبر كون المقترض ثقته مليئاً؛ لانضباط الدين بالرهن.

و فى حجر التذكره: «أنه لو تمكّن من الارتهان و رضى بالكفيل و لم يرتهن ضمن»(١٠).

ص: ٣٧٢

- ١- (١) مسالك الأنهام ٣٤:٤.
- ٢- (٢) الروضه البهيه ٧٤:٤.
- ٣- (٣) رياض المسائل ٣٥٨:٥.
- ٤- (٤) كفايه الأحكام: ١٠٨.
- ٥- (٥) شرائع الإسلام ٧٩:٢.
- ٦- (٦) إرشاد الأذهان ٣٩٢:١.
- ٧- (٧) اللمعه الدمشقيه: ٨٠.
- ٨- (٨) تذكره الفقهاء ١٤:٢، الطبعه الحجريه.
- ٩- (٩) قواعد الأحكام ١٣٦:٢.
- ١٠- (١٠) تذكره الفقهاء ٨١:٢، الطبعه الحجريه.

و فى الشرائع (١) و القواعد (٢) و اللمعه (٣) و الروضه (٤) و المسالك (٥): أنه لو تعذر الرهن فى موضع الخوف و الضروره و الحاجه أقرضه من ثقه غالباً.

و مقتضى كلماتهم أنه إذا تعذر الثقه لا يجوز الاقتراض.

و لقد أجاد فى مفتاح الكرامه بالإيراد عليه: «بأن الإقراض أولى؛ لأنه مرجو الحصول فى الدنيا أو الآخرة، بخلاف التلف من الله سبحانه» (٦).

و فى مجمع الفائده و البرهان: «إن تعذر الرهن يكتفى بالملاءه و الثقه، و مع التعذر يسقط، و مع وجودهما يمكن تقديم الثقه، و يحتمل الملى أيضاً» (٧).

و الحاصل: أن كل ذلك بحسب نظر الولي و ظنه و العاده و العرف.

و قد ظهر ممّا ذكرنا فى الرهن و الارتهان حكم الإقراض و الاقتراض للصبي فلا نعيده، و لكن بقى اقتراض الولي مال الصبي لنفسه، و سنذكره قريباً إن شاء الله.

آراء فقهاء أهل السنّه فى المسائل التى تقدّمت

المشهور عندهم أنه يجوز للولي أن يرهن مال الصبي أو يرتهن له، و كذلك يجوز الاقتراض فى ماله و الاقتراض له مشروطاً بالشرائط التى يلزمونها، فنذكر شرطاً من كلماتهم على الترتيب التالى:

ص: ٣٧٣

- ١- (١) شرائع الإسلام ٧٩:٢.
- ٢- (٢) قواعد الأحكام ١٣٦:٢.
- ٣- (٣) اللمعه الدمشقيه: ٨٠.
- ٤- (٤) الروضه البهيه ٧٤:٤.
- ٥- (٥) مسالك الأفهام ٣٥:٤.
- ٦- (٦) مفتاح الكرامه ١١٢:٥.
- ٧- (٧) مجمع الفائده و البرهان ١٥١:٩.

قال في الهداية: «إذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن و مات الأب ليس للابن أن يرده حتى يقضى الدين؛ لوقوعه لازماً من جانبه، إذ تصرف الأب بمنزله تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه».

و قال أيضاً: «لو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه، و قبض المرتهن، ثم استعاره الوصي لحاجه اليتيم، فضاع في يد الوصي؛ فإنه خرج من الرهن و هلك من مال اليتيم؛ لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ؛ لأنه استعاره لحاجه اليتيم.

و لو استعاره لحاجه نفسه ضمنه للصبى؛ لأنه متعد؛ إذ ليس له ولاية الاستعمال لحاجه نفسه»^(١).

و فضل في المبسوط بعد الحكم بجواز الرهن من مال الصغير^(٢) بين رهن الأب متاع الصغير لنفسه، و بين الوصي.

فقال: «إذا رهن الأب من نفسه متاع الصغير فهو جائز، كما يجوز بيعه مال الصغير بخلاف الوصي؛ لأن الأب يملك التصرف مع نفسه و إن لم يكن فيه منفعه ظاهره بخلاف الوصي؛ لأن الأب غير متهم بإغرار نفسه على الولد و الوصي متهم بذلك»^(٣).

و في الهداية: «و إن استدان الوصي لليتيم في كسوته و طعامه فرهن به متاعاً لليتيم جاز؛ لأن الاستدانه جائزه للحاجه، و الرهن يقع إيفاءً للحق فيجوز، و كذلك لو أئجر لليتيم فارتهن أو رهن؛ لأن الأولى له التجاره تمييزاً لمال اليتيم،

ص: ٣٧٤

١- (١) الهداية ٤: ٤٧٧، أحكام الصغار: ٣٥٤.

٢- (٢) المبسوط للسرخسي ٢١: ١٠٢.

٣- (٣) نفس المصدر.

فلا يجد بدأً من الارتهان والرهن؛ لأنه إيفاء واستيفاء»(١).

و فصل في البدائع بين إقراض الولي من مال الصبي فإنه لا يجوز، بخلاف القاضي فإنه يجوز له ذلك، حيث قال: ليس للولي أن يقرض مال الصبي؛ لأنَّ القرض إزاله الملك من غير عوض للحال. و لكن بخلاف القاضي؛ فإنه يقرض مال اليتيم... لأنَّ توى(٢) الدين بالإفلاس أو بالإنكار، و الظاهر أنَّ القاضي يختار أملى الناس و أوثقهم، و له ولاية التفحص عن أحوالهم، فيختار من لا يتحقق إفلاسه ظاهراً و غالباً.

و كذا القاضي يقضى بعلمه، فلا يتحقق التوى بالإنكار(٣).

و به قال السرخسي(٤) و الأستروشنى(٥) و الشيخ نظام(٦).

و فى الأب روايتان: الأولى: أنه لا يملك الإقراض؛ لأنه تبرع، و ليس للصغير فيه منفعة ظاهره.

الثانية: أنه يملك ذلك؛ لأنه غير متهم فى حق ولده(٧).

ب - الحنابلة

قال الحجاوى و البهوتى: للولي رهنه - أى مال الصغير - عند ثقته لحاجه(٨).

و فى الإنصاف: «يجوز رهن مالهما للحاجه عند ثقته، و للأب أن يرتهن

ص: ٣٧٥

١- (١) الهدايه ٤: ٤٧٧.

٢- (٢) التوى وزان الحصى، و قد يمدد: الهلاك. المصباح المنير: ٧٩.

٣- (٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٠.

٤- (٤) المبسوط للسرخسى ٢١: ١٠٣.

٥- (٥) أحكام الصغار: ١٩٢.

٦- (٦) الفتاوى الهندية ٢: ٢٤٤.

٧- (٧) المبسوط للسرخسى ٢١: ١٠٣، أحكام الصغار: ١٩١.

٨- (٨) الإقناع ٢: ٢٢٥، كشف القناع ٣: ٥٢٤.

مالهما - أى الصبىّ و المجنون - من نفسه، و لا يجوز لغيره على المذهب»(١).

و قالوا أيضاً: إنّ للولّى قرض مال الصبىّ لمصلحه فيه (٢)؛ بأن يكون الثمن المؤجل أكثر ممّا يباع به حالاً، و ذلك لحاجه سفر أو خوف على المال من نهب أو غرق أو غيرهما، فيجوز حينئذٍ و لو بلا رهن و لا كفيل به.

فإن ضاع المال أو تلف بسبب ترك الرهن و الكفيل لم يضمن الولّى؛ لأنّ الظاهر السلامه (٣).

و فى الإنصاف: «قال فى المغنى و الشرح: يقرضه لحاجه سفر أو خوف عليه، أو غيرهما»(٤).

ج - الشافعيه

جاء فى الحاوى الكبير: «فأما المولّى عليه لصغر أو سفه أو جنون، فلا يجوز له التصرف فى ماله برهن و لا ارتهان، و يتولّى ذلك وليه من أبيه، أو وصىّ للورثه، أو أمين حاكم»(٥).

و قال الرافعى: «رهن الولّى مال الصبىّ و المجنون و المحجور عليه بالسفه و ارتهانه لهم مشروط بالمصلحه و الاحتياط». ثم بين صور المصلحه فى الرهن و الارتهان(٦).

و قريب من ذلك فى روضه الطالبين (٧) و المجموع شرح المهذب (٨)

ص: ٣٧٤

١- (١) الإنصاف ٥: ٣٣٠.

٢- (٢) الفروع ٤: ٢٤٣، الإنصاف ٥: ٣٢٨، المحرّر ١: ٣٤٧، المغنى ٤: ٢٩٥، الشرح الكبير ٤: ٥٢٢.

٣- (٣) كشاف القناع ٣: ٥٢٤، الإقناع ٢: ٢٢٤، المغنى ٤: ٢٩٥، الشرح الكبير ٤: ٥٢٢.

٤- (٤) الإنصاف ٥: ٣٢٨.

٥- (٥) الحاوى الكبير ٧: ١١٤.

٦- (٦) العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٦٩-٤٧٠.

٧- (٧) روضه الطالبين ٣: ٣٥٢-٣٥٤.

٨- (٨) المجموع شرح المهذب ١٣: ٢٥٠ و ٢٥١.

و مغنى المحتاج (١).

و جاء فى المهذب: «و لا- يودع ماله و لا- يقرضه من غير حاجه؛ لأنه يخرج من يده فلم يجز، فإن خاف من نهب أو حريق أو غرق، أو أراد سفراً و خاف عليه جاز الإيداع و الإقراض، فإن قدر على الإيداع دون الإقراض أودع، و لا يودع إلا ثقته، و إن قدر على الإقراض دون الإيداع أقرضه، و لا يقرضه إلا ثقته ملياً؛ لأن غير ثقته يجحد و غير الملى لا يمكن أخذ البدل منه» (٢)، و به قال النووى (٣).

و الرافعى (٤).

و هكذا يجوز للولى أن يستقرض للصبى لحاجه إلى النفقه أو الكسوه أو لإصلاح عقاره أو مرمتها ارتقاباً لغلتها أو غيرها (٥).

د - المالكه

قال فى مواهب الجليل: «و للوصى أن يرهن مال اليتيم رهناً فيما يتناع له من كسوه أو طعام، و ليس للوصى أن يأخذ عروض اليتيم بما أسلفه رهناً» (٦).

و كذا فى التاج و الإكليل ٧ و الحاشيه للدسوقى (٧)، و قال ابن شاس: «يصح الرهن ممن يصح منه البيع» (٨).

ص: ٣٧٧

١- (١) مغنى المحتاج ٢: ١٧٥.

٢- (٢) المهذب فى فقه الشافعى ١: ٣٢٩.

٣- (٣) روضه الطالبين ٣: ٤٨٠، المجموع شرح المهذب ١٤: ١٣٣.

٤- (٤) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٣.

٥- (٥) العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٦٩، المجموع شرح المهذب ١٣: ٢٥١، روضه الطالبين ٣: ٣٥٣، نهايه المحتاج ٤: ٢٣٦، المهذب فى فقه الشافعى ١: ٣٣٠.

٦- (٦-٧) مواهب الجليل ٦: ٥٣٨.

٧- (٨) حاشيه الدسوقى ٣: ٢٣٢.

٨- (٩) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٥٨٥.

المشهور بين الفقهاء أنه يجوز للولي الاقتراض من مال الصبي لنفسه، كإقراضه لغيره إذا كان ذلك مصلحه له.

قال الشيخ: «و متى اتجر الإنسان بمال اليتيم نظراً لهم و شفقه عليهم فربح كان الربح لهم و إن خسر كان عليهم... و متى اتجر به لنفسه و كان متمكناً في الحال من ضمان ذلك المال و غرامته، إن حدث به حادث جاز ذلك و كان المال قرضاً عليه، فإن ربح كان له، و إن خسر كان عليه... و متى اتجر لنفسه بمالهم و ليس بتمكّن في الحال من مثله و ضمانه كان ضامناً للمال، فإن ربح كان ذلك للأيتام، و إن خسر كان عليه دونهم»^(١).

و جاء في الوسيله: «و إن اتجر لنفسه كان له الربح و عليه الخسران إذا كان مليئاً بمثل المال، و إن لم يكن مليئاً أو تصرّف فيه غير من له التصرّف كان الربح لليتم و الخسران على المتصرّف»^(٢).

و قد ذكر القولين في التحرير من دون ترجيح^(٣). و في الجامع للشرائع و حجر التذكرة اشتراط الملاءه و المصلحه للطفل^(٤).

و احتمل ذلك في المسالك^(٥) و الكفايه^(٦) و أنّهما قالان: إنّه كإقراضه لغيره، و لأنّه تصرّف في مال اليتيم و هو مشروط بالمصلحه، و احتمالاً جواز إقراضه مع عدم الضرر على الطفل و إن لم يكن له مصلحه.

ص: ٣٧٨

١- (١) النهايه للطوسى: ٣٦١-٣٦٢.

٢- (٢) الوسيله لابن حمزه: ٢٧٩.

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعيه: ٥٤٤:٢.

٤- (٤) الجامع للشرائع: ٢٨١، تذكره الفقهاء ٢: ٨٠-٨٣، الطبعه الحجريه.

٥- (٥) مسالك الأفهام: ٣٥:٤.

٦- (٦) كفايه الأحكام: ١٠٨.

و في الجواهر(١): «لا ينبغي التأمل في جواز ذلك للولي في الجملة».

و أضاف: «أنّ الأحوط الاقتصار في تصرف الأولياء على كونه الأحسن، لمقتضى إطلاق الآية الكريمة»(٢).

و قال المحدث البحراني: «متى كان ولياً ملتياً فإنه يجوز له الاقتراض من مال الطفل و الاتجار لنفسه، و أنّ الربح له و النقيصه عليه»(٣).

أدله جواز اقتراض الولي من مال الصبي

و تدلّ على هذا الحكم نصوص:

منها:

ما رواه منصور بن حازم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل ولي مال يتيماً أ يستقرض منه؟ فقال: «إنّ عليّ بن الحسين عليهما السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك».

و رواه أيضاً في الكافي و التهذيب بسند صحيح عن أبي الربيع، و دلالتها واضحة(٤).

و منها: خبر

منصور الصيقل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به؟ قال: قال: «إذا كان عندك مال و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال، و إن كان لا مال لك و عملت به فالربح للغلام و أنت ضامن للمال»(٥).

و قوله عليه السلام:

«فلك الربح و أنت ضامن للمال» يدلّ على جواز الاقتراض

ص: ٣٧٩

١- (١) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٥.

٢- (٢) سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

٣- (٣) الحدائق الناضرة ١٨: ٣٣٠.

٤- (٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٢ الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ١، نقلاً عن الكافي ٥: ١٣١-١٣٢، ح ٥، ٦ و ٨، و تهذيب الأحكام ٦: ٣٤١ ح ٩٥٣.

٥- (٥) وسائل الشيعة ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٧.

من مال اليتيم، و لكن اعتبرت الملاءه فى الروايه.

و منها: خبر

أبى العطارى الخياط قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: مال اليتيم يكون عندى فأتجر به؟ فقال: «إذا حرّكته فعليك زكاته». قال: قلت: فأنى أحرّكه ثمانيه أشهر و أدعه أربعة أشهر، قال: «عليك زكاته»^(١).

و قوله عليه السلام:

«عليك زكاته» ظاهر فى الاتجار لنفسه، فیدلّ على جواز اقتراض الولي و الاتجار بمال اليتيم لنفسه.

عدم جواز الاقتراض من مال الصبي

قال ابن إدريس - بعد بيان ما قاله الشيخ فى النهايه^(٢) من جواز اقتراض الولي من الصبي لنفسه -: «هذا غير واضح و لا مستقيم، و لا يجوز له أن يستقرض شيئاً من ذلك؛ سواء كان متمكناً فى الحال من ضمانه و غرامته، أو لم يكن؛ لأنه أمين، و الأمين لا يجوز أن يتصرّف لنفسه فى أمانته بغير خلاف بيننا معشر الإماميه، و لا يجوز له أن يتجر فيه لنفسه على حال من الأحوال، و إنما أورد شيخنا ذلك إيراداً لا اعتقاداً، من جهة أخبار الآحاد»^(٣).

نقول: منع ابن إدريس مردود بالنصوص الواردة فى المقام كما تقدّم، و لذلك قال العلامة ردّاً لابن إدريس: «و الوجه: أن الاقتراض إن كان مصلحه لليتيم جاز فعله؛ لأنه يجوز له أن يقرض غيره مع المصلحه، فجاز أن يقرض معها؛ لأنّ مناط الجواز حصول المصلحه، و إذا اقترض خرج عن كونه أميناً فى ذلك المال.

و الإجماع غير مناف لذلك»^(٤).

ص: ٣٨٠

١- (١) نفس المصدر ٥٧:٦ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، ح ٣.

٢- (٢) النهايه: ٣٦١.

٣- (٣) السرائر ٢: ٢١٢.

٤- (٤) مختلف الشيعة ٥: ٦٦.

و قال المحدث البحراني: «منع ابن إدريس هنا من اقتراض الولي مردود بالأخبار»(١).

اقتراض الولي من مال الصبي عند فقهاء أهل السنه

قال النووي: «و لا يلزم الأب و الجد الارتهان من نفسهما للصبي و الدين عليهما إن باعا ماله لأنفسهما نسيئته؛ لأنهما أمينان في حقه - ثم قال -: إذا باع الأب مال ولده من نفسه بالنسيئه لم يحتج إلى الارتهان»(٢).

و قال في موضع آخر - نقلاً عن الطبري في تفسيره (٣)-: و اختلفوا في «المعروف» الذي أذن الله جل ثناؤه لولاه أموالهم أكلها به (٤) إذا كانوا أهل فقر و حاجه إليها. فقال بعضهم: هو القرض يستقرضه من ماله ثم يردّه... و عن ابن عباس قال: هو القرض. و عن عبيده السلماني: الذي ينفق من مال اليتيم يكون عليه قرضاً (٥).

و في نهايه المحتاج: «لا يلزم الأب و الجد الارتهان من نفسهما و الدين عليهما، كأن باعا ماله لنفسهما نسيئته؛ لأنهما أمينان في حقه»(٦).

و به قال في الروضه (٧) و العزيز شرح الوجيز (٨)

ص: ٣٨١

١- (١) الحدائق الناضره ١٨: ٣٢٦.

٢- (٢) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٣٠ و ١٣١.

٣- (٣) تفسير الطبري ٤: ١٧١.

٤- (٤) في قوله تعالى: «وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ».

٥- (٥) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٣٩.

٦- (٦) نهايه المحتاج إلى شرح المنهاج ٤: ٣٧٨.

٧- (٧) روضه الطالبين ٣: ٤٧٧.

٨- (٨) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨١.

يستفاد من كلمات بعض الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - أنه يجوز (٢) للولي أن يودع مال الصبي عند ثقته أمين إذا كانت فيه مصلحة و غبطه.

قال العلامة في التحرير: «و لو أراد الولي السفر لم يصحبه (٣) ، بل ينبغي إقراضه من الثقة، و لو لم يجد المقترض أودعه، و له إيداعه مع وجود المقترض، و لا ضمان عليه» (٤) ، فإنه قد يكون الإيداع أنفع له من القرض.

و في التذكرة: «و لو أراد الولي السفر لم يسافر به و أقرضه من ملىّ مأمون و هو أولى من الإيداع؛ لأنّ الوديعة لا تضمن، و لو لم يوجد المقترض بهذه الصفة أودعه من ثقته أمين، فهو أولى من السفر به؛ لأنه موضع الحاجة و الضروره، و لو أودعه من الثقة مع وجود المقترض الملىّ المأمون لم يكن مفراطاً و لا ضمان عليه؛ فإنه قد يكون الإيداع أنفع له من القرض» (٥).

و كذلك يستظهر من بعض كلمات الأصحاب أنه يجوز للولي إعاره (٦) مال

ص: ٣٨٢

١- (١) أودع الشيء: صانه، أودعت زيدا مالا دفعته إليه ليكون عنده وديعه، و الوديعة فعليه بمعنى مفعوله، ما استودع، و جمعها ودائع، المعجم الوسيط: ١٠٢٠، المصباح المنير: ٦٥٣. و قد عرّفها الفقهاء بأنها استنابه في الحفظ، شرائع الإسلام ٢ ١٦٣، تذكره الفقهاء ٢: ١٩٦ الطبعة الحجرية، كشف الرموز ٢: ٢٤، مسالك الأفهام ٥: ٧٧، الحدائق الناضرة ٢١: ٣٩٨.

٢- (٢) بل يجب الإيداع فيما إذا أراد السفر و لم يصحبه. م ج ف.

٣- (٣) أي استصحب الولي مال الصبي في السفر.

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٥٤٥.

٥- (٥) تذكره الفقهاء ٢: ٨٢، الطبعة الحجرية.

٦- (٦) أعار الشيء إعاره، أعطاه إياه عارية المعجم الوسيط: ٦٣٦ و العار به بالتشديد و قد يخفف في الشعر، قال بعضهم: و هي اسم من الإعاره، سميت عارية لأنها عار على صاحبها، أو مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها، مجمع البحرين ٢: ١٢٩٢-١٢٩٣، لسان العرب ٤: ٤٦٤. و قد عرّفها الفقهاء بأنها عقد ثمرته التبرع بالمنفعة، أو هي عقد شرع لإباحه الانتفاع بعين من الأعيان على وجه التبرع، شرائع الإسلام ٢: ١٧١، تذكره الفقهاء ٢: ٢٠٩، الطبعة الحجرية، مسالك الأفهام ٥: ١٣١، الحدائق الناضرة ٢١: ٤٧٦، جواهر الكلام ٢٧: ١٦١.

الصبي لو كان فيها الحظّ و المصلحه لليتيم، لأنّه ناظر في مصلحته و هذا من ذاك.

جاء في الشرائع: «لا تصحّ إعاره الصبي و لا المجنون، و لو أذن الوليّ جاز للصبي مع مراعاة المصلحه»^(١).

و في التحرير: «لو كان الصبي مميّزاً أو أذن له الوليّ في الإعاره جاز مع المصلحه»^(٢).

و كذا في اللمعه^(٣) و الإرشاد^(٤).

و قال الشهيد الثاني: «قد تقدّم في البيع أنّ عقد الصبي لا عبره به و إن أذن له الوليّ. و إنّما جاز هنا لأنّ العاريه لما كانت جائزه و لا تختصّ بلفظ، بل كلّ ما دلّ على رضا المعير^(٥) و هو هنا الوليّ، كان إذنه للصبي بمنزله الإيجاب، فالعبره حينئذٍ بإذنه لا بعبارته الصبي... و المراد بالمعار هنا ملك الصبي كما يدلّ عليه مراعاة المصلحه. و تتحقّق المصلحه بكون يد المستعير أحفظ من يد الوليّ في ذلك الوقت، لخوف و نحوه، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن المنفعه، أو لكون العين ينفعها الاستعمال و يضرها تركه و نحو ذلك»^(٦).

ص: ٣٨٣

١- (١) شرائع الإسلام ٢: ١٧١.

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٣: ٢١٠.

٣- (٣) اللمعه دمشقيّه: ٩١.

٤- (٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٣٩.

٥- (٥) المدار في العاريه على رضا المالك؛ و هو الوليّ هنا.

٦- (٦) مسالك الأفهام: ١٣٦/٥.

و توضيح ذلك: أن إذن الولي لا يجعل مسلوب العبارة غير مسلوب كما هو مفروغ عنه في غير المقام، ولكنه يجعل إذن الولي فعل الصبي فعلاً للولي، كما جعل أمره للصبي بأفعال الحجّ موجباً للصحة في الجملة، إلا أن هذا الحكم مختص بالعارية ولا يجرى في سائر العقود، للسيرة المعتضده بهذه الكلمات من الأصحاب، وإرسالهم إرسالات (١).

أدله جواز إيداع مال الصبي

و يمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بإطلاق قوله تعالى:

(وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) ٢.

لأن في الفرض الإيداع والإعارة كانا بمصلحة الصبي و يصيران موجبين لحفظ ماله، فيدخل في الأمور التي أمر الله تعالى بعدم جواز قرب مال اليتيم إلا بها، وهو المطلوب.

و هكذا تدلّ على ذلك إطلاق ما دلّ على عموم ولايته الشامل لما نحن فيه.

و كذا يمكن الاستدلال بعموم ما ورد في صحيحه

محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام؛ أي قوله: «لأن والده هو الذي يلي أمره» (٢).

و مثل ذلك خبر عبيد بن زرار، عن أبي عبد الله عليه السلام ٤.

الإيداع و العاربه في مال الصبي عند فقهاء أهل السنّه

قال ابن قدامه: «إن أراد الولي السفر لم يكن له المسافره بماله، و قرضه لثقه أمين أولى من إيداعه؛ لأنّ الوديعة لا تضمن إذا تلفت، فإن لم يجد من يستقرضه

ص: ٣٨٤

١- (١) اقتباس من جواهر الكلام ٢٧: ١٦١.

٢- ((٣، ٤)) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٧ و ٢٩٩ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١ و ٥.

على هذه الصفة فله إيداعه؛ لأنه موضع حاجه» (١).

و في الفروع: «و له إيداعه مع إمكان قرضه، ذكره في المغنى، و ظاهره متى جاز قرضه جاز إيداعه، و ظاهر كلام الأكثر يجوز إيداعه؛ لقولهم: يتصرف بالمصلحه، و قد يراه مصلحه، و لهذا جاز مع إمكان قرضه» (٢).

و به قال المرادوى (٣) و ابن مفلح (٤).

و في الإقناع: «و إن أراد أن يودع ماله فقرضه أولى، و إن أودعه مع إمكان قرضه جاز، و لا- ضمان عليه» (٥)، و كذا في شرحه (٦).

و جاء في البيان: «فإن خاف على ماله من نهب أو غرق أو حريق و لم يقدر الولي على المسافره به، أو أراد الولي السفر إلى موضع لا يمكنه نقل المال إليه، أو يحتاج في نقله إلى مئونه مجحفه جاز أن يودعه» (٧).

و به قال النووى في المجموع (٨) و روضه الطالبين (٩)، و الرافعى في العزيز (١٠).

و كذا في المهذب (١١) للشيرازى.

و قال في البدائع: «و له أن يعير ماله استحساناً، و القياس لا يجوز، وجه

ص: ٣٨٥

١- (١) المغنى ٤: ٢٩٦، الشرح الكبير ٤: ٥٢٢، الكافى فى فقه أحمد ٢: ١٠٨.

٢- (٢) الفروع ٤: ٢٤٣.

٣- (٣) الإنصاف ٥: ٣٢٩.

٤- (٤) المبدع ٤: ٣٣٩.

٥- (٥) الإقناع ٢: ٢٢٥.

٦- (٦) كشاف القناع ٣: ٥٢٤.

٧- (٧) البيان فى مهذب الإمام الشافعى ٦: ٢١٤.

٨- (٨) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٣٣.

٩- (٩) روضه الطالبين ٣: ٤٨١.

١٠- (١٠) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٣.

١١- (١١) المهذب ١: ٣٢٩.

القياس: أنّ الإعاره تملك المنفعه بغير عوضٍ فكان ضرراً، و وجه الاستحسان:

أنّ هذا من توابع التجاره و ضروراتها فتملك بملك التجاره، و لهذا ملكها المأذون، و له أن يودع ماله؛ لأنّ الإيداع من ضرورات التجاره»(1).

إيضاح

قد ذكرنا في البحث عن ولاية الأب و الجدّ و غيرهما على تزويج الصغار، جواز الاستنابه و التوكيل فيه خاصّه، و بينا في خلال البحث جواز الاستنابه في شئون الطفل عموماً، و منها الاستنابه و التوكيل في التصرف في أموالهم فلا نعيده.

ص: ٣٨٤

١- (١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١ و ٣٥٢.

من التصرفات التى تجوز للولي إجاره الصبي نفسه أو ماله؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو وصياً أو حاكماً أو أمينه.

قال الشيخ رحمه الله فى الخلاف: «إذا آجر الأب أو الوصي الصبي أو شيئاً من ماله مدّه صحّت الإجاره بلا خلافٍ، فإن بلغ الصبي قبل انقضاء المدّه كان له ما بقى، و لم يكن للصبي فسخه»^(١).

و فى المبسوط: «إذا آجر الأب أو الوصي الصبي أو ماله صحّ ذلك، كما يصحّ بيع ماله، فإذا بلغ و قد بقى من مدّه الإجاره بعضها كان له فسخها فيما بقى. و قيل: إنّه ليس له ذلك، و هو الأقوى»^(٢). و كذا فى السرائر^(٣).

و لكن قال العلامة فى جملة من كتبه، كالمختلف^(٤) و التحرير^(٥) و التذكرة^(٦)

ص: ٣٨٧

١- (١) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسأله ٢١.

٢- (٢) المبسوط للطوسى ٣: ٢٤٠.

٣- (٣) السرائر ٢: ٤٧٢.

٤- (٤) مختلف الشيعه ٦: ١٢٤.

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيه ٣: ٦٩.

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٧ الطبعه الحجريّه.

و القواعد(١): إن له الفسخ، و تبعه المحقق الثاني في شرحه عليها(٢).

و كذا المحقق الأردبيلي على وجه، حيث قال: «و لكن يحتمل عدم البطلان و كونه موقوفاً على إجازته بعد البلوغ و الرشد بناءً على جواز الفضولي»(٣).

و اختاره الشهيد الثاني في المسالك(٤) و المحقق العاملى فى مفتاح الكرامه(٥)

و المحقق اليزدى فى العروه، و قال به أيضاً عدّه من فقهاء العصر فى تعليقاتهم عليها(٦).

و قال فى الشرائع: «و لو أجر الوصى صبياً مدّة يعلم بلوغه فيها، بطلت فى المتيقن و صحّت فى المحتمل، و لو اتفق البلوغ فيه هل للصبى الفسخ بعد بلوغه؟ قيل: نعم، و فيه تردّد»(٧).

و قال الشهيد فى القواعد: «لو أجر الولي الطفل مدّة، فبلغ و رشد فى الأثناء، أو أجر ماله يحتمل البقاء؛ لأنّ تصرفه كان للمصلحه فيلزم، و حينئذ هل له خيار الفسخ؟ نظر، و يحتمل البطلان؛ لتبين خروج هذه المدّة عن الولاية، و هو الأقرب»(٨).

و مثل هذا فى الجواهر، حيث قال - بعد نقل قول الشيخ بلزوم الإجاره

ص: ٣٨٨

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣.

٢- (٢) جامع المقاصد ٧: ٩٩.

٣- (٣) مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٦٧.

٤- (٤) مسالك الافهام ٥: ٢٢٨.

٥- (٥) مفتاح الكرامه ٧: ٩٩.

٦- (٦) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٣١.

٧- (٧) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨.

٨- (٨) القواعد و الفوائد ٢: ٢٧٥.

و صحّتها لو اتّفق بلوغ الطفل في أثنائها -: «و فيه ما عرفت من أنّه بالنسبة إلى الحال المفروض ليس من أهلها و لا في محلّها، و الجهل لا مدخلية له في تغيير حكم الموضوع واقعاً. نعم، لو فرض (١) إجاره الولي المدّة الزائدة على سنّ البلوغ في مصلحة الطفل قبل بلوغه كان المتّجه لزومها، و كذا الكلام في ماله، و ليس مفروض المسألة هنا كذلك» (٢).

و في تحرير الوسيلة: «لو آجر الولي الصبي المولى عليه، أو ملكه مدّة مع مراعاة المصلحة و الغبطة، فبلغ الرشد قبل انقضائها، فله نقض الإجارة و فسخها بالنسبة إلى ما بقي من المدّة، إلا أن تقتضى المصلحة اللازمه المراعاة فيما قبل الرشد، الإجارة مدّة زائدة على زمان تحقّقه، بحيث تكون بأقلّ منها خلاف مصلحته، فحينئذٍ ليس له فسخها بعد البلوغ و الرشد» (٣).

و به قال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني دام ظلّه (٤).

و الحاصل: أنّ الفقهاء رضوان الله عليهم اتّفقوا في أصل المسألة - أي جواز إجاره الولي الصبي أو ماله - و لم نجد فيها مخالفاً و إن اختلفوا في حكم بعض شقوقها التي سنذكرها خلال البحث عنها إن شاء الله.

و للتحقيق في بيان صور المسألة عقدنا هذا الفصل، و نطرح فيه مبحثين:

المبحث الأوّل: في إجاره الولي نفس الصبي و تملكه منافع بدنه.

ص: ٣٨٩

١- (١) و الظاهر أنّ تشخيص المصلحة مقيده بحال الصغر، و إنّما هو بيد الولي. و أمّا المصلحة بالنسبة إلى بعد البلوغ فليس في دائره ولايته و تشخيصه؛ فإنّا إذا التزمنا بعدم ذلك فيستلزم ثبوت ولايته إلى آخر عمر الصبي، و هو كما ترى. م ج ف.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣-٣٣٤.

٣- (٣) تحرير الوسيلة ٢: ٥٤٧ مسألة ١٢.

٤- (٤) تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٢١٢-٢١٦.

المبحث الثاني: فى إجاره مال الصبى.

و نذكر فى آخر هذا الفصل مبحثاً ثالثاً يرتبط بكلّ المباحث التى ذكرناها سابقاً فى الفصول الثلاثة الأخيره، و كذا بعدها، و نحقق فيه عن حكم جواز أخذ الأجره للمتولى من مال الطفل.

المبحث الأول: إجاره الولى نفس الصبى

إشاره

تُصوّر فى المسأله ثلاث صور:

الصوره الأولى: أنه لو أجره مدّه يعلم بعدم بلوغه و رشده، فلا- خلاف فى صحّحه الإجاره واقعاً و ظاهراً؛ لأنه لا شكّ بأنّ للحرّ سلطنه على تملك منافع، و الولى قائم مقام الصبى فى هذه السلطنه، فله السلطنه على تملك منافع الصغير و إجارتها.

الصوره الثانيه: أنه لو أجره مدّه يعلم بلوغه و رشده فيها؛ فإنّه تصحّح الإجاره إلى وقت البلوغ و الرشده، ثمّ يتخير الصبى بين الفسخ و الإمضاء، مثلاً- لو كان عمر الصبى عشراً و أجره عشراً؛ فإنّ الإجاره لا تكون لازمه بعد البلوغ، بل تتوقّف على إجازه الصبى بعد بلوغه و رشده؛ لأنّها وقعت على ما ليس له ولايه عليه، فتصرّف الولى حينئذٍ فضولى إن لم يعتبر فى صحّته وجود المجيز حال العقد، و إلاّ كان العقد باطلاً.

و يمكن أن يستدلّ لهذا الحكم بوجوه:

الأول: الإجماع الذى ادّعه المحقق الرشتى قدس سره (١).

الثانى: ما ذكره السيّد الخوئى رحمه الله من أنه لا دليل للولاية على مثل هذا التصرف،

ص: ٣٩٠

١- (١) كتاب الإجاره للمحقق الرشتى: ٣٤٦.

و مجرد عدم الدليل على الولايه كافٍ فى عدم النفوذ و الافتقار إلى الإجازة(١).

و قال المحقق الرشتى: «إنّ عموم الولايه لمثل هذا المال غير ثابت»(٢).

و فى كتاب الإجاره للمحقق الفقيه الآشتيانى رحمه الله: «و ليس فى المقام دليل على ثبوت الولايه بالنسبه إلى جميع منافع الصغير، حتّى الموجوده فى زمان كبره»(٣).

الثالث: ما ذكره المحقق الاصفهانى قدس سره من أنّ «المنافع المصادفه لزمان كبره فهى منافع الكبير، و المفروض عدم السلطنه للولى إلا على الصغير و منفعه لا على الكبير و منفعه، و هذا هو الوجه فى المنع. لا أنّ المنافع الآتية ليست أموالاً فعليّه للصغير.

فإنّ نظر المانع إن كان إلى عدم كونها مملوكه للصغير، فالمنافع التى تصادف زمان صغره أيضاً غير مملوكه له. و إن كان - نظر المانع - إلى عدم ماليتها إلا- فى ظرف وجودها؛ فإنّ الملكيه تتقدّم على ذات المملوك، و المائيه منتزعه من ذات المنفعه، فلا تتقدّم عليه.

ففيه: أنّ المنافع المصادفه لزمان صغره أيضاً كذلك، مع أنّه يصحّ تملكها.

فالوجه للمنع ما ذكرناه من عدم السلطنه على تملك منافع الكبير، و لا يعقل أن تكون المنافع الآتية منافع الصغير.

إلا- أن يقال: إنّ الصغّر لو لم يكن مانعاً شرعاً لكان للصغير فعلاً تملك جميع منفعه المصادفه لزمان صغره و كبره، و الشارع لمكان مانعيه الصغّر فى نظره جعل هذه السلطنه لوليّه. و حينئذٍ فيجانب عنه بما أجبنا به فى إجاره أملاكه من عدم

ص: ٣٩١

١- (١) مستند العروه الوثقى، كتاب الإجاره: ١٣٨.

٢- (٢) كتاب الإجاره للمحقق الرشتى: ٣٤٦.

٣- (٣) كتاب الإجاره للشيخ مرتضى الآشتيانى: ٢٦٨.

نقول: مقصوده قدس سره أنه لم يكن لهذه الولاية مقتضى؛ لأنّ مناسبة الحكم و الموضوع تقتضى أن يجعل الشارع الحكيم للصبي ولياً، لئلا يفوت عليه ما يتعلّق بنفسه و ماله من المصالح فى صغره، و المصلحه الراجعه إلى أملا-كه فى زمان كبره لا تفوت بترك إجاره الولي، بل قابله لأن يستوفيه الصغیر بعد كبره، فلا مقتضى للولاية على مثل هذا التصرف.

و قال المحقق الآشتياني: «إنّ منافع الصغیر قبل الإجاره ليست من الأموال، و إنّما تصير بوجودها الاعتبارى مالاً حين الإجاره لتصحيح تعلّق الملكيه بها، و ليس فى المقام دليل على ثبوت الولاية بالنسبه إلى جميع منافع الصغیر، حتّى الموجوده فى زمان كبره و لو بوجودها الاعتبارى حال صغره. هذا، مضافاً إلى خلوّها بالنسبه إلى الموجوده فى زمان كبره عمّا هو الحكمه لتشريعها من قصور الصبي؛ إذ ليس له قصور بالنسبه إلى أمواله الموجوده فى زمان كبره»(٢).

و قال الشيخ الفقيه الفاضل اللكراني: «منافع البدن التى يكون مقتضى إجاره تمليكها فهى تغاير الأموال، من جهه عدم كونها مملوكه على حدّ الأموال، غايه الأمر ثبوت سلطنه لنفس الحرّ على إجاره، و الولي لا يكون إلّا قائماً مقامه عند وجود نقص فيه كالصغیر و نحوه، و عليه: فدائره الولاية محدوده بما يكون المولى عليه ناقصاً بالإضافه إليه.

و بعباره اخرى: الولي ليس له الولاية إلّا بالنسبه إلى منافع الصغیر، و المنافع بعد البلوغ لا تكون معنونه بهذه العنوان؛ لأنّها ليست إلّا منافع الكبير، فالفرق بين الأموال و منافع البدن إنّما هو فى كون الأموال مملوكه للصغیر فعلاً، و مقتضى الولاية

١- (١) بحوث فى الفقه، كتاب الإجاره: ٢٩٩، مع تصرف يسير.

٢- (٢) كتاب الإجاره للشيخ مرتضى الآشتياني: ٢٦٨.

أو الوصايه جواز التصرف فيها مطلقاً إذا كان موافقاً للمصلحه. و أما المنافع فليست منافع الصغير إلا المقدار المقارن لزمان الصغير، و ما عداها فهو خارج عن دائره الولايه»(١).

الصوره الثالثه: أنه لو آجره مدّه لا يعلم بلوغه و رشده فيها(٢)، فتصحّ الإجاره بلا خلاف كما في الخلاف(٣)؛ بمعنى الحكم بصحّته ظاهراً لتحقق الولايه المقتضيه لصحّته ذلك(٤).

قال المحقق الرشتي: «لأصاله عدم البلوغ»(٥) و قال الفقيه الآشتياني:

«لأصاله عدم بلوغه و رشده، و أصاله بقاء ولايته المقتضيه لصحّته ذلك»(٦).

و قال بعض الأعلام: «و الوجه فيه إنّما هو استصحاب عدم البلوغ الجارى في جميع أجزاء ذلك الزمان» و أضاف بأنّه «ربما يستشكل في ذلك تارة: من أجل أنّ احتمال البلوغ في بعض مدّه الإجاره مع عدم ثبوت الولايه له بالإضافه إلى ما بعد البلوغ موجب لتحقق الغرر و ثبوت الجهاله؛ لأنّ مدّه الإجاره حينئذٍ غير معلومه، و لكن هذا الإشكال إنّما يبتنى على بطلان الإجاره في الزمان المصادف للبلوغ واقعاً؛ ضروره أنه على فرض الصحّحه في ذلك الزمان أيضاً لا يتحقّق غرر(٧)

ص: ٣٩٣

١- (١) تفصيل الشريعه، كتاب الإجاره: ٢١٣.

٢- (٢) و الظاهر أنّ المقصود من هذه الصوره عدم العلم بالبلوغ و الرشد في تلك المدّه حتّى بعد تماميه المدّه؛ بمعنى أنّه بعد انقضاء المدّه لا نعلم بلوغه أو رشده، و إلاّ إذا انكشف بعد الإجاره أنّ مقداراً من المدّه واقع في زمن البلوغ فيرجع إلى الصوره الثانيه، فتدبر. م ج ف.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣، الخلاف ٣: ٥٠٠، مسأله ٢١.

٤- (٤) القواعد و الفوائد للشهيد ٢: ٢٧٥، تحرير الأحكام الشرعيه ٣: ٦٩، العروه مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٣١.

٥- (٥) كتاب الإجاره للرشتي: ٣٤٦.

٦- (٦) كتاب الإجاره للآشتياني: ٢٦٦.

٧- (٧) و عدم العلم بتحقيق الإجاره من الصبّي بعد البلوغ لا- يوجب غرراً منهيّاً عنه، و إلاّ- يلزم أن تكون جميع المعاملات الفضوليّه غرريّاً، و هو كما ترى. م ج ف.

و لا تثبت جهاله أصلاً. و اخرى: بأنّ الأصول العمليّة التي منها الاستصحاب و إن قلنا بالإجزاء فيها في الأحكام التكليفيّة، و لكنّها لا تصلح لإثبات الأحكام الوضعيّة مع انكشاف الخلاف و عدم المصادفه للواقع، فلا مجال للاكتفاء على استصحاب عدم البلوغ، و الحكم باللزوم و عدم الوقوف على الإجازة بالإضافة إلى ما بعد البلوغ أيضاً...

و الظاهر عدم ورود هذا الإشكال أيضاً؛ لأنّ ملاك الإجزاء في الأحكام التكليفيّة موجود في الأحكام الوضعيّة أيضاً؛ فإنّ مناط الإجزاء هناك هو التصرف - بمقتضى دليل اعتبار الأصل العملي - في الأدلّة الأوليّة الدالّة على الأجزاء و الشرائط، و تعميم دائره الشرط و الجزء بحيث لا- يكون لهما اختصاص بالواقعين منهما، و هذا المنطوق موجود هنا، فإنّ مفاد دليل اعتبار الاستصحاب يرجع إلى التصرف في دليل ثبوت الولاية و تعميم دائرتها لصوره الشكّ (1) و إن كان مصادفاً للبلوغ واقعاً (2).

جواز فسخ الصبي بعد بلوغه و رشده

لو اتفق بلوغ الصبيّ و رشده في مدّه الإجاره فهل له الفسخ؟ بمعنى عدم إجازته عقد الإجاره بالنسبه إلى ما بعد البلوغ لكونه حينئذٍ فضولياً.

فيه قولان بل ثلاثه أقوال:

الأول: أنّه يجوز الفسخ، و به قال جماعه، منهم: الشيخ في المبسوط في أوّل

ص: ٣٩٤

١- (١) و بعبارة اخرى: بالاستصحاب نحرز عدم البلوغ، و الإحراز و لو كان تعبدتياً يكفي في صحه الولاية و الإجاره. م ج ف.

٢- (٢) تفصيل الشريعة، كتاب الإجاره، ٢١٤-٢١٥.

كلامه (١) ، و العلامه فى المختلف (٢) و التذكره (٣) و التحرير (٤) و القواعد و الإرشاد (٥) ، و الشهيد فى القواعد و الفوائد (٦) . و كذا فى المسالك (٧) و مجمع الفائده و البرهان (٨)

و جامع المقاصد (٩) و الجواهر (١٠) و تحرير الوسيله (١١) . و كذا فى العروه و التعليقات عليها إلا السيدان الفقيهان الاصفهاني و الكلبيگاني (١٢) . و تردد فى الشرائع (١٣) .

و فى تفصيل الشريعة: «و الظاهر أنّ هذا الفرع أنّما يتفرّع على تقدير صحّحه الإجاره فى جميع المدّه المحتملّه، حتى المصادفه منها للبلوغ واقعاً. و عليه: فيكون المراد بالفسخ هو الفسخ الاصطلاحى الذى موضوعه العقد الصحيح، لا- الفسخ بمعنى ردّ العقد المساوق للبطلان فى المقام» (١٤).

و بالجملة: علّوا هذا الحكم بأنّ العلم و الجهل لا مدخل لهما فى ثبوت الولاية و عدمهما، و أنّ الولاية إنّما تكون قبل الكمال، فيكون نفوذ تصرف الولي مقصوراً على ذلك الزمان، و لا ولاية له فيما بعد ذلك، و أنّه ليس الصبي حينئذٍ قاصراً بالنسبه

ص: ٣٩٥

- ١- (١) المبسوط للطوسى ٣: ٢٤٠.
- ٢- (٢) مختلف الشيعة ٦: ١٢٤.
- ٣- (٣) تذكره الفقهاء ٢: ٣٢٨، الطبعة الحجرية.
- ٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٦٩.
- ٥- (٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣، إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥.
- ٦- (٦) القواعد و الفوائد ٢: ٢٧٥.
- ٧- (٧) مسالك الأفهام ٥: ٢٢٨.
- ٨- (٨) مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٦٧.
- ٩- (٩) جامع المقاصد ٧: ٩٩.
- ١٠- (١٠) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣.
- ١١- (١١) تحرير الوسيله ٢: ٨٠.
- ١٢- (١٢) العروه مع التعليقات لعدّه من الفقهاء ٥: ٣١.
- ١٣- (١٣) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨.
- ١٤- (١٤) تفصيل الشريعة، كتاب الإجاره: ٢١٥ و ٢١٦.

إلى السلطنة على نفسه، و إلى التصرف في ماله و محجوراً عنه كي يحتاج إلى الولي، فيكون العقد بالنسبة إليه فضولياً، و للصبى إجازته و عدمها.

قال السيد الفقيه الخوئي: «و أما بالنسبة إلى الصبى نفسه فلم يدلّ أى دليل على ولاية الولي حتى بالإضافة إلى ما بعد البلوغ. نعم، في خصوص النكاح قام الدليل على الولاية على تزويج الصبى أو الصبيّه و لو كان الزواج دائماً. و أمّا في غيره فلم يثبت له هذه الولاية بحيث يتمكن من إيجاره للخدمه عشرين سنه مثلاً»(١).

عدم جواز فسخ الصبى بعد بلوغه و رشده

إشارة

الثانى: أنه إذا بلغ الصبى قبل انقضاء مدّه الإجاره لم يكن له فسخها. و به قال الشيخ فى الخلاف و قواه فى المبسوط، و تبعه ابن إدريس(٢)، و اختاره السيد أبو الحسن الاصفهاني فى وسيله النجاه(٣). و قال قدس سره فى تعليقه على العروه: «هذا القول لا يخلو من قوه، خصوصاً فى إجاره أملاكه؛ لأنّ المولى عليه فى زمان عدم بلوغه مالك لجميع المنافع حتى ما كانت بعد بلوغه، فقد وقع تصرف الولي فيما هو ملك للمولى عليه فعلاً، فإذا كان مصلحه له كما هو المفروض نفذ و لزم، و ليس له ردّه بعد بلوغه»(٤) و وافقه السيد الفقيه الكلبيگاني ٥.

و قال السيد الحكيم: «مقتضى ولايته على الطفل فى جميع ماله الولاية عليه من ماله و نفسه - صحّه ما ذكره الشيخ و أتباعه - إذ لا ريب فى أنّ للإنسان السلطنة على منافعه المستقبله، فتكون لوليّه السلطنة عليها... فالأقوى حينئذٍ عدم جواز

ص: ٣٩٦

١- (١) مستند العروه الوثقى، كتاب الإجاره: ١٣٩.

٢- (٢) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسأله ٢١، المبسوط ٣: ٢٤٠، و السرائر ٢: ٤٧٢.

٣- (٣) وسيله النجاه ٢: ٥٢.

٤- (٤) (٥، ٤) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء العظام ٥: ٣١.

فسخه، و نفوذ تصرف الولي».

و لكنّه قدس سره استشكل في آخر كلامه من جهة ثبوت إطلاق الدليل (١).

أدلة هذا القول

و يمكن أن يستدل لإثبات هذا الحكم بوجوه:

الأول: ما ذكره الشيخ قدس سره من أنّ الإجاره وقعت من أهلها في محلّها، و من ادّعى أنّ له الفسخ بعد بلوغه فعليه الدلاله (٢).

الثاني: أنّ الإجاره عقد لازم بحقّ الولايه، فلم تبطل بالبلوغ.

الثالث: أنّه كان ولياً حين تصرف للمصلحه، فيلزم كما لو زوجه ثمّ بلغ.

الرابع: استصحاب الصحه قبل البلوغ و الرشد (٣)، و ما قاله الفقيه الرشتي في ردّها: أنّ الكلّ كما ترى لا ينبغي الالتفات إليه (٤)، جيّد.

الخامس: أنّ المستفاد من أدلّه الولايه أنّها قبل البلوغ مطلقه غير مقيدّه بشيءٍ غير المصلحه، فله قبل البلوغ ما للموّلّى عليه لو كان بالغاً مع مراعاة المصلحه، فيكون البلوغ غايهً للولايه لا قيداً لما فيه الولايه. أشار إليه السيّد الفقيه الكلبيّكاني (٥).

و فيه: أنّه لم يثبت إطلاق لأدلّه الولايه على نفس الموّلّى عليه بالنسبه إلى بعد البلوغ و لا أقل من الشكّ في ذلك، و هو كافٍ لعدم صحه الإجاره في ذلك الزمان

ص: ٣٩٧

١- (١) مستمسك العروه الوثقى ١٢: ٣٦.

٢- (٢) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسأله ٢١.

٣- (٣) مفتاح الكرامه ٧: ٩٩؛ كتاب الإجاره للمحقّق الرشتي: ٣٤٧.

٤- (٤) كتاب الإجاره، للرشتي: ٣٤٧.

٥- (٥) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء العظام ٥: ٣١، تعليقه مسأله ٤.

من رأسها، فلا يبقى محلّ للفسخ حتّى يقال بأنّه يجوز أم لا، و بهذا يردّ أيضاً الوجوه الأربعة المتقدّمة.

القول الثالث: أنّه تبطل الإجاره من رأس، لا- أنّ الزيادة تبطل فقط، و لعلّ الوجه فيه وجود الجهاله و الغرر الناشئ من احتمال بلوغه في كلّ جزء من الأزمنه، فلا يعلم أى قدرٍ من الزمان واجد لشرط الصّحّه، كما عن القواعد فيما لو استأجر عبداً يعلم موته قبل انقضاء الإجاره، فحكم ببطلان الإجاره من أصلها للجهاله(1).

و قال في الإرشاد: «و تبطل - أى الإجاره - بالبلوغ»(2) و مراده قدس سره أنّه يصحّ للولّى إجاره الصبى بحيث لا يكون زمان البلوغ داخلاً في المدّه، و إلّا فتبطل الإجاره للجهاله.

و لكنّ يحتمل أن يكون مراده قدس سره من البطلان كونها موقوفه على إجاره الصبى بعد البلوغ و الرشد، لا- البطلان من رأس(3).

و تردّد فيه في الشرائع، حيث قال: «و لو آجر الوصى صبياً مدّه يعلم بلوغه فيها بطلت في المتيقّن، و صحّت في المحتمل و لو اتّفق البلوغ فيه، و هل للصبى الفسخ بعد بلوغه؟ قيل: نعم، و فيه تردّد»(4).

لأنّ فيه وجهان: أمّا وجه ثبوت الفسخ له أنّ زمان الولاية إنّما يكون قبل الكمال، فيكون نفوذ تصرف الولّى مقصوراً على ذلك الزمان دون ما سواه، فلا ولاية له في هذا الحال، و يكون التصرف فيه فضولياً.

ص: ٣٩٨

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٨.

٢- (٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥.

٣- (٣) مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٦٧، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٤، كتاب الإجاره للمحقّق الرشتى: ٣٤٧.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨.

أما وجه عدم كون الفسخ له، أنّ الوليّ كان وليّاً حين تصرّف للمصلحه فلزم، كما لو زوّجه ثمّ بلغ، ولأنّ الإجاره عقد لازم بحقّ الولاية، فلم تبطل بالبلوغ.

و على كلّ حال، ففي هذه المسأله لو مات أو انتقلت الولاية إلى غيره لم تبطل الإجاره به؛ لأنّ تصرّف الوليّ بمنزله تصرّف المالك بقيامه مقامه، وقد حقّق في محلّه أنّ المالك إذا أجر ثمّ مات فالإجاره بحالها، وكذا لو أجره الوليّ مدّه ثمّ انتقلت الولاية بموت، أو طرؤ مانع؛ فإنّها لا تبطل؛ لأنّ الوليّ نائب عن المولّى عليه، ففعله بمنزله فعله، فلا يفسد بطرؤ مانع كما لو فعله بنفسه(١).

ص: ٣٩٩

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣، جامع المقاصد ٧: ٩٩، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٤، تحرير الأحكام الشرعيّه ٣: ٧٠، تذكره الفقهاء ٢: ٣٢٨، الطبعه الحجريّه، مفتاح الكرامه ٧: ١٠٠.

إشاره

في هذه المسأله أيضاً ثلاث صور: التي تقدّم ذكرها في بيان إجازه نفس الصبي.

أما الصورة الأولى: فلا خلاف في صحّه الإجاره واقعاً و ظاهراً.

و أمّا الصورة الثانيه: و هي أنّه لو آجر أمواله مدّه يعلم ببلوغه و رشده فيها؛ فإنّه تصحّ الإجاره إلى وقت البلوغ و الرشد. و أمّا بالإضافة إلى ما بعد زمان البلوغ ففيه وجهان، بل قولان:

الأول: أنّه يبطل في الزائد بعد البلوغ؛ بمعنى أنّه لا- يكون لازماً بل يتوقّف على إجازه الصبي و عدمها؛ لعدم كونه ولياً فيها، فتصرّفه حينئذٍ فضولي.

قال الشيخ في المبسوط: «و متى آجر الوصي صبيّاً أو شيئاً من ماله مدّه يتيقن أنّه يبلغ قبل مضيتها، مثل أن يكون للصبي أربع عشره سنه فأجره ثلاث سنين؛ فإنّه يبلغ باستكمال خمس عشره سنه؛ فإنّ السنه الواحده يكون العقد صحيحاً، و ما زاد عليه يكون باطلاً»^(١).

و كذا في التحرير^(٢) و التذكره^(٣). و به قال الشهيد الأول^(٤) و المحقّق الثاني^(٥)

و الأردبيلي^(٦). و هكذا في العروه مع تعليقات عدّه من الفقهاء^(٧)

ص: ٤٠٠

- ١- (١) المبسوط للطوسي ٣: ٢٤٠.
- ٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٣: ٦٩.
- ٣- (٣) تذكره الفقهاء ٢: ٣٢٧، الطبعه الحجريه.
- ٤- (٤) القواعد و الفوائد ٢: ٢٧٥.
- ٥- (٥) جامع المقاصد ٧: ٩٩.
- ٦- (٦) مجمع الفوائد و البرهان ١٠: ٦٧.
- ٧- (٧) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء العظام ٥: ٣١.

و أمّا أدلّه بطلان هذه الإجاره، فقد تقدّمت في المقام الأوّل من الإجماع، و عدم عموم الأدلّه، و عدم المقتضى لجعل هذه الولاية.

و العمده هنا هي أنّ المنافع المصادفه لزمان بلوغه ممّا يملكه الكبير، و لا ولاية للوليّ إلاّ على ما يملكه الصغير.

و لكنّ المحقّق الاصفهاني قدس سره قال في دفع هذا الاستدلال: «إنّ المنافع المستقبليه للدار و نحوها مملوكه لمالك العين فعلاً، و إنّما المتأخّر ذات المملوك، لا أنّ الملكيه لتدرّجيه المنافع لا بدّ من أن تكون مقارنه لها، لئلاّ يلزم ملك المعدوم كما توهم.

و عليه: فتصرّف الوليّ إنّما هو فيما يملكه الصغير، لا فيما يملكه في زمان كبره، و المفروض أنّ الوليّ له ولاية التصرّف في كلّ ما يملكه الصغير فعلاً، فمقتضى القاعده نفوذ تصرّفه مطلقاً و إن كان بتمليك المنافع المصادفه بذاتها لزمان البلوغ(1). إلاّ أنّه قدس سره رجع عن هذا الدليل لقوله: «فلا مقتضى للولاية على مثل هذا التصرّف»(2).

نقول: أمّا الإجماع، فلا- اعتبار به؛ لكون المسأله ذات دليل. و أمّا سائر الأدلّه، فلا تنهض في قبال الآيه الكريمه: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) ٣؛ لأنّه لو فرض أنّ في إجاره الوليّ المدّه الزائده على سنّ البلوغ مصلحه للطفل قبل بلوغه، مثل أن يكون إدخال زمان البلوغ من مقدّمات حفظ ماله، فقد صرح غير واحد بصحّه الإجاره و نفوذها على الصبيّ بعد البلوغ(2) بمقتضى إطلاق الآيه الكريمه، فلا وجه لما استدللّ به القائلون بالبطلان.

الثاني: هو صحّه الإجاره و نفوذها، و أنّه ليس للصبيّ الفسخ عند ما يبلغ، و هو

ص: ٤٠١

١- (١، ٤) بحوث في الفقه، كتاب الإجاره: ٢٩٨.

٢- (٤) تحرير الوسيله ١: ٥٤٧، كتاب الإجاره مسأله ١٢، تفصيل الشريعه، كتاب الإجاره: ٢١٣.

مقتضى إطلاق كلام الشيخ في الخلاف، حيث قال: «إذا آجر الأب أو الوصي الصبي أو شيئاً من ماله مدّة، صحّت الإجاره بلا خلاف، فإن بلغ الصبي قبل انقضاء المدّة كان له ما بقي، ولم يكن للصبي فسخه» واستدلّ قدس سره ب «أنّ العقد على عين الصبي أو على ماله وقع صحيحاً بلا خلاف، فمن ادّعى أنّ له الفسخ بعد بلوغه فعليه الدلالة» (١). و وافقه في ذلك في السرائر (٢). و به قال المحقّق النائيني (٣).

و عدّه من فقهاء العصر (٤) و الدليل على ذلك إطلاق أدلّه الولاية.

قال السيد الفقيه الخوئي: «أما بالنسبة إلى الأموال، فلا ينبغي الإشكال في النفوذ، و أنّه ليس للصبي الفسخ عند ما بلغ، و ذلك للإطلاق في أدلّه الولاية؛ فإنّها و إن كانت مقيدة بحال الصغر، فلا ولاية للوليّ بعد ما بلغ الصبي، إلا أنّ متعلّق هذه الولاية مطلقٌ يشمل حال ما بعد البلوغ، كما قبله بمنأطٍ واحدٍ؛ و هو رعايه الغبطه و المصلحه (٥)، و الوليّ إنّما جعل وليّاً لذلك، فكما أنّ له البيع و إخراج المال عيناً و منفعةً عن ملكه إلى الأبد إذا اقتضته المصلحه، فكذلك له أن يبقى العين و يُخرج المنفعة خاصّةً لمدّه قصيره أو طويله حسبما يجده من المصلحه و إن عمّت ما

ص: ٤٠٢

- ١- (١) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسأله ٢١.
- ٢- (٢) السرائر ٢: ٤٧٢.
- ٣- (٣) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٣١.
- ٤- (٤) مستمسك العروه الوثقى ١٢: ٣٦، تفصيل الشريعة، كتاب الإجاره: ٢١٣.
- ٥- (٥) و لا يخفى أنّ هذا البيان يجري في إجاره نفس الصبي حرفاً بحرف، و لم يظهر لى وجه الفرق بينها و بين إجاره أمواله. هذا، مضافاً إلى أنّه يمكن أن يقال: إنّّه و ان كان الأصل عدم الولاية، إلا أنّها ثابتة عند العقلاء؛ بمعنى أنّ ثبوت أصل الولاية أمر عقلائي و إن تصرّف الشارع في الوليّ و خصّصها بالأب مثلاً أو الحاكم، و لكن أصلها أمر ثابت عند العقلاء بالنسبة إلى الصبي، و على هذا يجب الرجوع إلى ما هو المرتكز عندهم؛ و هو عدم ثبوت الولاية بالنسبة إلى ما بعد البلوغ، و كون التصرّف لما بعده تصرّفاً فضولياً. و القول بلزوم رعايه المصلحه - و إن اقتضت المصلحه الإجاره إلى ما بعد البلوغ - أيضاً ممّا لم يسمع؛ لإمكان تصرّف الصبي بعد البلوغ و إجازته في فرض وجوبه المصلحه، فتدبر. م ج ف -.

بعد البلوغ»(١).

و أما الصورة الثالثة: و هي أنه إذا أجر الولي مال الصبي مدّة لا يتيقن أنه يبلغ قبل مضيها، مثل أن يؤجره سنّه أو سنتين و له عشر سنين؛ فإنّه يجوز أن يبلغ بالاحتلام قبل مضي الإجاره، فتصحّ الإجاره بلا خلاف كما في الخلاف(٢)؛ بمعنى الحكم بصحّته ظاهراً لتحقّق الولاية المقتضيه لصحّته ذلك(٣).

و المستند لإثبات حكم هذه الصورة ما قلناه في الصورة الثالثه من إجاره نفس الصبي، و لا تفاوت في المقامين.

و لو اتفق البلوغ و الرشد في هذا الزمان المحتمل، فهل للصبي الفسخ؛ بمعنى عدم إجاره العقد الفضولي المفروض صحّته التي هي القابله لترتيب الأثر؟ فيه قولان:

قال بعضهم بالبطلان؛ بمعنى أنّ الصبي يتخير فيها بعد البلوغ بين الإجازة و عدمها، كما اختاره الشيخ في المبسوط(٤) ، و العلّامة في أكثر كتبه(٥) ، و الشهيد في قواعده(٦) ، و المحقّق الثاني(٧) و غيرهم(٨).

و بعض آخر بأنّه لا يكون له الفسخ بعد بلوغه و رشده.

ص: ٤٠٣

١- (١) مستند العروه الوثقى، كتاب الإجاره: ١٣٩.

٢- (٢) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسأله ٢١.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣.

٤- (٤) المبسوط للطوسي ٣: ٢٤٠.

٥- (٥) مختلف الشيعه ٦: ١٢٤، تذكرة الفقهاء، ٢: ٣٢٧ الطبعه الحجريه، إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥، تحرير الأحكام الشرعيّه ٣: ٦٩، قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣.

٦- (٦) القواعد و الفوائد ٢: ٢٧٥.

٧- (٧) جامع المقاصد ٧: ٩٩.

٨- (٨) مفتاح الكرامه ٧: ٩٩، مجمع الفائده و البرهان ١٠: ٦٧، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣.

قال به الشيخ في الخلاف (١) و تبعه ابن إدريس (٢) و المحقق النائيني (٣). و هكذا بعض فقهاء العصر (٤).

و الدليل على إثبات القولين في هذه المسألة أيضاً ما قلناه في تقرير الصورة الثالثة من إجاره نفس الصبي، فراجع.

فرع

إنّ القائلين بعدم صحّة إجاره الولي مال الصبي أو نفسه مدّة يعلم أو يحتمل البلوغ فيها، استثنوا صورته واحده عن ذلك؛ و هي ما إذا كان ذلك هو مقتضى المصلحه اللازمه المراعاة، بحيث كانت إجارته مقتصره على عهد الصغر خاليه من المصلحه، بل متضمّنه للمفسده. و أمّا مع ضمّ شيء من زمان البلوغ ففيه المصلحه الملزمه، فحينئذٍ تكون الإجاره نافذه و لازمه ليس له فسخها بعد البلوغ (٥).

و لقد أجاد السيّد الخوئي رحمه الله في الردّ عليهم، حيث يقول: و لكنّه غير واضح؛ نظراً إلى أنّ مجرد وجود المصلحه - و لو كانت بالغه حدّ اللزوم - غير كافيه في ثبوت الولايه ما لم يتم عليها دليل من الخارج، و المفروض قصور الدليل و عدم شموله لما بعد انقضاء عهد الصبا.

ص: ٤٠٤

-
- ١- (١) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١.
 - ٢- (٢) السرائر ٢: ٤٧٢.
 - ٣- (٣) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء العظام ٥: ٣١.
 - ٤- (٤) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء العظام ٥: ٣١، وسيله النجاه ٢: ٥٢، مهذب الأحكام ١٩: ٤٩، مستمسك العروه الوثقى ١٢: ٣٦.
 - ٥- (٥) مفتاح الكرامه ٧: ١٠٠، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٤، كتاب الإجاره للمحقق الرشتي: ٣٤٦، كتاب الإجاره للشيخ فياض الدّين زنجاني: ١٦٢، العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء العظام ٥: ٣١.

و بتعبير آخر: أنّ المصلحه بمجردّها لا تجوّز التصرف في سلطان الغير ما لم تثبت الولاية عليه بدليل، و المفروض انتفاؤه. نعم، لو بلغت المصلحه الملزمه حدّ الوجوب؛ مثل ما لو توقّف حفظ حياه الصبيّ على إجارتها مدّه تزيد على زمان بلوغه، بحيث لولاه لكان معرضاً للهلاك، اندرج ذلك في الأمور الحسيّيه و رجعت الولاية حينئذٍ إلى الحاكم الشرعي، لا إلى الوليّ أو الوصي من غير فرق بين الصغير و الكبير(١).

إجاره الوليّ نفس الصبيّ أو ماله عند فقهاء أهل السنّه:

ذهب فقهاء أهل السنّه أيضاً إلى أنّه يجوز للوليّ إجاره الطفل أو ماله - أباً كان أو قيماً إذا رأى المصلحه فيها، فنذكر شرطاً من كلماتهم:

أ: الشافعيّه

جاء في الوجيز للغزالي: «لو أجر الوليّ الصبيّ أو دابّته مدّه تجاوز البلوغ لم يجزى، فإن قصرت فبلغ بالاحتلام على قرب فالأقيس أنّه لا يفسخ، إذ بنى العقد له على المصلحه»(٢).

و قال العمراني في البيان: «و إن أجر رجل صبيّاً له عليه ولايه، أو أجر ماله مدّه، ثم بلغ الصبيّ قبل انقضاء المدّه، فهل تنفسخ الإجاره؟ اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: لا تنفسخ، و هو اختيار الشيخ أبي إسحاق(٣)؛ لأنّه عقده في حال ولايته عليه، فصار كما لو زوجه ثم بلغ.

و منهم من قال: تنفسخ؛ لأنّه بان بالبلوغ أنّ تصرف الوليّ عليه إلى هذا الوقت. و به قال الخطيب الشربيني(٤) و النووي(٥)

ص: ٤٠٥

١- (١) مستند العروه الوثقى، كتاب الإجاره: ١٤٠ مع تلخيص.

٢- (٢) الوجيز ١: ٤١٤.

٣- (٣) المهذب ١: ٤٠٧، حيث قال: «الصحيح عندي في المسائل كلّها أنّ الإجاره لا تبطل».

٤- (٤) مغنى المحتاج ٢: ٣٥٦.

٥- (٥) المجموع شرح المهذب ١٥: ٤١٩.

و منهم من قال: ينظر فيما عقد عليه الولي من المدّة. فإن تحقّق أنّ الصبيّ يبلغ قبل انقضائها، مثل: أن يكون له أربع عشر سنة، فأجره سنتين؛ فإنّه لا يصحّ في السنه الأخيره؛ لأنّه يتحقّق أنّه يبلغ بخمس عشره سنه، و هل يصحّ في الأولى؟ على قولين في تفريق الصفقه.

و إن كانت مدّة لا يتحقّق بلوغه فيها، مثل: أن يؤجّره و له أربع عشره سنه، فبلغ فيها بالاحتلام، لم تنفسخ الإجاره، و كانت لازمه له»(١).

و كذا في حليه العلماء(٢) و التهذيب(٣).

ب: الحنفية

قال الكاساني: «لو آجر نفسه أو ماله ثم بلغ الصبي في المدّة، فله الخيار في إجاره النفس إن شاء مضى عليها و إن شاء أبطلها، و لا خيار له في إجاره المال.

و وجه الفرق: أنّ إجاره مال الصغير تصرف في ماله على وجه النظر، فيقوم الأب فيه مقامه، فلا يثبت له خيار الإبطال بالبلوغ. و أمّا إجاره نفسه، فتصرف على نفسه بالإضرار و كان ينبغي أن لا يملكه الأب، إلاّ أنّه ملكها من حيث إنّها نوع رياضه و تهذيب للصغير و تأديب له، و الأب يلي تأديب الصغير، فولها على أنّها تأديب، فإذا بلغ فقد انقطعت ولايه التأديب، و هو الفرق»(٤).

و به قال في مختصر اختلاف العلماء(٥)

ص: ٤٠٦

١- (١) البيان ٣٧٦:٧.

٢- (٢) حليه العلماء ٤٢٥:٥.

٣- (٣) التهذيب في فقه الشافعي ٤٤٠:٤.

٤- (٤) بدائع الصنائع ٣٥١:٤.

٥- (٥) مختصر اختلاف العلماء ١٠٩:٤.

جاء في المقنع: «إذا أجز الوليُّ اليتيمَ أو السيدَ العبدَ ثم بلغ الصبيَّ وعتق العبدَ لم تنفسخ الإجاره، و يحتمل أن تنفسخ» (١).

و قال المرادوى في شرحه عليه: «هذا المذهب، و عليه الأصحاب و قطع به كثير منهم» (٢).

و كذا في المغنى و الشرح الكبير، و بين وجه الاحتمالين «بأنه عقد لازم عقده بحق الولايه، فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوجته، و يحتمل أن تبطل الإجاره فيما بعد زوال الولايه على ما ذكرنا في إجاره الوقف، و يحتمل أن يفرق بين ما إذا أجزه مدّة يتحقّق فيها بلوغه في أثنائها، مثل أن أجزه عامين و هو ابن أربع عشره، فتبطل في السادس عشر؛ لأننا نتيقّن أنه أجزه فيها بعد بلوغه. و هل تصحّ في الخامس عشر؟ على وجهين، بناءً على تفريق الصفقه.

و بين ما إذا لم يتحقّق بلوغه في أثنائها، كالذى أجزه في الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه، فيكون فيه ما قد ذكرناه في صدر

الفصل» (٣). و كذا في المبدع (٤).

و منتهى الإرادات (٥) و التوضيح (٦).

و في الإنصاف: «أن محلّ الخلاف فيما إذا لم يعلم بلوغه عند فراغها. فأما إن أجزه مدّة يعلم بلوغه فيها، فإنّها تنفسخ على

الصحيح من المذهب» (٧).

ص: ٤٠٧

١- (١) المقنع: ١٣٨.

٢- (٢) الإنصاف ٣٦:٦.

٣- (٣) المغنى و الشرح الكبير ٤٤:٦-٤٥.

٤- (٤) المبدع ٨٣:٥.

٥- (٥) منتهى الإرادات ٨٨:٣.

٦- (٦) التوضيح ٧٣٩:٢.

٧- (٧) الإنصاف ٣٧:٦.

و فى المبدع: «إذا مات الولي أو عزل و انتقلت عنه الولاية إلى غيره، لم يبطل عقده؛ لأنه تصرف، و هو من أهل التصرف فيما له الولاية عليه، فلم يبطل تصرفه»(١). و كذا فى المغنى و الشرح الكبير(٢).

د: المالكية

جاء فى مختصر خليل: «و برشد صغير عقد عليه أو على سِلمِعه ولي، إلا لظنّ عدم بلوغه و بقى كالشهر»(٣)، أى كذلك تنفسخ الإجاره برشد الصبى إذا أجره وليه أو أجر سلعتة كداره أو دابته... إلا أن يظنّ عدم بلوغه قبل انقضاء المدّة و قد بقى من مدّة الإجاره شهر و أيام يسيره، فيلزمه بقية المدّة بالنظر للعقد على نفسه.

و فى المدوّنه: إذا أجر الولي الصبى مدّة فبلغ قبل انقضائها، انفسخت الإجاره عنه و لم يلزمه باقى المدّة، إلا أن يكون الشىء الخفيف نحو الأيام و الشهر و ما أشبهه فيلزمه ذلك(٤). هذا بالنسبه إلى إجاره نفس الصبى.

و أمّا إن أجر الولي سلعتة كداره و دوابّه، أو رقيقه و عقاره سنين، فاحتلم بعد مضيّ سنه، فإن كان يظنّ أنّ الصبى لا يحتلم فى مثل تلك السنين - و ذلك ظنّ الناس أنّه لا يحتلم فى مثل تلك السنين - فاحتلم بعد مضيّ سنه، فلا فسخ له و جاز ذلك عليه؛ لأنّ الوصيّ إنّما صنع من ذلك ما يجوز له فى تلك الحال. و أمّا إن عقد عليه هذه الأشياء و هو يعلم أنّ الصبى يحتلم قبل ذلك، لا يجوز ذلك عليه(٥).

ص: ٤٠٨

١- (١) المبدع ٥: ٨٣.

٢- (٢) المغنى و الشرح الكبير ٦: ٤٤ و ٤٥.

٣- (٣) مختصر خليل الجندى: ١٤٨.

٤- (٤) المدوّنه الكبرى ٤: ٤٥٥.

٥- (٥) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٨٦١، المدوّنه الكبرى ٤: ٤٥٥، مواهب الجليل ٧: ٥٦٤، التاج و الإكليل ٧: ٥٦٥، حاشيه الخرشي

٧: ٢٧٢، الذخيره ٥: ٥٣٩.

إشاره

المشهور بين الفقهاء أنه يجوز لمن يتولّى أموال اليتيم - من الجدّ و الوصى و الحاكم و أمينه و عدول المؤمنين و غيرهم - أخذ الأجره منها، بشرط أن لا يكون بعمله متبرّعاً^(١)، بل الظاهر أنّ هذا الحكم فى الجملة متفقٌ بينهم و إن اختلفوا فى قدر ما يجوز الأخذ منها على أقوال.

و التحقيق فى هذه المسأله يستدعى أن يبحث عنها فى مقامين:

الأول: أن يكون المتولّى فقيراً.

الثانى: أن يكون المتولّى غنياً.

المقام الأول: أن يكون المتولّى فقيراً

إشاره

إذا كان المتولّى^(٢) فى أموال الطفل فقيراً، هل يجوز له أخذ أجره مثل عمله، أو يجوز له أن يأخذ بقدر كفايته، أو يجب عليه أن يأخذ أقلّ الأمرين من الأجره و الكفايه، فيه ثلاثه أقوال:

الأول: أنه يجوز أن يأخذ قدر كفايته، و هو قول الشيخ رحمه الله فى النهايه، حيث قال: «لا يجوز التصرف فى أموال اليتامى إلا لمن كان ولياً لهم... فمن كان ولياً يقوم بأمرهم و بجمع أموالهم و سدّ خلّاتهم و جمع غلّاتهم و مراعاة مواشيهم، جاز له حينئذٍ أن يأخذ من أموالهم قدر كفايته و حاجته من غير إسرافٍ و لا تفريط»^(٣).

ص: ٤٠٩

١- (١) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٧.

٢- (٢) و المراد بالمتولّى لمال اليتيم من له عليه ولايه شرعيه؛ سواء كان بالأصالة كالأب و الجدّ، أم لا كالوصى. مسالك الأفهام ٢٧٥: ٦.

٣- (٣) النهايه للطوسى: ٣٦١.

و جعله أحد الأقوال في التبيان (١). و اختاره في الوسيله (٢).

و يدل عليه ظاهر قوله - تعالى - : (وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) ٣

و المعروف ما لا إسراف فيه و لا تقتير.

جاء في السرائر: «و الذى يقوى فى نفسى أن له قدر كفايته كيف ما دارت القضية، لقوله - تعالى - : (فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) فالتلزم (٣) بظاهر التنزيل، هو الواجب دون ما سواه؛ لأنه المعلوم، و ما عداه إذا لم يقم عليه دليل مضمون» (٤).

و يرد عليه أولاً: أن معنى الكفايه غير مضبوط و لا معروف، و لم يذكر له ضابطه معينه؛ لأن الكفايه تختلف بحسب الأشخاص و الحالات و الأزمنه و الأماكن.

قال المحدث الكاشانى: «و قيل: أقلّ الأمرين من الأجره و الكفايه، و هو حسن لو كان للكفايه معنى مضبوط، و لكنّه مجمل (٥) جداً» (٦). و كذا فى المسالك (٧).

و ثانياً: هذا الحكم على إطلاقه غير تام، لأن العمل ربما كان قليلاً و الحاجه كثيره، فيؤدى إلى الإضرار باليتيم.

و ثالثاً: هل المراد بالكفايه ما يكفيه لنفسه (٨) و عياله، أو يقتصر على نفسه

ص: ٤١٠

١- (١) تفسير التبيان ٣: ١١٩.

٢- (٢) الوسيله لابن حمزه: ٢٧٩.

٣- (٣) و فى المختلف ٥: ٦٤ «فالملتزم بظاهر التنزيل» و فى هامش المصدر: الالتزام، و هو الأنسب ظاهراً، كما أن فى المصدر: «كيف ما دارت القصه». و لعلّ الأنسب ما أثبتناه فى المتن.

٤- (٤) السرائر ٢: ٢١١.

٥- (٥) لا إجمال فى الكفايه بعد كونها منوطه بالمعروف، و هو فى كلّ عمل أو مال بحسبه. م ج ف.

٦- (٦) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٨.

٧- (٧) مسالك الافهام ٦: ٢٧٦.

٨- (٨) إذا كان المعروف بحسب المال و العمل، فلا يلاحظ فيه ما عداهما. م ج ف.

خاصّة، فيه أيضاً إجمال.

و رابعاً: قد يكون المال و العمل قليلين، كلبن شاه إذا حلبها، فلو أكل بقدر كفافه منه يلزم أن يكون قد أكل كلّه، و هو غير جائز قطعاً. و يظهر ذلك من خبر أبي الصباح الكناني؛ لأنّ في ذيله:

«فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً»^(١).

قال في مفتاح الكرامه: «و لعلّ معناه أنّه يأخذ اجره مثل ذلك، أو أنّ مثل ذلك لا اجره له عرفاً»^(٢).

القول الثاني: أن يأخذ أقلّ الأمرين من الأجره و الكفایه.

فإن كانت الكفایه أقلّ من اجره المثل، فله قدر الكفایه دون اجره المثل، و إن كانت اجره المثل أقلّ من الكفایه، فله اجره المثل دون الكفایه.

قال في المبسوط: «الوليّ إذا كان فقيراً جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقلّ الأمرين من كفايته أو أجره مثله، و لا- يجب عليه قضاؤه»^(٣). و كذا في الخلاف^(٤)

و به قال الشهيد في الروضه^(٥).

و قال العلّامه في التذكرة: «و إن كان فقيراً جاز أن يأخذ إجماعاً، و في قدره خلاف، الأقرب أن يقول يستحقّ اجره المثل... لكن يستحبّ له أن يأخذ أقلّ الأمرين»^(٦). و في جامع المقاصد: و هو الأصحّ^(٧). و في التنقيح الرائع^(٨)

ص: ٤١١

١- (١) وسائل الشيعه ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٥: ٢٤٥.

٣- (٣) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٣.

٤- (٤) الخلاف ٣: ١٧٩ مسألة ٢٩٥.

٥- (٥) الروضه البهيّته ٥: ٨٠.

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.

٧- (٧) جامع المقاصد ٥: ١٨٨ و ٣٠٢/١١.

٨- (٨) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

و كثر العرفان(١): و هو أولى؛ لأنه أحسن.

و فى كشف الرموز هو أحسن الأقوال و أجود من التهجم على أموال اليتامى(٢).

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم، بأن الكفايه إن كانت أقل من الأجره؛ فإنه مع حصولها يصير غنياً. و من كان غنياً يجب عليه الاستعفاف؛ لظاهر قوله - تعالى - (٣): (وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ) ٤ و الأمر للوجوب، فيجب عليه الاستعفاف عن بقية الأجره، و أما إذا كانت أجره المثل أقل؛ فإنما يستحقّ عوض عمله، فلا يحلّ له أخذ ما زاد عليه(٤).

و يرد عليه بأن المراد من الأكل فى الآية إن كان معناه الحقيقى - أى بلع الطعام بعد مضغه(٥) و جعله مختصاً بالولى، بأن يأكل هو بمقدار قوته و لا- يتعدى إلى عياله - فلا منافاه بين الفقر و حصول الكفايه منه بهذا المعنى؛ لأن حصول القوت يحتاج معه إلى بقية مئونه السنه من نفقه و كسوه و مسكن و غيرها، حتى يتحقّق ارتفاع الفقر، و حينئذٍ فقولهم - فى الاستدلال لثبوت أقلّ الأمرين: إنه مع حصول الكفايه يكون غنياً، فيجب عليه الاستعفاف عن بقية الأجره - غير صحيح.

و إن كان المراد بالأكل مطلق التصرف و الأخذ؛ لأن الأكل يستعمل كثيراً فيما هو أعمّ من المعنى الحقيقى، كما هو المراد من قوله - تعالى -: (وَ لَا تَأْكُلُوها إِسْرَافًا)

ص: ٤١٢

١- (١) كثر العرفان ٢: ١٠٥.

٢- (٢) كشف الرموز ٢: ٨١.

٣- (٣) و الظاهر أنّ الآية تدلّ على من كان غنياً قبل أخذ الأجره أو مقدار الكفايه. و عليه: فلا مجال للاستدلال بها، فتدبر. م ج ف.

٤- (٤) اقتباس من الروضه البهيّه ٥: ٨٠ و جامع المقاصد ١١: ٣٠٢.

٥- (٥) مجمع البحرين ١: ٥٦؛ لسان العرب ١: ٨٨ مادّه أكل.

وَبِدَاراً) ١، (وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) ٢. (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا) ٣ وغير ذلك، فقيده «المعروف» من ذلك غير واضح المراد حتى يعتبر أقلّ الأمرين و يجب الاقتصار عليه؛ لأنّ التصرف على هذا الوجه يختلف باختلاف الأشخاص والحاجه.

فعلى كلا- المعنيين للأكل لا- يتم الاستدلال بهذه الآيه للقول بأنه يجوز أقلّ الأمرين؛ لأنّ العمل ربما كان قليلاً والقوت كثيراً، فيؤدّي إلى الإضرار باليتيم، كما أشار إلى بعض ذلك في المسالك (١) والجواهر (٢).

القول الثالث: وهو أجود الأقوال وأصحّها - أن يأخذ أجره مثل عمله.

اختاره الشيخ في موضع من النهايه، فقال: «و المتولّى لأموال اليتامى و القيم بأموالهم، يستحقّ أجره مثله فيما يقوم به من مالهم من غير زياده و لا نقصان، فإن نقص نفسه كان له في ذلك فضل و ثواب، و إن لم يفعل كان له المطالبه باستيفاء حقه من أجره المثل. فأما الزيادة فلا يجوز له أخذها على حال» (٣).

و اختاره الكيدري (٤) و المحقق (٥).

و قال العلامة في التحرير: «و يجوز لمن يتولّى أموال اليتامى أن يأخذ أجره

ص: ٤١٣

١- (٤) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٦ مع تصرف يسير.

٢- (٥) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٣.

٣- (٦) النهايه للطوسي: ٣٦٢.

٤- (٧) إصباح الشيعه: ٢٩٧.

٥- (٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٨، المختصر النافع: ١٩١.

المثل عن نظره في ماله»(١). وكذا في التذكرة(٢) والقواعد(٣). و به قال أيضاً الشهيدان(٤).

و في تفسير مجمع البيان قوله - تعالى :- (وَ لَا تَأْكُلُوها إِسْرَافًا) ٥. «معناه لا تأكلوا من مال اليتيم فوق ما يحتاجون إليه؛ فإنّ لوليّ اليتيم أن يتناول من ماله قدر القوت إذا كان محتاجاً على وجه الأجره على عمله في مال اليتيم - إلى أن قال: - و الظاهر في روايات أصحابنا أنّ له أجره المثل؛ سواء كان قدر كفايته أو لم يكن»(٥).

و كذا اختاره المحقق العاملي(٦) و المحقق الأردبيلي(٧) و صاحب الرياض(٨)

و الجواهر(٩). و به قال أيضاً جمع من فقهاء العصر(١٠).

أدله جواز أخذ الولي أجره المثل

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم بوجوه:

ص: ٤١٤

- ١- (١) تحرير الأحكام الشرعيّه ٣: ٣٨٢.
- ٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.
- ٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٧.
- ٤- (٤) الدروس الشرعيّه ٢: ٣٢٧، اللمعة الدمشقيّه: ١٠٧، مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.
- ٥- (٥) مجمع البيان ٣: ١٩-٢٠.
- ٦- (٦) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٢.
- ٧- (٧) زبده البيان ٢: ٦١٢.
- ٨- (٨) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.
- ٩- (٩) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٠.
- ١٠- (١٠) مهذب الأحكام ٢٢: ٢٢٧، منهاج الصالحين للسيد الخوئي، المعاملات ٢: ٢٢٢، وسيله النجاه ٢: ١٥١، تحرير الوسيله ٢: ٩٤، مسأله ٥٩، تفصيل الشريعه، كتاب الوقف و الصدقه و الوصيه: ٢٠٠، مباني منهاج الصالحين ٩: ٣٥٣.

الأول: الظاهر من الأكل بالمعروف في قوله - تعالى -: (فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) ١

هو أخذ اجره المثل كما هو مقتضى القاعده أيضاً.

قال في الجواهر: «نعم، أعلى أفراد الأكل بالمعروف شرعاً و عرفاً اجره المثل، فإن نقص عنها زاد في المعروف و قد أحسن إلى اليتيم، بل إن لم يأخذ شيئاً فقد زاد في الإحسان و لم يكن من الأكل بالمعروف، الذي قد رخص فيه في مقابله العمل للفقير... فالمراد حينئذٍ أنّ الفقير إن أراد الأكل فلا- يأكل إلاّ بالمعروف، و هو أن يكون في مقابله عمل له في مال اليتيم، و أن لا يزيد على اجره المثل، و كلّما نقص عن ذلك فهو من المعروف، بل لعلّ ذلك هو المراد من النصوص»(١).

و في مفتاح الكرامه: «فالمعروف في الشرع و العرف اجره عمله الذي هو حفظ الأولاد و الأموال، فلا يجوز له إلاّ ذلك المقدار فيأخذه، و إن كان زائداً عمّا يحتاج إليه من سدّ الخله»(٢).

الثاني: الإجماع كما ادّعاه في التذكرة(٣) و مفتاح الكرامه(٤) و مهذب الأحكام(٥). و في الرياض: «لا خلاف فيه»(٦).

نقول: لا اعتبار بهذا الإجماع؛ لأنّ النصوص التي سنذكرها قريباً كانت مدرّكاً له، مضافاً إلى أنه لا يمكن إثباته مع ذهاب جمع من الفقهاء على خلافه.

ص: ٤١٥

١- (٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٩.

٢- (٣) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٤.

٣- (٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.

٤- (٥) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٢.

٥- (٦) مهذب الأحكام ٢٢: ٢٢٧.

٦- (٧) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.

الثالث: أصاله احترام العمل(١).

قال فى المختلف: «و الوجه عندى أنّ له اجره المثل؛ سواء كان غنيّاً أو فقيراً - إلى أن قال: لنا: أنّه فعل تصحّ المعاوضه عليه، فاستحقّ فاعله الأجره إذا لم يتبرّع»(٢).

و فى الرياض: «لأنّه عمل محترم غير متبرّع به، فكان له اجره مثله»(٣). و كذا فى جامع المقاصد(٤).

و قال فى تفصيل الشريعه: «و ذلك؛ لأنّ عمل المسلم محترم و له أجر فيما إذا كان بأمر من له الأمر، و إن كان الأحوط الأولى للغنى غير المحتاج عدم الاستفاده من مال اليتيم، الذى جعل أكله ظلماً أكلاً»(٥) فى بطونهم النار فى الكتاب العزيز(٦).

و هو يدلّ على كمال مراقبه مال اليتيم و لزوم التحفّظ و الاجتناب منه»(٧).

الرابع: السيره كما ادّعه فى المهذب(٨).

الخامس: النصوص:

ص: ٤١٦

١- (١) الظاهر أنّه لا مجال للاستدلال بهذا الدليل؛ فإنّ مقتضاه استحقاق الأجره من دون أن يشترط بالفقر؛ بمعنى أنّ هذا الدليل يدلّ على الاستحقاق حتّى فى صوره الغناء، مع أنّه مخالف لصريح الآيه الشريفيه، إلّا أن يقال: إنّ الاستعفاف مستحبّ و ليس بواجب، و هذا بقرينه المقابله؛ بمعنى أنّ قوله - تعالى -: «فَلْيَأْكُلْ» لا- يدلّ على الوجوب، مضافاً إلى أنّ الإعاده قرينه على الاستحباب كما سيأتى إن شاء الله. م ج ف.

٢- (٢) مختلف الشيعه ٥: ٦٥.

٣- (٣) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.

٤- (٤) جامع المقاصد ١١: ٣٠٢.

٥- (٥) هكذا فى المصدر، و الأنسب أكلاً للنار فى بطونهم.

٦- (٦) سورة النساء ٤: ١٠.

٧- (٧) تفصيل الشريعه، كتاب الوصيه: ٢٠٠.

٨- (٨) مهذب الأحكام ٢٢: ٢٢٢.

١ - خبر هشام بن الحكم أو صحيحه على قول (١)

قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عمّن تولّى مال اليتيم ما له أن يأكل منه؟ فقال: «ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم، فليأكل بقدر ذلك» (٢). و دلالتها على المقصود صريحه.

٢ - خبر

أبي الصباح الكناني أو صحيحه، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله - عزّ وجلّ -: (وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) (٣) فقال: «ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشه، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً» الحديث (٣).

٣ - موثقه

سماعه، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله - عزّ وجلّ -: (وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) قال: «من كان يلي شيئاً لليتامى و هو محتاج ليس له ما

ص: ٤١٧

١- (١) لأنه ليس في السند من لم يغمض عنه إلاّ على بن السندي، و وثقه الكشّي، حيث إنّه عنون «عليّ بن إسماعيل» ثمّ قال: نصر بن صباح قال: علي بن إسماعيل ثقّه و هو علي بن سندي، رجال الكشّي: ٥٩٨. و قال الفاضل الخراساني في ذخيره المعاد: ٥٢ في حكم من وجد على جسده أو ثوبه المختصّ متياً: و ما رواه الشيخ عن أبي بصير في القوى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يصيب بثوبه متياً... الحديث، وسائل الشيعة ١: ٤٨٠ الباب ١٠ من أبواب الجنابه ح ٣، مع أنّه وقع في سند هذا الحديث علي بن السندي. و قال المحقّق الفقيه القمّي: و خصوص روايه هشام بن الحكم... و الظاهر أنّها صحيحه؛ لأنّه ليس في السند من يتأمّل فيه إلاّ علي بن السندي، و الظاهر أنّه علي بن إسماعيل بن عيسى بن فرج السندي أو السري، كما حقّقه شيخنا رحمه الله في تعليقه الرجاليّه - «منهج المقال» الرجال الكبير «و معه تعليقات للبههاني: ٢٣٤» الطبعة الحجرية. و هو ثقّه - و كذا ظاهر ما حكى عن الذخيره من أنّه حسن كالصحيح، جامع الشتات ٢: ٤٧٥. و في الرجال الكبير: ٢٢٦ علي بن إسماعيل، نصر بن الصباح قال: علي بن إسماعيل ثقّه؛ و هو علي بن سندي، فلقّب إسماعيل بالسندي، و في الكشّي السدي بدل السندي. و قال الأسترابادي في موضع آخر: و الظاهر اتّحاد الكلّ، رجال الكبير: ٢٣٣.

٢- (٢) تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٣ ح ٩٦٠، و وسائل الشيعة ١٢: ١٨٦ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٥.

٣- (٤) و وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

يقيمه فهو يتقاضى أموالهم و يقوم في ضيعتهم، فليأكل بقدر و لا يسرف، و إن كانت ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج بنفسه فلا يرزأَن (١) من أموالهم شيئاً» (٢).

٤ - صحيحه

عبد الله بن سنان قال: سُئِلَ أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن القيم لليتامى في الشراء لهم و البيع فيما يصلحهم، أله أن يأكل من أموالهم؟ فقال: «لا- بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله - تعالى - في كتابه: (وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَ لَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسِّرْ تَعْفُفٌ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) (٣) هو القوت، و إنما عنى فليأكل بالمعروف الوصى لهم و القيم في أموالهم ما يصلحهم» (٤).

٥ - موثقه

حنان بن سدير قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: «سألني عيسى ابن موسى عن القيم للآيتام في الإبل و ما يحل له منها، فقلت له: إذا لاط (٥) حوضها و طلب ضالتها و هنا (٦) جرباها (٧)، فله أن يصيب من لبنها في غير نهك لضرع، و لا فساد لنسل» (٨).

٦ -

ما رواه محمد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل بيده

ص: ٤١٨

- ١- (١) رزأه ماله: أصاب منه شيئاً فنقصه، المعجم الوسيط: ٣٤٠.
- ٢- (٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥، الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.
- ٣- (٣) سورة النساء ٤: ٦.
- ٤- (٤) تهذيب الأحكام ٩: ٢٤٤، ح ٤٢.
- ٥- (٥) لُطَّت الحوض بالطين لوطاً، أى ملطته به و طيئته، الصحاح للجوهري ٢: ٩٠٢، مادّه لوط.
- ٦- (٦) هنأت البعير: إذا طليته بالقطران و القطران دواء للجرب، الصحاح ١: ٨٤.
- ٧- (٧) الجَرَب بالتحريك: داءٌ معروف، يقال جرب البعير جَرَباً من باب تعب... و ناقه جرباء، مجمع البحرين ١: ٢٨١، مادّه جرب.
- ٨- (٨) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥، الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

ماشيه لابن أخ له يتيم فى حجره، أ يخلط أمرها بأمر ماشيته؟ قال: «إن كان يلبط حوضها و يقوم على مهنتها و يردّ نادتها، فيشرب من ألبانها غير منهك للحلاب، و لا مضرّ بالولد»^(١).

٧ - الأخبار المرويّه فى تفسير العياشى^(٢)؛ لأنّ صريح بعضها:

أنّ الرجل يحبس نفسه فى أموالهم و يقوم فى ضيعتهم و يشغل نفسه عن طلب المعيشه فلا يحترث لنفسه، فليأكل بالمعروف من مالهم. و نقل فى الوسائل

«فلا يحترف لنفسه»^(٣).

فالظاهر من النصوص أنّ للولّى أكل ما هو المعروف من مال اليتيم. و الأكل بالمعروف - كما بيناه سابقاً - هو اجره المثل، بمعنى أنّه يجوز أن يأكل الولّى فى مقابل ما عمل فى مال اليتيم، و أن لا يزيد على اجره المثل، و كلّما نقص عن ذلك فهو من المعروف كما فى الجواهر^(٤).

ثمّ إنّّه يظهر^(٥) من بعض النصوص المتقدّمه خلاف المدعى، و أنّ له أكل القوت فقط، كصحيحه عبد الله بن سنان^(٦). و المستفاد من بعض الآخر: أنّه إذا كان فقيراً و ليس له ما يقيمه يجوز له الأخذ بالمقدار الذى يقيمه، كموثقه سماعه^(٧)

و مقتضى

ص: ٤١٩

١- (١) نفس المصدر، ح ٦.

٢- (٢) تفسير العياشى ١: ٢٢١-٢٢٢ ح ٢٩-٣٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢: ١٨٧ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ١٠.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٩.

٥- (٥) و الحقّ المستفاد من الروايات أنّ له اجره مثل عمله؛ سواء كانت زائده على قدر الكفايه أم لا، و المقصود من المعروف فى الآيه بقرينه الروايات هو اجره المثل، و بعبارته اخرى: صحيحه هشام بن الحكم صريحه فى اجره المثل، و بها يتصرّف فى بقيه الروايات الوارده حتّى التعبير بالقوت؛ فإنّه و إن كان ظاهراً فى مقدار كان موجباً لحفظ الولّى و عدم تلفه، و لكن يؤوّل بأجره المثل. م ج ف.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٢: ١٨٤ و ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

٧- (٧) نفس المصدر.

إطلاقها الجواز حتى في صورته كون المقدار المذكور أكثر من أجره المثل، فيقع التعارض بينهما.

فيمكن أن يقال بأنّ الترجيح مع موثقه سماعه، لكونها موافقه للكتاب فيؤخذ بها، وإن أبيت عن هذا الجمع نقول: يقع التعارض و بعد التساقط يرجع إلى إطلاق الكتاب.

و بالجملة: فالمستفاد من مجموع الأدلّه (١) أنّه يجوز للولي أن يأخذ من مال اليتيم بالنحو المعروف، و المقدار المعروف - على ما بينا - ما لا إسراف فيه و لا تقتير، و هو الحدّ الأوسط، أي أجره المثل، بل يستفاد المدعى من موثقه سماعه أيضاً، حيث قيد الجواز بعدم السرف، بل يمكن أن يُقال: إنّ هذا هو المتفاهم العرفي عند إطلاق هذا اللفظ.

نعم، لو لم يكن لفعله أجره في العاده، كوضع الدراهم و الدينانير عنده، أو كان المال قليلاً غير محتاج إلى عمل له أجره يعتدّ بها عرفاً، لم يأخذ شيئاً كما في الجواهر (٢) و مفتاح الكرامه (٣). و كما يظهر ذلك من ذيل روايه الكناني، حيث قال:

«فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً» (٤).

و كذا ذيل روايه أبي بصير، حيث قال عليه السلام:

«ليس له ذلك في الدينانير و الدراهم التي عنده موضوعه» (٥).

ص: ٤٢٠

١- (١) و التحقيق أنّ المستفاد من مجموع الآيات و الروايات جواز أخذ الولي شيئاً ما، فيما إذا كان فقيراً، و هذا المقدار يكون أقلّ من أجره المثل غالباً بل دائماً، و لا فرق في الجواز بين قصد التبرّع و عدمه. م ج ف.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٣.

٣- (٣) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٣.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

٥- (٥) نفس المصدر ١٢: ١٨٧ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩.

المقام الثاني: أن يكون الولي غنياً

و أما إذا كان ولي الصبي غنياً هل يستحق الأجره أم لا؟ فيه قولان:

القول الأول: أنه لا يجوز له أخذ شيء من مال الصبي في مقابل إداره أمواله.

ففي المبسوط: «الولي إذا كان فقيراً جاز له أن يأكل من مال اليتيم»(١).

وقال ابن إدريس: «فأما إن كان غنياً، فلا يجوز له أخذ شيء من أموالهم»(٢).

وفي المسالك: «أما لو كان غنياً، فالأقوى وجوب استعفافه مطلقاً»(٣).

و به قال السيوري(٤) و المحقق الثاني(٥) و المحدث الكاشاني(٦) و المحقق الأردبيلي(٧) و صاحب الرياض(٨) و كذا هو ظاهر

المختصر النافع(٩) و كشف الرموز(١٠) و اللمعه(١١) و غيرها(١٢).

و استدلل للحكم المذكور بوجوه:

الأول: ظاهر قوله - تعالى - : (وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ) (١٣)؛ لأن الأمر

ص: ٤٢١

١- (١) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٣.

٢- (٢) السرائر ٢: ٢١١.

٣- (٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

٤- (٤) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

٥- (٥) جامع المقاصد ٥: ١٨٨ و ج ١١: ٣٠٢.

٦- (٦) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٩.

٧- (٧) زبده البيان ١-٢: ٦١١.

٨- (٨) رياض المسائل ٦: ٢٨٩.

٩- (٩) المختصر النافع: ١١٩.

١٠- (١٠) كشف الرموز ٢: ٨٠.

١١- (١١) اللمعه دمشقيته: ١٠٧.

١٢- (١٢) الروضه البهيه ٥: ٢٨٠.

١٣- (١٣) سوره النساء ٤: ٦.

للوّجوب، كما فى المبسوط (١) و المسالك (٢) و جامع المقاصد (٣).

قال المحدث الكاشانى: «و الأقوى و جوب التعفّف؛ لظاهر الأمر فى الآيه» (٤).

الثانى: أصل عدم استباحه مال الغير إلّا بدليل، و لا يوجد هنا دليل كما فى التنقيح الرائع (٥).

و فى الرياض: «و أمّا مع غناه فالأحوط بل اللاّزم... أن لا يأخذ شيئاً، للأصل» (٦).

الثالث: موثقه

سماعه المتقدمه عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله - عزّ و جلّ -:

«وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ» (٧) قال: «من كان يلى شيئاً لليتامى و هو محتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى (٧) أموالهم و يقوم فى ضيعتهم، فليأكل بقدر و لا يسرف» الحديث (٨).

فقد قيّد الحكم بما إذا كان الولي محتاجاً.

المنافسه فى الاستدلال بالآيه

الآيه المباركه و إن كان ظاهرها يوهم اشتراط كون الولي فقيراً؛ لأنّ الأمر للوجوب، و لكن مادّه الاستعفاف تدلّ على الرجحان.

ص: ٤٢٢

١- (١) المبسوط للطوسى ٢: ١٦٣.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

٣- (٣) جامع المقاصد ٥: ١٨٨ و ج ١١: ٣٠٢.

٤- (٤) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٩.

٥- (٥) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

٦- (٦) رياض المسائل ٦: ٢٨٩.

٧- (٨) تقاضاه الدين قبضه منه، لسان العرب ٥: ٢٧٧.

٨- (٩) وسائل الشيعه ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.

قال العلامة في المختلف: «و قوله - تعالى -: (وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ) ١

لا إشعار فيه بالوجوب، بل يدل بمفهومه على الأولويّة»(١).

و في التذكرة: «الوليّ إن كان غنيًّا استحبّ له أن يستعفف عنه»(٢).

و جاء في المسالك: «حملوا الأمر بالاستعفاف على الاستحباب، و ادّعوا أنّ لفظ الاستعفاف مشعر به، و له وجه»(٣).

و في مفتاح الكرامه: «أنّه يستحبّ له التعفّف مع الغنيّ... لقريبه العقه الظاهره في الجواز»(٤).

و في الجواهر: «لكن الماده تشعر بالندب»(٥).

و لعلّ أنظار هؤلاء الأعلام - قدس الله أسرارهم - متّجهه إلى أنّ معنى الاستعفاف طلب العفاف، كما ورد في الحديث

«أفضل العباده العفاف»(٦).

و في مجمع البحرين: «العفاف - بفتح العين - و التعفّف: كفّ النفس عن المحرّمات و عن سؤال الناس... الاستعفاف طلب

العفاف»(٧). و كذا في النهايه لابن الأثير(٨). و لا شك أنّ طلب العفاف ليس بواجب بل هو مستحبّ.

ص: ٤٢٣

١- (٢) مختلف الشيعة ٥: ٦٥.

٢- (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.

٣- (٤) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

٤- (٥) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٢.

٥- (٦) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٩.

٦- (٧) الكافي ٢: ٧٩، ح ٣.

٧- (٨) مجمع البحرين ٢: ١٢٣٨ عفف.

٨- (٩) النهايه لابن الأثير ٣: ٢٦٤.

و لذا قال المحقق القمي: «معنى الاستعفاف كَفَّ النفس أو استعداد النفس لترك شيء، ولا شك أن الذي يجب على الإنسان ترك الحرام. و أما استعداد النفس لترك الحرام فهو مستحب».

ثم قال قدس سره: «و في قوله - تعالى - : (وَلَيْسَ تَعْفِفُ) ينافى مدلول المادّه مع الهيئه و تقديم المادّه على الهيئه أولى، فيحمل الأمر على الاستحباب» (١). فلا تدلّ الآية على اشتراط الفقر.

و يؤيده ما في الكشاف من أن معنى (وَلَيْسَ تَعْفِفُ) ٢ أى ليجتهد في العفّه و ظلف النفس (٢)، كأن المستعفّ طالب من نفسه العفاف و حاملها عليه (٣).

و كذا ما في كنز العرفان «(وَلَيْسَ تَعْفِفُ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا) أى إن كان الفقير يخاف زياده الفقر بالنكاح، فليجتهد في قمع الشهوه و طلب العفّه بالرياضه لتسكين شهوته» (٤).

المناقشه في الاستدلال بالموثقه

و يرد على الاستدلال بموثقه سماعه: أن فيها تقييداً بكون الولي محتاجاً و ليس له ما يقيمه.

و بأن لفظ «محتاج» الوارد في الموثقه و كذا لفظ «فقيراً» الذي ورد في الآية

ص: ٤٢٤

١- (١) جامع الشتات ٢: ٤٧٧.

٢- (٣) ظلف نفسه عن الشيء أى منعها. و ظلفت نفسى عن كذا أى كفت، الصحاح ٢: ١٠٧٠.

٣- (٤) الكشاف ٣: ٢٣٧.

٤- (٥) كنز العرفان ٢: ١٣٨.

المباركة ليس معناها الفقر الشرعي (١)، بل الظاهر (٢) أن المراد منهما في الآية و الموثقة من كان مشغلاً بإصلاح أموال الصبي أو اليتيم، و كانت أوقاته مستغرقة في تدبير شئونه بحيث يشغله ذلك عن تحصيل معيشته و الاشتغال لنفسه، و يدل على ذلك صريحاً قوله عليه السلام في الموثقة:

«و إن كانت ضيعتهم لا تشغله عما يعالج بنفسه فلا يرزأَنَّ (٣) من أموالهم شيئاً» (٤).

و هكذا يستفاد هذا المعنى من الروايات الكثيره الواردة عنهم عليهم السلام في بيان معنى الآية الكريمة التي فيها المعتبره، مثل قوله عليه السلام في خبر أبي الصباح الكناني المتقدمه:

«ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشه، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم» (٥).

و الأخبار الواردة في تفسير العياشي، مثل

ما رواه أبو اسامه، عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله - تعالى - : (فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) فقال: ذلك رجل يحبس نفسه على أموال اليتامى فيقوم لهم فيها و يقوم لهم عليها، فقد شغل نفسه عن طلب المعيشه، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح أموالهم» الحديث (٦)

ص: ٤٢٥

١- (١) الفقير في الاصطلاح: هو الذي لا يملك قوت سنته لا فعلاً و لا قوّة، القاموس الفقهى: ١٦٠، أو هو من لم يملك مئونه نفسه و عياله الواجبي النفقه مقدار سنه كامله، القواعد الفقهيه للمحقق البجنوردى ٦: ٣٧٢.

٢- (٢) الظاهر أن المستفاد من الموثقة قيدان: الاحتياج، و عدم وجود شيء يقيمه، و ليس الثاني تفسيراً للأول. هذا، مضافاً إلى أن استغراق الأوقات في تدبير شئونه لا يستفاد من الروايات جداً. نعم، قد ورد التعبير بأنه قد شغل نفسه عن طلب المعيشه، و لكنه لا يدل على ذلك؛ فتدبر. م ج ف.

٣- (٣) أى فلا يصيب.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٢: ١٨٦ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.

٥- (٥) نفس المصدر ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

٦- (٦) تفسير العياشي ١: ٢٢١ ح ٢٩، البرهان ١: ٣٤٤ ح ١٤.

و كذا ما رواه أبو بصير، عنه عليه السلام (١).

و ما رواه زراره، عن أبي جعفر عليه السلام (٢).

و ما رواه زراره و محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام ٣.

و هكذا صححه عبد الله بن سنان المتقدمه التي رواها الشيخ في التهذيب

بإسناده عن الحسن بن محبوب قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام - و أنا حاضر - عن القيم لليتامى في الشراء لهم و البيع فيما يصلحهم، أله أن يأكل من أموالهم؟ فقال: «لا- بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله - تعالى - في كتابه» الحديث (٣).

و الحاصل: أنه إذا تأملت ما تقدم من النصوص الكثيره التي اختلفت ألفاظها، و لكنها اشتملت على معنى مشترك بينها، يحصل لك الاطمئنان بذلك القدر المشترك، و يصح أن يقال، إن جميع الأخبار المتقدمه مطلقه بالنسبه إلى الفقير و الغنى إلا موثقه سماعه؛ فإن فيها:

«من كان يلى شيئاً لليتامى و هو محتاج ليس له ما يقيمه... فليأكل بقدر و لا يسرف» و قد عرفت معنى المحتاج في هذه الموثقه.

و بالجمله: المتحصّل من الآيه الشريفه بضميمه - الروايات الوارده في تفسيرها - هو أنّ المتولّى لأمر الصغار إذا كان مشتغلاً بإصلاح أموالهم و تدبير شئونهم، بحيث يشغله ذلك عن كسبه و تحصيل معيشته و تدبير مال نفسه، فيجوز له أن يأخذ من أموالهم بالقدر المعروف؛ سواء كان غنياً أو فقيراً، و المقدر المعروف هو اجره المثل؛ لأنّ المراد بالأكل أعمّ من المعنى الحقيقي، فيشمل مطلق التصرف كالأخذ و التملك و غيرهما، كما أنّ المعروف ما عرف عند الناس. و بعبارة اخرى:

المعروف ما يكون عند العقلاء متعارفاً، و أخذ اجره المثل متعارف عندهم.

ص: ٤٢٦

١- (١) تفسير العياشى ١: ٢٢٢ ح ٣١ و ٣٢؛ وسائل الشيعه ١٢: ١٨٧ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩.

٢- ((٢، ٢) تفسير العياشى ١: ٢٢٢ ح ٣٢ و ٢٢٤ ح ٤٣؛ البرهان ١: ٣٤٤، ح ١٩.

٣- (٤) تهذيب الأحكام ٩: ٢٤٤ ح ٤٢، البرهان ١: ٣٤٤، ح ٨.

و أما إذا كان قادراً على كلا الأمرين، و هو يقدر على تحصيل معاشه و تدبير امور الصغار فيستحب له التعفف.

جواز أخذ الأجره

القول الثاني: - و هو الأقوى - أنه إذا كان المتولّي لأمر الصبي غنياً يجوز له أخذ الأجره، كما هو ظاهر النهايه (١) و الوسيله (٢) و إصباح الشيعه (٣)

و الشرائع (٤) و القواعد في موضعين (٥) و التحرير (٦).

و صرح بذلك في التذكره، فقال: «الولّي إمّا أن يكون غنياً أو فقيراً، فإن كان غنياً استحَبَّ له أن يستعفف عنه فلا يأكل منه شيئاً، عملاً بالآيه، و هل يسوغ له مع الاستغناء أخذ شيء من ماله؟ الأقرب ذلك على سبيل اجره المثل، و لا يأخذ زياده عليه» (٧).

و في مفتاح الكرامه: «و حقّه أن لا يفرّق في جواز الأخذ بين الغنيّ و الفقير؛ لأنّ محطّ نظره هو العمل دون الفقر...» (٨).

و كذا صرح بذلك في الجواهر (٩) و وسيله النجاه (١٠) و مهذب الأحكام (١١).

ص: ٤٢٧

- ١- (١) النهايه للطوسي: ٣٦١.
- ٢- (٢) الوسيله لابن حمزه: ٢٧٩.
- ٣- (٣) إصباح الشيعه: ٢٩٧.
- ٤- (٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٨.
- ٥- (٥) قواعد الاحكام ٢: ١٣٥-٥٦٧.
- ٦- (٦) تحرير الأحكام الشرعيه ٢: ٥٤٣.
- ٧- (٧) تذكره الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.
- ٨- (٨) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٢.
- ٩- (٩) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٠.
- ١٠- (١٠) وسيله النجاه ٢: ١٥١.
- ١١- (١١) مهذب الأحكام ٢٢: ٢٢٨.

و في المسالك(١): أن له وجه.

و يظهر هذا أيضاً من كلام السيّد المحقّق الخوئي في منهاج الصالحين(٢).

و لكن أشكال قدس سره في موضع آخر و قال: «إذا كان غنياً ففيه إشكال، و الأحوط الترك»(٣).

و قال في تحرير الوسيله: «يجوز للقيم الذي يتولّى امور اليتيم أن يأخذ من ماله اجره مثل عمله؛ سواء كان غنياً أو فقيراً، و إن كان الأحوط الأولى للأول التجنب»(٤). و كذا في تفصيل الشريعة(٥).

أدله جواز أخذ الأجره مع الغنى

و يمكن أن يستدلّ للقول الثاني بوجوه:

الأول: إطلاق الأخبار الواردة في هذا الباب، التي تقدّم ذكرها في المباحث السابقه.

الثاني: قاعده(٦) احترام عمل المسلم(٧)؛ و هي أن عمل المسلم محترم

ص: ٤٢٨

١- (١) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

٢- (٢) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٧.

٣- (٣) نفس المصدر ٢: ٢١١.

٤- (٤) تحرير الوسيله ٢: ١٠٢، كتاب الوصيه مسأله ٥٩.

٥- (٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيه: ٢٠٠.

٦- (٦) و في الاستدلال بهذه القاعده تأمّل جداً؛ فإنّ التصرّف في أموال اليتامى إنّما هو في مقابل جعل الولاية و من آثار الولاية، و ليست معاوضه في الواقع. م ج ف

٧- (٧) و في تحرير المجله: من أسباب الضمان احترام عمل المسلم، فمن عمل عملاً لمصلحتك مع الإذن من حاكم الشرع أو مطلقاً، أو أمرته بأن يعمل لك عملاً فقام، فليس معناه أنّه عمله مجاناً، بل عليك اجره المثل له؛ لأنّ عمل المسلم محترم إلاّ إذا قصد التبرّع، تحرير المجله ١: ٨٨. و الأصل في هذه القاعده قوله صلى الله عليه و آله: لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلاّ عن طيب نفس منه، و سائل الشيعة ٣: ٤٢٥ الباب ٣ من أبواب مكان المصلّى، ح ٣ مع اختلاف في اللفظ، و عوالي اللئالي ٢: ١١٣ ح ٣٠٩. و أنّ حرمة ماله كحرمة دمه، و سائل الشيعة ٨: ٥٩٩ الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشره، ح ٩. قال العلامة المحقّق الاصفهاني في حاشيه المكاسب ٢/ ٢٩٠: «و أمّا قاعده الاحترام، فتارة يستند فيها إلى قوله صلى الله عليه و آله: «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلاّ عن طيب نفسه» إمّا بدعوى أنّه لا يحلّ بلا عوض... و اخرى: يستند إلى قوله عليه السلام: «و حرمة ماله كحرمة دمه». و قال السيّد الفقيه الخوئي: إذا أمر أحد لعامل بإتيان عمل ذي اجره فعمله بدون قصد المجرّاتيه كان الأمر ضامناً للأجره، و ذلك لقاعده

الاحترام. وفيه ما لا يخفى: فإنّ معنى الاحترام عدم كون مال المسلم بمثابة المباحات الأصليّة بحيث لا حرمة لها، و يسوغ لأى أحد أن يستولى عليها و يستوفيها عن قهر و جبر، و أنّه لو أجبره على عمل استحقّ المجبور بدله و لزمه الخروج عن عهده. مستند العروه الوثقى، كتاب الإجاره: ٣٩٠-٣٩١.

و مأجور، فليؤدّ أجرته إذا لم يقصد به التبرّع (١). و هذا الاحترام بلحاظ رعايه سلطنه المسلم على عمله؛ و معنى احترام العمل هنا عدم جواز أمره بالعمل بلا جعل أجره له.

قال الشيخ الأعظم: «كلّ عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره و تحصيلاً لغرضه، فلا بدّ من أداء عوضه؛ لقاعدتي الاحترام و نفي الضرار» (٢) و كذا في تفصيل الشريعة (٣).

و في مهذّب الأحكام: «إنّ قاعده احترام العمل من القواعد النظامية المقرّره شرعاً المتقنه، لا تصلح للتقييد بمثل الآيه الكريمة المجمله من هذه الجهة، و كذا ما سيقّت مساقها من الأخبار كما لا يخفى على اولى الأبصار» (٤).

ص: ٤٢٩

-
- ١- (١) القواعد الفقيهيه للسيد كاظم المصطفوي: ٢٤.
 - ٢- (٢) المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ١٩٠.
 - ٣- (٣) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠٠.
 - ٤- (٤) مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٢٨.

الثالث: قاعده نفي الضرر (١)؛ لأن المنفى بالقاعده إما هو الحكم الضررى، أو المنفى بها هو الحكم بنفى موضوعه الضررى، و على كل حال أمر الشارع للولى و القيم بتولية أموال الصبى بلا- جعل عوض و اجره له إضرار (٢) بالولى و القيم؛ لأن الولى يصرف أوقاته بحفظ أموال الصبى و إصلاح اموره و تدبير شئونه، فإذا كان كل ذلك بلا عوض و اجره تضرر به، و هذا منفى بقاعده نفي الضرر.

كما أشار إلى ذلك فى المختلف (٣).

و قال المحقق الفقيه القمى رحمه الله فى جامع شتاته: «الاختلاف فى المسأله من جهه الاختلاف فى الأخبار و التفهم فى الآيات القرآنيه، و الأرجح عندى هو القول بثبوت اجره المثل مطلقاً (٤).

و الدليل على ذلك أنه عمل غير محرم و محترم و كان مأذوناً فيه، بل هو مطلوب الشارع و أمر به، فيستحق الولى الأجره؛ لأن المفروض أنه لم يقصد التبرع، و أيضاً لو لم نقل بالأجره يلزم الإضرار للولى؛ لأنه صرف أوقاته لأموال اليتيم من دون اجره و عوض... و لو لم يهتم بأموال الصغار يلزم الإضرار لليتيم، و الضرر منفى فى الإسلام (٥).

أمور هامه ينبغى ذكرها

الأول: قال فى الجواهر: «لا- ينبغى ترك الاحتياط فى هذه المسأله؛ لشده التأكيد كتاباً و سنه فى التجنب عن أموال اليتامى، خصوصاً بعد خبر رفاعه المروى

ص: ٤٣٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧: ٣٤٠ الباب ١٢ من كتاب إحياء الموات، ح ٣ و ٤ و ٥.

٢- (٢) إضرار بهما فى صورته الفقر دون الغنى. م ج ف.

٣- (٣) مختلف الشيعه ٥: ٦٥.

٤- (٤) أى سواء كان الولى فقيراً أو غنياً.

٥- (٥) جامع الشتات ٢: ٤٧٤.

عن تفسير العياشى،

عن أبي عبد الله عليه السلام فى قوله - تعالى - : (فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ)

قال: كان أبى يقول: إنها منسوخه (١).

بل عن مجمع البيان، عن جماعه من أهل السنّه تفسيرها بأخذ قدر الحاجه من مال اليتيم على جهه القرض ثم يردّ عليه ما أخذ إذا وجد، قال: هو المروى عن الباقر عليه السلام (٢).

و إن كان الثابت عندنا خلافهما كما تقدّم (٣).

الثانى: قال فى القواعد: «يجوز أن يجعل للوصى جعلاً، و لو لم يجعل جاز له أخذ اجره المثل عن نظره فى ماله» (٤)، و كذا فى التحرير (٥)، و الدروس (٦)

و فى المختصر النافع: «إذا أذن له فى الوصيه جاز» (٧).

و قال المحقق الثانى: «لا ريب فى جواز بذل جعل للوصى على عمله كما فى الوصايه... فلو لم يجعل له فتوى امور الأطفال و قام بمصالحهم كان له أن يأخذ عن تصرّفه عوضاً» (٨).

و به قال فى مفتاح الكرامه (٩).

و يدلّ عليه ما تقدّم من الأدلّه. هذا مع تيه أخذ العوض بعمله. و هكذا لو ذهل

ص: ٤٣١

١- (١) تفسير العياشى ١: ٢٢٢ ح ٣٣.

٢- (٢) مجمع البيان ٣: ٢٠.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤١.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٧.

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيّه ٣: ٣٨٢.

٦- (٦) الدروس الشرعيّه ٢: ٣٢٧.

٧- (٧) المختصر النافع: ٢٦٦.

٨- (٨) جامع المقاصد ١١: ٣٠١.

٩- (٩) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٢.

عن القصد فالظاهر جواز الأخذ؛ لأنه مأمور بالعمل من الشارع فيستحق عوضه.

و أما لو نوى التبرع بعمله لم يكن له أخذ شيء مطلقاً، كما في المسالك (١).

و في الرياض: «بشرط أن لا يكون بعمله متبرعاً (٢)»، و كذا في مفاتيح الشرائع (٣) و الجواهر (٤).

و هكذا لم يجز للوصي أخذ شيء من أموال الأيتام، إذا عيّن الموصي مقدار المال الموصى به و طبقه على مصرفه المعين المقدّر، بحيث لم يُبق شيئاً لأجره الوصي و استلزم أخذ الأجره إّما الزيادة عن المال الموصى به، أو النقصان في مقدار المصرف، كما إذا أوصى بأن يصرف ثلثه، أو عيناً معيناً من تركته أو مقداراً من المال، كألف درهم في استئجار عشرين سنة عباده كلّ سنه كذا مقداراً، و قد ساوى المال مع المصرف كما في الوسيله (٥) للسيد الفقيه الاصفهاني. و كذا في تحريرها (٦). و في تفصيل الشريعة في شرح كلام الماتن: «لم يجز له أن يأخذ الأجره - و لو اجره المثل - لنفسه؛ لأنه بقبوله الوصيه الكذائيه، أو بعدم ردّها مع الإمكان، كأنه تبرع بإجراء الوصيه و تنفيذها و عدم أخذ الأجره أصلاً» (٧).

الثالث: قال السيوري: «إذا جعل الموصي للوصي شيئاً لحقّ سعيه، فإن كان اجره مثله من غير زياده صحّ بلا خلاف. و إن زاد، فإن خرجت الزيادة من الثلث

ص: ٤٣٢

- ١- (١) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٨.
- ٢- (٢) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.
- ٣- (٣) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٨.
- ٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٠.
- ٥- (٥) وسيله النجاه ٢: ١٥١-١٥٢.
- ٦- (٦) تحرير الوسيله ٢: ١٠٢ مسألة ٥٩.
- ٧- (٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيه: ٢٠١.

صح أيضاً، وإلا اعتبرت إجازة الوارث»(١). وكذا في الجواهر(٢) و الرياض(٣).

الرابع: في مفتاح الكرامه: هذا النزاع في الولي الذي لم يكن أميناً للحاكم كالأب و الجدّ و الوصي و غيرها. و أمّا من يجعله الحاكم أميناً فيمكن أن يكون له أخذ أجره المثل و إن كان غنياً، و يجوز للحاكم أن يعين له ذلك إذا لم يوجد المتبرّع(٤).

و في الجواهر: «ما لم يوجد المتبرّع الجامع للشرائط، فلا يجوز للحاكم مثلاً أن يجعل النظر إلى غيره ممّن يريد الأجره بلا مصلحه لليتيم»(٥).

آراء فقهاء أهل السنّه في جواز أخذ الأجره من مال الطفل:

اشتهر بينهم أنّه لا- يجوز للغني أخذ الأجره من مال الطفل، و للفقير أن يأكل بالمعروف من غير إسرافٍ. فنذكر كلماتهم في ذلك:

أ - الحنفية

جاء في بدائع الصنائع: «لا خلاف في أنّه - أي وليّ اليتيم - إذا كان غنياً لا يأكل لقوله - تعالى - : (وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ) ٦

فأمّا إذا كان فقيراً فهل له أن يأكل على سبيل الإباحه، أو ليس له أن يأكل إلاّ قرضاً، اختلف فيه الصحابه»(٦). فعندهم فيه قولان:

ص: ٤٣٣

١- (١) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤١.

٣- (٣) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.

٤- (٤) مفتاح الكرامه ٥: ٢٦٢، زبده البيان ٢: ٦١٢.

٥- (٥) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٧.

٦- (٦) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٢.

الأول: أنه يأكل على سبيل الإباحه، و استدلل له بظاهر قوله - تعالى - : (وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) ١ .

أطلق الله عز شأنه لوليّ اليتيم أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف، و هو الوسط من غير إسراف.

و بما روى أنّ رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال: لا أجد شيئاً و ليس لى مالٌ ولى يتيماً؟ قال: «كُلْ من مال يتيماً غير مسرفٍ و لا متأثِّلٍ»، قال: و أحسبه، قال:

«و لا تقى مالك بماله» (١)(٢).

و به قال فى أحكام الصغار (٣).

و فى مختصر اختلاف العلماء: «و يستقرض الوصى من مال اليتيم إذا احتاج إليه ثم يقضيه، و يأكل الوصى من مال اليتيم بقدر عمله فيه إذا لم يضر بالصبي» (٤).

الثانى: أنه لا- يأكل إلا- قرضاً، و استدلل له بقوله - تعالى - : (فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ) ٦ أمر سبحانه و تعالى بالإشهاد على الأيتام عند دفع المال إليهم. و لو كان المال فى أيدى الأولياء بطريق الأمانة، لكان لا حاجة إلى الإشهاد؛ لأنّ القول قول الولي إذا قال: دفعت المال إلى اليتيم عند إنكاره. و إنما

ص: ٤٣٤

١- (٢) سنن ابن ماجه ٣: ٣٢١ ح ٢٧١٨، سنن أبى داود ٣: ١٩٧ ح ٢٨٧٢، سنن النسائي ٦: ٢٥٦.

٢- (٣) و جاء فى سنن أبى داود: «كُلْ من مال يتيماً غير مسرف، و لا مبادرٍ، و لا متأثِّلٍ». و فى هامشه: قال الشيخ: قوله: «غير متأثِّلٍ» أى غير متَّخذٍ منه أصل مال. و أثله الشىء: أصله. و وجه إباحته الأكل من مال اليتيم أن يكون ذلك على معنى ما يستحقّه من العمل فيه و الاستصلاح له، و أن يأخذ منه بالمعروف على قدر مثل عمله. و قوله: «و لا تقى مالك بماله»: أى لا تحفظ مالك بصرف مال اليتيم فى حاجتك.

٣- (٤) أحكام الصغار: ٣٥٨.

٤- (٥) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٧٩.

الحاجه إلى الإشهاد عند الأخذ قرصاً ليأكل منه؛ لأنّ في قضاء الدين القول قول صاحب الدين، لا قول من يقضى الدين (١).

وفيه: أنّ هذا الإشهاد مستحبّ؛ لأنّ القول قول الوليّ لآنه أمين، و أمر الله تعالى بالإشهاد تنبيهاً على التحصين و زوالاً للتهم.

ب - الشافعيه

و في المهذب: «إن أراد أن يأكل من ماله نظرت، فإن كان غنياً لم يجز، لقوله - تعالى - (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسِّرْ يَغْفِرْ) ٢ . و إن كان فقيراً جاز أن يأكل؛ لقوله - تعالى - (وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ٣)» (٢).

قال النووي في شرحه: «قوله: (وَلْيَسِّرْ يَغْفِرْ) يقال: عَفَّ عن المسأله، و استعَفَّ؛ أي كَفَّ - إلى أن قال: - و قيل: يجوز للوصيّ أن يأخذ من مال اليتيم قدر عمالته... و قيل: لا يأكل منه إلا عند الحاجه» (٣). و به قال في الوجيز (٤).

و عند الرافعي و النووي: «أنه ليس للوليّ أخذ اجره و لا - نفقه من مال الصبيّ إن كان غنياً، و إن كان فقيراً، فإن قطع بسببه عن اكتسابه فله أخذ قدر نفقته.

و في تعليق الشيخ أبي حامد أنه يأخذ أقلّ الأمرين من قدر النفقه و اجره المثل» (٥).

و كذا في مغنى المحتاج (٦) و نهايه المحتاج (٧).

ص: ٤٣٥

١- (١) انظر بدائع الصنائع ٤: ٣٥٢-٣٥٣.

٢- (٢) المهذب لأبي إسحاق الشيرازي ١: ٣٣٠.

٣- (٣) المجموع شرح المهذب ١٤: ١٣٨.

٤- (٤) الوجيز ١: ٣٤٥.

٥- (٥) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٢، روضه الطالبين ٣: ٤٧٨، المجموع ١٤: ١٤٠.

٦- (٦) مغنى المحتاج ٢: ١٧٦.

٧- (٧) نهايه المحتاج ٤: ٣٨٠.

إنهم قالوا - كالشافعيه تقريباً -: «إنّ للولّي أن يأكل من مال الصبّي بقدر عمله إذا احتاج إليه، و ليس له إلاّ أقلّ الأمرين من اجره مثله، أو قدر كفايته»^(١).

قال ابن قدامه في المقنع: «و للولّي أن يأكل من مال المولّي عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه»^(٢).

و في الكافي: «و ليس له إلاّ أقلّ الأمرين من اجرته أو قدر كفايته؛ لأنّه يستحقّه بالعمل و الحاجه معاً»^(٣).

و جاء في الشرح الكبير: «و للولّي أن يأكل من مال المولّي عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه، و إن كان غنياً لم يجز له ذلك إذا لم يكن أباً؛ لقوله - تعالى - : (وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسِّرْ تَعْفُفٌ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) ٤ . و إذا كان فقيراً فله أقلّ الأمرين: اجرته، أو قدر كفايته؛ لأنّه يستحقّه بالعمل و الحاجه جميعاً، فلم يجز أن يأخذ إلاّ ما وجد فيه». و كذا في المغنى^(٤).

و في الإنصاف: «و الصحيح من المذهب: أنّه لا يأكل إلاّ الأقلّ من اجره مثله أو قدر كفايته»^(٥).

ذهب المالكيه إلى أنّه يجوز أن يأكل الولّي من مال الصبّي بقدر اجره عمله

-
- ١- (١) الإقناع ٢: ٢٢٨، كشاف القناع ٣: ٥٣١، الفروع ٤: ٢٤٥، المحرّر ١: ٣٤٧، المبدع ٤: ٣٤٥، منتهى الإرادات ٢: ٥٠٨.
 - ٢- (٢) المقنع في فقه أحمد لابن قدامه: ١٢٦.
 - ٣- (٣) الكافي في فقه أحمد لابن قدامه ٢: ١٠٧.
 - ٤- (٤) الشرح الكبير ٤: ٥٣١، المغنى ٤: ٢٩٥.
 - ٥- (٥) الإنصاف ٥: ٣٠٤.

أو قدر كفايته، إلا أن يكون غنياً فلا يجوز.

قال القرافي: «جوز... و أن يأكل الأمين و الولي من مال اليتيم إلا أن يكونا غنيين لقوله - تعالى -: (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسِّرْ عَنَّا)» ١

و جاء في المعونه: «إذا كان وصي اليتيم أو الأمين محتاجاً جاز أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجر مثله» (١).

قال الكشناوي: «قوله: فإن كان فقيراً فله أجره مثله؛ أي لقوله - سبحانه و تعالى -: (وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) . قال الحافظ السيوطي: بقدر أجره عمله؛ أي ما لم تزد على كفايته، وإلا فله كفايته فقط، وهذا مذهب الشافعي.

و عند مالك: له أجره مثله مطلقاً زادت على كفايته أو لا» (٢).

ص: ٤٣٧

١- (٢) المعونه على مذهب عالم المدينة ٢: ١٦٣.

٢- (٣) أسهل المدارك ٢: ١٦٠.

قد تقدّم ثبوت ولايه الأولياء فى التصرّف فى مال الصغير و نفسه، فكذلك لهم الولايه فى استيفاء حقوقه، و يدلّ على ذلك إطلاق التعليل الوارد فى ذيل صحيحه محمّد بن مسلم و معتبره عبيد بن زراره:

«لأنّ والده هو الذى يلى أمره»^(١). و أمر الصبى مطلق يشمل المال و النفس و الحقّ.

مضافاً إلى أنّ نفس جعل الولايه للصغار تقتضى ذلك.

بتعبير آخر: بما أنّ الصغار ليسوا من أهل التصرّف و يحتاجون فى جميع شئونهم إلى من يعينهم، جعل الله تعالى الولايه لهم حتّى يتصرّف الأولياء فى كلّ ما ارتبط بهم من الأموال و الأنفس. و كذلك استيفاء حقوقهم، مثل حقّ الشفعه، و حقّ الخيار، و حقّ القصاص، و قطع الدعاوى، و قبول الهبه، و الصدقه، و الوصيه، و الوقف و غير ذلك.

و للتحقيق فى ذلك عقدنا هذا الفصل. و نظراً لاختلاف هذه الحقوق من حيث الحكم و الأثر نقسّمه إلى مباحث:

ص: ٤٣٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٣: ٢٩٧ و ٢٩٩ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١ و ٥.

الشفعة حق ثابت بالسنة والإجماع، ولصاحبه المطالبه به أو تركه.

وقد صرح الأصحاب بثبوت الشفعة للصبي (١)، ويتولى وليه الأخذ بها مع الغبطه، ولا يجب أن ينتظر بلوغه و رشاده.

قال الشيخ في النهاية: «و الشفعة تثبت... للصغير كما تثبت للكبير، وللمتولى الناظر في أمر اليتيم أن يطالب بالشفعة إذا رأى ذلك صلاحاً له» (٢). وكذا في المبسوط (٣) والخلاف (٤). وبه قال الصدوق (٥) والمفيد (٦). واختاره أيضاً ابن زهره (٧) والقاضي (٨) وأبو الصلاح الحلبي (٩) وابن إدريس (١٠).

وقال المحقق قدس سره: «و تثبت - الشفعة - للغائب و السفیه، و كذا المجنون و الصبي،

ص: ٤٤٠

١- (١) الشفعة - كغرفه - و هي في الأصل التقويه و الإعانه، القاموس الجامع: ٢٨٥. و قال ابن منظور: «و هي مشتقة من الزيادة؛ لأنّ الشفيع يضمّ المبيع إلى ملكه فيشفعه به». لسان العرب: ٤٥١/٣. و المقصود منها في اصطلاح الفقهاء: «كلّ شيء كان بين شريكين من ضياع أو عقار أو حيوان أو متاع، ثمّ باع أحدهما نصيبه، كان لشريكه المطالبه بالشفعه، و وجب عليه مثل ثمنه الذي بيع به» النهاية للطوسي: ٤٢٣-٤٢٤.

٢- (٢) النهاية للطوسي: ٤٢٤.

٣- (٣) المبسوط للطوسي ٣: ١٢٢.

٤- (٤) الخلاف ٣: ٤٤٣.

٥- (٥) المنقح: ٤٠٦.

٦- (٦) المقنعه: ٦١٨.

٧- (٧) غنيه النزوع: ٢٣٧.

٨- (٨) المهذب ١: ٤٥٤.

٩- (٩) الكافي في الفقه: ٣٦٢.

١٠- (١٠) السرائر ٢: ٣٩١.

و يتولّى الأخذ وليّهما مع الغبّطه»(١).

و اختاره العلامه فى جملة من كتبه(٢) و جماعه من المتأخّرين(٣) و بعض المعاصرين(٤).

قال فى تحرير الوسيّله: «و كذا ثبت للصغير و المجنون و إن كان المتولّى للأخذ بها عنهما وليّهما. نعم، لو كان الولّى، الوصّى ليس له ذلك إلاّ مع الغبّطه و المصلحه، بخلاف الأب و الجدّ، فإنّه يكفى فيها عدم المفسده»(٥).

أدله استيفاء حق الشفعه للصبّى

يمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بأمر:

الأول: الإجماعات التى حكاها الشيخ(٦) و العلامه(٧) و السيّد أبو المكارم(٨)

و صاحب الجواهر(٩).

الثانى: النصوص التى تدلّ على ثبوت الشفعه للشريك(١٠).

ص: ٤٤١

١- (١) شرائع الإسلام ٣: ٢٥٥، المختصر النافع: ٢٥٨.

٢- (٢) قواعد الاحكام ٢: ٢٤٤، مختلف الشيعه ٥: ٣٧٨، تذكره الفقهاء ١: ٥٩٣ الطبعه الحجرية، إرشاد الأذهان ١: ٣٨٥.

٣- (٣) الدروس الشرعيه ٣: ٣٦٠، اللمعه الدمشقيه: ٩٩، جامع المقاصد ٦: ٣٦٧، مسالك الأفهام ١٢: ٢٨٦، الروضه البهيّه ٤: ٤٠٠، مجمع الفائده و البرهان ٩: ٢٤، رياض المسائل ٨: ٣٨٢، كفايه الأحكام: ١٠٥، مفتاح الكرامه ٦: ٣٣٦، الحدائق الناضره ٢٠: ٣١٣، جواهر الكلام ٣٧: ٢٩٠.

٤- (٤) منهاج الصالحين للسيّد الخوئى ٢: ٧٤-٧٥، مهذب الأحكام ١٨: ١٣٩.

٥- (٥) تحرير الوسيّله ١: ٥٣١، كتاب الشفعه مسأله ١١.

٦- (٦) الخلاف ٣: ٤٤٣.

٧- (٧) تذكره الفقهاء ١: ٥٩٣، الطبعه الحجرية.

٨- (٨) غنيه النزوع: ٢٣٧.

٩- (٩) جواهر الكلام ٣٧: ٢٩٠.

١٠- (١٠) وسائل الشيعه ١٧: ٣١٥ الباب ١ من كتاب الشفعه، ح ١ و ص ٣١٦ الباب ٣، ح ١ و ٢ و ص ٣٢٠ الباب ٧، ح ١ و ٢.

فقد ورد في بعضها أنه قال عليه السلام:

«الشفاعة لكل شريك لم يقاسم»^(١)، فعمومه يشمل الصبي أيضاً، وكل حق هو للصبي يتولاه الولي.

الثالث: بعض الأخبار الخاصه، مثل خبر السكوني - الذي رواه المشايخ الثلاثة -

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين: «وصي اليتيم بمنزله أبيه، يأخذ له الشفاعة إذا كان له رغبة»^(٢).

وضعفه منجبر بعمل الأصحاب. قال في مجمع الفوائد والبرهان: «ولا يضرّ عدم الصحه؛ لأنها مقبولة و مؤيده»^(٣).

للصبي أخذ الشفاعة بعد البلوغ

لو ترك الولي المطالبه بالشفاعة مع كونها مصلحه للصغير، فله الأخذ بها بعد بلوغه بلا خلاف ولا إشكال، كما في المبسوط^(٤) والخلاف^(٥) والمقنعه^(٦) والغنيه^(٧)

و السرائر^(٨) و الشرائع^(٩) و النافع^(١٠) و التذكرة^(١١) و الدروس^(١٢) و اللمعه^(١٣)

ص: ٤٤٢

١- (١) نفس المصدر: الباب ٣ من كتاب الشفاعة، ح ٣.

٢- (٢) نفس المصدر: الباب ٦ من كتاب الشفاعة، ح ٢.

٣- (٣) مجمع الفوائد والبرهان ٩: ٢٤.

٤- (٤) المبسوط للطوسي ٣: ١٢٢.

٥- (٥) الخلاف ٣: ٤٤٤.

٦- (٦) المقنعه: ٦١٨.

٧- (٧) غنيه النزوع: ٢٣٧.

٨- (٨) السرائر ٢: ٣٩١.

٩- (٩) شرائع الإسلام ٣: ٢٥٥.

١٠- (١٠) المختصر النافع: ٢٥٨.

١١- (١١) تذكرة الفقهاء ١: ٥٩٣، الطبعة الحجرية.

١٢- (١٢) الدروس الشرعية ٣: ٣٦٠.

١٣- (١٣) اللمعه الدمشقيه: ٩٩.

و الروضه (١) و غيرها (٢).

و دليله - بعد الإجماع (٣)-: أنّ التأخير وقع لعذرٍ، و هو الصبا، و تقصير الولي بالتراخي لا يسقط حق المولى عليه، و الحق ليس متجدداً له عند الكمال، بل هو مستمرّ، و إنّما المتجدد أهليه الأخذ لا أصل الحق.

قال فى الجواهر: «و لا ينافيه أيضاً الضرر على المشتري بطول الانتظار؛ إذ هو كالاقتداء فى مقابل النصّ و الفتوى، خصوصاً بعد أن كان هو السبب فى إدخال الضرر على نفسه ذلك (٤)، و خصوصاً بعد ثبوت مثله فى الغائب.

بل لعلّ الأقوى أيضاً جواز تجديد الولي الأخذ و إن ترك سابقاً أو عفا؛ لبطان تركه و عفو، فلا يترتب على أحدهما أثر، و ليس هما من التراخي المسقط للشفعة قطعاً؛ لأنّ تقصيره السابق بمنزله عدمه بعد فرض بقاء حقّ الشفعة للمولى عليه (٥). و كذا فى المسالك (٦).

ليس للصبي أخذ الشفعة بعد البلوغ

لو لم يكن فى أخذ الولي بالشفعة مصلحة، لم يكن للصبي بعد البلوغ الأخذ بها.

فى المسالك: «إن باعه بأكثر من ثمن المثل أو به و لم يكن للمولى عليه مال، و احتاج إلى بيع عقار هو أجود من المأخوذ و نحو ذلك، لم يصحّ الأخذ؛ لأنّ فعله

ص: ٤٤٣

١- (١) الروضه البيهية ٤: ٤٠٠.

٢- (٢) جامع المقاصد ٦: ٣٦٧، مجمع الفائده و البرهان ٩: ٢٤، مفتاح الكرامه ٦: ٣٣٦، كفايه الأحكام: ١٠٥، رياض المسائل ٨: ٣٨٢، جواهر الكلام ٣٧: ٢٩١.

٣- (٣) غنيه النزوع: ٢٣٧.

٤- (٤) أى بشرائه شقص شريك اليتيم.

٥- (٥) جواهر الكلام ٣٧: ٢٩١.

٦- (٦) مسالك الأفهام ١٢: ٢٨٦.

مقيّد بالمصلحه»(١).

و فى جملة من كتب العلامة(٢) و الروضة(٣) و جامع المقاصد(٤): أنه لا- شفعه للصبي بعد الكمال إذا كان الترك من الولي أصلح من الأخذ.

و استدللّ فى المختلف: ب «أنّ فعل الولي مع المصلحه ماضٍ، و ليس للصبي نقضه بعد رشده و قد ترك، فلم يكن للصبي الأخذ كغيره من التصرفات»(٥).

و أما لو جهل الحال أنّ ذلك كان لمصلحه أولاً؟

ففى استحقاق الصبي الأخذ بعد الكمال نظراً إلى وجود السبب؛ أى بيع الشريك، فيستصحب ثبوت الشفعه بنفس البيع، أو عدم استحقاقه للشفعه؛ لأنها مقيّده بالمصلحه و لم تُعلم، و جهان: أوجهها الثانى، و هو عدم استحقاقه للشفعه بعد الكمال، كما قال به الشهيد الثانى(٦).

و قال فى جامع المقاصد: «و فى استحقاقها المطالبه و الحال هذه نظراً؛ لأنّ المطالبه فرع الثبوت حينئذٍ، و الثبوت إنّما يتحقّق مع المصلحه، و الفرض جهاله الحال، فلا مقتضى للثبوت، و هذا وجه»(٧).

أخذ الولي الشفعه عند فقهاء أهل السنّه

الظاهر أنّه لا خلاف بينهم أيضاً فى أنّ الولي يأخذ للصبي بالشفعه أو يترك بحسب المصلحه، و لنذكر شرطاً من كلماتهم فى ذلك الباب:

ص: ٤٤٤

١- (١) نفس المصدر ١٢: ٢٨٧.

٢- (٢) تذكره الفقهاء ١: ٥٩٣، الطبعه الحجرية، قواعد الأحكام ٢: ٢٤٤، مختلف الشيعه ٥: ٣٧٨.

٣- (٣) الروضة البهية ٤: ٤٠٠.

٤- (٤) جامع المقاصد ٦: ٣٦٧.

٥- (٥) مختلف الشيعه ٥: ٣٧٨.

٦- (٦) الروضة البهية ٤: ٤٠٠.

٧- (٧) جامع المقاصد ٦: ٣٦٧.

جاء في البيان: «وإن بيع شقص في شركه الصبي، فإن كان للصبي حظ في الأخذ؛ بأن كان له مال يريد أن يشتري له به عقاراً، أخذ له بالشفعه. وإن كان الحظ له بالترك؛ بأن كان لا مال له يريد أن يشتري له به... لم يأخذه له بالشفعه.

فإن أخذ له الولي في موضوع يرى له الحظ في الأخذ فبلغ الصبي، و أراد أن يرد ما أخذ له الولي، لم يملك ذلك؛ لأن ما فعله الولي مما فيه الحظ لا يملك الصبي بعد بلوغه رده، وإن ترك الولي الأخذ له في موضع رأى الحظ له في الترك، فأراد الصبي بعد بلوغه أن يأخذه، ففيه وجهان:

أحدهما: من أصحابنا من قال: له ذلك؛ لأنه بعد بلوغه يملك التصرف فيما له فيه حظ، و فيما لا حظ له فيه.

الثاني:.... أنه ليس له ذلك؛ لأن الولي قد اختار الترك بحسن نظره، فلم يكن له نقض ذلك»(١).

و به قال الرافعي(٢) و النووي(٣) و الخطيب الشرييني(٤) و الأنصاري(٥).

ب - المالكيه

ففي التاج و الإكليل: «قال مالك: و للصغير الشفعه يقوم بها أبوه أو وصيّه، فإن لم يكونا فالإمام ينظر له، و إن لم يكن له أب و لا وصي و هو بموضع لا سلطان فيه، فهو على شفحته إذا بلغ - إلى أن قال: - فإذا وجبت الشفعه للصغير، كان الأمر

ص: ٤٤٥

١- (١) البيان ٢١٢:٦.

٢- (٢) العزيز شرح الوجيز ٨١:٥.

٣- (٣) روضه الطالبين ٣:٤٧٨، المجموع شرح المهذب ١٤:١٢٩، منهاج الطالبين ٢:١٢٧.

٤- (٤) مغنى المحتاج ٢:١٧٦.

٥- (٥) نهايه المحتاج ٤:٣٧٩.

فيها لوليّه من أب أو وصيّ أو حاكم من أخذ و ترك.

فإن رشد الصبّي بعد ذلك لم يكن له أخذ ما ترك، ولا ترك ما أخذ، إلاّ أن يتبيّن أنّ الأخذ لم يكن من حسن النظر لغلائه»(١).

و به قال الدسوقي(٢) و الزرقاني(٣) و ابن شاس(٤) و القرافي(٥). و كذا في حاشيه الخرشي(٦).

ج - الحنفية

جاء في المبسوط: «إنّ الشفعة تثبت للصغير، و أنّ وليه يقوم مقامه في الأخذ له؛ لأنّه أخذ بطريق التجاره، و فيه دفع الضرر عن اليتامى، و توفير المنفعة عليهم، و لهذا المقصود أقام الشرع وليه مقامه»(٧).

و في البدائع: «إذا بيعت دار و الصبّي شفيحها، كان لوليّه أن يطالب بالشفعه و يأخذ له؛ لأنّ الأخذ بالشفعه بمنزله الشراء من المشتري، و الوليّ يملك ذلك كما يملك الشراء، فإن سلّم الشفعه صحّ التسليم، و لا شفعه للصبّي إذا بلغ عند أبي حنيفة و أبي يوسف...؛ لأنّ الوليّ يتصرّف في مال الصبّي على وجه المصلحه، و المصلحه قد تكون في الشراء، و قد تكون في تركه، و الوليّ أعلم بذلك فيفوّض إليه»(٨).

ص: ٤٤٦

١- (١) مواهب الجليل و التاج و الإكليل ٧: ٣٨٨، المدوّنه الكبرى ٥: ٤٠٣.

٢- (٢) حاشيه الدسوقي ٣: ٣٠١.

٣- (٣) شرح الزرقاني ٣: ٣٠٠.

٤- (٤) عقد الجواهر الثمينه ٢: ٦٣٠.

٥- (٥) الذخير ٨: ٢٤٠.

٦- (٦) حاشيه الخرشي ٦: ٢٤٥.

٧- (٧) المبسوط للسرخسي ١٤: ٩١.

٨- (٨) بدائع الصنائع ٤: ١١٥.

و كذا فى أحكام الصغار (١) و مختصر اختلاف العلماء (٢).

د - الحنابلة

قال فى المغنى: «إذا بيع فى شركة الصغير شقص (٣) ثبت له الشفعة فى قول عامه الفقهاء، منهم الحسن و مالك و الأوزاعى و الشافعى... و قال ابن أبى ليلى:

لا- شفعه له و روى: ذلك عن النخعى و... لأنّ الصبى لا- يمكنه الأخذ و لا- يمكن انتظاره حتى يبلغ؛ لما فيه من الإضرار بالمشتري، و ليس للولى الأخذ؛ لأنّ من لا يملك العفو لا يملك الأخذ... ثمّ قال فى ردّ هذا الاستدلال: قولهم: لا يمكن الأخذ، غير صحيح؛ فإنّ الولى يأخذ بها كما يردّ المعيب، و قولهم: لا يمكنه العفو، يبطل بالوكيل فيها و بالردّ بالعيب، فإنّ ولّى الصبى لا يمكنه العفو و يمكنه الردّ.

و استدللّ لقول عامه الفقهاء بعموم الأحاديث (٤). و بأنّه خيارٌ جُعِلَ لإزاله الضرر عن المال، فيثبت فى حقّ الصبى كخيار الردّ بالعيب.

ثمّ قال: إن لم يأخذ الولى انتظر بلوغ الصبى، كما ينتظر قدوم الغائب، و ما ذكره من الضرر فى الانتظار يبطل بالغائب (٥).

ص: ٤٤٧

١- (١) أحكام الصغار: ٢٣٣.

٢- (٢) مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٤٤، الرقم ١٩٥٥.

٣- (٣) الشقص و الشقيص: النصيب فى العين المشتركة من كلّ شىء، النهايه لابن الأثير ٢: ٤٩٠. و فى القاموس ٢: ٣١٨، الشقص بالكسر: السهم و النصيب.

٤- (٤) صحيح البخارى ٣: ٤٩، ٢٢١٣، ٢٢١٤، ص ٦٣ ح ٢٢٥٧، سنن الترمذى ٣: ٦٠٤ ح ١٣١٥.

٥- (٥) المغنى ٥: ٤٩٥-٤٩٦، الشرح الكبير ٥: ٤٨٧.

إشارة

و للوليّ أيضاً استيفاء حقّ الخيار^(١) للصبي كسائر تصرّفاتة مثل خيار المجلس و الشرط و الحيوان، و لعله مثل خيار العيب و الرّويه و غيرها أيضاً؛ لأنّ الوليّ هو المتبايع، و المتبايعان بالخيار.

قال في المبسوط: «إذا أراد أن يشتري لولده من نفسه، و أراد الانعقاد، ينبغي أن يختار لزوم العقد عند انعقاد العقد، أو يختار بشرط بطلان الخيار»^(٢).

و كذا في المهذب^(٣).

و في الدرّوس: «و العاقد عن اثنين له الخيار، و يبطل بما يبطل به خيار المتعاقدين»^(٤).

و قال في التذكرة: «إذا باع مال نفسه من ولده الصغير أو بالعكس، فالأقرب ثبوت الخيار هنا - و هو أصحّ وجهي الشافعيّ -؛ لأنّ الوليّ هنا قائم مقام الشخصين في صحّحه العقد، فكذا في الخيار... و الثاني: لا يثبت؛ لأنّ لفظ الخبر:

«البيعان» و ليس هنا اثنان. و الجواب: أنّه ورد على الغالب.

و على ما قلناه يثبت الخيار للوليّ و للطفل معاً، و الوليّ نائب عن الطفل،

ص: ٤٤٨

١- (١) الخيار: اسم بمعنى طلب خير الأمرين، و يقال: هو بالخيار: يختار ما يشاء، المعجم الوسيط: ٢٦٤. و في مجمع البحرين ٥٦٦:١. و الخيار: هو الاختيار، و يقال: هو اسم من تخيرت الشيء... و الاختيار الاصطفاء. و عرفه الفقهاء: بأنّه ملك إقرار العقد و إزالته بعد وقوعه مدّه معلومه، جواهر الكلام ٣:٢٣، أو بأنّه «ملك فسخ العقد»، كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١١:١٨، «و الأولى أن يقال: إنّ الخيار حقّ اصطفاء الفسخ»، كتاب البيع للإمام الخميني ٥:٤ و ٨.

٢- (٢) المبسوط للطوسي ٧٨:٢.

٣- (٣) المهذب للقاضي ابن البرّاج ٣٥٣:١.

٤- (٤) الدرّوس الشرعيّ ٢٦٥:٣.

فإن التزم لنفسه و للطفل لزم. و إن التزم لنفسه بقى الخيار للطفل، و إن التزم للطفل بقى لنفسه».

ثم قال: «و كذا لو باع مال أحد ولديه على الآخر و هما صغيران، و البحث كما تقدّم»^(١) و احتمله أيضاً فى المختلف^(٢). و به قال المحقق^(٣) و الشهيد الثانى^(٤).

أدله ثبوت حق الخيار للصبي

و يمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بوجوه:

الأول: الإجماع على ثبوته فى كل بيع، كما حكى عن الغنية معتضداً بالشهره العظيمه فى المقام^(٥). و لكن الموجود فيما عندنا من نسخ كتاب الغنيه ما يقرب من ذلك و ليس صريحاً به^(٦).

الثانى: عموم النصوص الوارده من طريق الخاصه و العامه، مثل:

صحيحه محمد بن مسلم، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:

«البيعان بالخيار حتى يفترقا، و صاحب الحيوان بالخيار ثلاثه أيام»^(٧).

و كذا صحيحه زراره^(٨) و صحيحه فضيل و غيرها^(٩).

و ما رواه الحلبي، عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: «فى الحيوان كله شرط ثلاثه

ص: ٤٤٩

١- تذكره الفقهاء ٩: ١١-١٠.

٢- مختلف الشيعة ٥: ٩٦.

٣- شرائع الإسلام ٢: ٢٢.

٤- مسالك الأفهام ٣: ١٩٧.

٥- مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٥، جواهر الكلام ٢٣: ٢٠.

٦- و جاء فى الغنيه: «إذا جنّ من له الخيار أو اغمى عليه انتقل الخيار إلى وليه، بدليل الإجماع المشار إليه». غنيه النزوع: ٢٢١.

٧- الوسائل ١٢: ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، ح ٣-١.

٨- الوسائل ١٢: ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، ح ٣-١.

٩- الوسائل ١٢: ٣٤٥، الباب ١ من أبواب الخيار، ح ٣-١.

أيام للمشتري، فهو بالخيار فيها إن اشترط أو لم يشترط»(١).

و قوله صلى الله عليه وآله وسلم:

«المؤمنون عند شروطهم»(٢).

و فى سنن ابن ماجه:

قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا»(٣).

و ما ورد من طريق أهل السنّة من أنّ المتبايعين كلّ واحدٍ منهما بالخيار على صاحبه إلاّ بيع الخيار(٤). و لا شكّ أنّ عنوان البيع أو المتبايع يصدق على الوليّ الذى باع عن المولّى عليه.

قال الشيخ الأعظم فى إثبات الخيار للوكيل: «و إن كان وكيلاً فى التصرف المالى كأكثر الوكلاء، فإن كان مستقلاً فى التصرف فى مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضه بعد تحقّقها - نظير العامل فى القراض و أولياء القاصرين - فالظاهر ثبوت الخيار له؛ لعموم النصّ. و دعوى تبادر المالكين ممنوعه، خصوصاً إذا استندت إلى الغلبه؛ فإنّ معامله الوكلاء و الأولياء لا تحصى»(٥).

الثالث: أنّ مناط الخيار - و هو البيع - موجود فى المقام، للقطع بعدم الفرق بين كون البائع هو المالك الأصلي أو وليه.

الرابع: أنّ الخيار من توابع العقد، و هو الظاهر من الأخبار المتقدّمه. بتعبير آخر: يصدق على الوليّ أنّه بائع، و الخيار ثابت للبائع بمقتضى الأخبار.

و بالجملة: ثبوت هذا الخيار للوليّ ممّا لم نجد فيه خلافاً.

ص: ٤٥٠

١- (١) الفقيه ٣: ١٢٦، ح ٥٤٩، و رواه فى تهذيب الأحكام ٧: ٢٤، ح ١٠١ بتفاوت.

٢- (٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١، ح ١٥٠٣، و سائل الشيعه ١٥: ٣٠ الباب ٢٠ من أبواب المهور ح ٤.

٣- (٣) سنن ابن ماجه ٣: ٢٩ الرقم ٢١٨٣ و ٢١٨٢.

٤- (٤) صحيح البخارى ٣: ٢٤ الرقم ٢١١١، السنن الكبرى للبيهقى ٨: ٩٧ الرقم ١٠٥٦٧-١٠٥٦٩، سنن ابن ماجه ٣: ٢٩ الرقم ٢١٨١، سنن الترمذى ٣: ٥٤٧ الرقم ١٢٤٨ و ١٢٤٩.

٥- (٥) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٨: ٣٠-٣١.

ما تقدم - من أنّ ثبوت حق الخيار للصبّي واستيفاءه للوليّ ممّا لا خلاف فيه - يختصّ بما إذا كان الوليّ بائعاً أو مشترياً نيابته عن الصغير، أمّا إذا كان الوليّ بنفسه بائعاً و مشترياً باعتبارين، كمن باع مال الطفل ولايه لنفسه، أو باع ماله للصبّي، أو باع مال أحد الصبيّين للآخر، فهل يثبت الخيار للوليّ أم لا؟

فيه ثلاثه أقوال:

القول الأول: ثبوت الخيار للولي ما لم يشترط سقوطه

، أو يلتزم بالعقد، أو يفارق المجلس الذي عقد فيه.

اختاره في المبسوط (١)، و المهذب (٢)، و الشرائع (٣)، و التذكرة (٤)، و الدروس (٥) و المسالك (٦) و الجواهر (٧).

و استدلل لهذا القول بالإجماع على ثبوت الخيار في كلّ بيع، كما حكى عن الغنيه (٨). و بأنّ المقتضى في صورته تعدد المتبايعين هو البيع، و هذا المقتضى في بيع العاقد الواحد أيضاً موجود، فليحق به تنقيحاً لمناط الحكم، للقطع بعدم الفرق بين صورته الاتّحاد، و صورته التعدد، و أنّ النصوص التي تكون على صيغه التثنيه وردت مورد الغالب (٩). و الافتراق الذي يكون معتبراً في سقوط

ص: ٤٥١

١- (١) المبسوط للطوسي ٢: ٧٨.

٢- (٢) المهذب للقاضي ابن البراج ١: ٣٥٣.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٢.

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ١١: ١٠.

٥- (٥) الدروس الشرعية ٣: ٢٦٥.

٦- (٦) مسالك الأفهام ٣: ١٩٧-١٩٨.

٧- (٧) جواهر الكلام ٢٣: ٢٠.

٨- (٨) حكاة في مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٥ و في جواهر الكلام ٢٣: ٢٠.

٩- (٩) مفتاح الكرامه ٤: ٥٤٥.

الخيار يحصل هنا بمفارقة مجلس العقد؛ لأنه مشبه بمفارقة أحد المتبايعين (١).

القول الثاني: عدم ثبوت الخيار للولي أصلاً

و به قال فخر المحققين (٢) و المحقق الأردبيلي (٣) و الفاضل الخراساني (٤)

و فى الحدائق: «و الظاهر أنه أقرب» (٥). و استظهره المحقق التستري (٦).

و قال السيد الخوئي: «فى ثبوت الخيار إشكال، بل الأظهر العدم» (٧).

و استدلل له فى مجمع البرهان بأنّه: لا- إجماع فيه على ما يظهر. و الأخبار التى هى المستند لا- تشملهما؛ لقوله عليه السلام: «البيعان». و لأنّه جعل له غاية لا يمكن هنا، و هى تفرّق أحدهما عن الآخر، و قد مرّ أنّ أصل العقد يقتضى اللزوم» (٨).

و استدلل المحدث البحراني: ب «أنّ ظاهر الأخبار المتقدّمه هو المغايره بين المتعاقدين و التعدّد فيها (٩)، و دعوى عموم ذلك الوكيل أو الولي عن اثنين خروج عن ظاهر اللفظ.... و يؤيد ما ذكرناه - ما قدّمنا ذكره - من أنّ مقتضى العقد اللزوم كتاباً و سنّه، و إثبات الخيار الموجب للخروج عن ذلك، يحتاج إلى دليل واضح، و الركون إلى هذه التعليقات العليله و بناء الأحكام الشرعيّه عليها مجازفه ظاهره» (١٠).

ص: ٤٥٢

١- (١) الحدائق الناظره ١٩: ١٤.

٢- (٢) إيضاح الفوائد ١: ٤٨١.

٣- (٣) مجمع الفائده و البرهان ٨: ٣٨٩.

٤- (٤) كفايه الأحكام ١: ٤٦٣. و فيه: «هذا القول لا يخلو عن قوه».

٥- (٥) الحدائق الناظره ١٩: ١٣.

٦- (٦) مقابس الأنوار: ٢٤١.

٧- (٧) منهاج الصالحين ٢: ٢٨.

٨- (٨) مجمع الفائده و البرهان ٨: ٣٨٩.

٩- (٩) الظاهر أنّ الصحيح «فيهمل».

١٠- (١٠) الحدائق الناظره ١٩: ١٥-١٦.

القول الثالث: - ولعله هو الأقوى - التوقف في المسألة

قال العلامة في التحرير: «لو كان المشتري هو البائع؛ بأن يبيع عن ولده لنفسه أو بالعكس، قيل: لا خيار، عملاً بالأصل السالم عن معارضة النص، لوروده بصيغته التثنيه مقرونه بالافتراق...، وقيل: لا- يسقط. ويعتبر مفارقه مجلس العقد، وعندى في ذلك نظر»(١).

وقال المحقق الثاني بعد البحث في المسألة: «و أنا في هذه المسألة من المتوقفين»(٢).

و ذكر في القواعد الاحتمالات الثلاثة و لم يرجح أحدها(٣).

وقال الشيخ الأعظم: «و الأولى التوقف، تبعاً للتحرير و جامع المقاصد»(٤).

فرع

قال العلامة: «للولى بذل مال الطفل في مصالحه، كاستكفاف الظالم بالرشوه، و تخليص ماله من تعويقه، و إطلاق زرعه، و ماء شربه، و أشباه ذلك. و لو طمع السلطان في مال اليتيم فأعطاه الوصى شيئاً منه، فإن كان يقدر على دفعه بدون المدفوع ضمن، و إلا فلا»(٥).

استيفاء حق الخيار عند فقهاء أهل السنه

و اعلم أنهم - بحسب تتبعنا - لم يطرحوا مسأله استيفاء حق الخيار للصبى بخصوصها، و لكن يستفاد من كلمات بعضهم في مسائل مختلفه أنّ للولى ذلك.

ص: ٤٥٣

١- (١) تحرير الأحكام الشرعيه ٢: ٢٨٤.

٢- (٢) جامع المقاصد ٤: ٢٨٧.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٦٥.

٤- (٤) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٨: ٣٧.

٥- (٥) تذكره الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.

فذكر بعض عباراتهم التي دلت على هذا المعنى:

قال النووي من فقهاء الشافعيّة: «إذا باع ماله لولده أو بالعكس، ففي ثبوت خيار المجلس وجهان: أصحهما يثبت، فعلى هذا، يثبت خيار للأب، و خيار للولد، و الأب نائبه.

فإن أُلزم البيع لنفسه و للولد لزم، و إن أُلزم لنفسه، بقي الخيار للولد، و إذا فارق المجلس لزم العقد...»(١).

و قال الخطيب الشربيني: «لو اشترى الولي لطفله شيئاً فبلغ رشيداً قبل التفرّق لم ينتقل إليه الخيار... و يبقى للولي على الأوجه من وجهين حكاهما في البحر»(٢).

و في المجموع: «إذا مات صاحب الخيار و قلنا: ينتقل إلى الورثه، فكانوا أطفالاً أو مجانين، قال الروياني و غيره: ينصب القاضي فيما يفعل ما هو المصلحه من الفسخ و الإجازة»(٣). و به قال الخطيب الشربيني(٤).

و في البحر الرائق في الفقه الحنفي: «قال أبو يوسف: إذا اشترى الأب أو الوصي شيئاً لليتيم و شرط الخيار لنفسه فبلغ الصبي في المدّة تمّ البيع...»

و عن محمّد، أنّ للوصي أن يفسخ بعد بلوغ الصغير، و ليس له أن يجيز إلاّ برضاه»(٥).

و قد جاء في البدائع: «و لو بلغ الصبي في مدّة خيار الشرط للأب أو الوصي

ص: ٤٥٤

١- (١) روضه الطالبين ٣: ١٤٩.

٢- (٢) مغني المحتاج ٢: ٤٦.

٣- (٣) المجموع شرح المهذب ٩: ١٩٩.

٤- (٤) مغني المحتاج ٢: ٤٥.

٥- (٥) البحر الرائق ٦: ٢٩.

لنفسه في بيع مال الصبي هل يبطل الخيار؟

قال أبو يوسف: يبطل ويلزم العقد، وقال محمد: تنقل الإجازة إلى الصبي...

وجه قول محمد: أن الولي يتصرف في مال الصغير بطريق النيابة عنه شرعاً؛ لعجزه عن التصرف بنفسه، وقد زال العجز بالبلوغ فتنقل الإجازة إليه...

وجه قول أبي يوسف: أن الخيار يثبت للولي، وهو ولاية الفسخ والإجازة وقد بطل بالبلوغ، فلا يحتمل الانتقال إلى الصبي - إلى أن قال: - ولو اشترى الأب أو الوصي شيئاً بدين في الذمة وشرط الخيار لنفسه ثم بلغ الصبي، جاز العقد عليهما والصبي بالخيار...

أمّا الجواز عليهما فلائن ولايتهما قد انقطعت بالبلوغ، فلا يملكان التصرف بالفسخ والإجازة، فيبطل خيارهما و جاز العقد في حقهما.

و أمّا خيار الصبي؛ فلائن الجواز و اللزوم لم يثبت في حقه، و إنما يثبت في حقهما، فكان له خيار الفسخ و الإجازة^(١).

هذا ما عثرنا عليه من كلمات الشافعيه و الحنفييه، و لم نعثر للمالكيه و الحنابله على نص في هذه المسأله.

ص: ٤٥٥

اشاره

و فيه مطلبان:

المطلب الأول: الولاية على قبول الهبه

اشاره

هل تحتاج الهبه إلى الإيجاب و القبول؟ فى المسأله قولان.

الأول: المشهور بين الفقهاء بل ادعى الاتفاق منهم بأن الهبه (١) من العقود الجائزه و تحتاج إلى الإيجاب و القبول. جاء فى الغنيه «تفتقر صحه الهبه إلى الإيجاب

ص: ٤٥٦

١- (١) قال ابن الأثير: «الهبه: العطيه الخاليه عن الأَعْوَاضِ و الأَغْرَاضِ، فإذا كثرت سَمِيَ صاحبها وهَابًا». النهايه ٥: ٢٣١. و فى موضع آخر: «نحل فيه... النحل: العطيه و الهبه ابتداءً من غير عوضٍ و لا استحقاق، يقال: نحلته ينحله نحلًا بالضم، و النحله بالكسر: العطيه» النهايه ٥: ٢٩. «و أهدي الهديه إلى فلان و له: بعث بها إكراماً له و هدّى الهديه إلى فلان و له: أتحفه بها». المعجم الوسيط: ٩٧٨. و أمّا فى الاصطلاح عرّف المحقق الهبه بأنّها «هى العقد المقتضى تملك العين من غير عوض، تملكاً منجّزاً مجزّداً عن القربه». شرائع الإسلام ٢: ٢٢٩. و زاد فى الجواهر: «أو الأثر الحاصل منه و لو بالمعاطه». جواهر الكلام ٢٨: ١٥٩، و عرّفها بعض فقهاء أهل السنّه بأنّها «تمليك المال بلا عوض حال حياه المالك». فى هامش حليه العلماء ٦: ٤٢-٤٣. و قال بعض آخر: هو على ثلاثه أقسام: الهبه و الهديه و الصدقه. التملك بلا عوض هبه، فإن انضم إليه حمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب له إعظاماً له أو إكراماً فهو هديه، و إن انضم إليه كون التملك للمحتاج تقرباً إلى الله تعالى و طلباً لثواب الآخره، فهو صدقه. روضه الطالبين ٥: ٣، منهاج الطالبين ٢: ٢٩٣. و به قال الشيخ فى المبسوط ٣: ٣٠٣ و ٣١٤. و فى المهذب ٢: ٩٧. و فقه القرآن للراوندى ٢: ٢٩٥ «صدقه التطوع عندنا بمنزله الهبه فى جميع الأحكام». و فى تحرير الأحكام الشرعيه ٣: ٢٧٣، «الهديه و الهبه و الصدقه بمعنى واحد... غير أنّه إذا قصد الثواب و التقرب إلى الله تعالى بالهبه سميت صدقه، و إن قصد بها التودد و المواصله سميت هديه»، فعلى هذا الهبه و العطيه و الهديه و النحله و الصدقه واحد معنى فى اصطلاح الفقهاء.

و القبول»(١) و به قال ابنا حمزه(٢) و إدريس(٣).

و فى جامع الشرائع: «الهبة و النحلة واحد، و هى عقد على مال بغير عوض، و شرط صحته الإيجاب و القبول»(٤) و كذا فى الشرائع و المختصر النافع(٥). و به قال أيضاً جماعه من المتأخرين(٦).

قال العلامة فى التذكرة: «الهبة عقد يفتقر إلى الإيجاب و القبول باللفظ كالبيع و سائر التمليكات»(٧). و كذا فى الإرشاد(٨) و القواعد(٩).

و فى المسالك: «ظاهر الأصحاب الاتفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولى فى الجملة»(١٠).

و جاء فى الكفايه للفاضل الخراسانى: «يفتقر الهبة إلى الإيجاب و القبول عند الأصحاب، و الإيجاب كل لفظ قصد به التمليك المذكور، و القبول كل لفظ يدل على قبوله»(١١).

الثانى: - و هو الأقوى - أن الهبة لا تحتاج إلى الإيجاب و القبول اللفظى، بل يكفى فيها المعاطاه، قال الشهيد قدس سره: «و يحتمل عدم الحاجة إلى الإيجاب و القبول لفظاً،

ص: ٤٥٧

١- (١) غنيه النزوع: ٣٠٠.

٢- (٢) الوسيله: ٣٧٨.

٣- (٣) السرائر ٣: ١٧٣.

٤- (٤) الجامع للشرائع: ٣٦٥.

٥- (٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٩، المختصر النافع: ١٨٧.

٦- (٦) الروضه البهيته ٣: ١٩٢، التنقيح الرائع ٢: ٣٣٩.

٧- (٧) تذكره الفقهاء ٢: ٤١٥، الطبعه الحجريه.

٨- (٨) إرشاد الأذهان ١: ٤٥٠.

٩- (٩) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٥.

١٠- (١٠) مسالك الأفهام ٦: ١٠.

١١- (١١) كفايه الأحكام ٢: ٢٧.

و يكفى الفعل الدال عليهما»(١).

و قد استقرب العلامة فى التحرير فى أول الباب عدم الاستغناء فى الهبة عن الإيجاب و القبول، و أباح له - أى المهدي إليه - التصرف عملاً بالإذن المستفاد عن العاده(٢).

و قال فى آخر الباب: «و لو قيل بعدم اشتراط القبول نطقاً كان وجهاً، قضاءً للعاده لقبول الهدايا من غير نطق»(٣). و قال فى المسالك: هذا حسن»(٤).

و فى جامع المقاصد: «هذا قوئى متين»(٥). و فى الرياض: «لا بد فى الهبة من الإيجاب الدال على تملك العين... و القبول الدال على الرضا... إن اريد مطلق ما يدل عليهما و لو فعلاً، و يشكل إذا اريد ما يدل عليهما لفظاً»(٦).

و فى الجواهر: «الهبة هى العقد المقتضى تملك العين من غير عوض تملكاً منجزاً مجرداً عن القربه، أو الأثر الحاصل منه و لو بالمعاطاه أو فعل الواهب»(٧).

و به قال أيضاً بعض فقهاء العصر.

قال السيد الفقيه الخوئى قدس سره: «و هى عقد يحتاج إلى إيجاب و قبول، و يكفى فى الإيجاب كل ما دل على التملك المذكور من لفظ أو فعل أو إشارة... و يكفى فى القبول كل ما دل على الرضا بالإيجاب من لفظ أو فعل أو نحو ذلك»(٨).

ص: ٤٥٨

١- (١) الدروس الشرعيه ٢: ٢٩١.

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعيه ٣: ٢٧٣.

٣- (٣) نفس المصدر: ٢٨٥.

٤- (٤) مسالك الأفهام ٦: ١١.

٥- (٥) جامع المقاصد ٩: ١٤٢.

٦- (٦) رياض المسائل ٦: ١٧٠.

٧- (٧) جواهر الكلام ٢٨: ١٥٩.

٨- (٨) منهاج الصالحين ٢: ٢٠٤.

و قال الإمام الخميني رحمه الله: «و الأقوى وقوعها بالمعاطاه بتسليم العين و تسلمها بعنوانها»(١).

و كذا فى تفصيل الشريعه(٢).

أدله جواز الهبه بالمعاطاه

و يمكن أن يستدل للحكم المذكور بوجوه:

الأول: أن الهبه لما كانت من العقود الجائزه فى أكثر مواردنا و سعى المجال فيها و لم يضيّقوها على حدّ العقود اللازمه، فافتوا بكلّ ما دلّ على التملك حتى لو قال:

هذا لك مع نيه الهبه كفى و إن لم يكن بصيغه الماضويه، كما توسّعوا فى عقد الرهن؛ لأنّه كان جائزاً من أحد الطرفين(٣).

الثانى: أن دليل المعاطاه فى غير الهبه، من دعوى السيره القطعيه متحقّق فى المقام أيضاً، فلا- محيص عن القول بمشروعيه المعاطاه فى الهبه كمشروعيتها فى باب البيع(٤).

الثالث: أنه يصدق الهبه مع عدم اللفظ الدالّ على الإيجاب و القبول حقيقه(٥).

الرابع: أن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله من كسرى و قيصر و سائر الملوك(٦). و لم ينقل أنه صلى الله عليه و آله راعى العقد، و يبعد حمله على الإباحه؛ لأنّه صلى الله عليه و آله كان

ص: ٤٥٩

١- (١) تحرير الوسيله ٢: ٥٤.

٢- (٢) تفصيل الشريعه، كتاب الهبه: ٤٦٩.

٣- (٣) مسالك الأفهام ٦: ٩-١٠، مفتاح الكرامه ٩: ١٥٦.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ١٥٩.

٥- (٥) رياض المسائل ٦: ١٧٠.

٦- (٦) بحار الأنوار ٢٢: ١٩٣، سنن الترمذى ٣: ٦٩ ح ١٦٢٤، مسند أحمد بن حنبل ١: ٩٦.

يتصرّف فيها تصرّف الملاك (١). و وقع عنه صلى الله عليه و آله ما ينافى الإباحه و هو الوطء، كما فى ماريه القبطيه ام ولده، مع أنّه روى أنّها كانت من الهدايا (٢) و أهدى إليه حلّة فأهداها لعلّي عليه السلام (٣). من غير أن يُنقل عنه قبول لفظى و لا- عن الرسل إيجاب، و هذا كلّه يدلّ على استفاده الملك فى الجملة لا الإباحه. أشار إلى ذلك فى التذكرة (٤).

فيحمل ما تقدّم فى كلمات الأصحاب من أنّ الهبه عقد يحتاج إلى الإيجاب و القبول على إرادته بيان أنّ الهبه من أقسام العقود لا الإيقاعات و إن تحققت بما يتضمّن معنى الإيجاب و القبول من الأفعال، أو يحمل ذلك على بيان قسم العقدى من الهبه، أى الهبه اللازمه.

إيضاح

قال فى القواعد: «الهديه كالهبه فى الإيجاب و القبول و القبض» (٥).

و قال المحقّق الثانى فى شرحه: «الهديه ضرب من الهبه مقرونه بما يشعر بإعظام المهدي إليه و توقيره... و هل يشترط فيها الإيجاب و القبول و القبض؟ اختلف الأصحاب فى ذلك، فاختار المصنّف هنا الاشتراط؛ لأنّها نوع من الهبه، فيشترط فيها ما يشترط فى الهبه» (٦).

قال الشيخ فى المبسوط: «من أراد الهديه و لزومها و انتقال الملك فيها إلى المهدي إليه الغائب فليوكل رسوله فى عقد الهديه معه، فإذا مضى و أوجب له و قبل

ص: ٤٦٠

١- (١) الدروس الشرعيّه ٢: ٢٩١، جامع المقاصد ٩: ١٤٢.

٢- (٢) المبسوط للطوسى ٤: ١٥٧، طبقات ابن سعد ١: ١٣٤، المغنى لابن قدامه ١: ٢٤٩-٢٥٥.

٣- (٣) نيل الأوطار ٦: ٣.

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٢١٥، الطبعه الحجرية.

٥- (٥) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٥.

٦- (٦) جامع المقاصد ٩: ١٤١-١٤٢.

المهدى إليه وقبضه إيّاه، لزم العقد وملك المهدى إليه الهدية»^(١).

و الأظهر أنّ الهدية كالهبة لا تحتاج إلى العقد القولى؛ لأنّه لم يقد دليل على ذلك، بل الدليل على خلافه ثابت، كما يظهر من كلام العلامة فى التذكرة^(٢). وقوّاه فى جامع المقاصد^(٣). وهو ظاهر الرياض أيضاً، حيث استدلل له بأنّ السيره واستقامه الطريفة على ذلك من عهد النبى صلى الله عليه وآله إلى الآن، ولذلك يبعثونها على أيدي الصبيان الذين لا يعتدّ بعباراتهم، و ماريه القبطية كانت من الهدايا^(٤).

وقد أهدي المختار لزين العابدين عليه السلام جاريه أولدها زيداً عليه الرحمة و الرضوان^(٥).

و يؤيده أنّ الهدية مبيته على الحشمه و الإعظام، و ذلك يفوت مع اعتبار الإيجاب و القبول و ينقص موضعها من النفس، و أنّ ظاهر الأخبار أنّ المدار على التراضى من الطرفين و أنّه العمده فى البين، و قد ثبت فى محلّه أنّ بيع المعاطاه لا يشترط فيه أزيد من رضا الطرفين بما يتفقان عليه، و جعل الهدية من المعاطاه يقتضى كونها كذلك^(٦).

قبول الولي الهبة و الهدية للصبى

بعد إثبات اعتبار القبول فى الهبة و الهدية - و كونهما أعمّ من أن يكونا باللفظ أو بالفعل الدالّ على الرضا - نقول: إذا وهب أو أهدي للصبى فللولى أن يقبلهما؛

ص: ٤٤١

١- (١) المبسوط للطوسى ٣: ٣١٥.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٥، الطبعة الحجرية.

٣- (٣) جامع المقاصد ٩: ١٤٢.

٤- (٤) رياض المسائل ٦: ١٧١.

٥- (٥) الإمام زيد لمحمد أبو زهره: ٢٢-٢٣، الحدائق الناضرة ٢٢: ٢٩٨.

٦- (٦) مفتاح الكرامه ٩: ١٥٦-١٥٧ مع تصريف.

لأنَّ الصبِّيَّ مسلوب العبارة و الأفعال و لا اعتبار بقوله و فعله.

جاء فى المبسوط: «إذا وُهَبَ للصَّبِيِّ المولَّى عليه شىءٌ، نُظِرَ: فإن كان الواهب غير وليه قَبْلَ الوليِّ؛ سواء كان بغير توليه مثل الأب و الجدِّ، أو بتوليه كالوصيِّ، و إن وهب الوليُّ للصَّبِيِّ، فإن كان ولياً بغير توليه قبلها أيضاً، و يصحَّ ذلك كما يصحَّ منه فى البيع أن يكون موجِباً و قابلاً و هذا هو مذهبنا، و إن كان بتوليه لم يصحَّ أن يقبلها كما لا يصحَّ أن يبيع من الصَّبِيِّ شيئاً بنفسه أو يشتري منه، و ينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصَّبِيِّ، فإذا قبلها صحَّت الهبة»(١).

و قال العلامة: «إذا كان الواهب الوليُّ للصَّبِيِّ، فإن كان بغير توليه - كالأب و الجدِّ - قبلها الواهب أيضاً، و إن كان بتوليه، قال فى المبسوط: لا يصحَّ أن يقبلها، كما لا يصحَّ أن يبيع من الصَّبِيِّ شيئاً بنفسه أو يشتري منه، و ينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصَّبِيِّ، فإذا قبلها صحَّت الهبة.

و الوجه: التسوية بينه و بين الأب؛ لأنَّ له أن يقبل هبه غيره، فكذا يقبل هبه نفسه، لعموم ولايته، فلا وجه لاختصاصها بغيره»(٢).
و اختاره فى الحدائق(٣)

و الجواهر(٤).

و فى تحرير الوسيلة: «يصحَّ قبول الوليِّ عن المولَّى عليه الموهوب له»(٥).

و فى تفصيل الشريعة: «إذا كان الموهوب له صغيراً كالولد جديد الولاده - المتعارف فى زماننا إهداء الهدايا إليه - يصحَّ قبول الوليِّ عن المولَّى عليه،

ص: ٤٦٢

١- (١) المبسوط للطوسى ٣: ٣٠٥.

٢- (٢) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤.

٣- (٣) الحدائق الناظره ٢٢: ٣١٨.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ١٧٥.

٥- (٥) تحرير الوسيلة ٢: ٥٤، كتاب الهبة، مسأله ١

خصوصاً إذا كان غير قابل للقبول، كأوائل ولادته»(١).

و يدلّ على هذا الحكم عموم أدلّه ولايه الوليّ، و كذا بعض النصوص التي سنذكرها في البحث عن ولايه الوليّ على قبض الهبه للصبّي.

و الحاصل: أنّه لا إشكال و لا خلاف في المسأله، و لعلّ ترك التصريح بها في كلماتهم لوضوحها.

فرع

لو وهب شخص إلى صغير و لم يقبل عنه وليه، بطلت الهبه طعاماً كان الموهوب أو غيره. و الظاهر أنّه لو تصرّف فيه الصغير فلا ضمان عليه في الحال و لا بعد البلوغ، و لا ضمان على وليه أيضاً؛ لأنّ دفع المالك المال الموهوب إلى الصغير و تسليطه عليه بسبب هبه باطله، كان بمنزله الإقدام منه على إتلاف ماله، فتصرّف الصغير لم يوجب الضمان.

نظير ما قاله الفقهاء في اشتراء الصبّي، قال العلامة في التذكرة: «لو اشترى الصبّي و قبض أو استقرض و أتلف فلا ضمان عليه؛ لأنّ التضييع من الدافع، فإن كان المال باقياً رده و على الوليّ استرداد الثمن، و لا يبرأ البائع بالردّ إلى الصبّي»(٢).

و كذا في النهاية(٣).

و أمّا لو أهدى إلى صغير و لم يقبل عنه وليه فهل تبطل الهدية، أو توجب إباحه التصرف؟ أفتى الشيخ رحمه الله في المبسوط بالثاني، حيث قال: «إذا وصلت الهدية إلى المهدي إليه لم يملكها بالوصول و لم تلزم، و يكون ذلك إباحة من المهدي، حتّى أنّه

ص: ٤٦٣

١- (١) تفصيل الشريعة، كتاب الهبه: ٤٧٠.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ١: ٤٦٢، الطبعة الحجريّة.

٣- (٣) نهاية الأحكام ٢: ٤٥٤.

لو أهدى إليه جاريه لم يجوز أن يستمتع بها؛ لأن الإباحه لا تدخل في الاستمتاع»(١).

و يستظهر هذا من كلام العلامة في التذكرة أيضاً، حيث نقل عن قوم من أهل السنّه أنّه لا حاجة في الهدية إلى الإيجاب و القبول، إلى أن قال: «و منهم من اعتبرهما كما في الهبة و الوصية، و اعتذروا عمّا تقدّم بأنّ ذلك كان إباحةً لا تمليكا»(٢).

نقول: هذا هو الأقوى، و الظاهر أنّ الهبة أيضاً كذلك؛ لأنّه لا فرق بينهما حقيقة، ففي فرض المذكور كانت الهبة الباطله إباحةً من المهدى للصغير.

آراء فقهاء أهل السنّه في المسألة

يستفاد من كلماتهم أنّه لا يشترط في صحه الهبة القبول اللفظي، بل تصحّ بالمعاطاه و الفعل الدالّ على القبول أيضاً.

قال ابن قدامة: «و تحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبه من الإيجاب و القبول و المعاطاه المقترنه بما يدلّ عليها»(٣).

و في المغنى: «و الصحيح أنّ المعاطاه و الأفعال الدالّة على الإيجاب و القبول كافيّه و لا يحتاج إلى لفظ. و هذا اختيار ابن عقيل.

فإنّ النبيّ صلى الله عليه و آله و سلم كان يهدى و يُهدى إليه و يعطى و يُعطى، و يفرق الصدقات و يأمر سعاته بتفريقها و أخذها، و كان أصحابه يفعلون ذلك و لم ينقل عنهم في ذلك إيجاب و لا قبول، و لا أمر به و لا تعليمه لأحد، و لو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً

ص: ٤٦٤

١- (١) المبسوط للطوسي ٣: ٣١٥.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٥، الطبعة الحجرية.

٣- (٣) المقنع في فقه أحمد بن حنبل: ١٦٥.

مشهوراً - إلى أن قال: -

وقال ابن عقيل: إنما يشترط الإيجاب و القبول مع الإطلاق و عدم العرف القائم بين المعطى و المُعطى؛ لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا، فلا بد من قولٍ دال عليه، أمّا مع قرائن الأحوال و الدلائل، فلا وجه لتوقيفه على اللفظ، ألا ترى أننا اکتفينا بالمعاطاه و اکتفينا بدلاله الحال فى دخول الحمّام؛ و هو إجاره و بيع أعيان، فإذا اکتفينا فى المعاوضات مع تأكدها بدلاله الحال و أنّها تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفى به فى الهبه أولى^(١) و كذا فى الشرح الكبير^(٢).

كما أنّ عندهم للأب و الجدّ و الوصىّ و الحاكم أو أمينه و لايه فى قبول الهبه عن الصغار، و سنذكر فى البحث عن قبض الهبه زياده توضيح فى بيان آرائهم إن شاء الله.

المطلب الثانى: الولاية على قبض الهبه

إشاره

المشهور بين الفقهاء أنّه يشترط فى صحّه الهبه قبضها، و يتولّى ذلك الوليّ عن الصغار؛ سواء وهبه نفسه أو ذوو أرحامه أو غيرهم، فإن وهب الواهب للصغير من ذوى أرحامه و قبضها وليه لم يكن له بعد ذلك رجوع فيها.

ففى المقنعه: «و إذا نحل الوالد ولده شيئاً و لم يقبضه الولد و كان كبيراً لم تستقرّ الهبه، و كان للأب الرجوع فيها. و كذلك القول فيما يهبه لذوى أرحامه كلّهم، فإن كان الولد صغيراً مضت الهبه و كان قبض الوالد قبضاً للولد. و إن وهب لصغير من ذوى أرحامه شيئاً فلم يقبضه وليه له، كان له الرجوع فيه، فإن قبضه الوليّ مضت الهبه و لم يجز له الرجوع فيها»^(٣).

ص: ٤٤٥

١- (١) المغنى لابن قدامه ٦: ٢٥٢-٢٥٣.

٢- (٢) الشرح الكبير ٦: ٢٤٩-٢٥٠.

٣- (٣) المقنعه: ٦٥٨.

و فى النهايه بعد تقسيم الهبه على ضربين: «فأما الذى ليس له فيه رجوع، فهو كل هبه وهبها الإنسان لذى رحمه، ولداً كان أو غيره إذا كان مقبوضاً... إلا أن تكون الهبه على ولده و يكونوا صغاراً؛ فإنه لا يكون له فيها رجوع على حال؛ لأن قبضه قبضهم - إلى أن قال: - فإن وهب للصغير من ذوى أرحامه و قبضه وئيه لم يكن له بعد ذلك رجوع فيها على حال» (١) و كذا فى المبسوط (٢).

و لكّنه قال فى الخلاف: «إذا وهب الوالد لولده و إن علا- الوالد، أو الأمّ لولدها و إن علت، و قبضوا إن كانوا كباراً أو كانوا صغاراً لم يكن لهما الرجوع فيه» (٣).

و فى السرائر: «و الذى يقتضيه مذهبننا، أن هبه الوالد تكون كما قال - الشيخ رحمه الله - فأما هبه الأمّ للولد الكبير البالغ، فإذا قبض فليس لها رجوع. و أمّا هبتها لولدها الصغير، فلا بدّ من تقييض وئيه، فإذا قبض الوليّ الهبه إمّا أبوه، أو وصيّيه، فليس لها رجوع، فإذا لم يقبض فلها الرجوع بخلاف الأب؛ لأن قبض الأب قبضه» (٤).

و فى المختلف: «و الظاهر أنّ مقصود الشيخ ذلك؛ للعلم به، فلهذا لم يفصل؛ لظهوره و عدم خفائه» (٥).

و به قال القاضى فى المهذب (٦) و ابنا حمزه (٧) و سعيد (٨) و سلار (٩) و الحلبي (١٠).

ص: ٤٦٦

١- (١) النهايه للطوسى: ٦٠٢.

٢- (٢) المبسوط للطوسى ٣: ٣٠٥.

٣- (٣) الخلاف ٣: ٥٦٦ المسأله ١١.

٤- (٤) السرائر ٣: ١٧٤ و ١٧٥.

٥- (٥) مختلف الشيعه ٦: ٢٤٢.

٦- (٦) المهذب ٢: ٩٥.

٧- (٧) الوسيله: ٣٧٩.

٨- (٨) الجامع للشرائع: ٣٦٥.

٩- (٩) المراسم العلويّه: ٢٠٢.

١٠- (١٠) الكافى فى الفقه: ٣٢٢.

و قال المحقق: «لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير، لزم بالعقد؛ لأنّ قبض الوليّ قبض عنه.

و لو وهبه غير الأب أو الجدّ، لم يكن له بُدُّ من القبض عنه؛ سواء كان له ولاية أو لم تكن، و يتولّى ذلك الوليّ أو الحاكم»(١).

و قال العلّامة في جملة من كتبه: «لو وهب الأب ولده الصغير شيئاً في يده صحّ و لم يحتجّ إلى قبولٍ و لا قبض مستأنف و لا مضى زمان له، و لا يجب على الأب وضع الموهوب على يد غيره»(٢). و به قال الشهيدان(٣) و جماعه من المتأخّرين(٤).

و متأخري المتأخّرين(٥).

قال في الرياض: «لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير الذى تولّى عليه ما هو ملكهما و مقبوضهما قبل الهبة لزم بلا خلاف؛ لأنّه مقبوض بيد الوليّ، فيكفى عن القبض الجديد»(٦).

و قال في تحرير الوسيلة: «لو كان الواهب وليّاً على الموهوب له - كالأب و الجدّ للولد الصغير - و قد وهبه ما فى يده صحّ... و لو وهبه غير الوليّ فلا بدّ من القبض و يتولّاه الوليّ»(٧).

ص: ٤٦٧

١- (١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠، المختصر النافع: ١٨٧.

٢- (٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٧٨، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٠، مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤، تبصره المتعلّمين: ١٢٥، قواعد الأحكام ٢: ٤٠٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٥، الطبعه الحجرية.

٣- (٣) الدروس الشرعية ٢: ٢٨٩، اللمعة الدمشقية: ٥٩، مسالك الأفهام ٦: ٢٤-٢٥.

٤- (٤) جامع المقاصد ٩: ١٤٠ و ١٥٢-١٥٣.

٥- (٥) كفاية الأحكام: ٢: ٢٩، مفتاح الكرامة ٩: ١٧٧، جواهر الكلام ٢٨: ١٧٥-١٧٦، وسيله النجاه ٢: ١٢٣، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٠٤.

٦- (٦) رياض المسائل ٦: ١٧٦.

٧- (٧) تحرير الوسيلة ٢: ٥٥، مسأله ٣.

و كذا فى تفصيل الشريعة و زاد: «بأنه لا معنى لاعتبار القبض هنا بعد كون اللازم قبض الولي، و هو حاصل»(١).

أدله قبض الولي الهبه للصبي

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم - مضافاً إلى عموم ولاية الولي - بالنصوص، و هي ما يلي:

١ - صحيحه أو معتبره

علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال:

سألته عن الصدقه إذا لم تقبض هل تجوز لصاحبها؟ قال: «إذا كان أب تصدق بها على ولد صغير، فإنها جائزه؛ لأنه يقبض لولده إذا كان صغيراً» الحديث(٢).

٢ - موثقه

داود بن الحصين، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «الهبه و النحل ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال: هو ميراث، فإن كانت لصبي في حجره فأشهد عليه فهو جائز»(٣).

٣ - و خبر

جميل بن دراج، عن أبي عبد الله عليه السلام عن (في خ ل) رجل وهب لابنه شيئاً هل يصلح أن يرجع فيه؟ قال: «نعم، إلا أن يكون صغيراً»(٤).

٤ - و مرسله

أبان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «النحل و الهبه ما لم تقبض حتى يموت صاحبها، قال: هي بمنزلة الميراث، و إن كان لصبي في حجره و أشهد عليه فهو جائز»(٤).

ص: ٤٦٨

١- (١) تفصيل الشريعة، كتاب الهبه: ٤٧٤.

٢- (٢) الوسائل ١٣: ٣٣٨ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ٥، و وجه الدلالة: أن الصدقه تشمل الهبه و الهديه كما سيأتي.

٣- (٣-٥) الوسائل ١٣: ٣٣٧ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ١ و ٢.

٤- (٤) نفس المصدر الباب ٤ من كتاب الهبات، ح ١.

٥ - ما ورد في أخبار الصدقه من أن قبض الأب و الجدّ كاف في صحّه الصدقه و لا رجوع فيها بعد، كقوله عليه السلام في صحيحه محمد بن مسلم:

«و إن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذى يلى أمره. و قال: لا يرجع فى الصدقه إذا ابتغى بها وجه الله عزّ و جلّ، و قال: الهبه و النحله يرجع فيها إن شاء، حيزت أو لم تحز إلاّ لذى رحم؛ فإنّه لا يرجع فيه» (١).

و قريب من هذا معتبره عبيد بن زراره (٢).

و فى معتبره

جميل قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يتصدّق على ولده بصدقته و هم صغار، أ له أن يرجع فيها؟ قال: «لا، الصدقه لله عزّ و جلّ» (٣).

قال فى الحدائق: «و بالجملة: فإنّ الحكم لا إشكال فيه و لا خلاف نصّاً و فتوى فيما أعلم، فإنّ القبض السابق على الهبه كاف عن القبض الطارئ بعدها، و أيده بأنّ اليد المستدامه أقوى من اليد المبتدأه» (٤).

و يدلّ على عدم جواز الرجوع فى الهبه - إذا كان المتّهب صغيراً ذا رحم بعد إقباض الوليّ له بخصوصه - الإجماع أيضاً، كما ادّعاها فى التذكرة (٥) و جامع المقاصد (٦).

ص: ٤٦٩

١- (١) تهذيب الأحكام ٩: ١٣٥، ح ١٦، وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٧، الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١ و ص ٣٣٨، الباب ٦ من كتاب الهبات ح ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٩، الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٥. و ليس فى السند من لا- توثيق له إلا- قاسم بن سليمان، و هو معتبر؛ لكثرة نقل الأجله عنه، مع أنّه من رجال تفسير القمى و كامل الزيارات.

٣- (٣) تهذيب الأحكام ٩: ١٣٥، ح ١٧، وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٨، الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٢.

٤- (٤) الحدائق الناضره ٢٢: ٣١٦.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٨، الطبعة الحجرية.

٦- (٦) جامع المقاصد ٩: ١٥٧.

اشتراك الصدقه والهبة في القبض

يشترط في صحه الصدقه أيضاً قبضها؛ لأنّ الهبه قد يعبر عنها بالنحله و العطيّه، و يطلق كلّ منهما على مطلق الإعطاء المتبرّع به، فيشمل الوقف و الصدقه و الهديه و الهبه، و الهبه أعمّ من الصدقه؛ لاشتراط الصدقه بالقربه دون الهبه.

و الهديه أخصّ من الهبه؛ إذ يعتبر في الهديه أن يحمل الموهوب من مكان الواهب إلى مكان الموهوب منه إكراماً له، و لذا لا يطلق الهديه على العقارات الممتنع نقلها(١).

و قال الشيخ في المبسوط: «إنّ الهبه و الصدقه و الهديه بمعنى واحد»(٢).

و الظاهر أنّه خلاف التحقيق، و كيف كان لا يلزم شيء من الصدقه و الهبه و الهديه إلّا بالقبض، و يتولّى الأب أو الجدّ ذلك عن الصغير.

فروع

الأول: هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبه ليتمخض القبض للهبة أو لا يعتبر؟ قولان:

الأول: - و هو ظاهر العلامه في القواعد - اعتبار ذلك، حيث قال:

«و شرطه إذن الواهب و إيقاع القبض للهبه، فلو قبض من غير إذنه لم ينتقل الملك إليه و إن كانا في المجلس، و كذا لو أقبضه الواهب لا- للهبه و يقبل قوله في القصد»(٣)؛ لأنّ المال المقبوض في يد الوليّ له، فلا- ينصرف إلى الطفل إلّا بصارف، و هو القصد.

ص: ٤٧٠

١- (١) كفايه الأحكام: ٢: ٢٦.

٢- (٢) المبسوط للطوسي ٣: ٣٠٣.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٦.

الثانى: و هو الأقوى، ما يظهر من كلمات كثير من الفقهاء - كما تقدّم ذكرها - عدم اعتبار إيقاع القبض للهبة و الاكتفاء بمطلق القبض، فلا يعتبر عندهم قصد القبض عن الطفل؛ لصدق اسم القبض عليه و صلاحيته للهبة، و لم يدلّ دليل على أزيد من ذلك.

قال فى الرياض: «يكفى مطلق القبض السابق و لو خلّى حين العقد أو بعده عن تيه القبض عن المتّهب له بالكفيه»(١).

و فى المسالك: «عدم قصد القبض لغيره يكفى»(٢).

و فى كفايه الأحكام: «لم يفتقر إلى تجديد القبض و لا قصد القبض عن الطفل على الأشهر الأقوى»(٣).

الفرع الثانى: أنه هل للوصى أن يتولّى القبض عن الطفل أم لا؟ قولان:

قال فى المبسوط: «إن وهب الوليّ للصبى، فإن كان ولياً بغير توليه قبلها...

و إن كان بتوليه لم يصحّ أن يقبلها كما لا يصحّ أن يبيع من الصبى شيئاً بنفسه أو يشتري منه، و ينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبةً للصبى؛ فإذا قبلها صحّت الهبة»(٤). و وافقه المحقق(٥).

و فى مقابله قول من قال بصحّته قبض الوصى أيضاً، و هذا هو الأقوى، كقول العلامة و غيره، حيث قال: «و الوجه: التسوية بينه - أى الوصى - و بين الأب؛ لأنّ

ص: ٤٧١

١- (١) رياض المسائل ٦: ١٧٧.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٥.

٣- (٣) كفايه الأحكام ٢: ٢٩.

٤- (٤) المبسوط للطوسى ٣: ٣٠٥.

٥- (٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠.

له أن يقبل هبه غيره فكذا يقبل هبه نفسه، لعموم ولايته؛ فلا وجه لاختصاصها بغيره»(١).

و في المسالك: «و الأصح أنّ حكم الوصيّ حكم الأب و الجدّ»(٢). و اختاره أيضاً في الحدائق(٣).

و في الجواهر: بل ولاية الوصيّ في الحقيقة من ولاية الأب و الجدّ، مع أنّ ولاية الحاكم هنا منتفیه؛ لأنّه وليّ من لا وليّ له، و في الفرض المذكور وصيّ أحد الأبوين موجود(٤).

و أجاب العلامة عمّا استدللّ به الشيخ بالمنع من حكم الأصل؛ فإنّ له أن يبيع و يقبل الشراء. و أيضاً بوجود الفرق بينهما؛ فإنّ المعاوضه قد يحصل فيها التغبان، و أمّا الهبه؛ فإنّها عطية محضه، فكانت المصلحه فيها ظاهره(٥).

الفرع الثالث: قال العلامة: «و للولي أن يهب مال الطفل بشرط الثواب مع المصلحه

، إمّا مع زياده الثواب على العين، أو مع تحصيل أمر من المتهب ينتفع به الطفل نفعاً يزيد على بقاء العين له»(٦).

آراء فقهاء أهل السنّه في الولاية على قبض الهبه

إنّهم قائلون بأنّ الأولياء - الأب و الجدّ و وصيّهما و الأمّ في بعض الأحوال - و كلّ من يعول الصبّي من الأخ و العمّ و غيرهما يتولّى في قبول الهبه و قبضها عن

ص: ٤٧٢

١- (١) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤ مسألة ١٩.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٦.

٣- (٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٢١٨.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ١٧٧.

٥- (٥) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤ مسألة ١٩.

٦- (٦) تذكره الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجرية.

الصبيّ. فنذكر شرطاً من كلماتهم على الترتيب التالي:

أ - الحنفية

جاء في الهداية: «إذا وهب الأب لابنه الصغير هبةً ملكها الابن بالعقد؛ لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة، ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو يد مودّعه؛ لأنّ يده كيده، بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغضوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً؛ لأنه في يد غيره أو في ملك غيره. والصدقة في هذا مثل الهبة. وكذا إذا وهبت أمّه و هو في عيالها والأب ميتٌ ولا وصي له. وكذلك كلّ من يعوله»^(١).

و في شرح الهداية: «لأنّ الذي وهبه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة، فلا يحتاج إلى قبض آخر. ولا يشترط فيه الإشهاد، إلّا أنّ فيه احتياطاً للتحرز عن جحود الورثة بعد موته، أو جحوده بعد إدراك الولد. وقال عبد البر: أجمع الفقهاء على أنّ هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض جديد»^(٢).

و في البحر الرائق: «و تتمّ الهبة بقبض الأمّ أو الأجنبي بشرط أن يكون في حجر القابض؛ لأنّ للأمّ الولاية فيما يرجع إلى حفظه و حفظ ماله، وللأجنبي يد معتبره»^(٣).

و به قال الطحاوي^(٤) و السرخسي^(٥) و الأستروشنى^(٦) و ابن نجيم و السمرقندى^(٧) و ابن عابدين^(٨) و الشيخى زاده^(٩)

ص: ٤٧٣

- ١- (١) الهداية للمرغيناني ٣: ٢٥٣.
- ٢- (٢) البناء ٩: ٢١٦.
- ٣- (٣) البحر الرائق ٧: ٤٩١.
- ٤- (٤) مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٤٠.
- ٥- (٥) المبسوط للسرخسي ١٢: ٦١.
- ٦- (٦) أحكام الصغار: ١٧١.
- ٧- (٧) البحر الرائق ٧: ٤٩٠، تحفه الفقهاء ٣: ١٦٨، مجمع الأنهر ٣: ٤٩٧.
- ٨- (٨) حاشيه ردّ المحتار ٨: ٤٤٩.
- ٩- (٩) مجمع الأنهر ٣: ٤٩٧.

ففى المغنى لابن قدامه: «إن كان الموهوب له طفلاً أو مجنوناً لم يصح قبضه ولا قبوله؛ لأنه من غير أهل التصرف، و يقبض له أبوه إن كان أميناً؛ لأنه أشفق عليه و أقرب إليه، فإن لم يكن له أب قبض له وصى أبيه... و إن كان الأب غير مأمون، أو كان مجنوناً، أو مات عن غير وصى، فأمينه الحاكم... و لا يصح القبض من غير هؤلاء - إلى أن قال: - و يحتمل أن يصح القبول و القبض من غيرهم عند عدمهم؛ لأنَّ الحاجة داعيه إلى ذلك؛ فإنَّ الصبى قد يكون فى مكان لا حاكم فيه و ليس له أب و لا وصى، و يكون فقيراً لا- غنى به عن الصدقات، فإن لم يصح قبض غيرهم له انسدَّ باب وصولها إليه فيضيع و يهلك، و مراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولايه، فعلى هذا للأم القبض له و كل من يليه من أقاربه و غيرهم»(١).

و مثل ذلك فى منتهى الإرادات(٢) و كشاف القناع(٣) و الفروع(٤).

و فى المبدع: «يصح قبض المميز و قبوله بلا إذن وليه»(٥).

و لكن قال فى الإقناع(٦) و الإنصاف(٧): لا يصح قبض طفل و لو مميزاً، بل وليه الأمين يقوم مقامه.

و يستفاد من كلماتهم أنه يجوز للأب و غيره أن يوجب و يقبل و يقبض؛ بأن كان هو نفسه واهباً للصبى و يقبل و يقبض عنه(٨).

ص: ٤٧٤

١- (١) المغنى ٦: ٢٥٨-٢٥٩، الشرح الكبير ٦: ٢٥٧-٢٥٨.

٢- (٢) منتهى الإرادات ٣: ٣٩٦-٣٩٧.

٣- (٣) كشاف القناع ٤: ٣٦٤.

٤- (٤) الفروع ٤: ٤٨٦.

٥- (٥) المبدع ٥: ٣٦٥.

٦- (٦) الإقناع ٣: ٣١.

٧- (٧) الإنصاف ٧: ١٢٥.

٨- (٨) نفس المصادر السابقه.

عندهم القبض من أركان الهبه، فقد قال في الوجيز: «و به يحصل الملك، فإن مات الواهب قبل القبض تخير الوارث في الإقباض»^(١).

و في منهاج الطالبين: «و لا يملك موهوب إلا بقبض»^(٢).

و قال الماوردى: «أما القبض، فهو من تمام الهبه لا تملك إلا به»^(٣).

فلو كان الموهوب له طفلاً لم يصح قبضه و لا قبوله؛ لأنه من غير أهل التصرف، و لذا قال الشافعي: و يقبض للطفل أبوه^(٤).

و في العزيز: «إذا كانت الهبه لمن^(٥) ليس له أهليه القبول، كالطفل فينظر: إن كان الواهب أجنبيّاً قبل له من يلي أمره من وليّ و وصيّ و قيم، و إن كان الواهب من يلي أمره، فإن كان غير الأب و الجدّ قبل له الحاكم أو من ينييه.

و إن كان أباً أو جدّاً تولّى الطرفين... و لا اعتبار بقبول المتعهد الذي لا ولايه له على الطفل»^(٦). و به قال النووي^(٧).

و في الحاوى الكبير: «إن كان الواهب للطفل أبوه... فيكون في البذل و الإقباض نائباً عن نفسه و في القبول و القبض نائباً عن ابنه، فأما أمين الحاكم فلا يصحّ ذلك منه إلا أن يقبله منه قابل و يقبضه منه قابض، و كذلك وصيّ الأب»^(٨).

ص: ٤٧٥

١- (١) الوجيز ١: ٤٣٠.

٢- (٢) منهاج الطالبين ٢: ٢٩٥.

٣- (٣) الحاوى الكبير ٩: ٤٠١.

٤- (٤) مختصر المزي: ١٣٤.

٥- (٥) في المصدر: «ممن» و الظاهر أنّ ما أثبتناه هو الصواب كما في روضه الطالبين.

٦- (٦) العزيز شرح الوجيز ٦: ٣٠٩.

٧- (٧) روضه الطالبين ٥: ٥.

٨- (٨) الحاوى الكبير ٩: ٤٠٤.

و جاء فى روضه الطالبين: أنّ الصدقه كالهديه بلا فرق بينهما؛ سواء كانت الهديه الأطمعه أو غيرها(١).

د - المالكيه

فقد خالفوا رأى الشافعيه، و قالوا بلزوم الهبه بدون القبض، ففى البيان: «قال مالك: تلزم الهبه بالإيجاب و القبول من غير قبض، فإن امتنع الواهب من الإقباض دفعه الموهوب له إلى الحاكم ليجبره على الإقباض»(٢).

و مثل ذلك فى حليه العلماء(٣) و المغنى و الشرح(٤) و التهذيب(٥).

و قال ابن رشد: «قول مالك و من تابعه أنّ الهبه تنعقد بالقول و تلزم به، و لا تتم إلا بالحيازه»(٦).

و لكن مع ذلك يجوز عندهم أن يحوز و يقبض الأب الهبه و الصدقه للصبى.

ففى المدونه: «قلت: فإن وهب الأب لولده و هم صغار ثم شهد لهم، أ هو الجائر فى قول مالك؟ قال: نعم»(٧).

و فى الكافى: إذا وهب الرجل لابنه الصغير فلا حيازه عليه فيما وهب له إلا الإشهاد بالهبه و الإعلان بها؛ لأنه هو الحائز له(٨). و كذا فى غيره(٩).

ص: ٤٧٦

١- (١) روضه الطالبين ٥:٥.

٢- (٢) البيان ٨:١١٤.

٣- (٣) حليه العلماء ٦:٤٨.

٤- (٤) المغنى و الشرح ٦:٢٥١.

٥- (٥) التهذيب فى فقه الشافعى ٤:٥٢٧.

٦- (٦) المقدمات الممهّدة ٢:٤١٣.

٧- (٧) المدونه الكبرى ٦:١٣٣.

٨- (٨) الكافى فى الفقه المالكى: ٥٣٠.

٩- (٩) الشرح الصغير مع بلغه السالك ٤:٤٤، عقد الجواهر الثمينه ٣:٦١.

إشاره

و فيه مطلبان:

المطلب الأول: أن يتولّى الأب أو الجدّ أو الوصى القبض عن الصغير

إشاره

لا خلاف بين الفقهاء فى اشتراط صحّه الوقف (١) بالقبض، فلو وقف على أولاده الأصغر جاز، و يتولّى القبض عنهم.

قال الشيخ رحمه الله: «إن وقف ما يملك و لا يخرج من يده و لم يُقبَّضه الموقوف عليه أو من يتولّى عنهم، لم يصحّ الوقف و كان باقياً على ما كان عليه من الملك، فإن مات و الحال ما ذكرناه كان ميراثاً. و إذا وقف على ولده الكبار فلا بدّ من تقييضهم الوقف... و إن كان أولاده صغاراً، جاز الوقف و إن لم يُقبَّضهم إياه؛ لأنّه الذى يتولّى القبض عنهم» (٢).

و فى المختصر النافع: «لو - أى الوقف - كان على طفل قبضه الولي، كالأب و الجدّ للأب أو الوصى، و لو وقف عليه الأب أو الجدّ صحّ؛ لأنّه مقبوض بيده» (٣).

ص: ٤٧٧

١- (١) الوقف يجمع على وقوف و أوقاف، و هو فى اللغه الحبس. تقول: وقفت كذا إذا حبسته. لسان العرب ٤: ٤٧٧، و عرّفه المحقّق بأنّه عقد ثمرته تحببب الأصل و إطلاق المنفعه. شرائع الإسلام ٢: ٢١١. و قال بعض آخر: إنّ الوقف شرعاً حبس مالٍ يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه. نهايه المحتاج ٥: ٣٥٨.

٢- (٢) النهايه للطوسى: ٥٩٥.

٣- (٣) المختصر النافع: ١٨٣، شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

و به قال جماعه من المتقدمين (١) و المتأخرين (٢) و بعض فقهاء العصر (٣).

جاء فى تحرير الوسيله: «لو وقف الأب على أولاده الصغار ما كان تحت يده - و كذا كلّ ولى إذا وقف على المولى عليه ما كان تحت يده - لم يحتجّ إلى قبض حادث جديد، لكن الأحوط أن يقصد كون قبضه عنه، بل لا يخلو من وجه» (٤).

و كذا فى تفصيل الشريعة (٥).

و جاء فى المسالك: «لما كان المعتبر من القبض رفع يد الواقف و وضع يد الموقوف عليه، و كانت يد الولي بمنزله يد المولى عليه، كان وقف الأب و الجدّ و غيره - ممّن له الولاية على غير الكامل لما فى يده - على مولى عليه متحققاً بالإيجاب و القبول؛ لأنّ القبض حاصل قبل الوقف» (٦).

و فى الرياض: «بلا خلاف فى الأب و الجدّ» (٧) و كذا فى الجواهر (٨) و ادعى الفاضل المقداد الإجماع عليه (٩).

ص: ٤٧٨

١- (١) المهذب لابن البراج ٨٨:٢، غنيه النزوع: ٢٩٨، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٢، قواعد الأحكام ٢: ٣٨٨-٣٨٩، الدروس الشرعية ٢: ٢٦٦.

٢- (٢) جامع المقاصد ٩: ٢٢، مفتاح الكرامه ٩: ٢٦، الحدائق الناضره ٢٢: ١٤٦، كفايه الأحكام: ١٤٠، جواهر الكلام ٢٨: ٦٤.

٣- (٣) وسيله النجاه ٢: ١٢٨، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٣٣.

٤- (٤) تحرير الوسيله ٢: ٦٢، كتاب الوقف، مسأله ١٠.

٥- (٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوقف: ٢٢.

٦- (٦) مسالك الأفهام ٥: ٣٦٠.

٧- (٧) رياض المسائل ٦: ٨٨.

٨- (٨) جواهر الكلام ٢٨: ٦٤.

٩- (٩) التنقيح الرائع ٢: ٣٠٢.

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم بوجوه:

الأول: الإجماع الذي أشرنا إليه.

الثاني - وهو العمده -: النصوص.

١ - صحيحه

محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال في الرجل يتصدق على وُلده وقد أدركوا: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأن والده هو الذي يلي أمره» الحديث (١).

٢ - صحيحه

جميل قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتصدق على بعض ولده بصدقه وهم صغار، أله أن يرجع فيها؟ قال: «لا، الصدقه لله تعالى» (٢).

٣ - معتبره

عبيد بن زراره، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل تصدق على وُلده قد أدركوا، قال: «إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأن الوالد هو الذي يلي أمره». الحديث (٢).

ومثلها الصحيحه الثانيه لجميل ٤ و صحيحه صفوان ٥ و روايه على بن جعفر (٣).

فإن هذه الأخبار - مع التعليل في بعضها - صريحه في المقام، والمراد من التصدق هو الوقف.

المطلب الثاني: اعتبار قصد القبض أو عدمه عن الصبي

إشاره

هل يعتبر قصد كون القبض في الوقف عن المولى عليه أم لا، بل يكفى نفس

ص: ٤٧٩

١- ((١، ٢)) وسائل الشيعه ١٣: ٢٩٧ و ٢٩٨ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ١ و ٢.

٢- ((٣، ٤، ٥)) نفس المصدر ١٣: ٢٩٨ و ٢٩٩ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٤ و ٥ و ٧.

٣- (٤) مسائل علي بن جعفر: ١٩٥ ح ٤١١، وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٨ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ٥.

كونه مقبوضاً له و إن تجرّد عن القصد و تجديد التّيه؟ وجهان، بل قولان:

القول الأوّل: أنّه يشترط في القبض عن الصبيّ أن يقصد الوليّ كون القبض قبضاً عن الصبيّ، احتمله الشهيد الثاني في المسالك^(١). و لكن جزم به في موضع آخر منه، حيث قال: «لو وقف الأب أو الجدّ ما بيدهما على المولّي عليه اعتبر قبضهما عن الطفل، و لا يكفي استصحاب يدهما؛ لأنّ القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره»^٢.

و ذهب إليه المحقّق الثاني، حيث قال: المتبادر من قوله: «كان قبضه قبضاً عنهم» أنّ مجرّد كونه مقبوضاً في يده كافٍ في حصول القبض عنهم و إن لم يقصد القبض عنهم. و يشكل بأنّ القبض إنّما يحسب لذى اليد ما لم يقصده لغيره ممّن له ولايه عليه و نحوه^(٢).

و في موضع آخر: «و كذا - أي لا يعتدّ بالقبض من دون القصد - لو وقف الوليّ ما بيده و ذهل عن القبض للطفل؛ لأنّ القبض محسوب للواقف، فما لم يحصل قصد يقنضى صرفه إلى الطفل، لم ينصرف إليه، و كذا القول في الوكيل»^(٣).

و هكذا استظهره من الرواية في مفتاح الكرامه، حيث قال: «قلت في صحيح صفوان ما يظهر منه اعتبار قصده القبض عنهم، حيث قال عليه السلام:

و إن كانوا صغاراً و قد شرط ولايتها لهم حتّى يبلغوا فيحوزها لهم^(٤)؛ لأنّ الظاهر من سياق الخبر ظهور لا يكاد ينكر: أنّ المراد قصد ولايتها لهم إلى أن يبلغوا.

و في خبر عليّ بن جعفر في كتابه:

إذا كان أب تصدّق على ولد صغير فإنّها

ص: ٤٨٠

١- ((١، ٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٧٣ و ٣٦٠.

٢- (٣) جامع المقاصد ٩: ٢٣.

٣- (٤) نفس المصدر ٩: ٢٥.

٤- (٥) وسائل الشيعه ١٣: ٢٩٨ الباب ٤ من كتاب الوقوف و الصدقات، ح ٤.

جائزه؛ لأنه يقبض لولده إذا كان صغيراً (١)، و هو كصحيح صفوان، و لعلهم لو ظفروا به ما أطلق و لا اختلف اثنان (٢).

و قال المحدث الكاشاني: «فلو وقف على أولاده الأصاغر، سقط اعتبار القبض؛ لحصوله قبل الوقف فيستصحب، لكن الأولى أن يقصد بعد ذلك القبض عنهم للوقف» (٣).

و في الجواهر: «اللهم إلا أن يُراد من نحو عباره - اي عباره الشرائع - صيروره قبضه قبضاً عنهم شرعاً، و لكن فيه حينئذ أنه خلاف ظاهر الأدلة خصوصاً صحيح صفوان الظاهر في اعتبار الحيازه لهم المتوقف على التيه، بل لعل ذلك هو المراد من التعليل، لا إرادته عدم الاحتياج إلى قصد، كما هو واضح لمن أوهبه الله تعالى الانتقاد» (٤).

و قال به أيضاً في جامع المدارك (٥) و تحرير الوسيله (٦).

القول الثاني - و هو الحق - : أنه لا يعتبر قصد كون القبض عن الصبي، كما استظهره الشهيد الثاني في موضع من المسالك (٧).

و قال المحقق القمي في جامع شتاته: «لو وقف لولده الصغير يكفي قبض الولي له، و ظاهر الأحاديث المعتبره و إطلاق كلمات أكثر العلماء عدم الافتقار إلى قصد جديد» (٨).

ص: ٤٨١

١- (١) نفس المصدر ٣٣٨:١٣ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ٥.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٢٦:٩.

٣- (٣) مفاتيح الشرائع ٢١٥:٣.

٤- (٤) جواهر الكلام ٦٥:٢٨.

٥- (٥) جامع المدارك ٦:٤.

٦- (٦) تحرير الوسيله ٦٢:٢ مسأله ٩.

٧- (٧) مسالك الأفهام ٣٦٠:٥.

٨- (٨) جامع الشتات ٢:٤.

و فى الرياض: «و إطلاقهما (١) - كالعباره و كثير من عبار الجماعه - يقتضى الاكتفاء بقبضهما و إن تجرد عن تيه القبض عنهما» (٢).

و فى كفايه الأحكام: «الأقرب أنه لا يفتقر إلى تيه القبض عن المولى عليه» (٣).

و فى منهاج الصالحين: كون العين الموقوفه فى يد الوالد يكفى فى تحقق القبض (٤).

و فى تفصيل الشريعه: «يكفى فى الجواز و المضى مجرد كون الواقف هو الأب و الموقوف عليه ولده الصغير أو أولاده كذلك - إلى أن قال: - فالقبض و الإقباض حقيقه لا يعقل هنا؛ لاتحاد الشخص» (٥).

أدله عدم اعتبار قصد القبض عن الصبي

و يدل على هذا الحكم إطلاق الأخبار الوارده المتقدمه فى هذا المقام.

و استدلل المحدث البحرانى بعدم الدليل عليه، حيث قال: «لا يجب تجديد التيه و القصد فى كونه قبضاً عن المولى عليه؛ لعدم الدليل عليه، و إطلاق النصوص يقتضى العدم» (٦).

و كذا فى المسالك (٧).

و أما ما ذكره القائلون باعتبار القصد و التيه من الاستدلال بصحيحه صفوان

ص: ٤٨٢

١- (١) أى إطلاق صحيح صفوان و عبيد بن زراره.

٢- (٢) رياض المسائل ٨٩:٦.

٣- (٣) كفايه الأحكام: ١٤٠.

٤- (٤) منهاج الصالحين للسيد الخوئى ٢٣٣:٢.

٥- (٥) تفصيل الشريعه، كتاب الوقف: ٢٢.

٦- (٦) الحدائق الناضره ١٤٦:٢٢.

٧- (٧) مسالك الأفهام ٣٦٠:٥.

و معتبره علي بن جعفر، فيمكن أن يقال: إنهما تشعران بذلك؛ لأنه يحتمل أن يكون المراد قصد ولايتهم و قصد القبض عنهم، فلا بد حينئذٍ من تجديد التيه.

لكن لا بد من البحث في حقيقه القبض؛ و أنه بما ذا يتحقق القبض الذي يترتب عليه أحكام في البيع و الوصية و الرهن و الهبه و الوقف و غيرها، و حيث لم يرد فيه نصٌ كلّيٌ حتّى نستفيد منه الحكم الشرعي، فلا مناص من الرجوع إلى العرف؛ لأن من عادة الشرع ردّ الناس إلى ما هو متعارف و متداول من الاصطلاحات فيما لم ينصّ على مقصوده باللفظ.

فقد جاء في مجمع البحرين: «قوله - تعالى - : (وَ الْأَرْضُ جَمِيعاً قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ) ١ أي في ملكه، مثل قولهم: قد صار الشيء في قبضتك، أي في ملكك» (١).

و في لسان العرب: «القبض: تحويلك المتاع إلى حيزك، القبض: التناول للشيء بيدك ملامسه، في قبضى و قبضتى أي في ملكي.

و قوله - عزّ و جلّ - : (وَ الْأَرْضُ جَمِيعاً قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ) قال ثعلب: هذا كما تقول: هذه الدار في قبضتى و يدي، أي في ملكي» (٢).

و لأجل هذا قال الشيخ في المبسوط في كيفية القبض: «ينظر في المبيع، فإن كان ممّا لا ينقل و لا يحوّل، فالقبض فيه التخليه مثل العقار...» (٣).

و في الدروس: «القبض في غير المنقول التخليه بعد رفع اليد» (٤). و الذي ذكر

ص: ٤٨٣

١- (٢) مجمع البحرين ٣: ١٤٣٢ مادّه قبض.

٢- (٣) لسان العرب ٥: ١٩٠ مادّه قبض.

٣- (٤) المبسوط للطوسي ٢: ١٢٠.

٤- (٥) الدروس الشرعيّه ٣: ٢١٣.

هو مقتضى العرف و اللغة. و به قال بنو حمزه(١) و البرّاج(٢) و زهره(٣). و ادّعى السيّد أبو المكارم الإجماع على ذلك(٤).

و قال العلامة: «إن لم يكن منقولاً، فالقبض فيه: التخليه لنا: أنّ العرف يقضى بما قلناه»(٥).

و فى الرياض: «اتفق الأصحاب على أنّ القبض هو التخليه بينه و بينه بعد رفع اليد عنه فيما لا ينقل خاصّه كالعقار و نحوه»(٦).

فالقبض فيما لا- ينقل و لا يحوّل هو التخليه، و معنى التخليه كون الشىء تحت يده و فى سلطانه و استيلائه على نحو المالك الذى لا- إشكال فى كون ماله مقبوضاً له؛ بمعنى كونه فى قبضه و إن كان له شريك فيه، فمتى خلى بينه و بينه و رفع المالك اليد عنه فقد تحقّق القبض(٧).

و لا- شك أنّ الضيعة الواردة فى صحيح صفوان ممّا لا ينقل و لا يحوّل، و معنى القبض فيها: التخليه كما حققناه، فحيازه الولي للأولاد أن تكون التخليه بين الضيعة و بين الولي و رفع الواقف يده عنها، و تكون الضيعة فى يد الولي و تحت سلطانه و استيلائه، و قصد هذا المعنى للولي أمر قهرى لا ينفكّ عنه الولي الواقف؛ لأنّه بحسب الطبيعه و الجبلّه من كان له ملك و أزال ذلك

ص: ٤٨٤

١- (١) الوسيله: ٢٥٢.

٢- (٢) المهذب: ١: ٣٨٥.

٣- (٣) غنيه النزوع: ٢٢٩.

٤- (٤) نفس المصدر.

٥- (٥) مختلف الشيعة ٥: ٣٠١.

٦- (٦) رياض المسائل ٥: ١٥٠.

٧- (٧) و مقتضى هذا البيان أنّ القبض ليس من الأمور القصدية، مع وضوح كونه منها، و على هذا فاللازم أو لا أقلّ الاحتياط يقتضى لزوم قصد القبض و تجديد التيه. م ج ف.

الملك عن نفسه بنقله إلى الموقوف عليه ممن له الولايه عليه؛ فإنه لا بد من تغيير قصده، و نيتته في وضع اليد عليه من أنه بالملك في الأول و بالولايه في الثاني، فاختلاف القصد بين الحاله الأولى و الثانيه أمر جبلي طبيعي، كما أشار إليه في الحدائق (١).

و يؤيده أن المفيد (٢) و الشيخ (٣) و القاضي ابن براج (٤) و المحقق (٥) و العلامه (٦)

عبروا بأن قبض الوالد قبض الولد.

و به قال السيد الفقيه السبزواري رحمه الله، حيث قال: «إن تحقق الاستيلاء الكافي في القبض تكويني، و تجدد العنوان بعد تجدد جهه القبض و الاستيلاء قهرى، لا أن يكون قصدياً اختيارياً» (٧).

فلا يجب تجديد التيه و القصد في كون القبض قبضاً عن الصبي، و لكن الأحوط أن يقصد كون قبضه عن الصبي؛ لأنه حسن في كل حال.

كما احتاط في هذه المسأله الساده الفقهاء: اليزدي (٨) و الاصفهاني (٩) و الإمام الخميني (١٠) و الفاضل المامقاني (١١)

ص: ٤٨٥

- ١- (١) الحدائق الناصره ١٤٦:٢٢.
- ٢- (٢) المقنعه: ٦٥٨.
- ٣- (٣) النهايه: ٦٠٢.
- ٤- (٤) المهذب ٩٥:٢.
- ٥- (٥) شرائع الإسلام ٢٣٠:٢.
- ٦- (٦) قواعد الأحكام ٣٨٩:٢.
- ٧- (٧) مهذب الأحكام ٢٠:٢٢.
- ٨- (٨) تتمه العروه ١٨١:٢.
- ٩- (٩) وسيله النجاه ١٢٨:٢.
- ١٠- (١٠) تحرير الوسيله ٦٢:٢ مسأله ١٠.
- ١١- (١١) مناهج المتقين: ٣٢٤.

قال فى الحدائق: «الظاهر أنه لا فرق فى الاكتفاء بقبض الولي بين كون الولي أباً أو جدّاً أو وصيهاً أو حاكماً شرعياً وإن كان مورد الأخبار المتقدمه الأب؛ فإنها إنما خرجت مخرج التمثيل لا الاختصاص، إذ العلة مشتركة بين الجميع، و تردّد بعض الأصحاب (١) فى إلحاق الوصي بالمذكورين، نظراً إلى ضعف يده و ولايته بالنسبه إلى غيره.

قال فى المسالك فى ردّ هذا المقال: و لا وجه للتردد؛ فإن أصل الولاية كافٍ فى ذلك، و المعتبر هو تحقّق كونه تحت يدى الواقف، مضافاً إلى ولايته على الموقوف عليه، فتكون يده كيده، و لا يظهر لضعف اليد و قوتها أثر فى ذلك (٢)، انتهى و هو جيّد (٣).

و جاء فى مفتاح الكرامه: «و قد عرفت... بكفايه قبض الولي... و قد دلّت على ذلك الأخبار فى الأب، و لا فارق و لا وجه لتردد بعضهم فى الوصي (٤).

و لقد أجادوا فيما أفادوا رحمهم الله.

الولاية على القبول و القبض فى الوقف عند أهل السنّه

أ - الولاية على القبول

اختلف الشافعيه فى ماهية الوقف إذا كان على آدمى معين، فمنهم من قال: إنه عقد لا يتم إلا بالقبول كالوصية و الهبة، و منهم من قال: إنه إيقاع لا يحتاج لتمامه

ص: ٤٨٦

١- (١) هو المحقق فى شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٦٠.

٣- (٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤٧.

٤- (٤) مفتاح الكرامه ٩: ١٠.

أن وقع القبول من الطرف الآخر. وقال بعض الحنابلة: إنَّ فيه وجهان.

قال ابن قدامة: «و إن كان على آدمي معيّن ففى اشتراط القبول وجهان:

أحدهما: اشتراطه، لأنّه تبرّع لآدمي معيّن، فكان من شرطه القبول كالهبة والوصيّة، يحقّقه أنّ الوصيّه إذا كانت لآدمي معيّن وقفت على قبوله، و إذا كانت لغير معيّن أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر إلى قبول، كذا هنا.

و الوجه الثانى: لا يشترط القبول... لأنّه إزالة ملك يمنع البيع و الهبة و الميراث، فلم يعتبر فيه القبول، كالعق...»(١).

و مثل ذلك فى التهذيب(٢) و نهايه المحتاج(٣) و العزيز(٤).

فعلى القول باشتراط القبول فى الوقف، لا بدّ فى الوقف على الصبيّ أن يقبل وليّه عنه؛ لأنّ الصبيّ ليس من أهل التصرف.

ففى معنى المحتاج: «و الأصحّ أنّ الوقف على معيّن يشترط فيه قبوله متّصلاً بالإيجاب إن كان من أهل القبول، و إلاّ فقبول وليّه كالهبة و الوصيّه»(٥).

و كذا فى نهايه المحتاج(٦).

و المشهور بين المالكيه أنّ الوقف على معيّن إيقاع، و ليس القبول إلاّ شرط

ص: ٤٨٧

-
- ١- (١) المغنى ٦: ١٨٨-١٨٩، الكافى فى فقه أحمد ٢: ٢٥٤، الشرح الكبير ٦: ٢٠٠، مطالب اولى التّهى ٦: ٣١، كشّاف القناع ٤: ٣٠٦.
 - ٢- (٢) التهذيب فى فقه الشافعيّ ٤: ٥١٧.
 - ٣- (٣) نهايه المحتاج ٥: ٣٧٢.
 - ٤- (٤) العزيز شرح الوجيز ٦: ٢٦٥.
 - ٥- (٥) معنى المحتاج ٢: ٣٨٣.
 - ٦- (٦) نهايه المحتاج ٥: ٣٧٢.

للاستحقاق فقط.

قال الخرشي: «وَأَمَّا لو كان الوقف على معيّن كزيد مثلاً، وهو أهل للردّ و القبول؛ فإنه يشترط في صحّحه الوقف عليه قبوله. فإن لم يكن أهلاً- لذلك كالمجنون و الصغير، فإنّ وليّه يقبل له، فإن لم يكن له وليٌّ أُقيم له من يقبل عنه، كما في الهبة، فإن ردّ الموقوف عليه المعيّن ما وقفه الغير عليه في حياه الواقف أو بعد موته؛ فإنّ الوقف يرجع حسباً للفقراء و المساكين»(١).

و كذا في تبين المسالك(٢) و جواهر الإكليل(٣).

و به قال أيضاً في الشرح الصغير(٤) و عقد الجواهر(٥) و التاج و الإكليل(٦).

و هكذا الوقف على المعيّن عند الحنفيّه إيقاع، فليس القبول شرطاً في صحّته بل هو شرط للاستحقاق.

قال ابن نجيم: «و لو وقفه على ولد عبد الله و نسله فلم يقبلوا كانت الغلّه للفقراء، و لو حدثت الغلّه بعد ذلك فقبلوا كانت الغلّه لهم»(٧).

و به قال في الإسعاف(٨) و المبسوط(٩) و البنايه(١٠) و غيرها(١١).

ص: ٤٨٨

١- (١) حاشيه الخرشي ٣٨٥:٧.

٢- (٢) تبين المسالك ٢٥٥:٤.

٣- (٣) جواهر الإكليل ٢٠٨:٢.

٤- (٤) الشرح الصغير مع بلغه السالك ١٥:٤، الشرح الكبير مع الدسوقي ٨٨:٤.

٥- (٥) عقد الجواهر الثمينه ٣٢:٣.

٦- (٦) التاج و الإكليل مع مواهب الجليل ٦٤٨:٧.

٧- (٧) البحر الرائق ٣٣٣:٥.

٨- (٨) الإسعاف في أحكام الأوقاف: ١٧.

٩- (٩) المبسوط للسرخسي ٣٨:١٢ و ما بعده.

١٠- (١٠) البنايه في شرح الهدايه ١١٢:٧.

١١- (١١) بدائع الصنائع ٣٢٦:٥ و ما بعده.

ذهب المالكيه إلى أنه يشترط الحيازه و القبض لتمام الوقف و لزومه. و معنى الحيازه رفع يد واقفه عنه و تسليمه لغيره(١).

قال ابن رشد: «و من شرط تمامه القبض و الحيازه كالهبة و الصدقه، فإن لم يقبض عنه و لا خرج عن يده حتى مات فهو باطل و يكون موروثاً عنه»(٢).

و جاء في تبين المسالك: «الحوز شرط في كل التبرعات و منها الوقف...

و لا تتم هبه و لا صدقه و لا حبس إلا بالحيازه، فإن مات قبل أن تحاز عنه فهي ميراث»(٣).

و كذا في حاشيه الدسوقي(٤) و الذخير(٥) و عقد الجواهر الثمينه(٦).

على هذا، إذا وقف للصبي فلأجل أن الصبي ليس من أهل التصرف فلا يعتبر قبضه بل يقبض عنه وليه.

و لذلك قال في القوانين الفقهيّه: «و يقبض الوالد لولده الصغير و الوصي لمجوره»(٧).

و في جواهر الإكليل: «إذا وقف على من هو في حجره من ابنه الصغير أو المجنون أو السفیه، فلا يبطل بقاء يد واقفه عليه». و قال أيضاً: «فإن حازه ولي الصغير و قبل فلا يبطل»(٨).

ص: ٤٨٩

- ١- (١) جواهر الإكليل ٢: ٢٠٦.
- ٢- (٢) المقدمات الممهّدة ٢: ٤١٩.
- ٣- (٣) تبين المسالك ٤: ٢٥٩ و ٢٦٠.
- ٤- (٤) حاشيه الدسوقي ٤: ٨١.
- ٥- (٥) الذخير للقرافي ٦: ٣١٨.
- ٦- (٦) عقد الجواهر الثمينه ٣: ٣٩.
- ٧- (٧) القوانين الفقهيّه: ٣٨٨.
- ٨- (٨) جواهر الإكليل ٢: ٢٠٦ مع تصرف يسير.

و قال الحطّاب: «إذا وقف على صغار ولده أو من فى حجره، فهو الذى يتولّى حيازه وقفهم و النظر لهم»(١).

و كذا فى التاج و الإكليل(٢) و الشرح الصغير(٣) و تبين المسالك(٤).

و ذهب جمهور الحنابلة و الشافعيه إلى أنه لا- يشترط للزوم الوقف و صحّته إخراج الموقوف عن يد الواقف، فلا- يعتبر قبض الموقوف عليه و حيازته.

قال فى الإنصاف: «قوله: و لا يشترط إخراج الوقف عن يده فى إحدى الروايتين. و هو المذهب، و عليه الجمهور. قال المصنّف و غيره: هذا ظاهر المذهب.

و اختاره القاضى و أصحابه.

و جزم به فى الخلاصه و الوجيز. و قدّمه فى المحرّر و الفروع و الرعايتين، و الحاوى الصغير و الفائق و غيرهم و...

قال الزركشى: هو المشهور، و المختار المعمول به من الروايتين»(٥).

و كذا فى مطالب أولى النّهى(٦) و منتهى الإرادات(٧) و الحاوى الكبير(٨)

و روى عن أحمد أنّه يشترط أن يخرج عن يده(٩).

و أمّا الحنفية، ففى هذه المسأله على قولين:

ص: ٤٩٠

١- (١) مواهب الجليل ٦: ٦٣٧.

٢- (٢) التاج و الإكليل مع المواهب الجليل ٧: ٦٣٨.

٣- (٣) الشرح الصغير مع بلغه السالك ٤: ١٥.

٤- (٤) تبين المسالك ٤: ٢٥٩.

٥- (٥) الإنصاف ٧: ٣٥.

٦- (٦) مطالب أولى النّهى ٦: ٣٠.

٧- (٧) منتهى الإرادات ٣: ٣٤٣.

٨- (٨) الحاوى الكبير ٩: ٣٧٢.

٩- (٩) الإنصاف ٧: ٣٥.

الأول: عدم اشتراط القبض و التسليم

قال السرخسى: «إن جعل أرضاً له مسجداً لعامة المسلمين... عند أبي يوسف يصير مسجداً إذا أبانه عن ملكه و أذن للناس بالصلاه فيه و إن لم يصل فيه أحد، كما فى الوقف على مذهبه؛ لأن الوقف يتم بفعل الواقف من غير تسليم إلى المتولى» - إلى أن قال: - «هذه إزالة ملك لا- تتضمن التمليك فتتم بدون القبض كالعق... و لأن القبض إنما يعتبر من الممتلك أو من نائبه ليتأكد به ملكه...»

و الصدقه الموقوفه لا يملكها أحد، فلا معنى لاشتراط القبض فيها»(١).

و به قال فى الهدايه(٢) و مختصر اختلاف العلماء(٣).

الثانى: اشتراط القبض و التسليم

قال به محمد بن الحسن الشيبانى و ابن أبى ليلى و مشايخ البخارى.

جاء فى المبسوط: «و على قول محمد لا- يتم إلا بالإخراج من يده و التسليم إلى المتولى، و هو قول ابن أبى ليلى، و حجته فى ذلك أن إزالة الملك بطريق التبرع، فتمامه بالتسليم كما فى الصدقه المنفذه»(٤).

و كذا فى البنايه(٥) و مجمع الأنهر(٦) و البحر الرائق(٧) و فتح القدير(٨)

ص: ٤٩١

١- (١) المبسوط للسرخسى ١٢: ٣٤-٣٦.

٢- (٢) الهدايه ٣: ١٦ و ٢١.

٣- (٣) مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٥٧.

٤- (٤) المبسوط للسرخسى ١٢: ٣٥.

٥- (٥) البنايه ٧: ٦٩.

٦- (٦) مجمع الأنهر ٢: ٥٧٢.

٧- (٧) البحر الرائق ٥: ٣٢٣.

٨- (٨) فتح القدير ٥: ٤١٩.

اختلفت الفقهاء فى لزوم القبول للموصى له و عدمه على أقوال.

قال الشيخ: «ينتقل الملك إلى الموصى له بشرطين: بوفاه الموصى و قبول الموصى له، فإذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول»(٢).

و فى الجواهر: «إنّ الأقوال فى المسأله ثلاثه: أحدها: أنّ القبول تمام السبب الناقل كباقي العقود، و الثانى: كونه شرطاً فى الملك كاشفاً، و الثالث: كونه شرطاً فى اللزوم، و قد يحتمل عدم مدخليته أصلاً فى ملك و لا لزوم، و إنّما الردّ مانع، بل قد يحتمل عدم مانعيه الردّ أيضاً.

إلا أنّ كلام الأصحاب كأنه متفق على خلاف الأخيرين، بل قد سمعت ضعف الثالث عندهم، و أنّ المعتدّ به القولان الأولان، كما أنّ المشهور منهما الثانى الذى قد عرفت كونه أقواهما»(٣).

و لكن اشتراط القبول على القول به مختصّ بالوصيه التمليكيه. و أمّا الوصيه العهديه فلا تحتاج إلى القبول.

ص: ٤٩٢

١- (١) الوصيه فى اللغه الإيصال، مأخوذ من وصّيت الشىء. أوصى الرجل؛ أى عهد إليه، و سمّيت وصيه لآتصالها بأمر الميّت. لسان العرب ٦: ٤٥١. و عرّفها المحقّق بأنّها تمليك عين أو منفعه بعد الوفاه. و يفتقر إلى إيجاب و قبول... و ينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الموصى و قبول الموصى له. شرائع الإسلام ٢: ٢٤٣. و فى المجموع بأنّ الوصيه شرعاً تبرّع بحقّ مضاف و لو تقديراً لما بعد الموت. المجموع شرح المهذب ١٦: ٢٩٢.

٢- (٢) المبسوط للطوسى ٤: ٢٨.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٥٢-٢٥٣.

و فى تحرير الوسيلاه: «لا إشكال فى أن الوصيه العهديه لا تحتاج إلى القبول...

و أما الوصيه التمليكيه، فإن كانت تمليكا للنوع كالوصيه للفقراء و الساده...

لا يعتبر فيها القبول. و إن كانت تمليكا للشخص، فالمشهور على أنه يعتبر فيها القبول من الموصى له، و الظاهر أن تحقق الوصيه و ترتب أحكامها من حرمة التبدیل و نحوها لا- يتوقف على القبول، لكن تملك الموصى له متوقف عليه، فلا- يملك قهرا. فالوصيه من الإيقاعات لكنها جزء سبب للملكيه فى الفرض»(١).

و به قال فى تفصيل الشريعه، إلا- أنه قال: «حصول الملكيه للموصى له يتوقف على عدم الرد بحيث يكون الرد مانعا؛ لظهور الإجماع(٢)، و لولاه لم يتوقف عليه أيضا»(٣).

و بالجملة: بعد ثبوت اعتبار القبول فى الوصيه فالولى يتولى القبول للصبى.

... قال العلامة فى التذکره: «إذا أوصى للحمل صحت، و كان القابل للوصيه أبوه أو جدّه أو من يلى اموره بعد خروجه حيا، و لو قبل قبل انفصاله حيا ثم انفصل حيا فى الاعتداد بذلك القبول إشكال»(٤).

و فى التحرير: «و لو كان فيهم - أى الورثه - مولى عليه، قام و ليه مقامه فى القبول و الرد، و إنما يفعل ما للمولى عليه الحظ فيه، فلو كان الحظ فى القبول فرد لم يصح، فكان له القبول بعد ذلك، و لو كان الحظ فى الرد فقبل لم يصح»(٥).

و قال الشهيد الثانى: «و المتجه اعتبار القبول فى الوصيه للحمل مطلقا، فيقبله

ص: ٤٩٣

١- (١) تحرير الوسيلاه ٢: ٩٠، كتاب الوصيه مسأله ٥.

٢- (٢) غنيه النزوع: ٣٠٦، رياض المسائل ٩: ٤٢٩.

٣- (٣) تفصيل الشريعه، كتاب الوصيه: ١٤٠.

٤- (٤) تذکره الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعه الحجرية.

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيه ٣: ٣٣٣.

وليه ابتداءً و وارثه هنا»(١).

و فى الروضه: «و قيل: يعتبر قبول وليه»(٢).

و الدليل لولايه الولي على قبول الوصي للصغير عموم ولايته، كما تقدّم فى أمثال المقام.

و أمّا قبض الموصى به، فلا يعتبر فى صحّه الوصيّه؛ لعدم الدليل على اعتباره(٣).

و إن كان مقتضى كلام الشيخ أنّ القبض شرط فى اللزوم أو الصحّه، حيث قال: «الثالثه: أن يردها بعد القبول و القبض؛ فإنّه لا يصحّ الردّ؛ لأنّ بالقبول تمّ عليه ملكه، و بالقبض استقرّ ملكه... الرابعه: أن يردها بعد القبول و قبل القبض؛ فإنّه يجوز... - إلى أن قال: - و الصحيح أنّ ذلك يصحّ، لأنّه و إن كان قد ملكه بالقبول لم يستقرّ ملكه عليه ما لم يقبضه»(٤).

و لقد أجاد فى الردّ على هذا القول فى مفتاح الكرامه، حيث قال: «إنّ إطباق الأصحاب على الاقتصار على اعتبار الإيجابين و الموت و عدم الردّ فى البين يقضى بعدم اعتبار القبض، مضافاً إلى الأصل المستفاد من عمومات الباب و غيرها.

و خصوص الصحيح الذى رواه

العبيّاس بن عامر قال: سألته عن رجل أوصى له بوصيّه فمات قبل أن يقبضها، و لم يترك عقباً؟ قال: اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه، قلت: فإن لم أعلم له ولياً، قال: اجهد على أن تقدر له على وليّ، فإن لم تجد و علم الله منك الجّد فتصدّق بها(٥).
إلا أنّه مضمّر، لكن رواه

ص: ٤٩٤

١- (١) مسالك الأفهام ٦: ٢٣٦.

٢- (٢) الروضه البهيّه ٥: ٢٥.

٣- (٣) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٦٥٧.

٤- (٤) المبسوط للطوسى ٤: ٣٣.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٣: ٤٠٩، الباب ٣٠ من كتاب الوصايا، ح ٢.

العياشي (١) و الصدوق (٢) مسنداً إلى أبي عبد الله عليه السلام، و مثله خبر محمّد بن عمر الباهلي و غيره (٣). و قد عقد له و لمسأله أخرى في الوسائل باباً سرد فيه أخباراً كثيرة.

و كان من خالف أو توقّف، غفل عنها؛ إذ ليس لمن ظفر بها أن يعدل عنها مع عدم المعارض لها، فالمسأله من القطعيات (٤).

و قد مضى في الباب الأوّل في البحث عن حقوق الحمل ما يرتبط بالمقام، فراجع.

و أمّا الولايه على قطع الدعاوى و استيفاء القصاص عن الصغير فسند كرها في الباب الذي نبحت فيه عن جنایات الصغار و الجنایه عليهم إن شاء الله.

الولايه على القبول في الوصيه للصغير عند فقهاء أهل السنّه

لا يشترط عندهم في صحّه الوصيه و لزومها قبض الموصى به كما في الحاوي الكبير (٥) و المبسوط (٦). و فضّلوا بين الوصيه لغير معيّن، كالوصيه للفقراء و المساكين فقالوا بعدم اشتراط القبول فيها، و بين الوصيه لمعيّن، كالوصيه لرجلٍ مسمّى أو قومٍ محصورين، فلا بدّ من القبول عن الموصى له (٧).

ص: ٤٩٥

١- (١) تفسير العياشي ١: ٧٧ ح ١٧١.

٢- (٢) الفقيه ٤: ١٥٩، ح ٥٤٢.

٣- (٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٠٩ و ٤١٠ الباب ٣٠ من كتاب الوصايا، ح ٣ و غيره.

٤- (٤) مفتاح الكرامه ٩: ٣٧٢-٣٧٣.

٥- (٥) الحاوي الكبير ٩: ٤٠٥.

٦- (٦) المبسوط للسرخسي ٢٨: ٤٩.

٧- (٧) البيان ٨: ١٧١، أسنى المطالب ٣: ٤٣، المجموع شرح المهذب ١٦: ٣٣٤، العزيز شرح الوجيز ٧: ٦٣، الكافي ٢: ٢٧٠، كشاف القناع ٤: ٤١٦، مطالب أولى النهي ٦: ١٨٩، الإقناع ٣: ٥١، عقد الجواهر الثمينه ٣: ٤١٠، مواهب الجليل ٨: ٥١٧، التاج و الإكليل ٨: ٥١٧، المقدمات و الممهّدات لابن رشد ٣: ١٢٠.

و حيث إنّ الصبىّ ليس من أهل التصرف يتولّى عنه وليّه، و لنذكر شرطاً من كلماتهم فى هذا المقام.

ففى منهاج الطالبين فى مذهب الشافعيّه:

«إن وصّى لغير معيّن كالفقراء لزمّت بالموت بلا قبول أو لمعيّن اشترط القبول»(١). و كذا فى الوجيز(٢).

و فى التهذيب: «و لو أوصى لصبىّ أو مجنون يصحّ و يقبله وليّه»(٣).

و فى نهايه المحتاج: «إن أوصى لمعيّن... اشترط القبول منه إن تأهل... و إلّا فمن وليّه»(٤). و كذا فى حاشيه الخرشي(٥).

و قال ابن قدامه فى الفقه الحنبلى: «و لا يملك الموصى له الوصيّه إلّا بالقبول فى قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعيّن يمكن القبول منه؛ لأنّها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعيّن، فاعتبر قبوله كالهبة و البيع. قال أحمد: الهبة و الوصيّه واحد. فأما إن كانت لغير معيّن كالفقراء و المساكين و من لا يملك حصرهم كبنى هاشم و تميم، أو على مصلحه كمسجد أو حجّ، لم يفتقر إلى قبول و لزمّت بمجرد الموت»(٦).

و قال الفقيه المالكي فى حاشيته على الشرح الكبير: «و قبول الموصى له البالغ الرشيد المعيّن شرط فى وجوب الوصيّه و تنفيذها بعد الموت»(٧).

ص: ٤٩٦

١- (١) منهاج الطالبين ٢: ٣٦٤.

٢- (٢) الوجيز ١: ٤٥٢.

٣- (٣) التهذيب فى فقه الشافعي ٥: ٧٣.

٤- (٤) نهايه المحتاج ٦: ٦٦.

٥- (٥) حاشيه الخرشي ٨: ٤٦٠.

٦- (٦) المغنى ٦: ٤٤٠، الشرح الكبير ٦: ٤٤٢-٤٤٣.

٧- (٧) الشرح الكبير، المطبوع فى هامش حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٤٢٤، الشرح الصغير المطبوع مع بلغه السالك ٤: ٣١٨.

و فى بدائع الصنائع فى الفقه الحنفى: «وله - أى الولي - أن يقبل الهبه و الصدقه و الوصيه؛ لأن ذلك نفع محض فيملكه الولي»(١).

و بالجمله: فهذا قول جمهور الفقهاء، إلا أنه خالف فى ذلك بعض الحنابله، فقالوا بعدم اشتراط القبول.

ففى الإنصاف: «و قال فى القواعد الفقهيه: نص الإمام أحمد فى مواضع على أنه لا يعتبر للوصيه قبول فيملكه قهراً كالميراث، و هو وجه للأصحاب، حكاه غير واحد، و ذكر الحلوانى عن أصحابنا: أنه يملك الوصيه بلا قبوله كالميراث»(٢).

ص: ٤٩٧

١- (١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١.

٢- (٢) الإنصاف ٧: ١٩١.

من جمله التصرفات التي يجوز فيها للولي أن يوصى إلى شخص أن يتولى امور الصغار بعد موته، و يعبر عنها في كلمات الفقهاء ب «الوصيه بالولايه» و هل هذا الحكم مطلق؛ بمعنى أنه يجوز للأب الوصيه بالولايه حتى مع وجود الجد، أو يشترط في صحتها فقد الجد و كذا من طرف الجد؟ و أيضاً هل يصح هذا من غير الأب و الجد، مثل الوصي و الحاكم و غيرهما من الأولياء، أم يشترط صدورهما من الأب و الجد فقط، و هكذا هل تصح هذه الوصيه من الأم أيضاً، أم مختصه بالأب و الجد؟ و بالجملة: أ يشترط في صحتها وجود شرائط خاصه في الولي، و ما هي هذه الشرائط، أم لا يشترط فيها شيء؟

للبحث عن المسائل التي أُشير إليها و غيرها المرتبطه بها، عقدنا هذا الفصل، و فيه مباحث:

أ - تعريفها

قال فى القواعد: «الوصية بالولاية: استنابة بعد الموت فى التصرف فيما كان له التصرف فيه؛ من قضاء ديونه و استيفائها، و ردّ الودائع و استرجاعها، و الولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان و المجانين، و النظر فى أموالهم و التصرف فيها بما لهم الحظّ فيه»^(١). و كذا فى الروضة^(٢).

و لقد أجاد المحقق الثانى فى شرحه: «بأنّ قوله: و الولاية على أولاده. ينبغى أن يُراد بالأولاد ما يعمّ أولاد الأولاد، ليندرج فى الوصية بالولاية وصية الجدّ بها.

و لما كانت «من» بياناً لقوله: «الذين له الولاية عليهم» كان فى العبارة قصوراً، من حيث إنّ لم يذكر السفهاء، مع أنّ الولاية ثابتة عليهم للأب و الجدّ له إذا كان السفه متصلاً بما قبل البلوغ، استصحاباً لما كان و استدماً للحجر الثابت المستمرّ»^(٣).

فنقول: إنّ الوصية بالولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان و المجانين و السفهاء ثابتة ظاهراً.

ب - أركانها

إشارة

و هى أربعة: الموصى، و الوصى، و الموصى فيه، و الصيغه.

أمّا الموصى، فهو كلّ من له ولاية على مالٍ أو على أطفال أو مجانين أو سفهاء،

ص: ٥٠٠

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٢.

٢- (٢) الروضة البهية ٥: ٦٦.

٣- (٣) جامع المقاصد ١١: ٢٥٨.

شرعاً كالأب و الجد له.

و يشترط فى الموصى بالولاية أن تكون ولايته على الموصى عليه ثابتة بأصل الشرع، لامتناع الاستتابة و إثبات الولاية ممن لا ولاية له.

بيان آخر: لا بد أن تكون ولايته على الأطفال ابتداءً من الشارع لا بالتفويض من الآخر؛ بأن يكون أباً أو جدياً.

قال فى التذكرة: «الوصية بالولاية إنما تصح من الأب أو الجد و إن علا، و لا ولاية لغيرهم من أخ، أو عم، أو خال، أو جد لأم؛ لأن هؤلاء لا يكون أمر الأطفال إليهم، فكيف يثبت لهم ولاية؛ فإن الوصي نائب عن (١) الموصى، فإذا كان الموصى لا ولاية له، فالموصى إليه أولى بذلك، و أمّا الأم فلا ولاية لها عندنا» (٢).

و كذا فى غيرها» (٣).

و أمّا الوصي، فهو واضح لا يحتاج إلى بيان.

و أمّا الموصى فيه، فهو متعلق الوصية بالولاية من التصرف فيما كان للموصى التصرف فيه، و منه الولاية على أولاده و النظر فى أموالهم و التصرف فيها بما لهم من المصلحة و الغبطة.

و أمّا الوصية بالولاية على تزويج الصغار، فاختلف فيها الأصحاب رضوان الله عليهم، و قد تقدّم التحقيق فيها فى باب الولاية على النكاح، فراجع.

و أمّا الصيغة؛ فلا بد فيها من إيجاب و قبول، و الإيجاب أن يقول الموصى:

أوصيتُ إليك، أو فوّضتُ إليك أمور أولادى، أو أنت وصيى فى التصرف فى أموال أطفالى و القيام بمصالحهم.

ص: ٥٠١

١- (١) فى المصدر: على الموصى.

٢- (٢) تذكره الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجرية.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٧، جامع المقاصد ١١: ٢٦٤.

و أما القبول، فلا يشترط أن يكون بالنطق، بل لو فعل بعده ما أوصى به إليه كان قبولاً، ولا يشترط وقوعه في حياة الموصى كما في التذكرة(١).

و يرى جمهور الفقهاء من أهل السنّة أنّ هذه الأمور الأربعة تُعدُّ أركاناً كلّها(٢)، إلا أنّ الأحناف يقصرون الركن في الصيغ، و ما عداه لوازم لها(٣).

إيضاح

لا- بدّ في الإيجاب من تفصيل متعلّق الوصيّه و بيان عمومها أو خصوصها، كأن يقول الموصى لشخص: أنت ولّيّ وقيّم على أولادى القاصرين في جميع الشئون المتعلّقه بهم و جميع التصرفات في امورهم.

فهذه الوصيّه عامّه و مطلقه في المسائل التي يتصرّف فيها عادةً لرعايه أمور الصبيّ؛ من حفظ نفوسهم و تربيتهم، و حفظ أموالهم و الإنفاق عليهم، و استيفاء ديونهم و وفاء ما عليهم من نفقات أو ضمانات أو غير ذلك من الجهات، جرياً على مقتضى عموم الوصيّه.

و إذا قيد الولاية لجهه دون جهه؛ بأن يقول له: أنت ولّيّ على ولدى في إداره أمواله، أو في إداره شئونه التربويّه، أو إداره شئونه الصحيّه أو غيرها، فإنّ على الوليّ الاقتصار على محلّ الإذن دون غيرها من الجهات.

و لو جعل له النظر و التصرف في المال الموجود للطفل، لم يكن له النظر

ص: ٥٠٢

١- (١) تذكرة الفقهاء ٥٠٨:٢، الطبعه الحجريّه.

٢- (٢) الوجيز ١:٤٦١، مغنى المحتاج ٣:٧٤، الشرح الكبير للدردير مع حاشيه الدسوقي ٤:٤٢٢، الشرح الصغير للدردير مع بلغه السالك ٤:٣١٦، كشاف الفناع ٤:٤١٨، عقد الجواهر الثمينه ٣:٤٢٧، العزيز شرح الوجيز ٧:٢٦٨.

٣- (٣) ردّ المحتار ٦:٦٥٠.

فى متجددات أمواله.

و لو أطلق له النظر فى ماله، دخل فى المتجدد.

قال فى القواعد: «و لو قال: أوصيت إليك و لم يقل: لتصرف فى أموال الأطفال احتمال الاقتصار على مجرد الحفظ و التصرف»^(١).

و فى التذكرة: «لو قال: أوصيت إليك أو أقمته مقامى فى أمر أطفالى و لم يذكر التصرفات، اقتضى العرف انصرافه إلى الحفظ لأموالهم و التصرف»^(٢).

و قال بعض الأعلام: «لو أطلق و قال: فلان قيم على أولادى. و لم يعين جهة خاصة و تصرفاً مخصوصاً، فظاهره ثبوت الولاية للقيم فى جميع ما كان للموصى الولاية عليه فى حال الحياه بالإضافة إلى أولاده الصغار... منها: إيفاء ما عليهم، كأرش ما أتلفوا من أموال الناس، نظراً إلى عدم اختصاص الأحكام الوضعيه التى منها ضمان ما أتلفه من مال الغير بالبالغين، و منها: إخراج الحقوق المتعلقة بأموالهم كالخمس؛ لأنه ليس مجرد تكليف، بل أمر وضعى ثابت بنحو الإشاعه، أو الكلى فى المعين، أو غيرهما»^(٣).

ص: ٥٠٣

١- (١) قواعد الأحكام ٥٦٢:٢.

٢- (٢) تذكره الفقهاء ٥٠٨:٢، الطبعة الحجرية.

٣- (٣) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٩٧.

إشاره

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يصح للأب و كذا الجد أن يوصى إلى شخص بأن يتولّى امور أولاده الصغار.

قال الشيخ في النهاية: «إذا أمر الموصى الوصى أن يتصرّف في تركته لورثته و يتجر لهم بها و يأخذ نصف الربح، كان ذلك جائزاً، و حلال له نصف الربح»^(١).

و في المبسوط: «إن كان الأولاد صغاراً؛ فإنه يصح أن يوصى إلى من يلي عليهم؛ لأنه يملك التولية في حال الحياه، و كذلك له أن يستنيب من ينوب عنه بعد وفاته»^(٢).

و به قال القاضي ابن البراج^(٣).

و في الشرائع: «لا تصح الوصية بالولاية على الأطفال، إلا من الأب أو الجد للأب خاصه، و لا ولاية للام، و لا تصح منها الوصية عليهم، و لو أوصت لهم بمالٍ و نصبت وصياً، صح تصرفه في ثلث تركتها و في إخراج ما عليها من الحقوق، و لم تمض على الأولاد»^(٤).

و به قال العلامة^(٥) و الشهيدان^(٦)

ص: ٥٠٤

١- (١) النهاية للطوسي: ٦٠٨.

٢- (٢) المبسوط للطوسي ٥٣:٤.

٣- (٣) المهذب لابن البراج ١١٨:٢.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٢٤٥:٢.

٥- (٥) قواعد الأحكام ٥٦٣:٢، تحرير الأحكام الشرعية ٣٣٧:٣-٣٨١، تذكرو الفقهاء ٥١٠:٢، الطبعه الحجرية، إرشاد الأذهان ٤٥٧:١.

٦- (٦) الدروس الشرعية ٣٢١:٢، اللمعه دمشقيه: ١٠٦، الروضه البهيّه ٦٦:٥.

ففى المسالك: «لَمَّا كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفه للأصل؛ إذ الأصل عدم جواز تصرف الإنسان فى مال غيره بغير إذنه... وجب الاقتصار فى نصب الولي على الأطفال على محل النص أو الوفاق، و هو نصب الأب و الجد له»(١).

و اختاره أيضاً المحقق الثانى(٢). و كذا فى الرياض(٣) و الجواهر(٤) و العروه مع تعليقات عدّه من الفقهاء(٥).

و فى تحرير الوسيله: «يجوز للأب مع عدم الجدّ و للجدّ للأب مع فقد الأب، جعل القيم على الصغار، و معه لا ولاية للحاكم، و ليس لغيرهما أن ينصب القيم عليهم حتى الأم»(٦).

و كذا فى تفصيل الشريعة، و علّله بقوله: «و ذلك لأنّه على تقدير وجود الآخر تكون الولاية الشرعيّه له، و لا تصل النوبه إلى الحاكم فضلاً عن غيره»(٧).

و غيرها(٨).

و بالجملة: أنّ الاستفادة من الأخبار المستفيضة و سائر الأدلّه أنّ للأب و الجدّ التصرف فى جميع شئون الأطفال الصالحه لهم، سواء كانت تلك الأمور صالحه لهم فى حال حياّه الأب و الجدّ أو فى حال مماتهما.

ص: ٥٠٥

- ١- (١) مسالك الأفهام ١٤٤:٦.
- ٢- (٢) جامع المقاصد ٢٦٤:١١.
- ٣- (٣) رياض المسائل ٢٩٩:٦.
- ٤- (٤) جواهر الكلام ٢٧٧:٢٨.
- ٥- (٥) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٦٧٣:٥.
- ٦- (٦) تحرير الوسيله ١٠١:٢، كتاب الوصيه مسأله ٥٤.
- ٧- (٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيه: ١٩٥.
- ٨- (٨) الوصايا و المواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٦١:٢١، مستند العروه الوثقى، كتاب النكاح ٤٢٧:٢، مستمسك العروه الوثقى ٥٩٠:١٤، مهذب الأحكام ١٧٢:٢٢.

و لا شكّ في أنّ نصب القِيم الثقه لإصلاح امورهم و تدبير شئونهم بعد موتهما من التصرفات الصالحه لهم، فلذلك يصحّ للأب و الجدّ من طرف الأب الوصيّه بذلك و تكون نافذه(١).

أدله جواز الوصيّه بالولاية

و يمكن الاستدلال لجواز الوصيّه بالولاية بأمرٍ:

الأوّل: الإجماع، قال في الجواهر: «و لا تصحّ الوصيّه بالولاية على الأطفال إلّا من الأب أو من الجدّ للأب خاصّه، الثابته ولايتهما عليهم زمن الحياه على وجهٍ لهما الوصيّه بها نصّاً و فتوى، بل إجماعاً بقسميه»(٢).

و حكاه عنه في المستمسك(٣). و ادّعاه في المهذب(٤). و مباني المنهاج(٥).

و في المسالك: أنّه محلّ النصّ أو الوفاق(٦).

و قال السيّد الخوئي: «هذا الحكم متسالم عليه، و لم ينسب الخلاف إلى أحد»(٧).

الثاني: السيره، قال السيّد الفقيه السبزواري: «هذا هو الذي يسمّى ب «القِيم» عند المتشرّعه، و تدلّ عليه السيره المستمرّه قديماً و حديثاً»(٨).

ص: ٥٠٦

١- (١) القواعد الفقهيّه للجنوردي ٢٥٣:٦.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٧٦-٢٧٧.

٣- (٣) مستمسك العروه الوثقى ٥٩٠:١٤.

٤- (٤) مهذب الأحكام ١٧٢:٢٢.

٥- (٥) مباني المنهاج ٣٤٩:٩.

٦- (٦) مسالك الأفهام ١٤٤:٦.

٧- (٧) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ٤٢٧-٤٢٨.

٨- (٨) مهذب الأحكام ١٧٢:٢٢.

و فى مبانى منهاج الصالحين: «إنَّ السيره جاريه على الوصيّه على اليتيم و جعل القيم له بلا- إنكار من المتشرّعه، و هذا آيه الجواز»(١).

الثالث: النصوص الكثيره و هى العمده:

١ - موثقه

محمّد بن مسلم، و قد يعبر عنها بالصحيحه (٢)- التى رواها المشايخ الثلاثة - عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه سُئِلَ عن رجل أوصى إلى رجلٍ بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصيّه أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: «لا بأس به، من أجل أن أباه قد أذن له فى ذلك و هو حيٌّ»(٣).

و هذا الحديث أوضح تعبير فى الولايه الشرعيّه بالنسبه إلى الصغير من جهه وصيّه الأب؛ لأنّ مقتضى عموم التعليل عدم اختصاص الحكم بالمضاربه، و شموله لكلّ ما كان له التصرف فيه فى حياته.

قال الإمام الخمينى قدس سره: «دلّت بتعليلها على أنّ إذن الأب موجب لصحّه المعاملات الواقعه على مال الصغير؛ سواء كان فى حال حياته؛ بأن يوكل من يعمل ذلك؛ أو كان بعد مماته بالإيضاء و الإجازة، فيظهر منها أنّ له التصرف... و أنّه وليّ الطفل، و أنّ تصرفاته نافذه؛ سواء كانت فيما ملكه الطفل حال حياته، أو فيما انتقل

ص: ٥٠٧

١- (١) مبانى منهاج الصالحين ٩: ٣٥٠.

٢- (٢) لأنّ المراد من أحمد بن محمّد هو العاصمى الكوفى، و عليّ بن الحسن هو ابن فضال، و الحسن بن على هو الحسن بن على بن يوسف، كما قال السيّد البروجردى فى الموسوعه الرجاليّه بترتيب أسانيد الكافى ١: ١٤٩. و أمّا المثنى بن الوليد، فقال الكشّى: قال محمد بن مسعود: قال على بن الحسن: سلام، و المثنى بن الوليد و المثنى عبد السلام كلّهم حنّاطون، كوفيون، لا بأس بهم، اختيار معرفه الرجال، المعروف ب «رجال الكشّى»: ٣٣٨ الرقم ٦٢٣، فلا- وجه لما استشكل فى مبانى منهاج من أنّ الروايه ضعيفه بحسن بن على، مبانى منهاج الصالحين ٩: ٣٤٩.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

خالد بن بكير - التي رواها أيضاً المشايخ الثلاثة - قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بني اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و أعطهم النصف، و ليس عليك ضمان، فقدمتني أم ولد أبي بعد وفاه أبي إلى ابن أبي ليلى، فقالت: إن هذا يأكل أموال ولدي، قال: فاقصصت عليه ما أمرني به أبي، فقال لي ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالبطل لم أجزه، ثم أشهد عليّ ابن أبي ليلى إن أنا حرّكته فأنا له ضامن.

فدخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: «أما قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع ردّه، و أمّا فيما بينك و بين الله - عزّ و جلّ فليس عليك ضمان»(٢).

فهذه الروايه من جهه الدلاله صريحه فى الوصيه على الولاية فى مال اليتيم.

و أمّا سنداً، فقد استشكل عليه من جهه أنّ خالد بن بكير مجهول الحال، و لكنّ الأظهر أنّ فى السند ابن أبي عمير و هو ممّن اجمع على تصحيح ما يصحّ عنه، قال الشيخ فى العده: «محمّد بن أبي عمير و صفوان بن يحيى و أحمد بن محمّد بن أبي نصر و غيرهم من الثقات الذين عرّفوا بأنهم لا يروون و لا يرسلون إلّا ممّن يوثق به»(٣) و أيضاً قصور سندها لو فرض كونها مجهوله مجبور بالشهره العظيمة.

العيص بن القاسم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن اليتيمه

١- (١) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٣٦.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

٣- (٣) عدّه الأصول ١: ٣٨٦-٣٨٧.

متى يُدفع إليها مالها؟ قال: «إذا علمت أنها لا تفسد ولا تُضَيِّع»، فسألته إن كانت قد تزوّجت؟ فقال: «إذا تزوّجت فقد انقطع ملك الوصي عنها»^(١). وكذا مرسله محمّد بن عيسى^(٢)، و خبر سعد بن إسماعيل^(٣).

وقال الشهيد رحمه الله^(٤): «و في مكاتبه الصّفار للعسكري عليه السلام^(٥) دلالة ما على الجواز».

فرع

قال في تحرير الوسيلة: «يجوز جعل الولاية على الأطفال لاثنين فما زاد بالاستقلال والاشتراك، و جعل الناظر على الوصي كالوصيه بالمال»^(٦).

وكذا في تفصيل الشريعة، و زاد: «و الأنسب التعبير بالقيّم مكان الوصي»^(٧).

آراء فقهاء أهل السنّة في الوصيه بالولاية

أ - الشافعيه

يشترط عندهم في الوصيه بالولاية على الأطفال أن تكون الولاية من جهة الشرع.

ففي المهذب للشيرازي: «من ثبت له الولاية في مال ولده و لم يكن له ولي

ص: ٥٠٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٣: ٤٣٢ الباب ٤٥ من كتاب الوصايا، ح ١.

٢- (٢) نفس المصدر ١٣: ٤٣٥ الباب ٤٦ من كتاب الوصايا، ح ١.

٣- (٣) نفس المصدر ١٣: ٤٣٦ الباب ٤٧ من كتاب الوصايا، ح ١.

٤- (٤) الدروس الشرعيه ٢: ٣٢٢.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٣: ٤٣٨ الباب ٥٠ من كتاب الوصايا ح ١.

٦- (٦) تحرير الوسيله ٢: ١٠٢، كتاب الوصيه مسأله ٥٧.

٧- (٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيه: ١٩٨.

بعده جاز له أن يوصى إلى من ينظر في ماله»(١).

و كذا في المجموع(٢) و البيان(٣).

و قال الماوردي: «إن كانت الوصية بالولاية على أطفال، اعتبر في الموصى بها سته شروط، لا تصح الوصية منه إلا بها...

الخامس: أن يكون - الموصى - ممن يلي على الطفل في حياته بنفسه؛ لأنه يقيم الوصي مقام نفسه، فلم تصح إلا - ممن قد استحق الولاية بنفسه، و ذلك في الوالدين دون غيرهم من الإخوة و الأعمام... و إذا كان هكذا فالذي يستحق الولاية في حياته و يوصى بها عند وفاته هو الأب و آباءه»(٤).

و قال الرافعي: «أمّا - إن كانت الوصاية - في امور الأطفال، فيشترط مع ذلك أن يكون للموصى ولاية على الأطفال ابتداء من الشرع، لا بتفويض و شرط»(٥).

و به قال النووي(٦) و الخطيب الشرييني(٧).

ب - الحنفية

جاء في حاشية رد المحتار: «الولاية في مال الصغير للأب ثم وصيه، ثم وصي وصيه و لو بعد، فلو مات الأب و لم يوص فالولاية لأبي الأب، ثم وصيه، ثم وصي وصيه، فإن لم يكن فللقاضي و منصوبه، و لو أوصى إلى رجل و الأولاد صغار و كبار فمات بعضهم و ترك ابناً صغيراً - فوصي الجد وصي لهم - يصح بيعه عليه، كما

ص: ٥١٠

١- (١) المهذب للشيرازي ١: ٤٤٩.

٢- (٢) المجموع شرح المهذب ١٦: ٢٩٨.

٣- (٣) البيان ٨: ١٤٩.

٤- (٤) الحاوي الكبير ١٠: ١٩٠.

٥- (٥) العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٧٢.

٦- (٦) روضه الطالبين ٥: ٣٧٤.

٧- (٧) مغنى المحتاج ٣: ٧٦.

صَحَّ عَلَى أَبِيهِ فِي غَيْرِ الْعَقَارِ» (١)، وَ كَذَا فِي تَبْيِينِ الْحَقَائِقِ (٢).

وَ قَالَ السَّمْرَقَنْدِيُّ: «ثُمَّ وَصَّى الْأَبُ أَوْلَى مِنْ الْجَدِّ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَالْجَدُّ، ثُمَّ وَصَّى الْجَدُّ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَالْقَاضِي وَ وَصَّى الْقَاضِي» (٣).

وَ فِي الْمَبْسُوطِ: «إِذَا أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ بِمَالِهِ فَهُوَ وَصَّى فِي مَالِهِ وَ وَلَدِهِ وَ سَائِرِ أَسْبَابِهِ عِنْدَنَا» (٤).

وَ كَذَا فِي مَخْتَصَرِ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ (٥).

ج - الْحَنَابِلَةُ

تَصَحَّ عِنْدَهُمُ الْوَصِيَّةُ بِالْوَلَايَةِ عَلَى الْأَطْفَالِ لِلْأَبِ.

فَفِي كَشَافِ الْقِنَاعِ: «فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ بِالنَّظَرِ إِلَى وَرَثَتِهِ فِي أَمْوَالِهِمْ، فَإِنْ كَانَ الْمَوْصِي ذَا وِلَايَةٍ عَلَيْهِمْ فِي الْمَالِ كَأَوْلَادِهِ الصَّغَارِ وَ الْمَجَانِينِ وَ مَنْ لَمْ يَعْلَمْ رَشْدَهُ مِنْهُمْ، فَلَهُ أَنْ يَوْصِيَ إِلَى مَنْ يَنْظُرُ فِي أَمْوَالِهِمْ بِحِفْظِهَا وَ يَتَصَرَّفُ لَهُمْ فِيهَا بِمَا لَهُمُ الْحِظُّ فِيهِ، لِقِيَامِ وَصِيَّتِهِ مَقَامَهُ» (٦).

وَ لَا وِلَايَةَ عَلَى أَمْوَالِ الصَّغَارِ عِنْدَ الْحَنَابِلَةِ إِلَّا لِلْأَبِ وَ وَصِيَّتِهِ، وَ إِذَا سَقَطَتِ الْوَلَايَةُ مِنْ جِهَةِ الْقَرَابَةِ فَتَثَبَّتْ لِلسُّلْطَانِ وَ لَا وِلَايَةَ لِغَيْرِهِمْ، وَ مَنْ تَثَبَّتَ لَهُ الْوَلَايَةُ عَلَى مَالِ وَلَدِهِ فَلَهُ أَنْ يَوْصِيَ إِلَى مَنْ يَنْظُرُ فِيهِ، كَمَا فِي الْكَافِي فِي فِقْهِ أَحْمَدَ (٧).

ص: ٥١١

١- (١) حاشية رد المحتار ٦: ٧١٤.

٢- (٢) تبیین الحقائق ٦: ٢١٣.

٣- (٣) تحفه الفقهاء ٣: ٢٢٠.

٤- (٤) المبسوط للسرخسي ٢٨: ٢٦.

٥- (٥) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٦٨.

٦- (٦) كشاف القناع ٤: ٤٨٤.

٧- (٧) الكافي في فقه أحمد ٢: ١٠٧ و ٢٦٧.

و كذا فى المقنع (١) و المبدع (٢) و الإقناع (٣) و الفروع (٤) و منتهى الإرادات (٥)

و الإنصاف (٦).

د - المالكيه

جاء فى حاشيه الخرشي: إنّ الوصيه على الأولاد و إقامه من ينظر فى حالهم مختصّ بالآباء لا بغيرهم من الأقارب من الأجداد و الإخوه... لكن بشرط أن يكون الأب رشيداً. أمّا الأب المحجور عليه؛ فإنّه لا يوصى على ولده؛ إذ لا نظر له عليه، و كذا لو بلغ الصبى رشيداً ثم حصل له السفه، فليس للأب الإيضاء عليه و إنّما الناظر له هو الحاكم (٧). و كذا فى المدونه الكبرى (٨) و بلغه السالك (٩) و حاشيه الدسوقي (١٠) و مواهب الجليل (١١) و غيرها (١٢).

إيضاح

قال فى تحرير الوسيله: «يشترط فى القيم على الأطفال ما اشترط فى الوصى على المال، و الأحوط اعتبار العداله، و إن كان الاكتفاء بالأمانه و وجود المصلحه

ص: ٥١٢

١- (١) المقنع: ١٧٩.

٢- (٢) المبدع ١٠٦:٦.

٣- (٣) الإقناع ٨٠:٣.

٤- (٤) الفروع ٥٣٩:٤.

٥- (٥) منتهى الإرادات ٤٩٧:٣.

٦- (٦) الإنصاف ٢٨٠:٧.

٧- (٧) حاشيه الخرشي ٥٠٣:٨.

٨- (٨) المدونه الكبرى ١٦:٦-١٧.

٩- (٩) بلغه السالك على الشرح الصغير ٣٣٢:٤.

١٠- (١٠) حاشيه الدسوقي مع الشرح الكبير ٤٥٢:٤.

١١- (١١) مواهب الجليل مع التاج و الإكليل ٥٥٥:٨.

١٢- (١٢) عقد الجواهر الثمينه ٤٢٨:٣.

و أوضحه فى تفصيل الشريعة بقوله: «لأنّ مرجع الأوّل - أى اعتبار ما اشترط فى الوصيّ على المال - فى صورته كون النصب من قبل الأب أو الجدّ للأب مع انتفاء الآخر إلى نوع وصيّته؛ لأنّ القيمومه هى الوصايه على الأطفال فى مقابل الوصيّ على المال، فلا معنى لاحتمال كونه أهون منه - إلى أن قال - : ولعلّ الوجه فى عدم اشتراط العدالة أنّ اعتبار العدالة التى هى مرتبه تاليه من العصمه فى الوصيّ و القيمّ يوجب الوقوع فى الحرج الشديد، و عدم تحقق الوصيّ و القيمّ فى كثير من الموارد؛ لقله من كان واجداً لصفه العدالة، و كثره الافتقار إلى الوصيّ أو القيمّ، فاللازم التوسعه بمقدار الوثاقه كما لا يخفى، مضافاً إلى أنه لا دليل على اعتبار العدالة... و لذا نفى البعد عن الاكتفاء بالوثاقه فى الوصيّ و الأمانه و وجود المصلحه فى القيمّ...، و يؤيده أنّه ربما لا يكون العادل حاضراً بقبول الوصايه أو القيمومه»(٢). و سيأتى فى هذا الفرع زياده توضيح فى المبحث العاشر من هذا الفصل.

ص: ٥١٣

١- (١) تحرير الوصيله ٢: ١٠١، كتاب الوصيه مسأله ٥٥.

٢- (٢) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيه: ١٩٦.

إشاره

من لم تكن ولايته ثابتة بأصل الشرع (١) كوصيّ الأب أو الجدّ، هل يجوز إذا حضرته الوفاة أن يوصى إلى غيره بالولاية على الأطفال و أموالهم أم لا؟

يتصوّر في المسأله ثلاث صور:

الأولى: لو أذن الموصى الأول - الأب أو الجدّ - للوصيّ أن يوصى إلى غيره أو أمره بذلك، فتصحّ هذه الصوره بلا خلافٍ، بل إجماعاً كما في الشرائع (٢)

و التحرير (٣) و الجواهر (٤) و الحدائق (٥) و غايه المراد (٦) و الرياض (٧)، و ادّعاها أيضاً الشيخ الأعظم (٨).

أدله الصوره الأولى

و يمكن أن يستدلّ لحكم الصوره الأولى بوجوه:

الأول: الإجماع كما تقدّم

الثاني: ما ورد عنهم عليهم السلام في باب وجوب إنفاذ الوصيّ الشرعيّ على وجهها و عدم جواز تبديلها:

ص: ٥١٤

١- (١) كالأب و الجدّ؛ فإنّ ولايتهما في جميع الأمور ثابتة بأصل الشرع، بخلاف الوصيّ؛ فإنّه نائب و مفوض إليه القيام بالأمور بحسب الاستنباه و التفويض. م ج ف.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعيّ ٣: ٣٨٢.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

٥- (٥) الحدائق الناضره ٢٢: ٥٨٧.

٦- (٦) غايه المراد ٢: ٥٠٣.

٧- (٧) رياض المسائل ٦: ٢٩٠.

٨- (٨) الوصايا و المواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣١.

محمد بن مسلم - التي رواها المشايخ الثلاثة - قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله؟ قال: «أعطه لمن أوصى له به وإن كان يهودياً أو نصرانياً، إن الله - عز وجل - يقول: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ) (١)» (٢).

ووجه الاستدلال بالصحيحه: أن الإمام عليه السلام علل إنفاذ الوصية وعدم جواز تغييرها بقول الله عز وجل، ومقتضى عموم هذه العلة أن الوصي لو لم يوص بعد موته إلى الغير، وقد أمره الموصى بذلك، فقد بدل الوصية فإنما إثمه عليه (٣).

و منها: معتبره

علي بن مهزيار قال: كتب أبو جعفر عليه السلام إلى جعفر و موسى:

«و فيما أمرتكما من الإشهاد بكذا و كذا نجاه لكما في آخرتكما، و إنفاذ لما أوصى به أبواكما، و بر منكما لهما، و احذرا أن لا تكونا بدلتما وصيتهما، و لا غيرتماها عن حالها؛ لأنهما قد خرجا عن ذلك رضى الله عنهما، و صار ذلك في رقابكما، و قد قال الله - تبارك و تعالى - في كتابه في الوصية: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ)» (٤).

ألا ترى أن الإمام عليه السلام حذرهما من أن يبدلا وصيته أبواهما، و أن يُعَيِّرَا من حالها، و استشهد بقول الله عز وجل، و هذه العلة موجوده في مسألتنا هنا.

و منها: حسنه

علي بن يقطين - التي رواها أيضاً المشايخ الثلاثة - قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأه و شرَكَ في الوصية معها صبيّاً؟ فقال:

«يجوز ذلك و تمضى المرأه الوصية، و لا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي

ص: ٥١٥

١- (١) سورة البقره ٢: ١٨١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٣: ٤١١ الباب ٣٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

٣- (٣) هذا البيان يدل على وجوب إيصال الوصي، مع أن الروايه إنما هي دالّه على الوصيه بالمال فقط. م ج ف.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٣: ٤١٢ الباب ٣٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير؛ فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت»(١).

فإنها أيضاً تدلّ على عدم جواز تبديل الوصية و تغييرها عمّا أوصى به الميت.

و لعلّ يشعر بذلك إطلاق نصوص وردت في باب جواز الوصية للوارث(٢)؛ فإن إطلاقها يشمل وصية الأب أو الجدّ للوصي أن يوصى إلى غيره حين الوفاة.

إلاّ أنّ الظاهر ورود هذه الأحاديث لبيان حكم جواز الوصية بالمال للوارث، فتكون هذه النصوص بالنسبة إلى مورد النزاع من جواز وصية الوصي إلى الغير أجنبيّه.

و منها: مكاتبه الصّفار الآتية فحوى أو منطوقاً على ما فهمه جماعه(٣).

عدم جواز الوصية بالولاية:

الصورة الثانية: أنّه إذا نهى الموصى الوصيّ و منعه أن يوصى إلى الغير بالولاية على أولاده، فالمشهور بين المتقدمين و المتأخرين شهره عظيمه كادت أن تكون إجماعاً - كما ادّعاه في غايه المراد(٤) و الرياض(٥) - عدم صحه الوصية.

قال المفيد رحمه الله: «و ليس للوصي أن يوصى إلى غيره إلاّ - أن يشترط له ذلك الموصى، فإن لم يشترط له ذلك لم يكن الإيضاء (الإمضاء خ ل) في الوصية، فإن مات كان الناظر في امور المسلمين يتولّى إنفاذ الوصية على حسب ما كان يجب

ص: ٥١٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٣: ٤٣٩ الباب ٥٠ من كتاب الوصايا، ح ٢.

٢- (٢) نفس المصدر ١٣: ٣٧٣ الباب ١٥ من كتاب الوصايا.

٣- (٣) نفس المصدر ١٣: ٤٣٨ الباب ٧٠ من كتاب الوصايا، ح ١.

٤- (٤) غايه المراد ٢: ٥٠٣.

٥- (٥) رياض المسائل ٦: ٢٩٠.

على الوصي أن ينفذها، وليس للورثة أن يتولوا ذلك بأنفسهم. وإذا عدم السلطان العادل - فيما ذكرناه من هذه الأبواب - كان لفقهاء أهل الحق العدول من ذوى رأى و العقل و الفضل أن يتولوا ما تولاه السلطان، فإن لم يتمكنوا من ذلك فلا تبعه عليهم فيه»(١). و تبعه أبو الصلاح(٢) و ابن إدريس(٣) و اعتمد عليه العلامة(٤).

و فى غاية المراد: «الموصى إما أن يمنع الوصى من الإيضاء، فلا يجوز إجماعاً، أو يأمره به، فيجوز إجماعاً»(٥).

و به قال سائر(٦) و ابنا زهره(٧) و حمزه(٨) و الفاضلان(٩) و الشهيدان(١٠).

و كذا فى المهذب البارع(١١) و جامع المقاصد(١٢) و الحدائق(١٣) و الجواهر(١٤) و مستمسك العروه(١٥) و غيرها(١٦).

ص: ٥١٧

-
- ١- المقنعه: ٦٧٥-٦٧٦.
 - ٢- الكافي فى الفقه: ٣٦٦.
 - ٣- السرائر ٣: ١٨٥ و ١٩١-١٩٢.
 - ٤- مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤.
 - ٥- غاية المراد ٢: ٥٠٣.
 - ٦- المراسم العلوية: ٢٠٧.
 - ٧- غنية النزوع: ٣٠٦.
 - ٨- الوسيله: ٣٧٣.
 - ٩- شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، المختصر النافع: ١٩١، تذكره الفقهاء ٢: ٥٠٩، الطبعه الحجريه، مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤، إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤، قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣.
 - ١٠- الدروس الشرعيه ٢: ٣٢١، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٣، الروضه البهيه ٥: ٦٦.
 - ١١- المهذب البارع ٣: ١٢١.
 - ١٢- جامع المقاصد ١١: ٢٦٥.
 - ١٣- الحدائق الناضره ٢٢: ٥٨٧.
 - ١٤- جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.
 - ١٥- مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٥٩٢.
 - ١٦- العروه الوثقى مع تعليقات الشيخ الفقيه الفاضل اللنكرانى ٢: ٧٧٣.

و يمكن أن يستدلّ على إثبات هذا الحكم أولاً: بالإجماع كما تقدّم.

و ثانياً: بأنّ ولاية الوصيّ تابعه لاختيار الموصى، و المفروض أنّه نهاه عنها.

و ثالثاً: بأنّ الأصل عدم جواز تسليط الغير على الأطفال و أموالهم إلاّ ما خرج بالدليل، و المفروض عدم وجود دليل فى المقام.

إطلاق الوصية

الصورة الثالثة: أن يطلق الموصى الوصية؛ بأن لم يأذن للوصيّ أن يوصى إلى غيره بعد موته و لم يمنعه بل سكت عن ذلك، فهل يجوز للوصيّ فى هذا الفرض أن يوصى بالولاية على الأطفال أم لا؟ قولان:

القول الأول - و هو الحقّ - : ما هو المشهور، و عليه أكثر أصحابنا المتأخّرين بل عامّتهم: أنّه لا يجوز ذلك.

قال المفيد رحمه الله: «و ليس للوصيّ أن يوصى إلى غيره إلاّ أن يشترط له ذلك الموصى، فإن لم يشترط له ذلك لم يكن له الإيضاء (الإمضاء خ ل) فى الوصية»^(١).

و تبعه أبو الصلاح^(٢) و ابن إدريس^(٣) و اختاره الفاضلان^(٤) و المحقّق و الشهيد الثانى^(٥) و الشيخ الأعظم^(٦)

ص: ٥١٨

١- (١) المقنعه: ٦٧٥.

٢- (٢) الكافى فى الفقه: ٢٣٥ و ٣٦٦.

٣- (٣) السرائر ٣: ١٨٥ و ١٩١-١٩٢.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، المختصر النافع: ١٩١، قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٢، مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤، إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤، تذكّره الفقهاء ٢: ٥٠٩، الطبعه الحجريّه.

٥- (٥) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤، الروضه البهيّه ٥: ٦٦.

٦- (٦) الوصايا و المواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣١.

و كذا في الحدائق (١) و الرياض (٢) و العروه (٣) و المستمسك (٤).

و يمكن الاستدلال لهذا القول بأمور:

الأول: عدم دليل الشرعي لولاية الوصي على الأطفال بعد الموت، فكيف يصح له جعلها لغيره؟ إذ الفرض عدم ظهور عبارته الموصى في ذلك كما في الجواهر (٥) و المستمسك (٦).

الثاني: المتبادر من الاستنباه في التصرف، و هو تصرف الوصي بنفسه. أما تفويض التصرف إلى غيره فلا دليل عليه (٧).

الثالث: الاقتصار في التصرف في مال الغير - الممنوع منه - على مورد الإذن كما في الرياض (٨).

و في المختلف: «لنا: الأصل سقوط ولايته بعد موته، و عدم جواز تسليط الغير على الأطفال.

و لأنّ ولايته تتبع اختيار الموصى، و هو مقصور عليه، إذ التقدير ذلك، فالتخطي منافٍ لمقتضى الوصية» (٩). و كذا في غايه المراد (١٠).

ص: ٥١٩

١- (١) الحدائق الناضره ٥٨٨:٢٢.

٢- (٢) رياض المسائل ٢٩١:٦.

٣- (٣) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٦٧٣:٥.

٤- (٤) مستمسك العروه الوثقى ٥٩١:١٤.

٥- (٥) جواهر الكلام ٤٢٧:٢٨.

٦- (٦) مستمسك العروه الوثقى ٥٩١:١٤.

٧- (٧) جامع المقاصد ٢٦٥:١١، مسالك الأفهام ٢٦٣:٦، الحدائق الناضره ٥٨٨:٢٢.

٨- (٨) رياض المسائل ٢٩١:٦.

٩- (٩) مختلف الشيعة ٣٥٤:٦.

١٠- (١٠) غايه المراد ٥٠٤:٢.

القول الثاني: أنه يجوز للوصي أن يوصي إلى الغير بالولاية على الأطفال و النظر في أموالهم و إن لم يأذن له الموصى.

اختاره الشيخ في النهاية (١) و الخلاف (٢) و تبعه ابن البراج (٣) ، و به قال أيضاً ابن الجنيد على ما حكى عنه في المختلف (٤).

و استدلل لهذا القول بوجوه:

الأول: أن الموصى لما أقام الوصي مقام نفسه (٥) فيثبت للوصي من الولاية ما ثبت له، و من ذلك الاستتابة بعد الموت.

الثاني: أن الاستتابة من جملة التصرفات التي يملكها حياً بالعموم كما يملكها بالخصوص، فكذا الاستتابة بعد الموت (٦).

و اجيب عنه بمنع كون الاستتابة بعد الوفاة ممّا يملكها الوصي، و هل هو إلا عين المتنازع فيه، فيكون مصادرةً، فإن رضا الموصى بتولية الوصي مباشرة لا يقتضى رضاه بفعل غيره؛ لاختلاف الأنظار و الأغراض في ذلك، و لأنه لا يتبادر من إطلاق الوصية إلا تصرف الوصي بنفسه، و أن الموصى لم يقيم الوصي مقام نفسه مطلقاً حتى في نصب وليّ بعده على الطفل، بل أقامه في التصدي لأفعال الطفل مباشرةً، من دون أن يكون له حقّ نصب وليّ بعده، و إنما يحمل اللفظ عند إطلاقه

ص: ٥٢٠

١- (١) النهاية للطوسي: ٦٠٧.

٢- (٢) الخلاف ٤: ١٦٢.

٣- (٣) المهذب ٢: ١١٧.

٤- (٤) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤.

٥- (٥) نعم إنه أقام مقام الموصى بنصب الوصي، فدائرتها إنما هي محدوده بما حدده الموصى. و بالجمله: أن الوصاية كالوكالة، فكما أنه ليس للوكيل توكيل الغير و إن أقام مقام الموكل، فكذلك الوصي. م. ج. ف.

٦- (٦) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٣، الروضة البهية ٥: ٦٦، جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

على المتبادر منه، و بموته يسقط التصرف بالمباشره، و تفويض التصرف إلى غيره يحتاج إلى دليل (١).

و قال الشهيد في غايه المراد في بيان الاستدلال للقول الثانى: بأنه «يجوز للوصى أن يوكل غيره في التصرف في أموال الطفل و شئونه، فكذا الإيضاء:

و لأن الوصى ملك ما ملكه الجد من التصرف، فكما جاز للجد الإيضاء فكذا له.

و أجاب بأن لا نسلم أنه ملك ما ملكه الجد، سلّمنا، لكن ملكه في الحياه فلم يبقائه مع انقطاعه بالوفاه» (٢).

الثالث: الاستدلال

بما رواه الصدوق و الشيخ رحمهما الله في الصحيح، عن محمّد بن الحسن الصفّار، عن أبى محمّد عليه السلام أنه كتب إليه: رجل كان وصى رجل فمات و أوصى إلى رجل، هل يلزم الوصى وصيه الرجل الذى كان هذا وصيه؟ فكتب عليه السلام: «يلزمه بحقه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله» (٣).

و تقريب الاستدلال بها بأن يُقال: الظاهر أنّ المراد بالحقّ هنا حقّ الإيمان (٤)، فكأنّه قال: يلزمه إن كان مؤمناً وفاءً لحقه عليه بسبب الإيمان؛ فإنّه يقتضى معونه المؤمن و قضاء حوائجه، و من أهمّها إنفاذ وصيته (٥).

جاء في الدروس: «في مكاتبه الصفّار للعسكرى عليه السلام دلالة ما على الجواز» (٦).

ص: ٥٢١

١- (١) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤، الروضه البهيّه ٥: ٦٦، الحدائق الناضره ٢٢: ٥٨٨، رياض المسائل ٦: ٢٩٢.

٢- (٢) غايه المراد ٢: ٥٠٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٣: ٤٦٠ الباب ٧٠ من كتاب الوصايا، ح ١.

٤- (٤) و هذا التفسير مكابره جداً. م ج ف

٥- (٥) مختلف الشيعه ٦: ٣٥٤، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤، جامع المقاصد ١١: ٢٦٥.

٦- (٦) الدروس الشرعيّه ٢: ٣٢١.

و فى الجواهر: «أو أنّ المراد، يلزم الوصىّ الثانى أن ينفذ وصيّته الموصى الأول بسبب حقه الذى على الوصىّ الثانى؛ لأنّه كان له - أى للأول عليه - أى على الوصىّ الثانى - حقّ من حيث الوصىّ، فيجب على الثانى إنفاذ كلّ حقّ على الأول. فينبغى قراءه (1) أن بفتح الهمزة حتّى يكون منصوباً بنزع الخافض على الوجه الذى ذكرناه» (2).

و يرد على الاستدلال بها: أنّه يحتمل حمل الحقّ فيها على حقّ الوصىّ إلى وصىّ الأول، كما فى المختلف (3) و جامع المقاصد (4) و المسالك (5) و غيرها (6).

بمعنى أنّ الوصىّ تلزم الوصىّ الثانى بحقّ الأول (7)، إن كان له أى للأول قبله، يعنى قبل الوصىّ الأول حقّ؛ بأن يكون قد أوصى إليه و أذن له أن يوصى، فقد صار له قبله حقّ الوصىّ، فإذا أوصى بها لزمت الثانى، و هذا الاحتمال إن لم يكن أرجح فلا أقلّ يكون مساوياً، و مع هذا التردّد فى المراد و تعدّد الاحتمال تكون الروايه فى غايه الإجمال، يُردّد علمها إلى أهلها، و به يسقط الاستدلال بها فى هذا المجال.

بل فى الرياض: أنّ الذى يظهر منها - بعد تعمّق النظر فيها - كون المراد

ص: ٥٢٢

١- (١) فى المصدر قرءتها، و الأصحّ ما أثبتناه.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٥.

٣- (٣) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٣.

٤- (٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥.

٥- (٥) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤.

٦- (٦) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢١، غايه المراد ٢: ٥٠٤، الحدائق الناضره ٢٢: ٥٨٨، جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٨.

٧- (٧) و هذا المعنى هو الظاهر من الروايه، فكأنّه قال: يلزم الوصىّ الثانى بحقّ الوصىّ الأول إن كان للأول قبل الإيصاء حقّ، و هذا الشرط بمعنى أنّ الوصىّ الأول كان مأذوناً من الموصى الأول بالنسبه إلى الإيصاء إلى الثانى فافهم، و بناءً على ذلك يكون أصل الجواز - أى جواز الإيصاء مع إذن الموصى - مفروغاً عنه، و إنّما كان السؤال عن اللزوم و عدمه، و على هذا تكون الروايه ظاهره الدلاله و لا إجمال فيها. م ج ف.

بالسؤال أنّ الوصيّ أوصى إلى الغير فيما يتعلّق به و جعله وصيّاً لنفسه، فهل تدخل في هذه الوصيّه وصيّه الموصى الأوّل، فيلزم الوصى الثانى العمل بها أيضاً، أم لا؟

فكتب عليه السلام الجواب بما مضى، فلا وجه للاستدلال بها أيضاً؛ لكونها على هذا التقدير مجمله، و مقتضاها حينئذٍ أنّه إن كان للموصى الأوّل قبله - أى الموصى الثانى - حقّ من جهه وصيّته إليه بالإيضاء لزمه الوفاء به، و إلا فلا، و يكون المراد بالحقّ حقّ التوصيه إلى الوصى الثانى؛ بأن صرّح له بالوصيه فيرجع حاصل الجواب إلى أنّ وصيه الأوّل لا تدخل في إطلاق وصيه الموصى الثانى إلا أن يصرّح به، و هو كما ترى غير مورد النزاع»(١).

على هذا لا بدّ من الأخذ بمقاله المشهور من عدم جواز إيضاء الموصى الثانى إلا بإذن صريح من الموصى الأوّل.

آراء فقهاء أهل السنّه فى الوصيه بالولاية من الوصى

الظاهر أنّه لا خلاف بينهم فى أنّه إذا أوصى الأب إلى رجل، و أذن له أن يوصى إلى من يشاء، صحّ له أن يوصى إلى من شاء؛ لأنّه رضى باجتهاده و اجتهاد من يراه، فصّح كما وصّى إليهما معاً.

و أمّا إن أوصى إليه و أطلق، فعندهم قولان:

قال مالك و أبو حنيفة: صحّ له أن يوصى إلى من يشاء، بأن يتولّى امور الصغار، و لكنّ الشافعيّ و الحنابلة قالوا بأنّه ليس له الإيضاء إلا أن يؤذن له.

فإليك نصّ كلماتهم:

قال فى المقنع: «و ليس للموصى أن يوصى إلا أن يجعل ذلك إليه»(٢).

ص: ٥٢٣

١- (١) رياض المسائل ٦: ٢٩٢، جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٥-٤٢٦.

٢- (٢) المقنع: ١٧٩.

و فى المغنى و الشرح الكبير: «إذا أوصى إلى رجلٍ و أذن له أن يوصى إلى من يشاء نحو أن يقول: أذنت لك إلى أن توصى إلى من شئت... صحَّح... و هذا قول أكثر أهل العلم. و حكى عن الشافعى فى أحد قوليه أنه قال: ليس له أن يوصى؛ لأنه يلى بتوليّه، فلا يصحّ أن يوصى كالوكيل.

و لنا: أنه مأذون فى الإذن فى التصرّف، فجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا أمر بالتوكيل... فأما إن أوصى إليه و أطلق فلم يأذن له و لم ينهه عنه، ففيه روايتان:

إحداهما: له أن يوصى إلى غيره، و هو قول مالك و أبى حنيفة و الثورى و أبى يوسف، لأنّ الأيب أقامه مقام نفسه، فكان له الوصيّه كالأب.

و الثانيه: ليس له ذلك... و هو مذهب الشافعى و إسحاق...^(١).

و فى الكافى: «إذا أوصى إلى رجلٍ و جعل له أن يوصى إلى من شاء جاز، و له أن يوصى إلى من شاء من أهل الوصيّه، لأنه رضى باجتهاده و ولايه من ولّاه، و إن نهاه عن الإيضاء لم يكن له أن يوصى، كما لو نهى الوكيل عن التوكيل، و إن أطلق ففيه روايتان:

إحداهما: له أن يوصى؛ لأنه قائم مقام الأب فملك ذلك كالأب.

و الثانيه: ليس له ذلك... لأنه يتصرّف بالتوليّه، فلم يكن له التفويض من غير إذن فيه كالتوكيل»^(٢).

و قال فى المبدع - فى شرح كلام الماتن فى المقنع: و ليس للوصى أن يوصى -:

«إذا أطلق على المذهب؛ لأنه قصر فى توليته فلم يكن له التفويض كالوكيل، إلا أن يجعل ذلك إليه»^(٣) و مثل بما مرّ فى كلام المغنى. و مثل ذلك فى منتهى الإرادات^(٤).

ص: ٥٢٤

١- (١) المغنى: ٥٧٤/٦-٥٧٥، و الشرح الكبير: ٥٨٨/٦.

٢- (٢) الكافى فى فقه الإمام أحمد ٢: ٢٩٢.

٣- (٣) المبدع فى شرح المقنع ٦: ١٠٥.

٤- (٤) منتهى الإرادات ٣: ٤٩٦.

و الإنصاف (١) و كشاف القناع (٢) و الإقناع (٣).

و فى المهذب: «و لا يجوز - أى للوصى - أن يوصى إلى غيره؛ لأنه يتصرف بالإذن فلم يملك الوصيه كالوكيل» (٤).

و فى البيان: «و إن أوصى إلى رجل و لم يأذن الموصى للوصى أن يوصى، فللوصى أن يتصرف ما عاش، و ليس له أن يوصى إلى غيره به، و به قال الأوزاعى و أحمد و إسحاق. و قال الثورى و مالك و أبو حنيفة و أصحابه: للوصى أن يوصى...» (٥).

و كذا فى الوجيز (٦) و معنى المحتاج (٧) و منهاج الطالبين (٨) و غيرها (٩).

ص: ٥٢٥

١- (١) الإنصاف ٧: ٢٧٨.

٢- (٢) كشاف القناع ٤: ٤٨٣.

٣- (٣) الإقناع ٣: ٧٩.

٤- (٤) المهذب فى فقه الإمام الشافعى ١: ٤٦٤.

٥- (٥) البيان فى مذهب الإمام الشافعى ٨: ٣١٠-٣١١.

٦- (٦) الوجيز ١: ٤٦١.

٧- (٧) معنى المحتاج ٣: ٧٦.

٨- (٨) منهاج الطالبين ٢: ٣٧٧.

٩- (٩) روضه الطالبين ٥: ٣٧٥، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٧٣، تكمله البحر الرائق ٩: ٣٢٠.

الظاهر أنه لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا ولاية للحاكم على الوصيه بالولاية على الأطفال بعد وفاته.

ففي الشرائع: «لا تصح الوصيه بالولاية على الأطفال إلا من الأب و الجد للأب خاصه»^(١).

وقال في المسالك: «لمّا كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفه للأصل، إذ الأصل عدم جواز تصرف الإنسان في مال غيره بغير إذنه أو في معناه»^(٢)، وجب الاقتصار في نصب الولي على الأطفال على محلّ النصّ أو الوفاق؛ وهو نصب الأب و الجد له، فلا يجوز للحاكم - وإن كان ولياً عليهم - أن ينصب بعده عليهم ولياً؛ لأنّ ولايته مقصوره عليه حياً، وإذا مات ارتفع حكمه وإن جاز له أن يوكل حياً عليهم؛ لأنّ له الولاية حينئذٍ»^(٣). وكذا في الجواهر^(٤).

وفي العروة: «لا يصح ذلك - أي الوصيه بالولاية على الأطفال - لغيرهما - أي الأب و الجد - حتّى الحاكم الشرعي؛ فإنّه بعد فقدهما له الولاية عليهم ما دام حياً،

ص: ٥٢٦

١- (١) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

٢- (٢) وجاء في ذيل روايه الاحتجاج: «فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه». وسائل الشيعة ٦: ٣٧٧ الباب ٣ من أبواب الأنفال، ح ٦.

٣- (٣) مسالك الأفهام ٦: ١٤٤.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

و ليس له أن يوصى بها لغيره بعد موته، فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر»(١). و أضاف في المستمسك: «بلا خلافٍ ظاهر»(٢).

أدله عدم جواز الوصية بالولاية للحاكم

و يمكن الاستدلال لهذا الحكم بأمور:

الأول: ما ذكره في الجواهر: من أنه لا تصح الوصية بالولاية على الأطفال من الحاكم؛ لأنه تثبت ولايته عليهم من حيث الحكومه منهم عليهم السلام المقيده بزمن الحياه، فهو شبيه الوكيل عن الإمام عليهم السلام بالنسبه إلى ذلك، فينزل بالموت(٣).

الثاني: عدم الدليل على ولاية الحاكم بعد الموت، فكيف يصح له جعلها لغيره؟ لأن العمده في الأدله على ولاية الحاكم مقبوله ابن حنظله(٤) المتضمنه جعل الحاكم الشرعي حاكماً، الموجه لثبوت أحكام الحكام له، و منها تولي الأيتام و شؤونهم، و لم يثبت أن للحاكم ولاية نصب الولي بعده، فالمرجع أصاله عدم ترتيب الأثر، كما أشار إليه في المستمسك(٥).

الثالث: قصور أدله ولاية الحاكم الشرعي عن إثبات ولايته على الوصية إلى غيره بالولاية بعد وفاته؛ لأنها إنما تثبت له من باب كون الفعل ممّا لا بدّ من تحقّقه في الخارج و يرغب الشارع في حصوله، و هو يحتاج إلى من يقوم به، و القدر

ص: ٥٢٧

١- (١) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٦٧٣-٦٧٥.

٢- (٢) مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٥٩٢.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

٤- (٤) الكافي ١: ٦٧ ح ١٠، تهذيب الأحكام ٦: ٣٠١ ح ١٤٥، الفقيه ٣: ٥، وسائل الشيعه ١٨: ٧٥ الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، ح ١.

٥- (٥) مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٥٩٢.

المتيقن منه هو الحاكم الشرعي؛ فإنه يختص بحال حياته، و ما دام حاكماً شرعياً، فلا يشمل إيصاءه لغيره بالولاية بعد مماته (١).

الرابع: ما ذكره السيد الفقيه السبزواري من «أنه مع وجود حاكم شرعي آخر لا يتحقق موضوع الوصاية أصلاً؛ لأن ولاية حكام الشرع نوعيه صنفية، لا أن تكون فردية شخصيه، و حينئذ تكون وصايه من مات من الحاكم الشرعي مع وجود الآخر كوصايه كل واحد من الأب و الجدّ مع وجود الآخر، حيث إنّه لا أثر لها» (٢).

و في الجواهر: «... بعد أن كان نصب القيم للصنف الذي ثبت في حق الشخص باعتبار اندراجه فيه، فإذا انعدم فرد قام مقامه فرد آخر ممّا حلّ فيه طبيعه الصنف الذي قد نصبه إمام الأصل، و لنحو ذلك لم يصح الوصيه من الأب و الجدّ له بالولاية مع وجود الآخر» (٣).

فرع

جاء في تعليقه الشيخ محمّد حسين كاشف الغطاء على العروه: «إذا نصب الحاكم قتيماً على الأطفال تبقى ولايته عليهم و لو بعد موت الحاكم. نعم، لو نصب و كياً سقطت و كالتة بموت موكله» (٤).

إيضاح

بحسب تتبعنا لم نظفر في كلمات فقهاء أهل السنّه على رأى صريح في هذه

ص: ٥٢٨

١- (١) مستند العروه، كتاب النكاح ٢: ٤٢٩.

٢- (٢) مهذب الأحكام ٢٢: ١٧٣.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

٤- (٤) العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٦٧٤.

المسأله و إن استفيد من إطلاق بعض كلماتهم: أنه صحّ للحاكم الوصيّه بالولاية في امور الأيتام، مثل قوله في الكافي: «و من صحّ تصرفه في المال صحّت وصيته؛ لأنها نوع تصرف»^(١). و لكن يحتمل قوياً انصرافه عن الحاكم، و المقصود منه هو الأب و الجدّ و الأمّ و... الذين هم مقدّمون في الولاية على الحاكم.

ص: ٥٢٩

١- (١) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ٢٦٧.

لا خلاف بين الفقهاء - بل الإجماع بينهم - في أنه لا تلي الأم للوصية بالولاية على الأطفال و إن لم يكن لهم أب و لا جدّ.

قال الشيخ في المبسوط: «امرأة لها أطفال، فأوصت إلى رجل بالنظر في أموال أطفالها، فمن قال: لها الولاية بنفسها، قال: وصيتها إلى الأجنبي صحيحة؛ لأنها تلي بنفسها كما لو أوصى الأب إلى رجل، كذلك هي مثله، و عندنا أنّ الوصية تبطل؛ لأنها لا تملك شيئاً» (١).

و أشار إلى ذلك أيضاً في الخلاف (٢).

و في الشرائع: «لا تصحّ الوصية بالولاية على الأطفال إلا من الأب أو الجدّ للأب خاصه، و لا ولاية للأمّ و لا تصحّ منها الوصية عليهم» (٣).

و قال العلامة: «و ليس للأمّ أن توصي على أولادها و إن لم يكن لهم أب و لا جدّ» (٤).

و في التذكرة: «الوصية بالولاية إنّما تصحّ من الأب أو الجدّ للأب و إن علا، و لا ولاية لغيرهم من أخ أو عمّ أو خال أو جدّ للأمّ؛ لأنّ هؤلاء لا يكون أمر الأطفال إليهم فكيف يثبت لهم ولاية، فإنّ الوصي نائب عن الموصي (على الموصي خ ل) (٥) فإذا كان الموصي لا ولاية له فالموصي إليه أولى بذلك. و أمّا الأمّ فلا ولاية

ص: ٥٣٠

١- (١) المبسوط للطوسي ٥٥:٤.

٢- (٢) الخلاف ١٦٢:٤.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٢٤٥:٢.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٥٦٣:٢.

٥- (٥) في المصدر: على الموصي، و الأولى: عن الموصي.

لها عندنا أيضاً»(١).

و كذا فى التحرير(٢) و المختلف(٣) و الإرشاد(٤) و الدروس(٥) و جامع المقاصد(٦)

و الجواهر(٧) و العروه(٨) و به قال أيضاً الشيخ الأعظم(٩) و سادته الفقهاء الحكيم(١٠)

و الخوئى(١١) و السبزوارى(١٢) و كذا فى الوسيله(١٣) و تحريرها(١٤) و تفصيل الشريعه(١٥).

و قال الشهيد الثانى فى شرح كلام المحقق: «هذا الحكم داخل فى السابق الدال على عدم صحه الوصيه عليهم لغير الأب و الجد له، و إنما حُصَّ الأم بالذکر بعد دخولها لإثبات ابن الجنيد(١٦) الولايه لها مع رُشدها بعد الأب، و هو شاذ»(١٧)

ص: ٥٣١

١- تذكره الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعه الحجرية.

٢- تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٣٧، ٣٨١.

٣- مختلف الشيعه ٦: ٣٦٨.

٤- إرشاد الأذهان ١: ٤٥٧.

٥- الدروس الشرعية ٢: ٣٢٣.

٦- جامع المقاصد ١١: ٢٦٩.

٧- جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

٨- العروه الوثقى مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٦٧٥.

٩- الوصايا و الموارث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ٦٢.

١٠- مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٥٩٣.

١١- مستند العروه الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٩.

١٢- مهذب الأحكام ٢٢: ١٧٣.

١٣- وسيله النجاه: ٥٦٨.

١٤- تحرير الوسيله ٢: ١٠١، كتاب الوصيه مسأله ٥٤.

١٥- تفصيل الشريعه، كتاب الوصيه: ١٩٥.

١٦- مختلف الشيعه ٦: ٣٦٨.

١٧- مسالك الأفهام ٦: ١٤٤.

و يدلّ على هذا الحكم الإجماع كما هو ظاهر كلام الشيخ (١) و العلامة (٢).

و كذا الأصل بعد عدم دليل على ثبوت الولاية لها في عرض الأب و الجدّ أو في طولها (٣).

فرع

جاء في الشرائع: «و لو أوصت - الأم - لهم - أي للأطفال - بمالٍ و نصّيت وصيّاً، صحّ تصرّفه في ثلث تركتها و في إخراج ما عليها من الحقوق، و لم تُمضَ على الأولاد» (٤).

و قال العلامة: «و لو أوصت لهم بمالٍ و نصّيت وصيّاً صحّت الوصية بالمال من ثلث تركتها، و بطلت الولاية على الأولاد» (٥). و كذا في الدروس (٦). و به قال الشيخ الأعظم (٧).

و في المسالك: «هذا الحكم واضح بعد ما سيّلف من عدم ولايتها عليهم. و تبه بتخصيصه على أنّ تبعض وصيتها - إذا اشتملت على امور بعضها سائغ و بعضها ممنوع - غير مانع من نفوذ المشروع منها، و حينئذٍ فتصحّ وصيتها لهم بالمال و لا يصحّ إيصاؤها، بل يبقى حكم المال الموصى به كسائر أموالهم يرجع فيه إلى وليّهم الخاصّ أو العام» (٨).

ص: ٥٣٢

-
- ١- (١) المبسوط للطوسي ٥٤:٤.
 - ٢- (٢) تذكره الفقهاء ٥١٠:٢، الطبعه الحجرية.
 - ٣- (٣) مستمسك العروه الوثقى ٥٩٣:١٤، مستند العروه الوثقى، كتاب النكاح ٤٢٩:٢، جواهر الكلام ٢٧٧:٢٨، مهذب الأحكام ١٧٣:٢٢.
 - ٤- (٤) شرائع الإسلام ٢٤٥:٢.
 - ٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعية ٣٣٧:٣.
 - ٦- (٦) الدروس الشرعية ٣٢٣:٢.
 - ٧- (٧) الوصايا و المواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٦٢:٢١.
 - ٨- (٨) مسالك الأفهام ١٤٤:٦-١٤٥.

إنّهم في هذه المسأله على قولين:

الأول: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعيه و الحنابله و الحنفيّه من أنه لا تصحّ الوصايه في أمر الأطفال للآم.

ففي روضه الطالبين: «ليس لغير الأب و الجدّ الوصايه في أمر الأطفال و لا للآم» (١).

و في مختصر اختلاف العلماء: «لما لم يكن للآم و الأخ و لايه في مال الصغير كذلك وصيها، و قد اتفقوا على أنّ وصيها لا يتصرّف فيما لم يرثه الصغير عنهما» (٢).

و هكذا صرّح في البيان: ب «أنّ الأمّ لا و لايه لها بالنظر في مال ولدها» (٣).

و كذا في معنى المحتاج (٤) و كشاف القناع (٥).

و قال ابن عابدين: «و أمّيا وصي الأيخ و الأمّ و العمّ و سائر ذوى الأرحام... لهم بيع تركه الميت لدينه أو وصيته... لا بيع عقار الصغار؛ إذ ليس لهم إلّا حفظ المال و لا الشراء للتجاره و لا التصرّف فيما يملكه الصغير... مطلقاً؛ لأنّهم بالنظر إليه أجنب» (٦).

الثاني: ما ذهب إليه المالكيه، فإنّهم قالوا بصحّه الوصايه في أمر الأطفال للآم بشروطٍ ثلاثه ذكرت في كلماتهم.

ففي حاشيه الخرشي: «إنّ الأمّ يجوز لها أن توصي على الصغير بشروط ثلاثه:

ص: ٥٣٣

١- (١) روضه الطالبين ٥: ٣٧٦.

٢- (٢) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٧١.

٣- (٣) البيان في مذهب الشافعي ٨: ١٥٠.

٤- (٤) معنى المحتاج ٣: ٧٦.

٥- (٥) كشاف القناع ٤: ٤٨٤.

٦- (٦) حاشيه ردّ المحتار ٦: ٧١٤.

الأول: أن يكون المال الموصى فيه قليلاً كستين ديناراً.

الثاني: أن لا يكون للصغير وليّ ولا وصيّ.

الثالث: أن يكون المال موروثاً عن الأم»(١).

و كذا في حاشيه الدسوقي(٢) و بلغه السالك(٣) و مواهب الجليل(٤) و عقد الجواهر الثمينه(٥).

و جاء في المدوّنه الكبرى: «لا تجوز وصيّتها في مال ولدها إذا كانوا صغاراً و لهم أبّ، فإن لم يكن لهم والد جازت وصيّتها في مال نفسها... و أنّ مالكاً يخفّف ذلك و يجعله وصيّاً في الشىء اليسير... و أمّا في الشىء الكثير فلا، و ينظر السلطان له في ذلك»(٦)

ص: ٥٣٤

١- (١) حاشيه الخرشي على مختصر خليل ٨: ٥٠٤.

٢- (٢) حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

٣- (٣) بلغه السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ٤: ٣٣٣.

٤- (٤) مواهب الجليل و التاج و الإكليل ٨: ٥٥٥ و ٥٥٦.

٥- (٥) عقد الجواهر الثمينه ٣: ٤٢٨.

٦- (٦) المدوّنه الكبرى ٦: ١٦-١٧ مع تصرّف يسير.

إشاره

هل يجوز للأب نصب الوصيّ و القيم على ولده الصغير مع وجود الجدّ أم لا؟ أقوال:

الأول - وهو الأصحّ -: بطلان الوصيّه مطلقاً؛ بمعنى أنّه إذا أوصى الأب إلى الأجنبي تبطل وصيّه بالنسبه إلى زمان كون الجدّ موجوداً و بعد موته أيضاً.

قال الشيخ في الخلاف: «لا يجوز - أي للأب - أن يوصى إلى أجنبيّ، بأن يتولّى أمر أولاده مع وجود أبيه، و متى فعل لم تصحّ الوصيّه؛ لأنّ الجدّ أولى به» (١).

و كذا في المبسوط (٢).

و في الشرائع: «و لو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبيّ و له أب، لم يصحّ، و كانت الولاية إلى جدّ اليتيم دون الوصيّ، و قيل: يصحّ ذلك في قدر الثلث ممّا ترك و في أداء الحقوق» (٣).

و به قال في التذكرة (٤) و التحرير (٥) و جعله أحد الاحتمالين في الدروس (٦).

و في المسالك: «أنّ ولاية الجدّ و إن علا على الولد مقدّمه على ولاية وصيّ الأب، فإذا نصب الأب وصيّاً على ولده المولّى عليه مع وجود جدّه للأب و إن علا لم يصحّ؛ لأنّ ولاية الجدّ ثابتة له بأصل الشرع، فليس للأب نقلها عنه و لا إثبات

ص: ٥٣٥

١- (١) الخلاف ٤: ١٦١.

٢- (٢) المبسوط للطوسي ٤: ٥٤.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعه الحجريّه.

٥- (٥) تحرير الأحكام الشرعيّه ٣: ٣٨١.

٦- (٦) الدروس الشرعيّه ٢: ٣٢٢.

شريك معه. و معنى عدم صحتها أنها لا تقع ماضيه مطلقاً» (١).

و كذا فى جامع المقاصد (٢) و الحدائق (٣). و ادعى فى الجواهر الإجماع عليه (٤)

و اختاره فى العروه و كذا فى التعليقات عليها (٥).

و استظهره فى المستمسك من كلمات الأصحاب، حيث قال: «فالذى يظهر منهم المفروغيه عن عدم صحه الوصايه للأجنبي مع معارضتها لولايه الجد» (٦).

و به قال فى الوسيله (٧) و تحريرها (٨). و كذا فى تفصيل الشريعه (٩).

أدله هذا الحكم

و يمكن أن يستدل على هذا بأمور:

الأول: الإجماع كما ادعاه فى الخلاف (١٠) و المبسوط (١١) و الجواهر (١٢).

الثانى: الأصل، قال فى المستمسك: «و هو مقتضى الأصل بعد قصور النصوص عن الإطلاق الشامل للصوره المذكوره، بل ذكرنا فى «نهج الفقاهه» فى

ص: ٥٣٦

١- (١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧.

٢- (٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٨.

٣- (٣) الحدائق الناضره ٢٢: ٥٩٥.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

٥- (٥) العروه مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٦٧٣.

٦- (٦) مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٥٩١.

٧- (٧) وسيله النجاه: ١٥١/٢.

٨- (٨) تحرير الوسيله ٢: ١٠٠ مسأله ٥٤.

٩- (٩) تفصيل الشريعه، كتاب الوصيه: ١٩٥.

١٠- (١٠) الخلاف ٤: ٢ مسأله ٤٣.

١١- (١١) المبسوط للطوسى ٤: ٥٤.

١٢- (١٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

مبحث الولاية الإشكال في وجود إطلاق في دليل ولاية الأب في حال حياته فضلاً عن المقام. و عليه: فلا مجال للتأمل في عدم الوصية بالولاية من الأب على الولد مع وجود الجد»(١).

و كذا في الجواهر، و أضاف بأن «ما دل على ولاية الجد و الأب ممّا هو ظاهر في انحصار أمر الطفل فيهما مع وجودهما أو أحدهما على وجه ينافيه ولاية أحدهما مع وصي الآخر»(٢).

الثالث: أنّ الأب لا ولاية له بعد موته مع وجود الجد و صلاحيته للولاية، فإذا انقطعت ولاية الأب بموته لم تقع ولاية وصيه، فإذا مات الجد افتقر عود ولاية الأب، - لتؤثر في نصب الوصي - إلى دليل، إذ الأصل عدم عودها، فلا تصح في حياة الجد و لا بعد موته، كما في المسالك(٣) و جامع المقاصد(٤).

و قال السيد الفقيه الخوئي: «الأولى أن يستدل له بأن ولاية الأب و الجد بمقتضى دليلها ولاية مطلقه و غير مقيدته.

و من هنا لا ينسجم جعل الولاية لغيرهما مع وجود واحدٍ منهما في عرضه، حيث إنّ مقتضاه تقييد ولايته بعدم تصرف ذلك الغير قبل تصرفه.

فهو نظير ما ذكرناه في باب الأوامر من أنّ مقتضى إطلاق الأمر كونه تعييناً لا تخييرياً، باعتبار أنّ جعل البديل له ينافي إطلاقه. ففيما نحن فيه إطلاق الدليل ينافي كون الولي هو الجامع بين الباقي منهما و وصي الآخر، بل مقتضاه كون الباقي هو الولي لا غير»(٥).

ص: ٥٣٧

١- (١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩١.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

٣- (٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧.

٤- (٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٨.

٥- (٥) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٨-٤٢٩.

بطلان الوصية في زمان ولايه الجدّ

القول الثاني: بطلان الوصية في زمان ولايه الجدّ خاصّه؛ بمعنى أنّه لو أوصى الأب إلى أجنبيّ فإنّ ولايته تبطل ما دام الجدّ موجوداً، و بعد موت الجدّ تعود الولاية إلى الوصيّ؛ لأنّ ولايه الأب شامله للأزمان ولايه الجدّ، فيختصّ البطلان بزمان وجوده (١). كما هو الظاهر من كلام العلامة في القواعد، حيث قال: «و لا يجوز له نصب وصيّ على ولده الصغير أو المجنون مع الجدّ للأب، بل الولاية للجدّ، و في بطلانها مطلقاً إشكال. نعم، تصحّ في إخراج الحقوق» (٢).

و قد ظهر ممّا تقدّم جوابه؛ لأنّ انقطاع ولايه الأب بموته مع وجود الجدّ الصالح للولاية أمر معلوم، و عودها بعد موت الجدّ يحتاج إلى دليل. و دعوى أنّ ولايه الأب ثابتة في جميع الأزمان المستقبله - التي من جملتها ما بعد زمان الجدّ - غير معلوم، بل هو محلّ البحث و النزاع كما لا يخفى، و إنّما المعلوم انقطاع ولايته بعد موته مع وجود الجدّ بعده لا ثبوتها بعد موت الجدّ (٣).

صحّة الوصية في الثلث

القول الثالث: أنّه تصحّ وصية الأب للأجنبيّ مع وجود الجدّ في الثلث خاصّه؛ لأنّ له إخراج الثلث عن الوارث، فيكون له إثبات ولايه غيره بطريق أولى.

اختاره الشيخ في موضعٍ من المبسوط (٤). و استجاده العلامة في المختلف (٥).

ص: ٥٣٨

١- (١) جامع المقاصد ١١: ٢٦٩، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٤.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣.

٣- (٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٤.

٤- (٤) المبسوط للطوسي ٤: ٥٢.

٥- (٥) مختلف الشيعة ٦: ٣٣٦.

جاء في المسالك: «و فيه منع الأولويّه بل الملازمه؛ فإنّ إزاله الملك يقتضى إبطال حقّ الوارث منه أصلاً، و هو الأمر الثابت له شرعاً، و أمّا بقاؤه في ملك الوارث؛ فإنّه يقتضى شرعاً كون الولاية عليه لمالكه، أو وليه الثابت ولايته عليه بالأصله، فلا يكون للأب ولاية عليه بالنسبه إليه أصلاً»(١).

و كذا في جامع المقاصد(٢) و الحدائق(٣) و الجواهر(٤).

هذا كلّه في أمر الأطفال. و أمّا في قضاء الديون و إخراج الحقوق و تنفيذ الوصايا، فيجوز للأب أن يوصى إلى غير الجدّ؛ إذ لا ولاية للجدّ هنا أصلاً و إن لم ينصب وصيّاً، فأبوه أولى بقضاء الديون و أمر الأطفال(٥).

قال الشهيد الثاني: «و اعلم أنّ قوله -: في القول الأخير: إنّها تصحّ في أداء الحقوق - أجنبيّ من المسأله التي هي موضع النزاع؛ لأنّ موضوعها الوصيه بالنظر في مال ولده و له أب، لا وصيته في ماله ليخرج منه الحقوق؛ فإنّ ذلك ثابت بالإجماع».

ثمّ قال: «و يمكن أن يفرض لجواز الوصيه في إخراج الحقوق فائده، و هي: أنّ وصيه الإنسان مع وجود أبيه في إخراج الوصايا و إن كانت جائزاً لكن لا تخلو من إشكال؛ لأنّ وصيه الولد إنّما تصحّ بما لا ولاية للأب فيه، و لهذا لم تصحّ الوصيه على الأطفال مع وجود الأب.

و إذا كان كذلك فلو لم يوصِ الولد بقضاء الدين و إنفاذ الوصايا مع وجود أبيه

ص: ٥٣٩

١- (١) مسالك الأفهام ٦: ٢٤٧.

٢- (٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٩.

٣- (٣) الحدائق الناضره ٢٢: ٥٩٥.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

٥- (٥) تذكره الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعه الحجريّه، جامع المقاصد ١١: ٢٦٩.

كان الأب أولى بذلك من غيره حتى الحاكم، كما هو أولى بالأطفال كما تبّه عليه في التذكرة (١) (٢).

آراء فقهاء أهل السنّه في نصب القيم مع وجود الجدّ

يستفاد من كلماتهم في هذه المسأله أنّهم على قولين:

الأول: ذهب الشافعيّيه إلى أنّه لا يجوز للأب أن يوصى إلى غيره في أمر الأطفال مع وجود الجدّ.

ففي المهذّب: «و إن كان له - أي للولد - جدّ لم يجز - للأب - أن يوصى إلى غيره؛ لأنّ ولاية الجدّ مستحقّه بالشرع، فلا يجوز نقلها عنه بالوصيّه» (٣).

و في البيان: «و إن كان للصغير جدّ من أبيه يصلح للنظر، فأوصى الأب إلى غير الجدّ كان الجدّ أولى بالنظر... لأنّها ولاية يستحقّها الجدّ بالقرابه، فكان مقدّمًا على وصي الأب، كولاية النكاح» (٤).

و كذا في المجموع (٥) و مغني المحتاج (٦) و روضه الطالبين (٧).

الثاني: أنّه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفيّه و الحنابله و المالكيه خلافاً للشافعيّيه إلى أنّه لا ولاية للجدّ، و قالوا بجواز وصايه الأب و لو كان الجدّ موجوداً بصفه الولاية.

ص: ٥٤٠

١- (١) مسالك الأفهام ٦: ٢٤٨.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجرية.

٣- (٣) المهذّب في فقه الإمام الشافعي ١: ٤٤٩.

٤- (٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨: ١٤٩.

٥- (٥) المجموع شرح المهذّب ١٦: ٢٩٩.

٦- (٦) مغني المحتاج ٣: ٧٦.

٧- (٧) روضه الطالبين ٥: ٣٧٦.

ففى الدرّ المحتار: «و وصى أبى الطفل أحقّ بماله من جدّه، و إن لم يكن وصيّهُ فالجدّ»، و قال ابن عابدين فى شرحه: «الولاية فى مال الصغیر للأب ثمّ وصيّهُ ثمّ وصى وصيّهُ و لو بعد، فلو مات الأب و لم يوص فالولاية لأب الأب»(١).

و فى مختصر اختلاف العلماء: «قال أصحابنا: وصى الأب أولى بالولاية على الصغیر فى الشراء و البيع من الجدّ - أب الأب - فإذا لم يكن أب و لا وصيّهُ، فالجدّ بمنزله الأب فى ذلك»(٢).

و يستفاد هذا أيضاً من ظاهر كلام السرخسى فى المبسوط حيث قال: «و إذا أوصى إلى رجلٍ بماله، فهو وصى فى ماله و ولده و سائر أسبابه عندنا»(٣).

و فى الكافى: إنّ ولاية الأب على المال يقدّم كولايته على النكاح ثمّ وصيّهُ بعده؛ لأنّه نائبه... ثمّ الحاكم؛ لأنّ الولاية من جهه القرابه قد سقطت، فثبت للسلطان(٤).

و كذا فى الإقناع(٥) و منتهى الإرادات(٦) و كشّاف القناع(٧).

و فى حاشيه الدسوقى فى فقه المالكى: إنّ الوصيّهُ على الأولاد المحجورين عليهم خاصّ بالأب أو وصيّهُ دون الأجداد و الأعمام و الإخوه(٨).

و فى حاشيه الخرشى: «إنّ الوصيّهُ على الأولاد و إقامه من ينظر فى حالهم

ص: ٥٤١

١- (١) حاشيه ردّ المحتار ٦: ٧١٤-٧١٥.

٢- (٢) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٦٨.

٣- (٣) المبسوط للسرخسى ٢٨: ٢٦.

٤- (٤) الكافى فى فقه أحمد ٢: ١٠٧.

٥- (٥) الإقناع فى فقه الإمام أحمد: ٨٠.

٦- (٦) منتهى الإرادات ٣: ٤٩٧.

٧- (٧) كشّاف القناع ٤: ٤٨٤.

٨- (٨) حاشيه الدسوقى على الشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

مختصّ بالآباء لا بغيرهم من الأقارب و من الأجداد»^(١). و كذا في مواهب الجليل^(٢).

و في عقد الجواهر الثمينه: «و يجوز نصب الوصي في حياه الجدّ؛ إذ لا ولايه له»^(٣).

ص: ٥٤٢

١- (١) حاشيه الخرشي على مختصر خليل ٨: ٥٠٣.

٢- (٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٨: ٥٥٦.

٣- (٣) عقد الجواهر الثمينه ٣: ٤٢٩.

إشاره

و البحث عنها يقع فى مقامين:

الأول: إذا لم يكن بين الورثه و الوصى اختلاف فى مورد الوصيه.

الثانى: إذا اختلفوا فى ذلك.

إثباتها عند عدم الاختلاف

ثبتت الوصيه بالولاية - فيما إذا لم يكن هناك اختلاف - كغيرها بعدة امور نذكرها على الترتيب التالى:

أ: العلم، ثبتت الوصيه بالولاية بالعلم الوجدانى؛ لأنّ الموضوعات التى تعلقت بها الأحكام إنّما يراد بها الأمور الواقعيه، كما هو مقتضى مدلولات الألفاظ، و الطريق إلى الواقع هو العلم، و لما حقّق فى محلّه من أنّ العلم حجّه بذاته، و الردع عن العمل على طبقه أمرٌ غير معقول، فلو علم الوصى أنّ الموصى أوصى له بذلك و قبلها و جب عليه إنفاذ الوصيه فيما أوصى به إليه.

ب: إقرار الورثه، كذلك ثبتت الوصيه بالولاية بإقرار الورثه و تصديقهم للوصى. قال فى التذكره: «لو أقرّ الورثه بأسرهم بالوصيه بالمال أو الولاية ثبت فيما لا تفتقر إلى الشهاده»^(١) أى لا يكون اختلاف بين الورثه و الوصى.

و قال فى موضع آخر: «إذا ثبتت الوصيه إمّا بالإشهاد أو بالإقرار فإنّ

ص: ٥٤٣

١- (١) تذكره الفقهاء ٥٢٢:٢، الطبعه الحجريه.

حكماً يثبت»(١).

و فى التحرير: «لو صدّقوا الورثه الوصىّ حكم عليهم بهذه الوصيّه»(٢).

و فى منهاج الصالحين: «ثبت الوصيّه العهديّه بإقرار الورثه جميعهم»(٣).

و يدلّ عليه بناء العقلاء على قبول الإقرار فى هذا المقام، و لم يثبت ردع من الشرع.

ج: البيّنه؛ لأنّه قام الإجماع من الفقهاء على حجّيه البيّنه مطلقاً؛ سواء كان فى باب القضاء أو غيره؛ لأنّ من لاحظ كلماتهم فى الأبواب المختلفه يستظهر منها أنّ اعتبار البيّنه متسالم عليه بين الأصحاب فى باب القضاء، و كذلك فى سائر الموضوعات، و لا يبعد أن يكون هذا الإجماع تعبدياً كاشفاً عن قول المعصوم أو الدليل المعتبر، فلا شبهه فى ثبوت الوصيّه بالولاية بشهاده عدلين، و لم يرد دليل يمنع عن اعتبارها فى ذلك.

د: خير الثقه، يدلّ عليه موثقه

إسحاق بن عمّار - التى رواها المشايخ الثلاثه - عن أبى عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له عندى دنانير و كان مريضاً، فقال لى: إن حدث بى حدث فأعط فلاناً عشرين ديناراً و أعط أخى بقيّه الدنانير، فمات و لم أشهد موته، فأتانى رجل مسلم صادق فقال لى: إنّه أمرنى أن أقول لك انظر الدنانير التى أمرتك أن تدفعها إلى أخى فتصدّق منها بعشره دنانير اقسّمها فى المسلمين و لم يعلم أخوه أنّ عندى شيئاً، فقال: «أرى أن تصدّق منها بعشره دنانير كما قال»(٤).

ص: ٥٤٤

١- (١) تذكره الفقهاء ٢: ٤٥٣، الطبعه الحجريّه.

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعيّه ٣: ٣٨٤.

٣- (٣) منهاج الصالحين للسيد الخوئى ٢: ٢٢٨.

٤- (٤) الكافى ٧: ٦٤٤ ح ٢٧، تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٧، الفقيه ٤: ١٧٥، وسائل الشيعه ١٣: ٤٨٢ الباب ٩٧ من كتاب الوصايا، ح ١.

فإنّها تدلّ (١) على حجّيه قول الثقة في الموضوعات - كما استقرّت سيره العقلانيه على ذلك (٢)؛ فإنّ الرجل المسلم الصادق أخبر عن رجوع الموصى عن الوصيّه، و حكم الإمام عليه السلام باعتبار هذا الخبر و قال:

«أرى أن تصدّق منها بعشره دنانير كما قال» - (كما أمرك خ ل).

و مورد الروايه و إن كان في الوصيّه بالمال، و لكن لا فرق بين المال و الولايه في أنّهما يشبتان بخبر العدل الواحد.

إثبات الوصيّه بالولايه بالكتاب

إشاره

التحقيق في هذه المسأله يتوقّف على ذكر مقدّمه؛ و هي أنّه لا خلاف في صحّه الوصيّه بالكتاب و العمل بها في حال الضروره و عدم إمكان التلقّظ مع وجود القرينه الدالّه عليها، كما في التنقيح الرائع (٣) و ادعى عليه الإجماع في الإيضاح (٤)، و في جامع المقاصد: نفى الشكّ فيه (٥).

و به صرّح في الجامع للشرائع (٦) و التبصره (٧) و التذكره (٨) و التحرير (٩)

ص: ٥٤٥

١- (١) و قد أثبتنا في محلّه في كتاب الاجتهاد و التقليد عدم حجّيه خبر الواحد الثقة أو العدل في الموضوعات و إنّما هو حججه في الروايات و الأحكام، و بناءً على ذلك يمكن أن يقال باحتفاف قول الرّجل بالقرائن المفيده للعلم، سيّما مع تعبيره بالمسلم الصادق. م ج ف.

٢- (٢) دروس في فقه الشيعه ٢: ٦٠، بحوث في شرح العروه الوثقى ٢: ٨٦، مصباح الأصول ٢: ١٩٦، التنقيح في شرح العروه ٢: ١٦٧.

٣- (٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٦٤.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

٥- (٥) جامع المقاصد ١٠: ٢٠.

٦- (٦) الجامع للشرائع: ٤٩٨.

٧- (٧) تبصره المتعلّمين: ١٢٨.

٨- (٨) تذكره الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعه الحجريّه.

٩- (٩) تحرير الأحكام الشرعيّه ٣: ٣٨٣.

و الدروس (١) و الروضه (٢) و غيرها (٣).

و يدلّ عليه

ما روى عن أبي جعفر عليه السلام قال: «دخلت على محمد بن علي بن الحنفية و قد اعتقل لسانه، فأمرته بالوصية فلم يُجب، قال: فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت له: خطّ بيدك، فخطّ وصيته بيده في الرمل و نسخت أنا في صحيفه» (٤).

و إنّما الكلام في أنّه هل يكتفى بصرف الكتابه في حال الاختيار و القدره على التلفّظ، أم لا يصحّ ذلك؟ فيه قولان:

الأوّل: و هو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء عدم الاكتفاء بالكتابه في حال الاختيار.

ففي التذكرة: «لا تتعدّد الوصية إلاّ باللفظ مع القدره عليه، فلو كتب بخطّه: إني قد أوصيت لفلان بكذا، لم ينفذ إذا كان الشخص ناطقاً» (٥).

و في الدروس: «و لو كتب القادر على النطق أو أشار لم يجب العمل به» (٦).

بل في السرائر نفى الخلاف فيه (٧)، و به قال فخر المحقّقين (٨) و الشهيد و المحقّق

ص: ٥٤٦

١- (١) الدروس الشرعيّه ٢: ٢٩٥.

٢- (٢) الروضه البهيّه ٥: ١٨.

٣- (٣) كنز الفوائد ٢: ١٩٤.

٤- (٤) الفقيه ٤: ١٤٦ ح ٥٠٥، تهذيب الأحكام ٩: ٢٤١ ح ٩٣٤، كمال الدين: ٣٦، وسائل الشيعه ١٣: ٤٣٦ الباب ٤٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

٥- (٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢ الطبعه الحجرية.

٦- (٦) الدروس الشرعيّه ٢: ٢٩٥.

٧- (٧) السرائر ٢: ١٧٦.

٨- (٨) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

الثانيان (١)، و الشيخ الأعظم (٢). و كذا في التنقيح الرائع (٣).

الثاني: صحه الاكتفاء بالكتابه مطلقاً و لو مع قدره على النطق.

احتمله في التذكرة (٤)، و هو الظاهر من عباره النافع، حيث قال: «و لا تكفى الكتابه ما لم تنضم القرينه الداله على الإراده» (٥).

و يمكن أن يستظهر ذلك من عباره اللمعه أيضاً (٦).

و في الرياض: «و لا يخلو عن قوه مع قطعته دلالة القرينه على إرادته الوصيه؛ لصدق الوصيه معها عرفاً و عادة، مضافاً إلى التأيد بكثير من النصوص» (٧)، (٨).

و اختاره في الجواهر (٩) و الحدائق (١٠) و ذهب إليه الساده الفقهاء الاصفهاني (١١) و الخوئي (١٢) و الإمام الخميني (١٣) و السبزواري (١٤) و الحكيم (١٥)

قدس الله أسرارهم. و كذا في العروه و التعليقات عليها إلا تعليقه السيد الفقيه

ص: ٥٤٧

-
- ١- الروضه البهيه ١٩:٥، جامع المقاصد ١٠:٢٠.
 - ٢- الوصايا و المواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١:٢٨.
 - ٣- التنقيح الرائع ٢:٣٦٣.
 - ٤- تذكرة الفقهاء ٢:٤٥٢، الطبعة الحجرية.
 - ٥- المختصر النافع: ١٨٨.
 - ٦- اللمعه دمشقيه: ١٠٤.
 - ٧- وسائل الشيعه ١٣:٣٥٢ الباب ١ من كتاب الوصايا، ح ٥-٧.
 - ٨- رياض المسائل ٩:٤٣٤.
 - ٩- جواهر الكلام ٢٨:٢٤٩.
 - ١٠- الحدائق الناضره ٢٢:٦٣٧.
 - ١١- وسيله النجاه ٢:١٤٤.
 - ١٢- منهاج الصالحين ٢:٢٠٨، مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ٢:٤٠٩.
 - ١٣- تحرير الوسيله ٢:٩٠ مسأله ٣.
 - ١٤- مهذب الأحكام ٢٢:١٦٣.
 - ١٥- مستمسك العروه الوثقى ١٤:٥٧٨.

البروجردى (١). و اختاره الشيخ الفقيه الفاضل اللكراني في تفصيل الشريعة (٢).

و القول الثاني هو الراجح عندنا. و الأدلّه على هذا الترجيح ما يلي:

الأول: إطلاقات أدلّه الوصيّه؛ فإنّها غير مقيدة باللفظ، بل مقتضاها اللزوم و حرمة التبديل بمجرّد صدق الوصيّه كيف ما تحقّقت. و دعوى تقييد الإطلاقات بالإجماع على احتياج العقود إلى اللفظ، مدفوعه بأنّه لو تمّ فهو إنّما يختصّ بالعقود اللازمه.

و أمّا العقود الجائزه التي منها الوصيّه - بناءً على كونها عقداً - فلا إجماع على اعتبار اللفظ فيها، كما في مستند العروه (٣).

الثاني: أنّه يمكن أن يستدلّ عليه بقوله عليه السلام:

«ما ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلّا و وصيّه تحت رأسه» (٤). و كذا نحوها (٥).

بل يدلّ عليه

ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمّد الهمداني قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل كتب كتاباً بخطّه، و لم يقل لورثته: هذه وصيّي، و لم يقل:

إنّي قد أوصيت، إلّا- أنّه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطّه و لم يأمرهم بذلك؟ فكتب عليه السلام: «إن كان له وُلد ينفذون كلّ شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البرّ و غيره» (٦).

و في مباني العروه: «و طريق الشيخ ضعيف بعمر بن علي... حيث لم يرد فيه

ص: ٥٤٨

١- (١) العروه مع تعليقات عدّه من الفقهاء ٥: ٦٧٠.

٢- (٢) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّه: ١٣٨.

٣- (٣) مستند العروه الوثقي، كتاب النكاح ٢: ٤٠٩.

٤- (٤) المقنعه: ٦٦٦، وسائل الشيعه ١٣: ٣٥٢، الباب ١ من كتاب الوصايا، ح ٧.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٣: ٣٧٩، الباب ١٦ من كتاب الوصايا ح ١٠ و ص ٣٨٧، الباب ١٨، ح ٧، مستدرک الوسائل ١٤: ٨٨، ح ٦ و

٢: ١١٦، ح ٢ و ٥، سنن ابن ماجه ٤: ٢٦٨، ح ٢٦٩٩، سنن الترمذى ٤: ٤٣٢، ح ٢١٢٣.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٣: ٤٣٧، الباب ٤٨ من كتاب الوصايا، ح ٢.

توثيق، غير أنّ محمّد بن أحمد بن يحيى (١) قد روى عنه، و لم يستثنه ابن الوليد، إلّا أنّنا قد ذكرنا في كتابنا معجم رجال الحديث أنّ ذلك لا ينفع في إثبات الوثاقه للرجل فراجع (٢). على أنّ الروايه - بطريقها - ضعيفه بإبراهيم ابن محمّد الهمداني نفسه؛ فإنّه لم تثبت وثاقته رغم كونه من وكلائهم عليهم السلام؛ لما أوضحناه في مقدّمه كتابنا معجم رجال الحديث من أنّ الوكاله وحدها لا تكفي في إثبات وثاقه الوكيل (٣).

«نعم، ورد في جملة من النصوص مدح الرجل و تجليله، إلّا أنّها جميعاً ضعيفه السند» (٤). و كذا في تفصيل الشريعة (٥).

و جاء في المستمسك: «لكن قصور سندها غير ظاهر؛ فإنّ طريق الصدوق إلى إبراهيم المذكور أحمد بن زياد بن جعفر الهمداني، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، و أحمد بن زياد ثقه، و علي بن إبراهيم من الأجلّاء، و أبوه مصحح الحديث. و أمّا إبراهيم فهو من الوكلاء الثقات» (٦).

و في قاموس الرجال: «قال المصنّف: يأتي - في فارس و محمّد بن إبراهيم هذا - روايات من الكشي تدلّ على جلاله قدر إبراهيم هذا» (٧).

و في رجال الكشي عن أبي محمّد الرازي قال: كنت أنا و أحمد بن أبي عبد الله البرقي بالعسكر، فورد علينا رسول من الرجل (٨) فقال... و أيوب بن نوح

ص: ٥٤٩

١- (١) الظاهر أنّ الصواب محمّد بن أحمد بن يحيى، و لعله سهو من المقرّر أو من النساخ.

٢- (٢) معجم رجال الحديث ٤٧:١٥ الرقم ١٠١٥٦، و فيه: «إذ لعله كان يبنى على أصاله العدالة».

٣- (٣) معجم رجال الحديث ٧٥:١.

٤- (٤) مباني العروه الوثقى، كتاب النكاح ٢:٤١٠.

٥- (٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيه ١٣٨.

٦- (٦) مستمسك العروه الوثقى ١٤:٥٧٩.

٧- (٧) قاموس الرجال ٢٩٣:١ الرقم ٢٠٥.

٨- (٨) و في الهامش، المراد بقريته الروايات هو أبو الحسن العسكري عليه السلام.

و إبراهيم بن محمد الهمداني و أحمد بن حمزه و أحمد بن إسحاق ثقات جميعاً (١).

نقول: إبراهيم بن محمد الهمداني عدّه الشيخ من أصحاب الرضا (٢) و الجواد ٣

و الهادي ٤ عليهم السلام. و كذا في رجال البرقي (٣)، و هو وكيل الناحية، كان حجّ أربعين حجّه (٤) و كتب إليه الجواد عليه السلام كتباً تدلّ على عظيم شأنه:

منها:

ما رواه الكشي عن علي بن محمّد قال: حدّثني محمّد بن أحمد، عن عمر بن علي بن عمر بن يزيد، عن إبراهيم بن محمّد الهمداني، قال: و كتب إليّ:

«و قد وصل الحساب تقبّل الله منك، و رضى عنهم، و جعلهم معنا في الدنيا و الآخرة، و قد بعثت إليك من الدنانير بكذا، و من الكسوه بكذا، فبارك لك فيه، و في جميع نعمه الله عليك، و قد كتبت إلى النضر: أمرته أن ينتهي عنك، و عن التعرّض لك و بخلافك، و أعلمته موضعك عندي، و كتبت إلى أيوب: أمرته بذلك أيضاً و كتبت إلى موالئي بهمدان كتاباً أمرتهم بطاعتك و المصير إلى أمرك و أن لا وكيل لي سواك» (٥).

و منها: ما روى الشيخ في كتاب الغيبة عن أحمد بن إدريس، عن أحمد بن محمّد بن عيسى، عن أبي محمّد الرازي قال: كنت و أحمد بن أبي عبد الله بالعسكر، فورد علينا رسول من قبل الرجل فقال: «أحمد بن إسحاق الأشعري و إبراهيم بن محمّد الهمداني و أحمد بن حمزه بن اليسع ثقات» (٦) و غيرها (٧).

ص: ٥٥٠

- ١- (١) رجال الكشي: ٥٥٧ و ٥٥٨.
- ٢- ((٢-٣) رجال الطوسي: ٣٥٢ الرقم ١٦ و ص ٣٧٣ الرقم ٢ و ص ٣٨٣ الرقم ٨.
- ٣- (٥) رجال البرقي: ٥٤ و ٥٦ و ٥٨.
- ٤- (٦) جامع الرواه ١: ٣٣.
- ٥- (٧) رجال الكشي: ٦١١-٦١٢ الرقم ١١٣٦.
- ٦- (٨) كتاب الغيبة للطوسي: ٤١٧، البحار ٥١: ٣٦٣.
- ٧- (٩) تهذيب الأحكام ٨: ٥٧، ح ١٨٦، الاستبصار ٣: ٣٩٤، ح ١٠٢٧، وسائل الشيعة ١٥: ٣٢٠ الباب ٣٠ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه، ح ١.

و ذكره العلامة رحمه الله في القسم الأول من الخلاصه (١) أيضاً.

فمن مجموع هذه الأمور خصوصاً كونه و كَيْلاً- للإمام عليه السلام تطمئن النفس على أنّ إبراهيم بن محمّد الهمداني ثقة و رواياته معتبره، فلا إشكال في سند الروايه. و أمّا دلالتها على اعتبار الوصيه بالكتابة في حال الاختيار، فأورد عليها:

أولاً: بأنّها لا تصلح دليلاً للحكم، و ذلك لما تضمّنته من حجّيه هذه الوصيه لأولاد الميّت خاصّةً، و مقتضى مفهومها عدم اعتبار الوصيه بالكتابة لغير الأولاد، و هذا التفصيل بين الأولاد و غيرهم من الورثه لم يعرف قائل به و لا يمكن الالتزام به، فلا بدّ من رفع اليد عن هذا الخبر (٢).

و ثانياً: يحتمل أن يكون تنفيذ الوصيه بالكتابة من خواصّ الولد، نظير قضاء الصلاه و الصوم، فتدلّ على عدم حجّيه الكتابه المجرّده عن القول (٣).

نقول: إنّ الظاهر من الروايه اعتبار الوصيه بهذا النحو و صحّتها مطلقاً، فيجب تنفيذها للأولاد و غيرهم، و ليست مختصّه بالأولاد، بل ذكر الأولاد من باب أنّهم أولى بإنفاذ وصيه أبيهم، مضافاً إلى أنّه لو ثبت تنفيذ هذه الوصيه للأولاد ثبت لغيرها من الورثه بعدم الفصل؛ لأنّه ليس في المسأله إلاّ القولين:

التنفيذ مطلقاً، و عدم التنفيذ مطلقاً، و لا وجه لجعل ذلك من مختصّات الولد كقضاء الصلاه و الصوم.

و بالجملة: فإنّ الخبر المذكور معتبر سنداً، واضح متناً، لا مجال للطعن فيه بوجه و لا معارض له، فالعمل به متعيّن.

الثالث: السيره المستمرّه من المتشرّعه على الوصيه بالكتابة.

ص: ٥٥١

١- (١) خلاصه الأقوال: ٥٢.

٢- (٢) مستند العروه الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤١١، تفصيل الشريعة، كتاب الوصيه: ١٣٨ مع تصرّفٍ.

٣- (٣) مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٥٧٩.

الرابع: ما احتج به العلامة في التذكرة من أن الكتابه بمثابه كنيات الألفاظ، وقد بينا جواز الوصيه بالكنايه التي ليست صريحه في دلالتها عليها مع القرينه، فإذا كتب و قال: نويت الوصيه لفلان أو اعترف الورثه بعد موته به، و جب أن تصح (١).

الخامس: لا شك في أنه يصدق الوصيه على ذلك عرفاً و عادةً، و مع فرض تحقق الوصيه بالكتابه يترتب عليه جميع أحكامها؛ لأن المناط صدق عنوان الإيضاء، و لا دليل على التقييد باللفظ.

قال في تفصيل الشريعه: «و الوجه أنه لا دليل على كون الوصيه بأمر خاص» (٢).

السادس: ما ذكره في مهذب الأحكام من أن المناط في إبراز المقاصد على الدوال الخارجيه المعتبره عند المتعارف، و المفروض كون الوصيه بالكتابه كذلك، فيكون المقتضى للصحّه موجوداً و المانع عنها مفقوداً، فتصح لا محاله (٣).

و قد تحصيل ممّا ذكرنا أنه يكفي في تحقق الوصيه مطلقاً - الوصيه بالولاية و غيرها - كلّ ما دلّ عليها من لفظ صريح أو غير صريح أو فعل و إن كانت كتابه أو إشاره، بلا فرق بين صورتى الاختيار و عدمه.

و لا مانع من ذلك إلا دعوى نفى الخلاف من السرائر و كلمات الأصحاب.

و قال في الجواهر: «و معقد نفى الخلاف في محكي السرائر غير ما نحن فيه...»

و لعل مراده عدم صحّه الشهاده عليه بذلك الإجمال» (٤).

ص: ٥٥٢

١- (١) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجرية.

٢- (٢) تفصيل الشريعه، كتاب الوصيه: ١٣٨.

٣- (٣) مهذب الأحكام ٢٢: ١٦٣.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٩.

و يمكن أيضاً حمل كلام الأصحاب على صورته عدم الوضوح و الصراحة التي يكتفى بهما العرف في المحاورات الدائرة بينهم، كما في مهذب الأحكام (١).

و الحاصل: أنه يمكن حمل كلام الأصحاب على عدم صحه الوصيه بالكتابة للإجمال، أو يكون المراد عدم الاكتفاء بالكتابة في ثبوت الوصيه، بمعنى أنه لا يجب العمل بما يوجد مكتوباً ما لم يثبت بالبينه أو لم تقم القرائن على إرادته الوصيه بذلك (٢).

و بعد هذه المقدمه و الحكم لصحه الوصيه بالكتابة:

نقول: هل تثبت الوصيه - الوصيه بالولاية و غيرها - بصرف كتابتها سواء كتبها الموصى أو غيره، أم لا؟

يمكن أن نستفيد تصوير المسأله في كلمات الفقهاء في صور:

الصورة الأولى: إذا وجدت وصيه بخط الميت و لم يكن أقر بها و لا أشهد عليها، فهل تثبت الوصيه بذلك و يجب العمل بها أم لا؟

فيه ثلاث احتمالات بل أقوال:

الأول: - هو الذي اعتقد به أكثر الأصحاب - أنه لا تثبت و لا يجب العمل بها على الورثه.

جاء في المختصر النافع: «و لا يجب العمل بما يوجد بخط الميت» (٣). و وافقه الفاضل الآبي (٤) و ابن فهد الحلبي (٥).

ص: ٥٥٣

١- (١) مهذب الأحكام ٢٢: ١٦٣.

٢- (٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٨.

٣- (٣) المختصر النافع: ١٨٩.

٤- (٤) كشف الرموز ٢: ٦٦.

٥- (٥) المقتصر: ٢١٤.

و قال العلامه: «لا يجب العمل بما يوجد بخطه (١)».

و فى التذكرة: «بل لهم - للورثه - ردّها و إبطالها؛ سواء عملوا بشيء منها أو لا؟» (٢).

و قال فى الدروس: «لم يجب العمل به و لو شوهد كاتباً أو علم خطه (٣)». و كذا فى الروضه (٤).

و جاء فى جامع المقاصد: «إذا وجدت وصيه بخط الميت و لم يكن أقرّ بها و لا أشهد عليها لم يجب العمل بها على الورثه؛ سواء شاهدوه يكتب أم لا، و سواء اعترفوا بأنّه خطه أو عرف أم لا، و سواء قدر على النطق أو لا، و سواء عمل الورثه ببعض الوصيه أو لا. و استدلل بأنّ الكتابه قد لا تكون على قصد الوصيه (٥)». و كذا فى غيرها (٦).

و الحقّ ما ذهب إليه هؤلاء الأعلام رضوان الله عليهم. فإذن أمر الصغار إلى الحاكم، و هو الذى يعين القيم عليهم، و يأتى الكلام فيه.

القول الثانى: أنه يثبت و يجوز العمل بها.

قال الشيخ فى النهايه: «و إذا وُجدت وصيه بخط الميت، و لم يكن أشهد عليها و لا أمر بها كان الورثه بالخيار بين العمل بها، و بين ردّها و إبطالها. فإن عملوا بشيء منها، لزمهم العمل بجمعها» (٧).

ص: ٥٥٤

١- (١) تبصره المتعلمين: ١٢٨.

٢- (٢) تذكره الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعه الحجريه.

٣- (٣) الدروس الشرعيه ٢: ٢٩٥.

٤- (٤) الروضه البهيته ٥: ١٩.

٥- (٥) جامع المقاصد ١٠: ١٩.

٦- (٦) إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤، تحرير الأحكام الشرعيه ٣: ٣٣١، التنقيح الرائع ٢: ٣٦٣.

٧- (٧) النهايه: ٦٢١-٦٢٢.

و فى الجامع للشرائع: «و يجوز للورثه العمل بوصيّه فى كتاب لم يشهد بها و ببعضها، و تركها(١)».

القول الثالث: التفصيل بأنه لو ثبت ما وجد بخطه بإحدى الطرق المعتره المتقدمه - أى العلم الوجدانى، أو اعترف الورثه، أو اقيم البينه، أو الخبر العدل الواحد - يجب العمل بها، و إلا فلا.

و يحتمل كلام الشيخ فى النهايه فى أنّ الورثه اعترفوا بصحّه الوصيّه بالاستناد إلى هذا الخطّ، فيجب العمل بالجميع، كما فى التذكره(٢) و المهذب البارع(٣)

و الايضاح(٤).

و فى المختلف: «لا منافاه بين الأمرين - أى ما ذكره الشيخ فى النهايه، و ما فى السرائر - فإنّ قول الشيخ رحمه الله يحتمل العمل بما وجدوه من خطّه؛ لأنّه أوصى بذلك مستندين إلى هذا الخطّ عارفين بصحّته، و حينئذٍ يجب العمل بالجميع»(٥).

و لعلّ يستفاد ذلك من معتبره إبراهيم بن محمّد الهمدانى المتقدمه(٦)؛ لأنّ قوله عليه السلام:

«ينفذون» صفه للولد، و جواب الشرط محذوف تقديره: إن كان له أولاد ينفذون ما وجدوه فى كتاب أبيهم فلهم ذلك.

و لذا قال فى الحدائق: «إنّ الروايه المذكوره ظاهره فى وجوب تنفيذ ما يجدونه فى وصيّه بخطّه»(٧)

ص: ٥٥٥

١- (١) الجامع للشرائع: ٤٩٨.

٢- (٢) تذكره الفقهاء ٢: ٤٥٢ الطبعة الحجرية.

٣- (٣) المهذب البارع ٣: ٩٥.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

٥- (٥) مختلف الشيعة ٦: ٣٧٧.

٦- (٦) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٧ الباب ٤٨ من كتاب الوصايا، ح ٢.

٧- (٧) الحدائق الناضرة ٢٢: ٦٣٦.

الصورة الثانية: لو كَتَبَ وَصِيَّهُ فَقَالَ لِلشُّهُودِ: اشْهَدُوا عَلَيَّ بِمَا فِي هَذِهِ الْوَرَقَةِ، وَ لَمْ يَطَّلِعْهُمْ عَلَى مَا فِيهَا، أَوْ قَالَ: هَذِهِ وَصِيَّتِي فَاشْهَدُوا عَلَيَّ بِهَا، لَمْ تَثْبِتِ الْوَصِيَّةَ بِهَا وَ لَمْ يَجْزِ لَهُمُ الشَّهَادَةُ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى يَسْمَعُوا مِنْهُ مَا فِيهِ أَوْ يَقْرَأَ عَلَيْهِ فَيَقْرَأَ بِهِ، كَمَا فِي الْقَوَاعِدِ (١) وَ التَّذَكِرَةِ (٢) وَ التَّحْرِيرِ (٣) وَ الدَّرُوسِ (٤) وَ التَّنْقِيحِ (٥) وَ الرُّوضَةِ (٦).

وَ فِي جَامِعِ الْمَقَاصِدِ: «وَ ذَلِكَ لِأَنَّ الْأَمْرَ الْمُبْهَمَ لَا يَعْقِلُ تَحْمِلَ الشَّهَادَةَ بِهِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مَشْرُوطَةٌ بِالْعِلْمِ، لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ مَشِيرًا إِلَى الشَّمْسِ:

«عَلَى مِثْلِهَا فَاشْهَدْ، أَوْ دَعِ» (٧)، (٨).

وَ فِي مِفْتَاحِ الْكِرَامَةِ: «وَ قَدْ حَكِينَا فِي بَابِ الْقَضَاءِ الْإِجْمَاعِ عَنِ السَّرَائِرِ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ عَلَى ذَلِكَ» (٩).

وَ فِي الْجَامِعِ لِلشَّرَائِعِ: «إِشْهَادُ الشَّخْصِ عَلَى نَفْسِهِ فِي الْأَمْلَاكِ وَ الْوَصَايَا عَلَى كِتَابٍ مَدْرُجٍ لَا يَصِحُّ إِجْمَاعًا» (١٠).

وَ لَعَلَّهُ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ مَشْرُوطٌ بِالْعِلْمِ، وَ هُوَ مَنْفَعِي هُنَا.

ص: ٥٥٦

-
- ١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٤٤٥.
 - ٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجرية.
 - ٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٣١.
 - ٤- (٤) الدروس الشرعية ٢: ٢٩٦.
 - ٥- (٥) التنقيح الرائع ٢: ٣٦٣.
 - ٦- (٦) الروضة البهية ٥: ١٩.
 - ٧- (٧) رواها في السرائر ٢: ١١٧، و شرائع الإسلام ٤: ١٣٢، و وسائل الشيعة ١٨: ٢٥١، الباب ٢٠ من كتاب الشهادات، ح ٣.
 - ٨- (٨) جامع المقاصد ١٠: ٢٠.
 - ٩- (٩) مفتاح الكرامة ٩: ٣٨١.
 - ١٠- (١٠) الجامع للشرائع: ٥٣٠.

و فى المختلف: «لا يجوز أن يشهد بمجرّد معرفه خطّه»^(١).

و فى مفتاح الكرامه: «و هو قضيه كلام الأردبيلى أو صريحه فى باب القضاء»^(٢).

الصوره الثالثه: أن يقرأ الشاهد ما كتب الموصى بعنوان الوصيه، فيقول له الموصى: قد عرفت ما فيه فاشهد به علىّ، ففيه قولان:

الأول: الأقرب إثبات الوصيه و قبولها، كما يستفاد من القواعد^(٣) و الروضه^(٤).

و فى الإيضاح: «هذا اختيار ابن الجنيد؛ لاعترافه بمعرفته بما فيه، فيحكم عليه للخبر، و لأنّه عبّر عنه بما لا يحتمل غيره، فكان نصّاً فى الوصيه و الموصى به، فيصحّ»^(٥).

و قال المحقّق الثانى فى ذيل كلام العلامه - يجوز فى تاء «عرفت» الفتح و الضمّ على إرادته الموصى نفسه أو الشاهد -: «و لعلّ الضمّ أولى ليكون إخباراً عن علمه بما فى الكتاب، و أنّه ليس بمبهم عنده؛ فإنّ شرط الإشهاد كون المقرّ عالماً بما أقرّ به.

و وجه القرب: أنّ ذلك جارٍ فى الصراحه مجرى ما لو أخبرهم به تفصيلاً؛ لأنّ الدلاله على الأمور المتعدّده إجمالاً - كافيّه كالدلاله عليها تفصيلاً»^(٦).

و فى الروضه: «و الأقوى الاكتفاء بقراءه الشاهد له مع نفسه، مع اعتراف الموصى بمعرفه ما فيه و أنّه موصٍ به»^(٧).

ص: ٥٥٧

١- (١) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٨.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ٩: ٣٨١، مجمع الفائده و البرهان ١٢: ٩٦.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٤٥.

٤- (٤) الروضه البهيه ٥: ١٩.

٥- (٥) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

٦- (٦) جامع المقاصد ١٠: ٢١.

٧- (٧) الروضه البهيه ٥: ١٩.

القول الثاني: عدم الاكتفاء به، لبقاء الإجمال والإيهام، وعلله في الإيضاح بانتفاء الدلالات الثلاث، إذ الاعتبار بوضع اللغه (١).

فرع: حكم الوصية التي سجّلت في الشريط أو غيره

يمكن أن يسأل إذا أوصى الموصى بوصية و سجّلها في شريط المسجّل أو في شريط الفيديو أو غيرهما؛ كأن يكون عبر الإنترنت، فهل تثبت الوصية بالولاية وغيرهما بمثل هذه الأمور أم لا؟

فنقول: قد تقدّم أنّ إذا لم يكن اختلاف وخصامه بين الورثة و الوصيّ تثبت الوصية بالولاية بأمر، و منها: العلم الوجداني أو الاطمئنان، فحينئذ لو كانت الوصية التي سجّلت في الشريط أو غيره واضحة مفيدة للعلم أو الاطمئنان بصحتها و لو بمعونه القرائن، فثبوت الوصية بها غير بعيد.

و أمّا إذا لم تكن مفيدة للعلم و كان خوف التزوير فلا تثبت؛ لأنّ أجهزه الصوت و التصوير يُحتمل فيها الوضع و التزوير.

و يمكن أن يستدلّ على ثبوت الوصية بهذه الأمور بعموم التعليل الوارد في ذيل صحيحه ضريس الكناسي، و كذا موثقه سماعه، و صحيحه الحلبي و محمّد ابن مسلم؛ لأنّ الإمام عليه السلام علّل ذلك بأنّه

«لا يصلح ذهاب حقّ امرئ مسلم و لا تبطل وصيته» (٢).

و من الواضح أنّ إذا لم نقل بوجوب إنفاذ الوصية التي كانت مسجّلة في الشريط، أو أرسلها الموصى عبر الانترنت، يلزم بطلان الوصية و تضييع حقّ امرئ مسلم.

ص: ٥٥٨

١- (١) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٠ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا، ح ١ و ٣ و ٥.

كما أنّ المناط في إبراز المقاصد الدوالّ الخارجيه المعتمده عند العرف و العقلاء، و المفروض أنّ أجهزه الصوت و التصوير في هذا العصر من الدوالّ التي يبرز العقلاء مقاصدهم بها و تكون معتمده عندهم.

إثبات الوصيّه بالولاية مع اختلاف الورثه

إشاره

المقام الثاني: أنّه إذا كان بين الورثه و الوصيّ اختلاف في مورد الوصيّه فيلزم لإثبات الوصيّه، بالولاية شهاده عدلين، و لا يثبت بشهاده النساء منفردات و لا بشاهد و يمين. و اختلف الفقهاء في إثباتها بشهاده أهل الذمّه، ففي المقام يقع الكلام في جهات:

أ - إثباتها بشهاده عدلين

لا خلاف بين الفقهاء في أنّه يثبت الوصيّه بالولاية بشهاده عدلين.

قال المحقّق: «لا تثبت الوصيّه بالولاية إلاّ بشاهدين، و لا تقبل شهاده النساء في ذلك، و هل تقبل شهاده شاهد مع اليمين؟ فيه تردّد، أظهره المنع»^(١).

و في التذكرة: «لا تقبل في الشهاده بالولاية إلاّ شهاده رجلين عدلين مسلمين»^(٢). و به قال في القواعد^(٣).

و في المسالك: لا شبهه في ثبوت الوصيّه بالولاية بشهاده شاهدين مسلمين عدلين؛ لأنّ ذلك ممّا يثبت به جميع الحقوق عدا ما استثنى ممّا يتوقّف على أربعة، و حكم الوصيّه أخفّ من غيرها^(٤).

ص: ٥٥٩

١- (١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥١، المختصر النافع: ١٩٢.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعه الحجريّه.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٨.

٤- (٤) مسالك الأفهام ٦: ٢٠٣.

و فى الجواهر: «بلا خلاف و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه»(١).

و به قال السيدان الفقيهان الخوئى(٢) و الإمام الخمينى(٣).

و جاء فى تفصيل الشريعة: «الوصية إن كانت متعلقة بالولاية؛ سواء كانت هى الولاية على المال، أو القيمومه على الأطفال، فهى لا تثبت إلا بشهادة عدلين من الرجال، و لا تقبل فيها شهادة النساء لا منفردات، و لا منضمات بالرجال»(٤).

و يستفاد هذا الحكم من الكتاب و السنة و الإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخِرانِ مِنْ غَيْرِكُمْ... الآية(٥)).

معنى الآية: أن الله - تعالى - أخبر أن حكمه فى الشهادة على الموصى إذا حضره الموت أن تكون شهادة عدلين، فإن تعذر عليه بأن كان فى سفر و لم يكن معه أحد من المؤمنين فليشهد شاهدان ممن حضره من أهل الكتاب.

أما السنة: فروايات كثيرة مستفيضة:

منها: ما دلّ على عموم حجّيه البيّنة(٦)، و أنه يمكن إثبات كلّ حقّ بإقامتها، كما

رواه فى العلل و عيون الأخبار عن الرضا عليه السلام أنه قال: «و العلة فى أن البيّنة فى جميع الحقوق على المدعى و اليمين على المدعى عليه ما خلا الدم لأنّ المدعى عليه جاحد، و لا يمكنه إقامة البيّنة على الجحد؛ لأنه مجهول» الحديث(٧).

ص: ٥٦٠

١- (١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٤٧.

٢- (٢) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٨.

٣- (٣) تحرير الوسيله ٢: ١٠٣-١٠٤، كتاب الوصيه مسأله ٦٣.

٤- (٤) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيه: ٢٠٥.

٥- (٥) سورة المائده ٥: ١٠٦.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٨: ١٦٧ الباب ١ من أبواب كيفيّة الحكم و ص ٢٨٧ باب ٤٠ من كتاب الشهادات.

٧- (٧) نفس المصدر ١٨: ١٧١-١٧٢ الباب ٣ من أبواب كيفيّة الحكم، ح ٦.

و ما رواه الفضل بن شاذان عنه عليه السلام قال: «... فجعل الأذان شهادتين شهادتين كما جعل في سائر الحقوق شاهدان» (١).

و منها: عموم ما دلّ على حجّيه قول شاهدين عدلين بخصوصهما في إثبات الوصيّه،

كما رواه يحيى بن محمّد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله - عزّ و جلّ -: (يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ) ٢.

قال: «اللذان منكم مسلمان و اللذان من غيركم من أهل الكتاب»

الحديث (٢).

و مثله

ما رواه حمزه بن حمران، عن أبي عبد الله عليه السلام، فإنّه قال عليه السلام فيه: «اللذان منكم مسلمان و اللذان من غيركم من أهل الكتاب» ٤.

و كذا صحيحه

محمّد بن مسلم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته هل تجوز شهاده أهل ملّه من غير أهل ملّتهم؟ قال: «نعم، إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهاده غيرهم، إنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد» ٥.

و أمّا الإجماع، فإجماع المسلمين (٣).

ب - عدم إثبات الوصيّه بالولاية بشهاده النساء

لا خلاف بين الفقهاء في أنّه لا تقبل شهاده النساء في الوصيّه بالولاية

ص: ٥٦١

١- (١) نفس المصدر ١٧٣:١٨ الباب ٥ من أبواب كيفيّة الحكم، ح ١.

٢- ((٣)) (٤) (٥) نفس المصدر ١٣:٣٩٠-٣٩٢ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا، ح ٣، ٦، ٧.

٣- (٦) المبسوط للطوسي ١٨٧:٨، إيضاح الفوائد ٢:٦٣٤، غنية النزوع: ٤٤٠، جواهر الكلام ٢٨:٣٤٧، مهذب الأحكام ٢٢:٢٣٣،

المغنى و الشرح الكبير ١٢:٢، مغنى المحتاج ٤:٤٢٦، فتح القدير ٦:٤٤٧، تبين الحقائق ٤:٢٠٧، كشف القناع ٦:٥١٣.

لا منفردات عن الرجال، و لا منضمّات إليهم؛ كما فى الشرائع (١) و المختصر النافع (٢)

و التحرير (٣) و القواعد (٤) و غيرها (٥).

و فى جامع المقاصد: «لا خلاف بين الأصحاب فى أنّ الوصية بالولاية لا تثبت بشهادة النساء منفردات، و لا منضمّات» (٦).

و فى المسالك: «لا خلاف فى عدم قبول شهادة النساء، منفردات فى الولاية؛ لأنها ليست وصية بمال، بل هى تسلط على تصرف فيه، و لا ممّا يخفى على الرجال غالباً، و ذلك ضابط محلّ قبول شهادتهنّ منفردات» (٧).

و قال فى الجواهر فى باب القضاء: «و أمّا حقوق الآدمى فتلاثة:

الأول منها: ما لا يثبت إلاّ بشاهدين ذكرين، فلا يجزئ فيه النساء منضمّة فضلاً عن الانفراد، و لا اليمين مع الشاهد.

و فى الدروس: ضبط الأصحاب ذلك بكلّ ما كان من حقوق الآدميين ليس مالاً و لا المقصود منه المال (٨).

و فى كشف اللثام: «و هو ما يطّلع عليه الرجال غالباً، و ما لا يكون مالاً و لا المقصود منه المال» (٩).

ص: ٥٦٢

١- (١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥١.

٢- (٢) المختصر النافع: ١٩٢.

٣- (٣) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٤.

٤- (٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٨.

٥- (٥) تذكره الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعه الحجرية، مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٣٣، تحرير الوسيلة ٢: ١٠٣-١٠٤، تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠٥.

٦- (٦) جامع المقاصد ١١: ٣١٠.

٧- (٧) مسالك الأفهام ٦: ٢٠٦.

٨- (٨) الدروس الشرعيّة ٢: ١٣٧.

٩- (٩) كشف اللثام ١٠: ٣٢٦.

و لكن لم أقف فى النصوص على ما يفيدہ، بل فيها ما ينافيه»(١).

وقال فى باب الوصية: «قلت: كما أنّ ضابط قبولهنّ منضّمات كون المشهود عليه مالاً لا ولاية، لكن يناقش بأنّها قد تتضمّن المال كما إذا أراد الوصى أخذ الأجره والأكل بالمعروف بشرطه، و بأنّ الولاية و إن لم تكن مالاً لكنّها متعلّقه به، كبيعہ و إجارته و إعارته و نحو ذلك، و من ذلك يتّجه القول بالقبول؛ لعموم ما دلّ على قبول خبر العدل الشامل للذكر و الأنثى و لو بقاعده الاشتراك، اللهمّ إلاّ- أن يقوم إجماع هنا بالخصوص على عدم ثبوت ذلك بشهادتهنّ منفردات و منضّمات، كما هي عساه يشعر فى الجملة نفى الخلاف المزبور(٢) مؤيداً بعدم العثور على ما ينافيه»(٣).

ج - عدم إثباتها بشهاده العدل الواحد مع اليمين

الظاهر أنّه لا خلاف أيضاً فى أنّه لا تثبت الوصية بالولاية بشهاده العدل الواحد مع اليمين.

قال فى التحرير: «أمّا الوصية بالولاية... لا تقبل فيها... الشاهد و اليمين(٤)».

و كذا فى القواعد(٥) و التذكرة(٦).

و فى الحدائق: «هو المشهور عند الأصحاب، بل الظاهر أنّه لا- خلاف فيه إلاّ ما يظهر من المحقّق فى الشرائع، حيث تردّد فى ذلك»(٧)

ص: ٥٦٣

١- (١) جواهر الكلام ١٥٩:٤١.

٢- (٢) مقصوده نفى الخلاف المتقدم فى كلام الشهيد الثانى رحمه الله.

٣- (٣) جواهر الكلام ٣٥٤:٢٨.

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعيّه ٣٨٤:٣.

٥- (٥) قواعد الأحكام ٥٦٨:٢.

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ٥٢٢:٢، الطبعه الحجرية.

٧- (٧) الحدائق الناضره ٥٠٣:٢٢.

وقال الشهيد الثاني: «أمّا ثبوتها - أى ثبوت الوصية بالولاية - بشهادة الواحد مع اليمين فقد تردّد فيه المصنّف، ثمّ استظهر المنع (١).

و هو واضح؛ لأنّ ضابطه ما كان من حقوق الآدمي مالاّ أو المقصود منه المال (٢). و ولاية الوصاية ليست من أحدهما.

و يظهر وجه تردّده ممّا ذكرنا، و من أنّها قد تتضمّن المال، كما إذا أراد أخذ الأجره أو الأكل بالمعروف بشرطه، و لما فيه من الإرفاق و التيسير، فيكون مراداً للآية (٣) و الرواية (٤).

و لا يخفى ما فيه، و قد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسألة و لا تردّد، و وافقهم المصنّف في مختصر الكتاب (٥) على القطع، و أبدل هذا التردّد بالتردد في ثبوت الوصية بالمال بشاهد و يمين، و كلاهما كالمستغنى عنه، للاتّفاق على الحكم و القاعده المقيده للحكم فيهما (٦).

و في الرياض: «إنّ النصوص المزبوره كاتّفاق المحكيّ في المسالك و غيره متّفقه الدلالة على انحصار قبولهما في الحقوق الماليّه» (٧).

و أشار إلى ذلك في الجواهر، و لكن أضاف في ذيل كلامه: «قلت: بل لعلّ الأصل أيضاً يقتضى عدم ثبوتها بعد قيام الأدلّه على اعتبار التعدّد في الشهاده،

ص: ٥٦٤

١- (١) شرائع الإسلام ٢: ١٥١.

٢- (٢) المبسوط للطوسي ٨: ١٨٩.

٣- (٣) لعلّ المراد بها قوله تعالى: «يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ» سورة البقره ٢: ١٨٥.

٤- (٤) لعلّ المراد بها الإطلاقات الوارده في قبول الشاهد مع اليمين، لاحظ الوسائل ١٨: ١٩١ الباب ١٤ من أبواب كيفيّة الحكم.

٥- (٥) المختصر النافع: ١٩٢.

٦- (٦) مسالك الأفهام ٦: ٢٠٦-٢٠٧.

٧- (٧) رياض المسائل ٦: ٣١٧.

و قيام اليمين مقام الواحد غير ثابت فى المقام، فتأمل جيداً»(١).

د - إثباتها بشهادة عدول أهل الذمّة: هل تقبل لإثبات الوصيّه بالولاية شهادة أهل الذمّة؟ وجهان، بل قولان:

الأول: عدم القبول، فى القواعد: «فى قبول أهل الذمّة مع عدم عدول المسلمين نظر، أقربه عدم القبول»(٢). و كذا فى التذكرة(٣). و اختاره فخر المحققين(٤).

و فى جامع المقاصد: «هل ثبت - أى الوصيّه بالولاية - بشهادة عدول أهل الذمّة مع عدم المسلمين؟ فيه نظر، ينشأ من أنّ الوصيّه المتضمّنه لنقل الملك تثبت بشهادتهما، فالوصيّه بالولاية التى هى عبارة عن سلطنه التصرف أولى؛ لأنها أحقّ من نقل الملك، ولأنّ ظاهر الآيه(٥) لا يأبى ذلك.

و من أنّ قبول شهادة الكافر على خلاف الأصل؛ لأنه فاسق، فيجب التثبت عند خبره، و لا يجوز الركون إليه؛ لأنه ظالم، و قبول الشهادة ركون.

و الأقرب عند المصنّف عدم القبول؛ لضعف دليله فإنّ الأولويّه ممنوعه.

و النصّ إنّما نزل على الشهادة بالمال، فلا يتجاوز به ذلك، و هذا هو المختار»(٦).

و فى الجواهر: «إنّ مقتضى إطلاق الآيه و الروايه قبول شهادة أهل الذمّة فيها، و لعلّه لذا و لأصالة عدم القبول نظر الفاضل فيها فى القواعد، لكن قال: أقربه العدم، و لعلّه كذلك اقتصاراً فيما خالف الضوابط الشرعيّه على المتيقّن، و لا إطلاق

ص: ٥٦٥

١- (١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٥٤.

٢- (٢) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٨.

٣- (٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعه الحجريّه.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ٢: ٦٣٧.

٥- (٥) سورة المائده ٥: ١٠٦.

٦- (٦) جامع المقاصد ١١: ٣١٠-٣١١.

فى الأدله بحىث تطمئن به النفس على قبولها فى ذلك بعد اقتصار المعظم على المال، فلاحظ و تأمل»(١).

و هو الظاهر من كلام الشهيد الثانى فى المسالك(٢). و اختاره أيضاً فى الحدائق(٣).

الثانى: إنّه لا فرق فى قبول شهاده الذمى فى الوصىه مع فقد المسلم بين كونها بالمال، أو بالولاية أو بهما معاً، و فتاوى كثير من أصحابنا المتقدمين مطلقه، و لا اختصاص فيها بالمال، كما أطلق الشيخ فى النهايه و المبسوط و الخلاف قبول شهاده أهل الذمه فى الوصىه عند عدم المسلمين و لم يقيدته بالمال(٤).

و كذا المفيد فى المقنعه(٥) و الإسكافى(٦) و العمانى ٧ و القاضى(٧) و ابنا حمزه(٨) و زهره(٩) و الحلبي(١٠) و سلار(١١) و الكيدرى(١٢) و المحقق فى الشرائع فى باب الشهادات(١٣). و به قال السيد الخوئى(١٤)، إلا أن ابن إدريس قئده

ص: ٥٦٦

١- (١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٥٤-٣٥٥.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٠٦.

٣- (٣) الحدائق الناضره ٢٢: ٤٩٩.

٤- (٤) النهايه للطوسى: ٣٣٤، المبسوط ٨: ١٨٧، الخلاف ٦: ٢٧٢.

٥- (٥) المقنعه: ٧٢٧.

٦- ((٦، ٧) مختلف الشيعه ٨: ٥١٩ مسأله ٨٧.

٧- (٨) المهذب لابن البراج ٢: ٥٥٧.

٨- (٩) الوسيله لابن حمزه: ٣٧٢.

٩- (١٠) غنيه النزوع: ٤٤٠.

١٠- (١١) الكافى فى الفقه: ٤٣٦.

١١- (١٢) المراسم العلويه: ٢٣٤.

١٢- (١٣) إصباح الشيعه: ٥٢٩.

١٣- (١٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.

١٤- (١٥) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٨.

بالمال(١). و تبعه ابن فهد الحلبي(٢). و اختاره في الوسيله(٣) و تحريرها(٤). و كذا في تفصيل الشريعة(٥).

نقول: مقتضى إطلاق الآية(٦) و الأخبار قبول شهاده أهل الذمه في الوصيه بالولاية، و من الأخبار:

صحيحه

ضريس الكناسي قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهاده أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: «لا، إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، و إن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصيه؛ لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم و لا تبطل وصيته»(٧).

و صحيحه

هشام بن الحكم، عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله - عزّ و جلّ -:

(أَوْ آخِرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ) فقال: «إذا (إن خ ل) كان الرجل في أرض غربه و لا يوجد فيها مسلم جازت شهاده من ليس بمسلم في (على خ ل) الوصيه»(٨).

و غيرها(٩).

و مع ملاحظه التعليق الوارد فيها؛ من أنّ تجويز قبول شهادتهم إنّما نشأ من مراعاة الحقّ عن الذهاب؛ فإنّ هذه العله موجوده في الوصيه بالولاية أيضاً، يلزم

ص: ٥٦٧

١- (١) السرائر ٢: ١٣٩.

٢- (٢) المهذب البارع ٤: ٥١١.

٣- (٣) وسيله النجاه ٢: ١٥٣.

٤- (٤) تحرير الوسيله ٢: ١٠٤، كتاب الوصيه مسأله ٦٣.

٥- (٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيه: ٢٠٥-٢٠٦.

٦- (٦) سورة المائده ٥: ١٠٦.

٧- (٧) وسائل الشيعه ١٣: ٣٩٠ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا، ح ١.

٨- (٨) وسائل الشيعه ١٨: ٢٨٧ الباب ٤٠ من كتاب الشهادات، ح ٣.

٩- (٩) نفس المصدر ١٣: ٣٩٠-٣٩٢ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا ح ٣، و ٦ و ٧ ج ٢٨٧/١٨، من كتاب الشهادات.

قبول شهادتهم.

و أيضاً وجود المقتضى، و هو تعذر عدول المسلمين المفضى إلى تعذر إثبات الوصيّه، و كذا ثبوت الوصيّه بالمال بشهاده أهل الذمّه، و إثبات الوصيّه بالولاية بها يكون بالأولويّه، فهذه الوجوه تدلّ على قبول شهادتهم، و أوجه الوجهين هو الوجه الثانى، و بما أنّ للوجه الأول أيضاً وجهاً، فيلزم أن لا يترك الاحتياط فى المسأله.

فرع: يستحبّ الإشهاد على الوصيّه

قال فى المقنعه: «و ينبغى لمن أراد الوصيّه أن يشهد عليها شاهدين مسلمين عدلين؛ لثلاً- يعترض الورثه على الوصى من بعده»(١).

و ظاهر كلامه قدس سره استحباب الإشهاد لا وجوبه.

و فى النهايه: «و من شرط الوصيّه أن يُشهد عليها الموصى نفسين عدلين مرضيين لثلاً يعترض فيها الورثه، فإن لم يُشهد أصلاً و أمكن الوصىّ إنفاذ الوصيّه، جاز له إنفاذها على ما أوصى به إليه»(٢).

و صدر كلامه قدس سره و إن كان يوهّم الاشتراط، إلا أنّ ذيله قرينه على عدمه.

نعم، يدلّ كلامه قدس سره على الاستحباب. و به قال ابن إدريس(٣).

و فى جامع للشرائع: «و ليس فى الشرع عقد و لا إيقاع يفتقر صحّته إلى الشهاده سوى الطلاق و توابعه»(٤). و كذا فى مجمع الفائده(٥).

ص: ٥٦٨

١- (١) المقنعه: ٦٦٧.

٢- (٢) النهايه للطوسى: ٦١٢.

٣- (٣) السرائر ٣: ٢٠٧.

٤- (٤) الجامع للشرائع: ٥٤٣.

٥- (٥) مجمع الفائده و البرهان ١٢: ٥١١.

و بالجمله: ليس الإشهاد من شرط صحّ الوصيّه إلى الموصى إليه، بل يستحبّ استحباباً مؤكداً لثلاً ينازع الوارث فيها، كما في التذكرة (١) و التحرير (٢).

إثبات الوصيّه بالولاية عند أهل السنّه

يستفاد من كلماتهم أنّه مع اختلاف الورثه و الوصيّ في مورد الوصيّه، لا تثبت الوصيّه بالولاية إلاّ بشهاده عدلين؛ لأنّه ذهب الجمهور منهم إلى أنّ ما يطلع عليه الرجال غالباً ممّا ليس بمال و لا يقصد منه المال، كالنكاح و الطلاق و الوكاله...

و الوصايه و نحوها؛ فإنّه لا يثبت إلاّ بشاهدين، و لا تثبت بشاهد و يمين، و لا بشاهد و امرأتين (٣).

ففي التهذيب: الوصايه لا تثبت إلاّ برجلين عدلين (٤).

و قال الغزالي: «ما عدا الزنا ممّا ليس بمال و لا- يؤول إلى مال، كالنكاح و الرجعه و الطلاق و العتق... حتّى الوصايا و الوكاله فيثبت برجلين، و لا يثبت برجل و امرأتين» (٥).

و جاء في البيان: «و أمّا حقوق الآدميين، فتنقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما هو مال أو المقصود منه المال، مثل البيع و الرهن و الضمان...

ص: ٥٦٩

١- (١) تذكرة الفقهاء ٥٢١:٢، الطبعة الحجرية.

٢- (٢) تحرير الأحكام الشرعية ٣:٣٨٤.

٣- (٣) منهاج الطالبين ٣:٤٤١، البيان في فقه الشافعي ١٣:٣٣٠، التهذيب في فقه الشافعي ٨:٢١٨، نهاية المحتاج ٨:٣١٢، مغنى المحتاج ٤:٤٤٢، الوجيز ٢:٢٥٠، حليه العلماء ٨:٢٧٦، عقد الجواهر الثمينه ٣:١٥٣، المغنى ١٢:٧، الشرح الكبير ١٢:٩٠، حاشيه الخرشى ٨:٥٠، بلغة السالك و الشرح الصغير ٤:١٢١، العزيز شرح الوجيز ١٣:٤٨، الإقناع ٤:٤٤٥، كشاف القناع ٦:٥٤٩، الإنصاف ١٢:٦٨.

٤- (٤) التهذيب في فقه الشافعي ٨:٢١٨.

٥- (٥) الوجيز ٢:٢٥٠.

و الوصية له و ما أشبهه، فهذا يثبت بشاهدين أو شاهداً و امرأتين؛ لقوله - تعالى -:

«يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ...» الآية (١).

القسم الثاني: ما ليس بمال و لا المقصود منه المال و يطّلع عليه الرجال، كالنكاح و الرجعة و الطلاق و العتاق و الوكاله و الوصية إليه... فلا تثبت إلاً بشاهدين، و لا تثبت بشاهد و امرأتين. و به قال الزهري و النخعي و مالك (٢).

و قال الدسوقي: «و دعوى أنه وصي في غير المال، كالنظر في أحوال أولاده أو تزويج بناته، لا تثبت إلاً بعدلين. و أما دعوى أنه وكيل أو وصي على التصرف في المال، فإن كان نفع يعود على الوصي أو الوكيل كفى العدل، و المرأتان مع يمين من أحدهما، فإن لم يكن نفع يعود عليه فلا تثبت إلاً بعدلين، أو عدل و امرأتين» (٣).

و كذا ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تقبل شهاده أهل الكتاب في الوصية بالولاية؛ لأن الأصل في الشاهد أن يكون مسلماً، فلا تقبل شهاده الكفار على المسلم؛ لقوله تعالى: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ) ٤ و قوله:

(وَ اسْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ) ٥. و الكافر ليس بعدل، و ليس مناً؛ و لأنه أفسق الفساق و يكذب على الله تعالى، فلا يؤمن منه الكذب على خلقه. و على هذا الأصل جرى مذهب المالكية و الشافعية و الحنفية (٤).

ص: ٥٧٠

١- (١) سورة البقره ٢: ٢٨٢.

٢- (٢) البيان في فقه الشافعي ١٣: ٣٣٠.

٣- (٣) حاشيه الدسوقي ٤: ١٨٧.

٤- (٤) أسنى المطالب ٤: ٣٣٩، تبين الحقائق ٤: ٢٢٤، التهذيب في فقه الشافعي ٨: ٢٥٨، منهاج الطالبين ٣: ٤٢٧، البيان ١٣: ٢٧٧، الجامع لأحكام القرآن ٦: ٣٤٩، حليه العلماء ٨: ٢٤٨، مختصر المزني: ٣١١، مغنى المحتاج ٤: ٤٢٧، نهايه المحتاج ٨: ٢٩٢.

و جاء في المدوّنه: قلت: «أ رأيت الرجل إذا هلك في السفر و ليس معه أحدٌ من أهل الإسلام أ تجوز شهاده أهل الكفر الذين معه إن أوصى بوصيّته؟ قال:

لم يكن مالكٌ يجيز شهاده أحدٍ من أهل الكفر لا في سفر و لا في حضرٍ، و لا أرى أن تجوز شهادتهم. و قال أيضاً: و قد ردّ شهاده أهل الذمّه غير واحدٍ من أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه و آله و سلم و التابعين»(١).

و قال في المغنى: «و قال أبو حنيفه و مالك و الشافعي: لا تُقبلُ شهاده أهل الذمّه في الوصيّه في السفر؛ لأنّ من لا تُقبلُ شهادته على غير الوصيّه لا تقبل في الوصيّه كالفاسق، و لأنّ الفاسق لا تقبل شهادته، فالكافر أولى»(٢). و كذا في الوجيز(٣).

و لكن ذهب الحنابله إلى أنّه تقبل شهاده أهل الكتاب في الوصيّه في السفر.

ففي المقنع: «لا تقبل شهاده كافر إلاّ أهل الكتاب في الوصيّه في السفر»(٤).

و جاء في الإقناع: «لا تقبل شهاده كافر و لو من أهل الذمّه و لو على مثله، إلاّ رجال أهل الكتاب بالوصيّه في السفر ممّن حضره الموت من مسلم و كافر عند عدم مسلم، فتقبل شهادتهم في هذه المسأله فقط»(٥). و كذا في كشّاف القناع(٦).

و المغنى(٧) و الشرح الكبير(٨) و الكافي(٩) و الإنصاف(١٠).

ص: ٥٧١

١- (١) المدوّنه الكبرى ٥: ١٥٦-١٥٧.

٢- (٢) المغنى ١٢: ٥١، الشرح الكبير ١٢: ٣٥.

٣- (٣) الوجيز ٢: ٢٤٨.

٤- (٤) المقنع لابن قدامه: ٣٤٦.

٥- (٥) الإقناع ٤: ٤٣٦.

٦- (٦) كشّاف القناع ٦: ٥٢٨.

٧- (٧) المغنى ١٢: ٥١.

٨- (٨) الشرح الكبير ١٢: ٣٥.

٩- (٩) الكافي في فقه أحمد ٤: ٢٧١.

١٠- (١٠) الإنصاف ١٢: ٣٤.

و جاء فى الجامع لأحكام القرآن: «تكون شهادة أهل الكتاب على المسلمين جائزه فى السفر إذا كانت وصيه، و هو الأشبه بسباق الآيه مع ما تقرّر من الأحاديث. و هو قول ثلاثه من الصحابه الذين شاهدوا التنزيل: أبو موسى الأشعري، و عبد الله بن قيس، و عبد الله بن عباس»^(١).

ص: ٥٧٢

١- (١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦: ٣٤٩.

إشارة

الوصية سواء كانت بالمال أو بالولاية، عقد جائز من الطرفين، ويجوز للموصى والوصي الرجوع فيها، ولكن هناك حالات تلزم الوصية فيها ولا يجوز ردّها.

و بتعبير آخر: يستثنى من هذه القاعدة - جواز ردّ الوصية - موارد لا يجوز ردّ الوصية فيها. وللتحقيق فيه نقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة نذكرها على الترتيب التالي:

المطلب الأول: رجوع الموصى عن الوصية

إشارة

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز للموصى الرجوع في الوصية بالولاية وغيرها، فلو أوصى إلى رجل بالقيام بأمور صغاره جاز له أن يرجع عن ذلك ما دام حيّاً، ويوصى إلى غيره، وأن يُشرك معه غيره.

كما في الوسيلة (١) والسرائر (٢) وكشف الرموز (٣) والتحرير (٤) والدروس (٥)

و الروضة (٦) وغيرها (٧)

ص: ٥٧٣

١- (١) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٣.

٢- (٢) السرائر ٣: ١٩٢.

٣- (٣) كشف الرموز ٢: ٨٠.

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٨٣.

٥- (٥) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٩.

٦- (٦) الروضة البهية ٥: ٨١.

٧- (٧) غنية النزوع: ٣٠٦، إصباح الشيعه: ٣٥٤، الكافي في الفقه: ٣٦٦، المختصر النافع: ١٩١، شرائع الإسلام ٢: ٢٤٤، الحدائق الناضرة ٢٢: ٤٠٢، التنقيح الرائع ٢: ٣٦٨، جامع المقاصد ١١: ٢٨٢، مسالك الأفهام ٦: ١٣٥، تحرير الوسيلة ٢: ١٠٢، مسأله ٦٠، مهذب الأحكام ٢٢: ٢٢٩، منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٢٦.

ففى المقنعه: «و للموصى أن يستبدل بالأوصياء ما دام حيّاً، فإذا مضى لسييله لم يكن لأحد أن يغيّر وصيته ولا- يستبدل بأوصيائه»(١).

و فى النهايه: «و للإنسان أن يرجع فى وصيته ما دام فيه روح، و يغير شرائطها و ينقلها من شىء إلى شىء و من إنسان إلى غيره، و ليس لأحد عليه فيه اعتراض»(٢).

و فى الشرائع: «الوصيه عقد جائز من طرف الموصى ما دام حيّاً؛ سواء كانت بمال أو ولايه»(٣).

و فى التذكرة: «حكم الوصيه بالولاية الجواز من الموصى، فله الرجوع فى وصيته متى شاء، كما كان له الرجوع فى وصيته بالمال، و لا- نعلم فيه خلافاً، فيجوز له الاستبدال بالموصى إليه، و تخصيص ولايته و تعميمها و إدخال غيره معه، و إخراج من كان معه»(٤).

و جاء فى تفصيل الشريعة: «فله أن يرجع فيها ما دام فيه الروح كلاً أو بعضاً من جهه الكميّه أو الكيفيه، كما أنّ له تغيير الوصى و الموصى له و غير ذلك، غايه الأمر أنّه لو رجع عن بعض الجهات يبقى غيرها بحاله... و كما له الرجوع فى الوصيه المتعلقه بالمال، كذلك له الرجوع فى القيم و فى الأمور التى يتصدّاها»(٥).

أدله جواز الرجوع من الوصيه

و قد استدلّ لهذا الحكم بوجوه:

الأوّل: الإجماع

ص: ٥٧٤

١- (١) المقنعه: ٦٦٩.

٢- (٢) النهايه للطوسى: ٦٠٩.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٤.

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجريّه.

٥- (٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيه: ٢٠١-٢٠٢.

ففى التذكرة: «إن الوصية عقد جائز من الطرفين، فللموصى الرجوع فى وصيته؛ سواء كانت الوصية بمال أو منفعه أو ولايه، بلا خلاف بين علمائنا فى ذلك»^(١).

و فى المسالك: «لا خلاف فى جواز رجوع الموصى فى وصيته ما دام حياً، لأنه ماله وحقه»^(٢).

و كذا فى الجواهر، و زاد: «بل الإجماع بقسميه عليه»^(٣).

الثانى: أن الوصية من العقود غير اللازمه، فيجوز الرجوع فيها^(٤).

الثالث: النصوص المستفيضة:

منها: صحيحه

عبيد بن زراره قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «للموصى أن يرجع فى وصيته إن كان فى صحه أو مرض»^(٥).

و منها: صحيحه

بريد العجلي، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: «لصاحب الوصية أن يرجع فيها و يحدث فى وصيته ما دام حياً»^(٦).

و كذا غيرهما من النصوص الكثيره بل المتواتره^(٦).

و دلالة الروايات على جواز الوصية من قبل الموصى، و أن من حقه الرجوع عنها و تبديلها متى شاء ثابتة بوضوح.

المطلب الثانى:

إشاره

رجوع الموصى إليه عن الوصية

لا خلاف أيضاً فى أنه لا يجب على الوصى قبول الوصية؛ سواء كانت الوصية

ص: ٥٧٥

١- (١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٤، الطبعة الحجرية.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٦: ١٣٥.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٦٥.

٤- (٤) التنقيح الرائع ٢: ٣٦٨.

٥- ((٥، ٦)) وسائل الشيعة ١٣:٣٨٦ الباب ١٨ من كتاب الوصايا، ح ٣ و ٤.

٦- (٧) وسائل الشيعة ١٣:٣٨١-٣٨٩ الباب ١٧-١٩ من كتاب الوصايا.

بالولاية أم غيرها، بل كان بالخيار فى القبول و ردّها ما دام الموصى حيّاً بشرط أن يبلغه الردّ (١).

فى النهاية: «إذا وصّى الإنسان إلى غيره، كان بالخيار فى قبول الوصية و ردّها إذا كان الوصى حاضراً و شاهداً، فإن كان الموصى إليه غائباً كان له ردّ الوصية ما دام الموصى حيّاً» (٢). و كذا فى المقنعه (٣).

و قال الصدوق فى المقنع: «و إذا أوصى رجل إلى رجل و هو شاهدٌ فله أن يمتنع من قبول وصيته» (٤).

و فى الحدائق: «لا خلاف بين الأصحاب رضى الله عنهم فى أن للوصى أن يردّ الوصاية ما دام الموصى حيّاً بشرط أن يبلغه ذلك» (٥).

أدله جواز ردّ الوصية للوصى

و قد استدل لهذا الحكم بأمور:

الأول: الأصل كما فى الروضة (٦) و الجواهر (٧). و فى المهذب: «الأصل عدم

ص: ٥٧٦

١- (١) الوسيله لابن حمزه: ٣٧٣، الكافى لأبى الصلاح: ٣٦٦، المهذب للقاضى ١١٧:٢، إصباح الشيعه: ٣٥٦، السرائر ٣: ١٩١، المختصر النافع: ١٩١، شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، الجامع للشرائع: ٤٩٣، قواعد الأحكام ٢: ٥٦٥، تحرير الأحكام الشرعيه ٣: ٣٧٩، تذكره الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعه الحجريه، الدروس الشرعيه ٢: ٣٢٥، كشف الرموز ٢: ٨٠، مسالك الأفهام ٦: ٢٥٥، جامع المقاصد ١١: ٢٨٢، وسيله النجاه ٢: ١٤٩، تحرير الوسيله ٢: ٩٠، تفصيل الشريعه، كتاب الوصيه: ١٨٢.

٢- (٢) النهاية للطوسى: ٦٠٧.

٣- (٣) المقنعه: ٦٧٢.

٤- (٤) المقنع: ٤٨٣.

٥- (٥) الحدائق الناضره ٢٢: ٥٧٤.

٦- (٦) الروضه البهيته ٥: ٨١.

٧- (٧) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٥.

الوجوب في كل ما لم يثبت وجوبه بدليل معتبر»(١).

الثاني: إطلاق الفتاوى بعدم الوجوب وإرساله إرسال المسلمات، وعدم استنكار عدم القبول عند المتشرّعه في الجملة، ولو كان واجباً مطلقاً لشاع وبأن في هذا الأمر العام البلوى(٢).

الثالث: ما ذكره في المسالك من «أن الوصاية إذن للوصي في التصرف المخصوص، فله أن لا يقبل هذا الإذن كالكاله»(٣).

الرابع: الإجماع، كما هو ظاهر التذكرة و المسالك(٤).

الخامس - وهو العمده - : الأخبار الواردة في هذا المقام، التي تدلّ بظاهرها عليه:

منها: صحيحه

محمد بن مسلم - التي رواها المشايخ الثلاثة رضوان الله عليهم - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إن أوصى رجل إلى رجل و هو غائب فليس له أن يردّ وصيته، و إن أوصى إليه و هو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل»(٥).

قال في تفصيل الشريعة: «الظاهر أنّ التفصيل بين الغيبه و الحضور في البلد إنّما هو بملاحظه إمكان بلوغه الردّ و عدمه، و إذا كان الأمر في الغيبه كذلك ففي صورته الموت بطريق أولى»(٦).

و منها: صحيحه

الفضيل بن يسار، عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يوصى إليه، قال: «إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها، و إن كان في مصر يوجد فيه غيره

ص: ٥٧٧

١- (١) مهذب الأحكام ٢٢: ٢١٣.

٢- (٢) مهذب الأحكام ٢٢: ٢١٣.

٣- (٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٥.

٤- (٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجرية، مسالك الأفهام ٦: ٢٥٦.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٣: ٣٩٨، الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ١.

٦- (٦) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيه: ١٨٣.

فذاك إليه»(١).

و منها: صحيحه

منصور بن حازم، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه و هو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيته؛ لأنه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»(٢) و كذا غيرها(٣).

هذه الروايات تدلّ على جواز ردّ الموصى إليه الوصية في حياه الموصى إمّا بالإطلاق أو بالعموم، و على عدم وجوب القبول.

نعم، يستحبّ ذلك لمن يثق من نفسه بالكفايه و الأمانه؛ لأنه من باب التعاون و التضامن.

قال الفاضل المقداد: «لا كلام أنه مع عجزه و عدم كفايته لا يجب عليه، بل و لا يستحبّ؛ لعدم حصول الغرض، خصوصاً إذا لم يثق من نفسه بالأمانه؛ فإنّها تحرم قطعاً»(٤).

المطلب الثالث:

إشارة

موارد عدم جواز ردّ الوصية فيها

تمهيد

شرع الله تبارك و تعالى الوصية ليتدارك بها المؤمن ما فاتته من فعل الخير، و ليتبرع بما تيسر له ممّا أفاء الله عليه من الثروه و المال، قال - تعالى -: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَوْلِيَّةِ لِلَّذِينَ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) ٥ و هكذا شرع الوصية اهتماماً بشئون الأيتام و الصغار.

ص: ٥٧٨

١- (١) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٩ ح ٦٥٤، وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٣.

٣- (٣) نفس المصدر.

٤- (٤) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٢.

بتعبير آخر: الإسلام اهتمّ بأمر الأيتام و الصغار أشدّ الاهتمام، و لم يتركهم بعد موت آبائهم و أمهاتهم سدىً و بلا ولىّ بأى حال من الأحوال، و لذا أوجب قبول الوصية و القيمومه للأطفال، و حرّم ردّها على بعض الناس، حيث إنّ جواز ردّ الوصية و عدم قبول قيمومه الصغار فى الموارد التى نتلوها عليك قريباً، كان موجباً لترك الصغار بلا- ولىّ و قيم، و الإضرار بهم و إتلاف أنفسهم و أموالهم، و هذا ممّا لا يرضى به الشارع الرءوف بالأيتام و الصغار قطعاً.

و بالجمله: يستثنى من جواز ردّ الوصية موارد لا يجوز فيها الردّ، بل يجب للوصى القيام بها، نذكرها فيما يلى:

الأول و الثانى: عدم جواز ردّ الوصية بالولاية من الموصى إليه بعد موت الموصى، و كذا لا يجوز الردّ إذا كان الردّ فى حال حياة الموصى، و لكن لا يبلغه حتى مات؛ لأنّ جواز ردّ الوصية مشروط بأن يكون الموصى حياً كما تقدّم، فإذا كان بين الموصى و الوصى مسافة و مات الموصى قبل الردّ، أو امتنع الموصى إليه من قبول الوصية فى حال حياته و لكن لم يبلغه خبره حتى مات، لم يكن للردّ أثر و كانت الوصية لازمه، و يجب على الموصى إليه القيام بها. كما فى المقنعه (١)

و النهايه (٢) و السرائر (٣) و الشرائع (٤) و غيرها (٥).

و نسبة العلامه فى التذكرة إلى ظاهر كلام الأصحاب (٦). و فى الحدائق

ص: ٥٧٩

١- (١) المقنعه: ٦٧٢.

٢- (٢) النهايه للطوسى: ٦٠٧.

٣- (٣) السرائر ٣: ١٨٥ و ١٩١.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

٥- (٥) الكافى فى الفقه: ٣٦٦، الوسيله لابن حمزه: ٣٧٣، الجامع للشرائع: ٤٩٣.

٦- (٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجرية.

إلى المشهور(١). و بذلك روايات كثيرة:

منها: صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه(٢)؛ لأنّ المراد من قوله عليه السلام:

«و هو غائبٌ فليس له أن يرّد وصيّته» أنّه مات الموصى فى تلك الغيبه قبل أن يُعلّمهُ الوصى بالقبول أو الرّد؛ فإنّه يجب القيام بالوصايه و إن لم يقبل.

و منها: صحيحه الفضيل ٣، و التقريب فيها ما تقدّم فى الصحيحه السابقه؛ بمعنى أنّه مات الموصى بعد البعث و قبل وصول الجواب إليه بالقبول و الرّد.

و حاصله: أنّه إذا أوصى إلى رجل و هو غائبٌ عن البلد ثمّ مات، لزمه القيام بالوصيه قبل أو رّد.

و كذا صحيحه منصور بن حازم ٤.

و يؤيده

ما رواه فى الفقه الرضوى: «إذا أوصى رجل إلى رجل و هو شاهد، فله أن يمتنع من قبول الوصيّه، و إن كان الموصى إليه غائباً، و مات الموصى من قبل أن يلتقى مع الموصى إليه؛ فإنّ الوصيّه لازمه للموصى إليه»(٣).

و قال فى الحدائق: لو لم يبلغ الرّد الموصى، أو لم يبلغه الخبر إلاّ بعد موت الموصى؛ فإنّه ليس له الرّد، بل يجب عليه القبول، و حينئذٍ فالحكم فى هذه الصوره كما فى الصوره الأولى؛ أعنى موت الموصى بعد قبول الوصى؛ فإنّه ليس للموصى الرّد بعد موته اتّفاقاً(٤).

و لكن ذهب فى التحرير إلى جواز الرجوع فى حياه الموصى و بعده(٥).

و قال فى المختلف: «أطلق الأصحاب عدم جواز رّد الوصيّه إذا لم يعلم الوصى

ص: ٥٨٠

١- (١) الحدائق الناشره ٥٧٦:٢٢.

٢- ((٩-٨-٢) وسائل الشيعه ٣٩٨:١٣ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ١-٣.

٣- (٥) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٢٩٨، مستدرک الوسائل ١٤:١١٠ الباب ٢٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

٤- (٦) الحدائق الناشره ٥٧٦:٢٢.

٥- (٧) تحرير الأحكام الشرعيّه ٣:٣٨٠.

بها حتى يموت الموصى، أو يعلم ويردّ و لما يعلم الموصى بالردّ... و الوجه عندى:

المصير إلى ذلك إن كان قد قبل الوصيه أولاً، و إن لم يكن قبلاً و لا علّم، جاز له الرجوع - إلى أن قال: - و قد تبّه الشيخ فى المبسوط (١) و مسائل الخلاف (٢) عليه، فقال: إذا قبل الوصيه، له أن يردّها ما دام الموصى حيّاً، فإن مات فليس له ردّها.

و استدللّ بإجماع الفرقه، و بأنّ الوصيه قد لزمته بالقبول» (٣).

و مال إليه المحقّق و الشهيد الثانيان (٤).

و استدللّ لهذا الحكم بوجوه:

أ - الأصل؛ أى عدم لزوم الوصيه على الموصى إليه.

ب - آيه نفى الحرج (٥)، و حديث لا ضرر (٦)؛ بمعنى أنّ إثبات الوصيه و وجوب القيام بها على الوصى على وجه قهريّ ضرر و حرج عليه (٧)، و هما منفيتان بالآيه و الحديث.

ج - أنّ تسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء بحيث يوصى و يطلب من الشهود كتمان الوصيه إلى حين موته ممّا ينافى اصول المذهب، و لا يعرف له فى الشرعيات مثل، كما فى جامع المقاصد (٨).

ص: ٥٨١

١- (١) المبسوط للطوسى ٣٧:٤.

٢- (٢) الخلاف ١٤٨:٤ المسأله ٢١.

٣- (٣) مختلف الشيعه ٢٩٩:٦-٣٠٠.

٤- (٤) جامع المقاصد ٢٨٤:١١، مسالك الأفهام ٢٥٨:٦.

٥- (٥) سوره الحجّ ٧٨:٢٢.

٦- (٦) الكافى ٢٨:٥ ح ٤ و ص ٢٩٤، ح ٨، الفقيه ٣:٤٥، ح ١٥٤ و ص ١٤٧ ح ٦٤٨، تهذيب الأحكام ٧:١٤٦، ح ٦٥١ و ص ١٦٤ ح ٧٢٧.

٧- (٧) و الدليلان إنّما يدلّان على عدم لزوم القيام بالوصيه فى فرض الحرج و الضرر، و لكن لا يدلّان على جواز الردّ، فتدبر. م ج ف.

٨- (٨) جامع المقاصد ٢٨٥:١١.

د - قال في المسالك: هذه الأخبار ليست صريحة في المدعى؛ لتضمنها أنّ الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً، والغائب يلزمه مطلقاً، وهو غير محلّ النزاع.

نعم، في تعليل الرواية المتقدّمة - حسنه هشام بن سالم - إيماء إلى الحكم، إلا أنّ إثبات مثل هذا الحكم المخالف للأصول الشرعيّة - بإثبات حقّ الوصاية على الموصى إليه على وجه القهر، وتسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء، بحيث يوصى و يطلب من الشهود كتمان الوصية إلى حين موته، ويدخل على الوصيّ الحرج و الضرر غالباً - بمجرد هذه العلّة المستنده إلى سند غير واضح بعيد، و لو حملت هذه الأخبار على سبق القبول، أو على شدّه الاستحباب كان أولى(١).

نقول: كلام الشيخ رحمه الله في المبسوط و الخلاف ليس صريحاً في ذلك، بل أنّه قدس سره لم يتعرّض للصورة التي لم يقبل الوصيّ فيها الوصية، أو لم يعلمها حتّى مات الموصى، و لعلّ إطلاق كلامه يشمل كلتا صورتين: القبول و عدمه، حيث قال: «و ليس له ردّها بعد وفاته».

أمّا الأصل، فلا مورد له لوجود الدليل.

و أمّا الضرر و المشقّة، فإن أراد بالضرر و المشقّة مطلق المشقّة فلا- نسلم أنّ ذلك موجب للردّ، فإنّ التكاليف كلّها ملزومه للمشقّة، كما في التنقيح الرائع(٢)، مضافاً إلى أنّا نمنع حصول الضرر و الحرج الموجب للردّ بمجرد الوصية إليه.

و إن أراد بالضرر و الحرج ما تؤدّي إليه الوصية من ضرر ديني، أو دنيوي، أو مشقّة لا يتحمّل مثلها عادة، أو لزم من تحمّلها عليه ما لا يليق بحاله من شتم و نحوه - كما فرضه الشهيد الثاني في آخر كلامه - فذلك داخل في قسم العجز، و سيأتي حكمه، و يجوز له الرجوع دفعاً للضرر عن نفسه أو عرضه.

ص: ٥٨٢

١- (١) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٨.

٢- (٢) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٣.

و أمّا ما ذكره - أى الشهيد - من أنّ إثبات هذا الحكم مخالف للأصول الشرعيّة بإثبات حقّ الوصاية على الموصى إليه على وجه القهر، فأجاب عنه فى الحدائق: ب «أنّه إذا ثبت ذلك بالأدلة الصحيحة؛ فإنّه يجب تخصيص الأصول التى ذكرها بهذه الأخبار - المتقدّمة، و لا- تقاوم مع هذه الأخبار - التى عمل بها الأصحاب - و لم يبق حينئذٍ إلّا مجرد الاستبعاد العقلى الذى فرضه - أى الشهيد الثانى قدس سره - و هو غير مسموع فى مقابله الأخبار، سيّما مع صحّتها و تكاثرها و وضوح دلالتها»(١).

و أمّا حمل الأحاديث على سبق القبول؛ فإنّه غير موجّه، لأنّه تأويل لا يحتمله لفظ الحديث، لأنّ الواو فى قوله عليه السلام:

«و هو غائب» للحال، فيقتيد الإيصاء بغيه الوصى، فلا- يتقدّر قبوله قبل الموت بناءً على الظاهر، و إنّما يتقدّر لو كان حاضراً فأوصى إليه و قبل ثمّ سافر و ردّ فى غيبته، لكن ذلك لا يحتمله لفظ الحديثين، كما أشار إليه فى التنقيح الرائع(٢).

و أمّا ما ذكره من «أنّ هذه الأخبار ليست صريحه فى المدعى، لتضمّنها أنّ الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً، و الغائب يلزمه مطلقاً، و هو غير محلّ النزاع»(٣).

ففيه أوّلاً: أنّ الغيبه و الحضور كناية عن بلوغ الردّ إلى الموصى و هو حيّ، للإجماع على مدخليه الردّ الذى يبلغ إلى الموصى(٤).

و قال ابن زهره: «لا يجوز للمسند إليه - الموصى إليه - ترك القبول إذا بلغه ذلك

ص: ٥٨٣

١- (١) الحدائق الناضرة ٥٧٨:٢٢.

٢- (٢) التنقيح الرائع ٣٩٣:٢.

٣- (٣) مسالك الأفهام ٢٥٨:٦.

٤- (٤) جواهر الكلام ٤١٧:٢٨.

بعد موت الموصى، ولا ترك القيام بما فوض إليه من ذلك، إذا لم يقبل و ردّ فلم يبلغ الموصى ذلك حتى مات، بدليل إجماع الطائفة»^(١).

فالمراد بالغيبة والحضور في النصوص إمكان وصول الردّ إليه عرفاً وعدم الإمكان كذلك، ولا- موضوعيته لنفس الغيبة والحضور من حيث ذاتهما.

و ثانياً: مقتضى التعليل الوارد في صحيحه منصور بن حازم بقوله عليه السلام:

«لأنه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»^(٢) أن صحّ الردّ مشروطه ببلوغ خبر الردّ إلى الموصى.

و ثالثاً: عدم الصراحة لو سلّم لا ينفي أصل الاستدلال، إذ أكثر الفقه مبنى على الظواهر^(٣).

و يؤيده فتاوى الأصحاب و ما رواه في فقه الرضوى المتقدم، حيث ورد في ذيلها

«و إن كان الموصى إليه غائباً، و مات الموصى من قبل أن يلتقى مع الموصى إليه؛ فإنّ الوصيه لازمه للموصى إليه»^(٤).

و قال في الدروس - بعد نقل كلام العلامة في المختلف: يجوز الردّ إذا لم يعلم بالوصيه حتى مات للخرج و الضرر -: «و لم نعلم له موافقاً عليه... و على ما قلناه من اللزوم بالموت و عدم الردّ، فلا عبره بقبول الوصيّ و عدمه، بل العبره بعدم الردّ الذى يبلغ الموصى، فإن حصل و إلا التزم»^(٥).

و قال المحقق الفقيه القمى - بعد ما حكى كلام العلامة و الشهيد الثانى ٠ و ما استدلاً به -: «و أنت تعلم أنّ الظهور كافٍ في الاستدلال، و العمومات و الأصل

ص: ٥٨٤

١- (١) غنية النزوع: ٣٠٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٣.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٩.

٤- (٤) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٢٩٨.

٥- (٥) الدروس الشرعيّه ٢: ٣٢٦.

وغيرهما لا تعارض مع النصوص الخاصه التي عمل بها الأصحاب، خصوصاً مع دعوى الإجماع عليه»^(١).

و جاء في المستمسك: و مقتضى تلك الأخبار أنه يجب العمل بالوصيه على الموصى إليه إذا لم يردّ، أو إذا ردّ و لكن لم يبلغ الموصى الردّ^(٢).

و أمّا ضعف سند روايه منصور بن حازم فغير واضح؛ لأنّ طريق الصدوق إلى عليّ بن الحكم صحيح - كما في المشيخه - و علي بن الحكم بن الزبير و علي بن الحكم الأنباري و علي بن الحكم الكوفي الذي وثقه الشيخ متّحد، و هم شخص واحد كما صرح بذلك الوحيد البهبهاني^(٣) و السيد الخوئي^(٤) و العلامة التستري^(٥)

و ذكروا القرائن للاتّحاد، و لم نذكرها للاختصار.

فالأقرب ما ذهب إليه المشهور من أنه لا يجوز للموصي ردّ الوصيه بعد وفاه الموصى؛ سواء مات قبل الردّ، أو بعده و لم يبلغه الردّ و كانت الوصيه لازمه للموصى إليه، و لكن ينبغي أن يستثنى من ذلك ما يستلزم الضرر و الحرج دون غيره، و أمّا استثناء ما عجز عنه فواضح، كما في الروضه^(٦).

و في المهذب: «و المنساق من مجموعها - بعد ردّ بعضها إلى بعض - أنّ القبول بحسب الذات من حقوق الأخوه الإيمانيه بل الإنسانيه؛ لأنّه من مصاديق قضاء الحوائج و فرع قبول الهديه و العطيّه، فكما أنّ قضاء حاجه المؤمن و قبول هديّته و عطيته راجحه بحسب الذات، و يتّصف بالوجوب تارةً و الحرمة اخرى لعوارض

ص: ٥٨٥

١- (١) جامع الشتات ٤: ٢٣٣.

٢- (٢) مستمسك العروه الوثقى ١٤: ٥٣٦.

٣- (٣) تعليقات على منهج المقال: ٢٣١.

٤- (٤) معجم رجال الحديث ١١: ٣٤٤، الرقم ٨٠٨٧.

٥- (٥) قاموس الرجال ٧: ٤٤٧، الرقم: ٥١١٨.

٦- (٦) الروضه البهيّه ٥: ٨٢.

خارجة، فكذا قبول الوصية، فهو راجح بذاته، وقد يجب إن لزم من ردّها ضرر و تضييع حق الموصى، وقد يحرم إن لزم من قبولها ضرر على الوصى»(١).

المورد الثالث: وهو أن لا يستطيع الموصى أن يوصى إلى شخص آخر. وبعد ما عرفت أنه يشترط في جواز الرد في حال الحياة بلوغ الخبر إلى الموصى، يقع الكلام في أنه لو بلغه الخبر، ولكن لم يمكنه إقامة وصي غيره، فهل يكفي في جواز الرد مجرد بلوغ الخبر وإن لم يوجد وصي غيره، أو لا بد من تقييده بإمكان وجود وصي آخر؟ فيه وجهان:

الأول: أنه يكفي مجرد بلوغ الرد إلى الموصى، ولا يشترط في جواز الرد أمر آخر، وهو ظاهر إطلاق الفتاوى، حيث إنها لم تكن مقيدة بتمكن الموصى من إقامة وصي آخر.

الثاني: أنه يشترط - مع بلوغ الرد إلى الموصى - إمكان إقامته وصياً غيره.

و به قال في المسالك(٢) و الرياض(٣) و الجواهر(٤). وقال السيد الخوئي: «يجوز للموصى إليه أن يرد الوصية في حال حياة الموصى بشرط أن يبلغه الرد، بل الأحوط اعتبار إمكان نصب غيره له أيضاً»(٥).

و به قال الإمام الخميني(٦). و كذا في تفصيل الشريعة(٧).

و جاء في مباني المنهاج: «هل يجوز الرد مع عدم إمكان جعل غيره وصياً؟»

ص: ٥٨٦

١- (١) مهذب الأحكام ٢٢: ٢١٣.

٢- (٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٦.

٣- (٣) رياض المسائل ٩: ٤٩٣.

٤- (٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٧.

٥- (٥) منهاج الصالحين للسيد الخوئي ٢: ٢٢٤.

٦- (٦) تحرير الوسيلة ٢: ٩٨ مسألة ٤١.

٧- (٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٨٢.

لا يبعد أن يستفاد من نصوص الباب وجوب القبول و عدم جواز الردّ في هذه الصورة»(١).

و بالجمله: هذا هو الظاهر من النصوص:

منها: صحيحه

هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يوصى إلى رجلٍ بوصيّه فيكره أن يقبلها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «لا يخذله على هذه الحال»(٢).

قال المحدّث البحراني: و مقتضاها أنه مع عدم وجود الغير لا يجوز له الردّ(٣).

نقول: لعلّ مراده عليه السلام من قوله:

«هذه الحال» حال عدم وجود الغير، و لكن لا قرينه عليه.

و منها: صحيحه فضيل بن يسار المتقدمه؛ لأنّ قوله عليه السلام فيها:

«و إن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه»(٤). و كذا قوله عليه السلام في صحيحه منصور بن حازم:

«لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»(٥) ظاهران في تعليق جواز الردّ على وجود الغير، فلو لم يوجد الغير لقبول الوصيّ لم يجز له الردّ.

و نعم ما قال في المسالك بعد نقل الروايه: «فإنّ العله المنصوصه تتعدّى على الأقوى، و لانتفاء الفائده بدونه، فعلى هذا لو كان حيّاً و لكن لم يمكنه نصب أحد و لو بالإشاره لم يصحّ الردّ»(٥).

و الحاصل: أنّه إذا كان هناك شخص آخر يمكن أن يجعله وصيّاً، جاز للوصي ردّ الوصيّه، و أمّا إذا لم يكن هناك شخص آخر يقبل و يتحمّل مسئوليّه الوصيّه،

ص: ٥٨٧

١- (١) مباني منهاج الصالحين ٩: ٣٢٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٣: ٣٩٩ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٤.

٣- (٣) الحدائق الناضره ٢٢: ٥٨٠.

٤- ((٤ و ٧) وسائل الشيعه ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٢ و ٣.

٥- (٥) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٦.

أو كان الأشخاص الذين يمكن أن يوصى إليهم لا يمكن الاعتماد بهم، فالوصية هنا تلزم على الوصي؛ سواء قبلها أم لم يقبلها.

أمّا لو أمكن للموصى نصب وصي آخر ولكن كان المنسوب غائباً، بحيث يتوقف ثبوت وصايته على البيّنة، ولم يحضر الموصى من تثبت به الوصاية، ففي تنزيله منزله عدم التمكّن من الوصاية وجهان: من حصول أصل القدره و تحقّق الشرط، و من انتفاء فائدته باعتبار عدم ثبوته (١). و به قال في الجواهر (٢).

المورد الرابع: أن يكون الموصى أباً و قد أوصى إلى ابنه، قال الصدوق في المقنع:

«و إذا دعا رجل ابنه إلى قبول وصيته، فليس له أن يأبى» (٣).

و في الدروس (٤): «و قال الصدوق إذا أوصى إلى ولده وجب القبول، و كذا إلى أجنبي إذا لم يجد غيره، و هما مرويان قوتيان» (٥).

و يظهر من المختلف الميل إليه في آخر كلامه، حيث قال: «و بالجملة: فأصحابنا لم ينصوا على ذلك، و لا بأس بقوله رحمه الله» (٦). و به قال أيضاً في الوسائل (٧) و مستدرك الوسائل (٨) و الرياض (٩) و الحدائق (١٠). و احتاط وجوباً في تحرير الوسيله (١١) و كذا في

ص: ٥٨٨

- ١- (١) نفس المصدر: ٢٥٦-٢٥٧.
- ٢- (٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٥.
- ٣- (٣) المقنع: ٤٧٩.
- ٤- (٤) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٦.
- ٥- (٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٢ و ص ٤٠٠ ب ٢٤، ح ١.
- ٦- (٦) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٢.
- ٧- (٧) وسائل الشيعة ١٣: ٤٠٠ الباب ٢٤ من كتاب الوصايا، ح ١.
- ٨- (٨) مستدرك الوسائل ١٤: ١١١ الباب ٢٣.
- ٩- (٩) رياض المسائل ٦: ٢٧٧.
- ١٠- (١٠) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٩.
- ١١- (١١) تحرير الوسيله ٢: ٩٨.

و استدلل لهذا الحكم بمكاتبه

على بن الرئان «رئاب خ ل يه» قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل دعاه والده إلى قبول وصيته، هل له أن يمتنع من قبول وصيته؟ فوقع عليه السلام: «ليس له أن يمتنع» (٢)؛ فإن قوله عليه السلام:

«ليس له أن يمتنع»

صريح في أنه لا يجوز للولد رد وصيته والده.

و استدلل العلامة في المختلف بأن امتناع الولد عن قبول وصيته والده نوع عقوق (٣).

و في الرياض: «و هو كذلك - أي لا بأس بقول الصدوق - إن لم ينعقد الإجماع على خلافه، و لا يمكن دعواه - أي الإجماع - بإطلاق عبارة الأصحاب بجواز الرد مطلقاً؛ لعدم تبادل المقامين (٤) منه جداً» (٥).

و قد أورد على الاستدلال لهذا القول في الجواهر (٦) و المهذب (٧) و غيرهما (٨)

إيرادات و أطالوا الكلام فيها، و لكن الظاهر أنه لا ثمره لهذا البحث، حيث إنه و إن لم يثبت وجوب قبول وصيه الأب على الولد بمقتضى الأدلة التي استندوا بها لإثبات هذا القول، لكن لا شك في أنه إن أمر الوالد ولده بأن يقبل وصيته، أو كان عدم قبوله على وجه يؤذيه، يجب عليه قبولها و لا يجوز رده قطعاً؛ لأن رد الوصيه

ص: ٥٨٩

١- (١) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٨٢.

٢- (٢) وسائل الشريعة ١٣: ٤٠٠ الباب ٢٤ من كتاب الوصايا، ح ١.

٣- (٣) مختلف الشريعة ٦: ٣٦٢.

٤- (٤) أي في وصية الأب لولده، و للأجنبي إذا لم يوجد غيره.

٥- (٥) رياض المسائل ٦: ٢٧٧.

٦- (٦) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٦ و ما بعده.

٧- (٧) مهذب الأحكام ٢٢: ٢١٤ و ما بعده.

٨- (٨) الفقه للشيرازي، كتاب الوصية: ٣٤٣.

فى هذا الحال نوع عقوق للوالد، و هو حرام، كما هو ظاهر بعض النصوص أيضاً، مثل

ما رواه على بن مهزيار قال: كتب أبو جعفر عليه السلام إلى جعفر و موسى: «و فيما أمرتكما من الإشهاد بكذا و كذا نجاه لكما فى آخرتكما، و إنفاذ لما أوصى به أبواكما» الحديث(١).

و هذا يدلّ على أنّ إنفاذ وصيّته الأب واجب على الولد مطلقاً؛ سواء قبل الولد الوصية أم لا.

المورد الخامس: من الموارد التى لا يجوز ردّ الوصية أن يكون الموصى إليه منحصراً فيه و لم يجد الموصى غيره.

قال الصدوق: «و إذا أوصى رجل إلى رجل فليس له أن يأبى إن كان حيث لم يجد غيره»(٢).

و فى المختلف: «و من لم يوجد غيره يتعين عليه؛ لأنه فرض كفاية»(٣).

و فى الدروس: «قال الصدوق: إذا أوصى إلى ولده و جب القبول، و كذا إلى أجنبى إذا لم يجد غيره، و هما مرويان قويان»(٤). و كذا فى الحدائق(٥).

و الرياض(٦).

و الدليل على ذلك مفهوم صحيح الفضيل بن يسار(٧)؛ لأنّ قوله عليه السلام:

«إن كان فى مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه» يكون مفهومه هكذا: إن لم يوجد فى مصر

ص: ٥٩٠

١- (١) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٢ الباب ٣٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

٢- (٢) حكاة العلامة عنه فى مختلف الشيعة ٦: ٣٦١، و لكن لم نجده فى المقنع المطبوع.

٣- (٣) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٢.

٤- (٤) الدروس الشرعيه ٢: ٣٢٦.

٥- (٥) الحدائق الناضره ٢٢: ٥٧٩.

٦- (٦) رياض المسائل ٩: ٤٩٢.

٧- (٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ و ٣٩٩ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٢.

غيره لم يجز الردّ ووجب عليه قبول الوصية.

و كذا ظاهر إطلاق صحيحه

هشام بن سالم، عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يوصى إلى رجلٍ بوصيةٍ فيكره أن يقبلها، فقال أبو عبد الله عليه السلام: «لا يخذله على هذه الحال»^(١) و لعل مراده عليه السلام من

«هذه الحال» حاله عدم وجود الغير الذي يوصى إليه.

وقال في التذكرة: «يجوز الدخول في الوصية، بل يستحبّ، بل قد يجب على الكفاية؛ لأنّ الإيصاء واجب، قال الصادق عليه السلام: الوصية حقّ على كلّ مسلم»^(٢). وأوصت فاطمة إلى أمير المؤمنين عليهما السلام، وبعده إلى ولديها الحسن والحسين عليهما السلام^(٣)؛ وإذا وجب الإيصاء فلا بدّ من محلّ له و من يجب عليه العمل بالوصية، وإلا لم يكن مفيداً^(٤)

ص: ٥٩١

١- (١) نفس المصدر و الباب: ٣٩٩ ح ٤.

٢- (٢) نفس المصدر ٣٥٢:١٣ الباب ١ من كتاب الوصايا، ح ٢-٤ و ٦.

٣- (٣) بحار الأنوار ١٨٥:٤٣.

٤- (٤) تذكره الفقهاء ٥١٤:٢، الطبعة الحجرية.

إشارة

الظاهر أنه لا خلاف بين الفقهاء في أنّ الوصيّ أمين، ولا يضمن ما في يده من أموال الصغار التي صار ولياً عليها من جهة الوصيّة بالولاية إلا مع التعدي أو التفريط.

جاء في الشرائع: «الوصيّ أمين لا يضمن ما يتلف إلا عن مخالفته لشرط الوصيّة أو تفريط»^(١). وكذا في المختصر النافع^(٢) و الدروس^(٣) و التحرير^(٤)

و القواعد^(٥).

و به قال الشيخ الأعظم^(٦) و السادات الفقهاء: الخوئي^(٧) و الاصفهاني^(٨)

و الإمام الخميني^(٩). و اختاره في تفصيل الشريعة^(١٠).

و في السرائر: «و الوصيّ إذا خالف ما أمر به كان ضامناً للمال»^(١١).

و في المسالك: «و عبّر - أي المحقق - عن التعدي بمخالفه شرط الوصيّة؛ فإنّه إذا لبس الثوب مثلاً فقد خالف شرط الوصيّة؛ لأن مقتضاها حفظه للطفل، أو بيعه

ص: ٥٩٢

١- (١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

٢- (٢) المختصر النافع: ١٩١.

٣- (٣) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٦.

٤- (٤) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨١.

٥- (٥) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٥.

٦- (٦) الوصايا و الموارث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣٠.

٧- (٧) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٣، مباني منهاج ٩: ٤٠٨.

٨- (٨) وسيله النجاه ٢: ١٥٠ مسأله ٤٩.

٩- (٩) تحرير الوسيله ٢: ٩٩ مسأله ٤٨.

١٠- (١٠) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ١٨٩.

١١- (١١) السرائر ٣: ١٩٢.

و صرفه فى الجهه المأمور بها و نحو ذلك، فاستعماله لا يدخل فى شرط الوصيه...

هذا إذا لم يتعلّق به غرض يعود على ماله فيه الولايه بحيث لا يتمّ بدونه، كما لو ركب الدابّه لقضاء حوائج الطفل و استيفاء دينه حيث يتوقّف على الركوب»(١).

و جاء فى جامع المقاصد: «لا خلاف بين أهل الإسلام فى أنّ الوصيّ أمين، و معناه: أنّه لا يضمن ما بيده من أموال الطفل لو تلف إلاّ بتعدّد كما لو لبس الثوب، أو تفريط كما لو قصر فى حفظه، أو مخالفه لشرط الوصيه كما لو أوصى إليه أن يصرف شيئاً على وجهه، فصرفه على وجه آخر؛ لأنّ الوصايه فى معنى الوكاله، و لأنّ الوصيّ نائب عن الأب و الجدّ، و هما أمينان»(٢).

و فى الجواهر: «الوصيّ أمين بلا خلاف أجده فيه»(٣).

و فى الحدائق: «ينبغى أن يكون المدار فى التعدّى و عدمه على مخالفه شرط الوصيه و عدمها، فلو ركب الدابّه أو لبس الثوب لا لغرض يعود إلى الطفل أو نفع يترتب عليه، كان ذلك تعدّياً... أمّا لو تعلّق بذلك غرض يعود إلى الطفل، كأن يركب الدابّه للمضىّ فى حوائج الطفل من استيفاء دينه، أو جمع حواصله أو نحو ذلك، و لبس الثوب لدفع الضرر عنه باللبس... فإنّه لا يكون تعدّياً، بل ربما صار فى بعض الأفراد واجباً عليه إذا علم حصول الضرر بدون ذلك.

و ظاهر كلامهم أنّ غايه ما يوجب التعدّى و التفريط و جوب الضمان مع بقائه على الوصايه، و لا يوجب ذلك عزله، مع أنّهم قد صرّحوا بأنّه إن ظهر منه خيانه و جب على الحاكم عزله، و الظاهر أنّ التعدّى و التفريط نوع خيانه أيضاً، إلاّ أنّهم لم يصرّحوا بذلك، بل ربما ظهر من كلامهم فى الحكم الأوّل عدم كون ذلك خيانه،

ص: ٥٩٣

١- (١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٠.

٢- (٢) جامع المقاصد ١١: ٢٨٥.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٠.

فينبغي التأمل في ذلك»(١).

نقول: الظاهر أنّ مخالفه شرط الوصيّه أو التفريط فيها لا تكون خيانه؛ لأنّ المراد من التفريط التكاثر في أمر الوصيّه و التهاون فيها، و الخيانه غيرهما.

و بالجمله: لو شكك عند إرادته التصرف في أنّه هل هذا تصرف حسب المتعارف أم لا؟ لا يجوز له التصرف إلا بعد إحراز تحقّقه، فلو عمل و الحال هذه فظهر ضرر أو تلف كان ضامناً.

و أمّا إذا كان المتعارف احتمال الضرر، لكنّ العرف يُقدّم، لم يكن به بأس، كما إذا كانت التجاره بالمال في البعد خطيراً، لكنّ العرف يقدم على ذلك، و إن تلف لم يضمن.

و كذا إذا كان إجراء العمليه الجراحيه للطفل بموافقه القيم أمراً خطيراً، لكنّ الآباء يقدمون على ذلك من باب الأهمّ و المهمّ، صحّ له الإقدام، و لو تلف الطفل لم يضمن، و لو تلف الطفل بدون تعارف الإقدام فهو ضامن لديته.

أدله عدم ضمان الوصي

و يدلّ على عدم ضمان الوصيّ امور:

الأوّل: إذن الموصي.

بمعنى أنّ إذن الموصي و تسليطه الوصيّ على التصرف فيما أوصى إليه يقتضي عدم ضمانه فيها.

بتعبير آخر: إذن المالكيه من طرف الموصي و كذا إذن الشرعيّه - حيث إنّ

ص: ٥٩٤

يجوز له التصرف شرعاً أيضاً - يوجب ذلك، على هذا يكون في تصرفه أميناً (١).

فلا يضمن ما يتلف في يده إلا ما كان عن مخالفته لشرط الوصية أو تفريط، كما هو الحال في كل أمين (٢).

و تدلّ على عدم ضمان الأمين أخبار مستفيضة:

منها: صحيحه

محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق؟ فقال: «لو كان أميناً فلا غرم عليه» (٣). حيث علّق الإمام عليه السلام الحكم بالأمانة، بمعنى أنّ الأمانة علّة لعدم الضمان.

و منها: مرسله

أبان، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: و سألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» (٤).

قال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني دام ظلّه في شرح الحديث: «و مقتضى تعليق الحكم بعدم الغرامه - في الجواب على كون الرجل أميناً - ثبوت الحكم في جميع موارد ثبوت الأمانة، و لو في غير مورد السؤال، من دون فرق بين أن تكون الأمانة مالكيه أو شرعيه» (٥).

و منها: روايه

مسعده بن زياد، عن جعفر بن محمد، عن أبيه عليهما السلام «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته، و لا تأتمن الخائن

ص: ٥٩٥

١- (١) و المراد من الأمين هو أن يكون مال الغير في يده بإذن المالك، أو من الله من غير خيانه له بالنسبه إلى ذلك المال، من فعل أو ترك يوجب تلفه أو نقصاً فيه. القواعد الفقهيّه للمحقّق البجنوردى ١٣: ٢.

٢- (٢) الاقتباس من الجواهر ٢٨: ٤٢٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٣: ٢٣٧ الباب ١ من كتاب العاريه، ح ٧.

٤- (٤) نفس المصدر ١٣: ٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعة، ح ٥.

٥- (٥) القواعد الفقهيّه للشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: ٢٩.

و قد جرّبه»(١)، و كذا روايه اخرى لمسعده بن زياد(٢).

و منها: ما روى عن عليّ عليه السلام أنّه قال: «ليس على مؤتمن ضمان»(٣).

و منها: الخبر المعروف بينهم

«ليس على الأمين إلاّ اليمين»(٤).

و لذلك قام الإجماع على أنّ الأمين لا يضمن؛ فإنّ الفقهاء رضوان الله عليهم يستندون لعدم الضمان في موارد عديده بأنّه أمين، و يرسلونه إرسال المسلّمات من غير إنكار لأحد، فكان هذه كبرى مسلّمه عند الكلّ، و هي أنّ الأمين لا يضمن(٥)، و لا خلاف فيه بينهم.

الثاني - و هو العمده -: النصوص المستفيضة الواردة في الباب، و هي على ثلاث طوائف:

الأولى: التي تدلّ على أنّه لو أفرط أو فرّط الوصيّ في المال الموصى به فهو ضامنّ، و إلاّ فلا يضمن.

١ - مثل صحيحه

محمّد بن مسلم - التي رواها المشايخ الثلاثة عطر الله مراقدهم - قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجلٌ بعث بزكاه ماله لتقسّم فضاقت، هل عليه ضمانها حتى تُقسّم؟ فقال: «إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامنّ - إلى أن قال -: و كذلك الوصيّ الذي يوصى إليه يكون ضامناً لما دفع إليه إذا وجد ربّه الذي أمر بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان»(٦).

ص: ٥٩٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٣: ٢٢٩ الباب ٤ من كتاب الوديعه، ح ١٠.

٢- (٢) نفس المصدر: ٢٣٧ الباب ١ من كتاب العاربه، ح ١٠.

٣- (٣) دعائم الإسلام ٢: ٤٩١ ح ١٧٥٥، مستدرک الوسائل ١٤: ١٦، ح ٤.

٤- (٤) القواعد الفقهيّه للمحقّق البجنوردی ٢: ١١، و لم نجده في المصادر الحديثيه.

٥- (٥) نفس المصدر.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٣: ٤١٧ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ١.

وجه الدلالة: أنه من كان أميناً لا يضمن فيما بيده من الأموال إلا إذا وجد صاحبها الذى امر بدفعه إليه فهو له ضامن؛ لأنه فرط فى دفع المال إلى صاحبه، فإذاً يكون ضامناً.

٢ - صحيحه

الحلبى، عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال فى رجل توفى فأوصى إلى رجل، و على الرجل المتوفى دين، فعمد (١) الذى أوصى إليه فعزل الذى للغرماء فرفعه فى بيته، و قسم الذى بقى بين الورثه، فسرق الذى للغرماء من الليل، ممن يؤخذ؟ قال: «هو ضامن حين عزله فى بيته، يؤدى من ماله» (٢).

لأنه عليه السلام علل الضمان بعزل الوصى الزكاه فى بيته و لم يؤدها للغرماء، فكأنه أفرط فى تنفيذ الوصيه، فهو ضامن و يؤدى من ماله.

الطائفة الثانيه: و هى التى تدل على الضمان مطلقاً؛ سواء كان بتعد و تفریط أم لا.

١ - مثل صحيحه

إسماعيل بن سعد الأشعري، عن أبى الحسن الرضا عليه السلام قال:

سألته عن مال اليتيم هل للوصى أن يعينه أو يتجر فيه؟ قال: «إن فعل فهو ضامن» (٣). حيث تدل بوضوح على الضمان مطلقاً.

٢ - و صحيحه

الحلبى، عن أبى عبد الله عليه السلام قال: قلت له: فى مال اليتيم عليه زكاه؟ فقال: «إذا كان موضوعاً فليس عليه زكاه، فإذا عملت به فأنت له ضامن و الربح لليتيم» (٤).

و المراد بالعمل هو الوصى أو أمين الحاكم؛ لأن الروايه فى مورد اليتيم، و هى منصرفه عن الجد.

ص: ٥٩٧

١- (١) عمَدْتُ إليه: قصدتُ، المصباح المنير: ٤٢٨، مادّه عمد.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٣: ٤١٨ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٢.

٣- (٣) نفس المصدر ١٣: ٤١٨ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٥.

٤- (٤) نفس المصدر ٦: ٥٤ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاه، ح ١.

أبان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ أوصى إلى رجلٍ أن عليه ديناً؟ فقال: «يقضى الرجل ما عليه من دينه، و يقسّم ما بقى بين الورثه» قلت: فسرق ما أوصى به من الدين ممّن يؤخذ الدين أم من الورثه أم من الوصي؟ قال: «لا يؤخذ من الورثه و لكن الوصي ضامن لها» (١). و كذا خبر عبد الله الهاشمي ٢ و خبر منصور الصيقل (٢) و غيرها (٣).

و يستفاد من هذه الأخبار أن الوصي ضامن للمال مطلقاً، و لكن يحمل ذلك على ما إذا فرط أو أفرط، كما في الرياض (٤) و الجواهر (٥).

و يؤيده

ما رواه في دعائم الإسلام عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: «إذا اتجر الوصي بمال اليتيم لم يجعل له في ذلك في الوصيّه، فهو ضامن لما نقص من المال و الربح لليتيم» (٦).

الطائفة الثالثه: الأخبار التي تدلّ على أن الوصي ضامن بتبديله الوصيه و تغييرها، و هي أيضاً مستفيضه بنفسها:

منها: صحيحه

محمد بن مارد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ أوصى إلى رجلٍ و أمره أن يعتق عنه نسمة بستمائه درهم من ثلثه، فانطلق الوصي فأعطى الستمائه درهم رجلاً يحجّ بها عنه؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: «أرى أن يغرم الوصي ستمائه درهم من ماله و يجعلها فيما أوصى الميت في نسمة» (٧).

ص: ٥٩٨

١- (١، ٢) نفس المصدر ٤١٨:١٣ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٣، ٤.

٢- (٣) نفس المصدر ٥٨:٦ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه، ح ٧.

٣- (٤) نفس المصدر ١٩٠:١٢-١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢، ٣، ٤.

٤- (٥) رياض المسائل ٩:٤٩٦.

٥- (٦) جواهر الكلام ٢٨:٤٢٢.

٦- (٧) دعائم الإسلام ٢:٣٦٤، ح ١٣٢٧.

٧- (٨) وسائل الشيعه ١٣:٤١٩ الباب ٣٧ من كتاب الوصايا، ح ١.

فإنَّ الضمان من جهة تبادل الوصيه و تغييرها.

و منها: صحيحه

سعيد الأعرج، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجلٍ يوصى بنسمةٍ فيجعلها الوصى في حجه؟ قال: فقال: «يغرمها و يقضى وصيته»^(١).

و منها: خبر

أبي سعيد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سُئِلَ عن رجلٍ أوصى بحجهٍ فيجعلها وصيه في نسمة؟ فقال: «يغرمها وصيه و يجعلها في حجه كما أوصى به، فإنَّ الله - تبارك و تعالى - يقول: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ)»^{(٢)(٣)}.

و كذا خبر علي بن زيد «فرقد كا»^(٤). و الاستفادة من هذه الطائفة: أنَّ الوصى قد تعدى عن الوصيه؛ لأنَّ المدار في التعدى و عدمه على مخالفه الوصيه و عدمها، و من التعدى بتدليل الوصيه؛ و كأنَّ المحقق في الشرائع^(٥) أراد بمخالفه شرط الوصيه ما يشمل التعدى.

و جاء في القواعد: «الوصى أمين لا يضمن ما يتلف إلا بتعدُّ أو تفريط أو مخالفه لشرط الوصيه»^(٦).

و قال المحقق الثاني في شرحه: «و لو اقتصر المصنّف على التعدى لأغنى عن الباقيين؛ لأنَّ المفروض متعدّ»^(٧).

ص: ٥٩٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٣: ٤٢٠ الباب ٣٧ من كتاب الوصايا، ح ٣.

٢- (٢) نفس المصدر، ح ٥.

٣- (٣) سوره البقره ٢: ١٨١.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٣: ٤٢٠ و ٤١٩ الباب ٣٧ من أحكام الوصايا، ح ٢.

٥- (٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

٦- (٦) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٥.

٧- (٧) جامع المقاصد ١١: ٢٨٥.

و فى المسالك: «و عبّر - أى المحقق - عن التعدى بمخالفه شرط الوصيه»(١).

فهذه الطائفه من الأخبار أيضاً تحمل على أنّ الوصى قد تعدى فى الأموال فىكون ضامناً؛ لأنّ عدم ضمان الوصى مشروط بعدم التعدى و التفريط.

فرع

إذا ضمّن الوصى مال اليتيم؛ بأن أتلّفه بالتعدى أو التفريط، أو أنفق عليه أزيد من المعروف، أو بتبديله الوصيه و تغييرها، فالواجب عليه أن يدفعه إلى الحاكم.

قال فى التذكرة: «لا يبرأ عن ضمانه حتّى يدفعه إلى الحاكم ثمّ يرده الحاكم عليه إن وّلاه، و أمّا الأب فيبرأ من ضمان ما أتلّفه بقبض مال الضمان من نفسه لولده»(٢).

نقول: لم يظهر لنا وجه واضح لهذا الحكم؛ لأنّ ولاية الوصى إنّما نشأت من ولاية الأب أو الجدّ، فإذا قال الأب: أوصيت إليك جميع أمور أولادى، يكون القبض لمال الضمان من أحد هذه الأمور، و الفرض أنّ غايه ما يوجب التعدى و التفريط هو وجوب الضمان، و لا- يوجب ذلك عزله، و يبقى ولايته فى مورد الوصايه، فلما ذا نحكم بوجوب دفعه المال إلى الحاكم حتّى يرد الحاكم إليه ثانياً.

و لعلّ مراده قدس سره أنّ مورد الوصايه لا يشمل مثل هذا المورد و منصرف عنه؛ بأن يوصى الأب للوصى أن يأخذ ما أتلّفه نفسه بالإفراط أو التفريط، فإذن لا ولاية للموصى إليه بقبض مال الضمان.

ص: ٦٠٠

١- (١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٠.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١١، الطبعة الحجرية.

إشاره

لا- خلاف بين الفقهاء، بل الإجماع على أنه لو مات شخص و لم يوص إلى أحد، و كان له أموال و أطفال، و كذا لو مات الوصي و لم يأذن له الموصى أن يوصى، كان النظر في تركته للحاكم الشرعي، و هو الذي يعين القيم حتى يحفظ أموال الأطفال، و يفعل ما كان مصلحه لهم من البيع و الشراء و المضاربه و الإنفاق عليهم و غيرها، و كذلك ذهب مشهور الفقهاء، بل كلهم إلا- قليلاً منهم^(١) إلى أنه لو لم يكن ثم حاكم يجب على العدول من المؤمنين كفايه أن ينظروا في امور الأطفال و يتولونهم في ذلك.

جاء في المقنعه: «فإن مات - أي الوصي - كان الناظر في امور المسلمين يتولى إنفاذ الوصيه على حسب ما كان يجب على الوصي أن ينفذها، و ليس للورثه أن يتولوا ذلك بأنفسهم، و إذا عدم السلطان العادل - فيما ذكرناه من هذه الأبواب - كان لفقهاء أهل الحق العدول من ذوى الرأي و العقل و الفضل أن يتولوا ما تولاه السلطان، فإن لم يتمكنوا من ذلك فلا تبعه عليهم فيه»^(٢).

و به قال فى النهايه^(٣) و الوسيله^(٤) و الكافى^(٥) و الشرائع^(٦) و المختصر النافع^(٧)

ص: ٦٠١

١- (١) و هو ابن إدريس فى السرائر ٣: ١٩٤، حيث قال: «فلا- يجوز لمن ليس بفقيه تولّى ذلك بحال، فإن تولاه فإنه لا يمضى شيء مما يفعله، لأنه ليس له ذلك».

٢- (٢) المقنعه: ٦٧٥.

٣- (٣) النهايه للطوسى: ٦٠٨.

٤- (٤) الوسيله لابن حمزه: ٣٧٤.

٥- (٥) الكافى فى الفقه: ٣٦٦.

٦- (٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

٧- (٧) المختصر النافع: ١٩١.

و الإرشاد(١) و المهذب(٢).

و هكذا قال به جماعه من المتأخرين(٣).

ففى جامع المقاصد: «إنّ الولاية بالأصالة على الطفل ثابتة لأبيه ثم لجده...

و مع عدم الجميع فالحاكم، و المراد به الإمام المعصوم عليه السلام أو نائبه الخاص، و فى زمان الغيبة النائب العام، و هو المستجمع لشرائط الفتوى و الحكم... فإن فقد الكلّ فهل يجوز أن يتولّى النظر فى تركه الميّت من المؤمنين من يوثق به... يستفاد الإذن فيه من دلائل الأمر بالمعروف...»(٤).

و فى المسالك: «فإن فقد الجميع، فهل يجوز أن يتولّى النظر فى تركه الميّت من المؤمنين من يوثق به؟ قولان: أحدهما المنع، ذهب إليه ابن إدريس... و الثانى و هو مختار الأكثر... الجواز»(٥).

و قد أشبعنا الموضوع بذكر الأقوال و بيان الأدلّة فى البحث عن ولاية الحاكم و عدول المؤمنين على أموال الصغار مفضلاً، و لا تفاوت بين المسألتين فلا نعيدها خوفاً من التطويل(٦).

و يترتب على هذا الحكم أنّه إن ظهر من الموصى إليه عجز أو ضعف فى القيام بالوصيّة، كان للناظر فى امور المسلمين أن يقيم معه أميناً قوياً ضابطاً يعينه

ص: ٦٠٢

١- (١) إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤.

٢- (٢) المهذب البارع ٣: ١١٨.

٣- (٣) الروضة البهيّة ٥: ٧٨، التنقيح الرائع ٢: ٣٩٨، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٩، رياض المسائل ٩: ٥٠٩، جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٠، كتاب الوصايا ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣١.

٤- (٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦.

٥- (٥) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٥.

٦- (٦) راجع الفصل العاشر من الباب الرابع، المبحث الأوّل و الرابع.

على تنفيذ الوصية، و لم يكن له عزله لضعفه(١).

و أما إذا ظهر منه خيانه بعده - أى بعد موت الموصى - عزله الحاكم و أقام أميناً مقامه.

و كذا لو جُنَّ أو أُغْمِيَ عليه٢، و كذا لو تغيّر حاله بالفسق، عزله الحاكم و أقام غيره مقامه على قول بعضهم(٢).

قال فى التذكرة: «إذا أوصى إلى من اجتمعت فيه الشروط فتغيّرت حاله الموصى إليه، فإن كان لضعف من كبر أو مرض، لم تخرج ولايته بذلك عنه و يضمّ الحاكم إليه من يشاركه فى النظر و يساعده عليه، احتياطاً للموصى عليهم.

و إن تغيّرت حاله بفسق، فإن كان قبل موت الموصى، فإن قلنا: تشترط العدالة عند الوصاية بطلت وصيته، و إن لم يشترط و تجددت العدالة حاله الموت صحّت ولايته، و إلا بطلت.

و إن كان تغيّره بعد موت الموصى، إمّا لتعدّيه فى المال أو لغير ذلك بطلت ولايته و انزل عن النظر، و يكون النظر إلى الحاكم أو نائبه، و إلا تولّاه بعض

ص: ٦٠٣

١- ((١، ٢) المقنعه: ٦٦٩، النهايه للطوسى: ٦٠٧، السرائر ٣: ١٩٢، المهذب لابن البراج ٢: ١١٧، الكافى فى الفقه: ٣٦٦، الوسيله لابن حمزه: ٣٧٣، شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، تذكره الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعه الحجرية.

٢- (٣) قال المحقق فى الشرائع ٢: ٢٥٥: «هل يعتبر عداله - أى من الوصى -؟ قيل: نعم؛ لأنّ الفاسق لا أمانه له. و قيل: لا؛ لأنّ المسلم محلّ الأمانه، كما فى الوكاله و الاستيداع، و لأنّها ولايه تابعه لاختيار الموصى فيتحقّق بتعيّنه». و جاء فى تحرير الأحكام ٣: ٣٧٧ «اختيار الشيخ أنّ عداله شرط فلا تصحّ الوصيه إلى الفاسق و إن كان مؤمناً» و منعه ابن إدريس - «السرائر» ٣: ١٨٩ - و قال: عندى فيه نظر. و قال فى المختلف ٦: ٣٥١-٣٥٢: شرط الشيخ فى المبسوط - ٤: ٥١ - و المفيد فى المقنعه -: ٦٦٨ - ... عداله الوصى، و منعوا من الوصيه إلى الفاسق - إلى أن قال: - و الأقرب عدم الاشتراط؛ لأنّها نيابه، فتتبع اختيار المنوب، كالوكاله. نعم، إنّه مستحبّ.

المؤمنين مع تعذر الحاكم و نائبه؛ لزوال الشرط»(١).

و فى تحرير الوسيله «لو ظهرت خيانه الوصى، فعلى الحاكم عزله و نصب شخص آخر مكانه، أو ضمّ أمين إليه حسب ما يراه من المصلحه، و لو ظهر منه العجز عن الاستقلال ضمّ إليه من يساعده. و أمّا إن عجز عن التدبير و العمل مطلقاً - بحيث لا يرجى زواله كالهرم و الخرف - فالظاهر انزاله، و على الحاكم نصب شخص آخر مكانه»(٢).

و كذا فى تفصيل الشريعه، و أضاف بأنّ فى الفرع الثالث - أى صورته عجز الوصى عن التدبير مطلقاً - فقدان ما هو المعتبر فى صحه جعله وصياً يوجب أن ينزل الوصى بنفسه، و لا - حاجه إلى عزل الحاكم فى هذه الصوره، بل اللّازم عليه نصب شخص آخر مكانه»(٣).

ثمّ إنّه على تقدير اشتراط العدالة فى الوصى لو نصب عدلاً، ثمّ ظهر فسقه، و كذا على القول بعدم اشتراط العدالة لو اوصى إلى العدل من حيث كونه عدلاً، ثمّ ظهر منه الفسق بعد موت الموصى، فهل يبطل وصايته؟ فمن قال باعتبار العدالة ابتداءً أبطل الوصيّه هنا، لفوات شرط الوصيّه، و من لم يقل باعتبارها ابتداءً أبطل به هنا؛ لأنّه ربما كان الركون إليه بالإيصاء فى الابتداء و ثوقاً بعدالته، و قد زالت.

و لا تعود ولايته لو عادت العدالة؛ لزوالها شرعاً.

و فى الجواهر فى الأمر الثانى(٤): «ينبغى الجزم به... بلا خلافٍ أجده فيه،

ص: ٦٠٤

١- (١) تذكره الفقهاء ٥١١:٢، الطبعه الحجريّه.

٢- (٢) تحرير الوسيله ٩٩:٢، كتاب الوصيّه مسأله ٤٦.

٣- (٣) تفصيل الشريعه، كتاب الوصيّه: ١٨٨.

٤- (٤) الإيصاء إلى العدل بوصف كونه عدلاً.

بل عن المهذب و شرح الصي يمرى الإجماع عليه (١) إلا من الحلّى (٢)... لعدم مقتضيها، ضروره كون عباره النصب له من حيث العدالة، فمع فسقه لم تشمله عباره النصب، فلا يكون وصياً (٣).

و جاء فى جامع المقاصد: «كأنه لا خلاف فى ذلك عندنا؛ لأنّ الموصى إنّما أوصى إليه بهذا الوصف، و ربما كان هو الباعث الأصلي على التفويض إليه، و قد فات. و ينزل من حين الفسق و إن لم يعزله الحاكم لوجود المانع» (٤).

و به قال أيضاً فى المسالك (٥).

آراء فقهاء أهل السنّه فى المقام

اتفق فقهاء أهل السنّه فى أنّه إن تغيّرت حال الوصيّ لضعف أو كبر أو مرض لم يعزله الحاكم، بل يضمّ إليه أميناً يعاونه، و اختلفوا فى أنّه هل كانت العدالة شرطاً فى الوصيّ حتّى إذا فسق عزله، أم لا يشترط فيه ذلك؟ فأليك نصّ بعض كلماتهم:

أ - الشافعيه

ففى المهذب: «و إن وصّى إلى رجل فتغيّر حاله بعد موت الموصى، فإن كان لضعف ضمّ إليه معين أمين، و إن تغيّر بفسق أو جنون بطلت الوصيه إليه و يقيم الحاكم من يقوم مقامه» (٦). و كذا فى المجموع (٧).

ص: ٦٠٥

١- (١) المهذب البارع ٣: ١١٦، غايه المرام ٢: ٤٤١.

٢- (٢) السرائر ٣: ١٩٨.

٣- (٣) جواهر الكلام ٢٨: ٣٩٦.

٤- (٤) جامع المقاصد ١١: ٢٧٧.

٥- (٥) مسالك الأفهام ٦: ٢٤٣.

٦- (٦) المهذب فى فقه الشافعي ١: ٤٦٣.

٧- (٧) المجموع شرح المهذب ١٦: ٤٣١.

و فى البيان: «فإن أوصى إلى من جمع الشرائط ثم تغيرت حال الوصى بعد موت الموصى، فإن تغير لضعف عن الحساب أو الحفظ لم ينزل بذلك، بل يضم إليه الحاكم أميناً يعاونه؛ لأنّ الضعف لا ينافى الولاية، بدليل أنّ الأب و الجدّ يليان مال ولدهما وإن كان فيهما ضعف. و لو كان الحاكم هو الذى نصب الأمين فضعف فله عزله؛ لأنّه نصبه. و إن فسق الوصى أو جنّ انزل عن الوصية؛ لأنّ الفسق و الجنون ينافيان الولاية»(١). و مثل ذلك فى الوجيز(٢) و العزيز(٣) و معنى المحتاج(٤).

ب - الحنابلة

فقد جاء فى المغنى: «إذا كان الوصى فاسقاً فحكمه حكم من لا وصى له، و ينظر فى ماله الحاكم، و إن طرأ فسقه بعد الوصية زالت ولايته و أقام الحاكم مقامه أميناً، هذا اختيار القاضى، و هو قول الثورى و الشافعى و إسحاق، و على قول الخرقى لا تزول ولايته و يضم إليه أمين ينظر معه... و إذا تغيرت حال الوصى بجنون أو كفر أو سفه زالت ولايته و صار كأنه لم يوص إليه، و يرجع الأمر إلى الحاكم، فيقيم أميناً ناظراً للميت فى أمره و أمر أولاده»(٥).

و كذا فى الكافى(٦) و الإقناع(٧) و كشاف القناع(٨) و الإنصاف(٩)

ص: ٦٠٦

١- (١) البيان فى فقه الشافعى ٣٠٦:٨.

٢- (٢) الوجيز ١:٤٦١.

٣- (٣) العزيز شرح الوجيز ٧:٢٧١ و ما بعده.

٤- (٤) معنى المحتاج ٣:٧٥.

٥- (٥) المغنى ٦:٥٧٢-٥٧٣ و الشرح الكبير: ٥٨٥.

٦- (٦) الكافى فى فقه أحمد ٢:٢٩١.

٧- (٧) الإقناع ٣:٧٩.

٨- (٨) كشاف القناع ٤:٤٧٨.

٩- (٩) الإنصاف ٧:٢٧٥.

و فى المبدع: «تصحّ - أى الوصّيّه - إلى الفاسق و يضمّ الحاكم إليه أميناً... جمعاً بين نظر الموصى و حفظ المال...»(١).

ج - الحنفية

جاء فى البحر الرائق: «و من عجز عن القيام ضمّ إليه غيره؛ لأنّ فى الضمّ رعايه الحقيين: حقّ الوصّى و حقّ الورثه؛ لأنّ تكميل النظر يحصل به؛ لأنّ النظر يتمّ بإعانه غيره»(٢).

و كذا فى البنايه(٣) و أحكام الصغار(٤).

د - المالكيه

فقد جاء فى حاشيه الحرشى: «إنّ الفسق إذا طرأ على الوصّى؛ فإنّه ينزل عن الإيصاء على المشهور؛ إذ يشترط فى الوصى العداله ابتداءً و دواماً»(٥).

و فى عقد الجواهر الثمينه: «و لو ولى العدل ثمّ طرأ الفسق عليه و جب عزله عنها»(٦) أى و جب على الحاكم عزله.

و كذا فى حاشيه الدسوقى(٧) و مواهب الجليل(٨)

ص: ٦٠٧

١- (١) المبدع شرح المقنع ١٠١:٦.

٢- (٢) تكمله البحر الرائق ٣١١:٩.

٣- (٣) البنايه ٦٣٦:١٢.

٤- (٤) أحكام الصغار: ٣٧١-٣٧٢.

٥- (٥) حاشيه الحرشى ٥٠٥:٨.

٦- (٦) عقد الجواهر الثمينه ٤٢٨:٣.

٧- (٧) حاشيه الدسوقى ٤٥٣:٤.

٨- (٨) التاج و الإكليل مع مواهب الجليل ٥٥٧:٨.

قد تقدّم - فى الفصل السادس من الباب الأوّل تحت عنوان حقوق الحمل - صحّحه الوصيه له و بيان شرائطها و بقيت فروع لم نتعرّض لها هناك، و حيث إنّها ترتبط بباب الوصيه فناسب ذكرها فى هذا الفصل، و هى ما يلى:

الأوّل: قال فى القواعد: «لو أوصى لحمل فأنت به لأقلّ من ستّه أشهر استحقّ - أى الموصى به - فإن ولدت آخر لأقلّ من ستّه أشهر من ولاده الأوّل شاركه، لتحقق وجوده وقت الوصيه» (١).

و قال المحقّق الثانى فى شرحها: «و ذلك لأنهما حمل واحد إجماعاً، و لا فرق فى ذلك بين أن يكون فراشاً أو لا.

و لو جاءت بالثانى لستّه أشهر فما زاد لم يشارك؛ لإمكان تجدّده، و لا يخفى أنّ ذلك إنّما يتصوّر إذا لم يتجاوز مجموع المدّتين أقصى (٢) مدّه الحمل» (٣).

و فى التذكرة: «و لو ولدت أحد التوأمين لأقلّ من ستّه أشهر، ثمّ ولدت الثانى لأقلّ من ستّه أشهر من الولاده الأولى صحّت الوصيه لهما و إن زاد ما بين الثانى و الوصيه على ستّه أشهر و كانت المرأه فراشاً؛ لأنهما حمل واحد إجماعاً» (٤). و كذا فى الرياض (٥)، و الحكم واضح لا خلاف فيه.

ص: ٦٠٨

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٤٥٣.

٢- (٢) يجىء التحقيق فى مسأله أقصى مدّه الحمل فى الباب السادس ذيل البحث عن إلحاق الولد بأبيه «الولد للفراش» فانتظر.

٣- (٣) جامع المقاصد ١٠: ٨٧.

٤- (٤) تذكره الفقهاء ٢: ٤٦١ الطبعة الحجرية.

٥- (٥) رياض المسائل ٦: ٢٣٧.

و به قال فقهاء أهل السنّه (١)، ففى الوجيز فى فقه الشافعيّه: «فلو أوصى لحملٍ، جاز بشرط أن ينفصل حيناً لوقت يعلم وجوده عند الوصيّه، و هو لما دون سنّته أشهر. فإن كان لما فوقه، و المرأه ذات زوج، لم يستحقّ؛ لظهور طريان العلوق، و إن لم يكن فأظهر الوجهين أنه يستحقّ، إلا أن يجاوز أربع سنين؛ لأن طريان وطء الشبهه بعيد» (٢).

و كذا فى منهاج الطالبين (٣) و الحاوى الكبير، و أضاف بأنّه «و إن وضعته لأكثر من سنّته أشهر من وقت الوصيّه و لأقلّ من أربع سنين، فإن كانت ذات زوج أو سيّد يمكن أن يطأها فحدث، فالوصيّه باطله؛ لإمكان حدوثه فلم يستحقّ بالشكّ، و إن كانت غير ذات زوج أو سيّد يطأ، فالوصيّه جائزه؛ لأنّ الظاهر تقدّمه، و الحمل يجرى عليه حكم الظاهر فى اللقوق، فكذلك فى الوصيّه» (٤).

الفرع الثانى: قال الشيخ فى المبسوط: «إن أوصى فقال: إن كان الذى فى بطنها ذكراً فله ديناران، و إن كان انثى فله دينار، فإن أتت بذكر فله ديناران، و إن أتت بأنثى فله دينار، و إن أتت بهما فلا شىء لهما. و الفرق بين هذه و بين الأولى حيث قال: إن كان فى بطنها ذكر فله ديناران، و إن كان انثى فله دينار، و قد كان ذكر و انثى، و ليس كذلك هاهنا؛ لأنّه... أراد إن كان كلّ الذى فى بطنها ذكراً أو كلّ الذى فى بطنها انثى و ما وجد تلك الصفه؛ لأنّه كان كلّ ذكراً و انثى» (٥). و كذا

ص: ٦٠٩

- ١- (١) بدائع الصنائع ٤: ٤٣١، تبيين الحقائق ٦: ١٨٦، المقنع: ١٧١، المغنى ٦: ٤٧٤ و الشرح الكبير ٦: ٤٧٤، كشاف القناع ٤: ٤٣٢، الفروع ٤: ٥١٤، المبدع ٦: ٣٥، المدوّنه الكبرى ٦: ٧٣، بلغه السالك و الشرح الصغير ٤: ٣١٧.
- ٢- (٢) الوجيز ١: ٤٤٤.
- ٣- (٣) منهاج الطالبين ٢: ٣٥٦.
- ٤- (٤) الحاوى الكبير ١٠: ٤٢.
- ٥- (٥) المبسوط للطوسى ٤: ١٣-١٤.

فى التذكرة (١).

و به قال المحقق (٢) و القاضى ابن البراج (٣) و ابن حمزه (٤) و كذا الشافعيه (٥).

و الحنفية (٦) و الحنابلة (٧) و لم نجد قولاً من المالكية.

الفرع الثالث: قال العلامة فى التذكرة: «إذا أوصى لحمل امرأه فولدت ذكراً و أنثى، تساويا فى الوصية لأن ذلك عطية و هبه، فأشبهه ما لو و هبها شيئاً بعد ولادتهما. و لو فصل بينهما أتبع كلامه، كالوقف.

و إن قال: إن كان فى بطنها غلامٌ فله ديناران، و إن كان فيه جارية فلها دينار، فولدت غلاماً و جارية، فلكل واحدٍ منهما ما وصى له به؛ لوجود الشرط فيه.

و إن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيته» (٨).

و كذا فى الرياض (٩).

و به أيضاً قال الشافعيه (١٠) و الحنفية (١١) و الحنابلة (١٢).

الفرع الرابع: قال فى القواعد: «لو أوصى للحمل فوضعت حياً و ميتاً صرف

ص: ٦١٠

١- (١) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعة الحجرية.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٠.

٣- (٣) المهذب لابن البراج ٢: ١٠٨.

٤- (٤) الوسيلة: ٣٧٦.

٥- (٥) المهذب فى فقه الشافعي ١: ٤٥٦، البيان فى مذهب الشافعي ٨: ١٦٧، المجموع شرح المهذب ١٦: ٣٧٥، الحاوى الكبير ١٠: ٤٣.

٦- (٦) بدائع الصنائع ٦: ٤٣١.

٧- (٧) الكافي فى فقه أحمد ٢: ٢٧٧، الإقناع ٣: ٥٨-٥٩.

٨- (٨) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعة الحجرية، تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٦٥.

٩- (٩) رياض المسائل ٦: ٢٣٦.

١٠- (١٠) المهذب فى فقه الشافعي ١: ٤٥٦، المجموع شرح المهذب ١٦: ٣٧٤، البيان فى مذهب الشافعي ٨: ١٦٥.

١١- (١١) بدائع الصنائع ٦: ٤٣١، المغنى و الشرح الكبير ٦: ٤٧٧.

١٢- (١٢) الكافي فى فقه أحمد ٢: ٢٧٧، الإقناع ٣: ٥٨-٥٩.

الجميع إلى الحيّ مع احتمال النصف»(١).

وقال المحقق الثاني في شرحه:

«وجه الأول: أنّ الميّت كالمعدوم فيكون الحيّ كأنّه تمام الحمل، فتكون الوصيه له كما في الميراث الموقوف.

ووجه الثاني: أنّ تمام الحمل هو الحيّ والميّت، وكون الميّت كالمعدوم إنّما هو في عدم ثبوت الوصيه له لا مطلقاً.

و لو كانا حيين لكان لكلّ منهما النصف؛ لأنّ الحمل مجموعهما، فيكون كلام الموصي مُنَزَّلاً عليهما، فلا يتفاوت الحال بموت أحدهما؛ لأنّ من أوصى لحيّ و من ظنّ حياته فتبين موته، لا يُصَرَّفُ الحَصَّهُ التي أوصى بها للميّت إلى الحيّ قطعاً فكذا هنا. و الفرق بين الوصيه و الإرث ظاهرٌ؛ فإنّ الإرث للقريب اتّحد أو تعدّد»(٢).

وقال أيضاً في القواعد: «و كذا لو أوصى لأحد هذين و جوّزنا الوصيه المبهمه و مات أحدهما قبل البيان»(٣).

و أضاف المحقق الثاني في شرحه: «أى و كذا الحكم فيما لو أوصى لأحد هذين(٤) و جوّزنا الوصيه المبهمه و مات أحدهما قبل البيان؛ فإنّه يحتمل فيه استحقاق الباقي الجميع و النصف؛ نظراً إلى أنّ الميّت كالمعدوم، فتكون الوصيه كلّها للحيّ، و التفاتاً إلى التردّد في أنّ الحيّ يستحقّ الجميع؛ لكونه الموصى له، أو لا يستحقّ شيئاً؛ لكون الموصى له غيره، فيحكم بالنصف - و لقد أجاد

ص: ٦١١

١- (١) قواعد الأحكام ٢: ٤٥٤.

٢- (٢) جامع المقاصد ١٠: ٩٧.

٣- (٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٥٤.

٤- (٤) في المصدر لهذين، و الصواب ما أثبتناه.

فى الإيراد عليه حيث قال: - و فى هذا نظر؛ لأن الوصية لأحد هذين على طريق الإبهام، لا على معنى أيهما كان يجب أن تكون باطلة؛ لأن المبهمة فى حد ذاته يمتنع وجوده و العلم به، فتمتنع الوصية له.

و ما ذكره من قوله: «و مات أحدهما قبل البيان» يشعر بأن الإبهام إنما هو عند السامع لا عند الموصى، و حينئذ فلا يجيء الاحتمالان باستحقاق الباقي الجميع أو النصف، بل يجب أن يقال: إن أمكن البيان من الموصى، أو من يقوم مقامه فلا بحث، و إن تعذر أمكن القول بالقرعة و البطلان»(١).

و لم نجد فى كلمات فقهاء أهل السنة قولاً فى هذا الفرع إلا من الحنفية، حيث قال فى البدائع: «لو قال: أوصيت بثلاث مالى لما فى بطن فلانه، فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصى ولداً ميتاً لا وصية له... و لو ولدت ولدين حياً و ميتاً فجميع الوصية للحى؛ لأن الميت لا يصلح محلاً لوضع الوصية فيه، و لهذا لو أوصى لحى و ميت كان كل الوصية للحى»(٢).

الفرع الخامس: قال الشيخ فى المبسوط: «إن كان - أى الوصية - مقيداً فقال:

أوصيت لحمل هذه الجارية و هو من فلان، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر و لحقه النسب، فإنه تصح الوصية؛ لأننا بينا أنه كان مخلوقاً موجوداً حال الوصية؛ لأن أقل الحمل ستة أشهر، و إن أتت به لأكثر من ستة أشهر فالحكم على ما مضى فى المسألة الأولى.

فإن كان لها زوج فلا تصح له الوصية؛ لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية. و إن لم يكن لها زوج نظرت؛ فإن أتت به لأقل من تسعة أشهر؛ فإنه يلحق النسب و ثبت له الوصية، و إن أتت به لأكثر من ذلك؛ فإنه لا يلحق النسب

ص: ٦١٢

١- (١) جامع المقاصد ١٠: ٩٧.

٢- (٢) بدائع الصنائع ٦: ٤٣٣.

و لا تصحّ الوصيّه، فإن أوصى لحمل جاريه و قال: هو ابن فلان فأنت به و نفاه زوجها باللعان صحّت الوصيّه؛ لأنّه ليس فيه أكثر من انقطاع النسب بين الولد و والده، فأما من الأجنبيّ فلا»(١).

و فى التذكرة: لو قال الموصى: أوصيت لحمل فلانه من زيد، فكما يشترط العلم بوجوده عند الوصيّه، يشترط أن يكون ثابت النسب من زيد حتّى لو كانت الوصيّه بعد زوال الفراش فأنت بولد لأكثر من سنه - عندنا - و من أربع سنين - عند الشافعى - من وقت الفراق و الأقلّ من ستّه أشهر من يوم الوصيّه، فلا يستحقّ؛ لأنّ النسب غير ثابت منه.

بخلاف ما إذا اقتصر على الوصيّه لحمل فلانه و لم يصرّح بأنّه من زيد، لم يشترط بكونه ثابت النسب من زيد، و لو اقتضى الحال ثبوت النسب من زيد، لكنّه نفاه باللعان أو الإنكار، فقال بعضهم: لا تصحّ الوصيّه و أنّه لا شىء له، لأنّه لم يثبت نسبه، بل نفى نسبه عنه، و إذا لم يثبت نسبه لم يوجد شرطه.

و قال آخرون: إنّه يستحقّ؛ لأنّه كان النسب ثابتاً، إلاّ أنّه انقطع باللعان، و اللعان إنّما يؤثر فى حقّ الزوجين خاصّه، و لهذا لا يجوز لغير الزوج رميها بذلك.

و هذا الخلاف كالخلاف فى أنّ التوأمين المنفيين باللعان يتوارثان بإخوه الأمّ وحدها، أو بإخوه الأبوين»(٢).

و به قال الشافعيّه و الحنفية.

جاء فى العزيز: لو قال الموصى: أوصيت لحمل هذه المرأه من زيد، لم تصحّ الوصيّه له إلاّ بشرطين:

أحدهما: العلم بوجوده عند الوصيّه كما تقدّم.

ص: ٦١٣

١- (١) المبسوط للطوسى ١٣: ٤.

٢- (٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦٠-٤٦١ الطبعة الحجرية.

و الثاني: ثبوت نسبه من أبيه المذكور في الوصية، و أن يكون ثابت النسب من زيد، حتى لو كانت الوصية بعد زوال الفراش، فأنت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الفراق، و لأقل من ستته أشهر من يوم الوصية، فلا يستحق؛ لأن النسب غير ثابت منه، و لو اقتضى الحال ثبوت النسب من زيد لكنه نفاه باللعان، فعن ابن سريج و عامه الأصحاب: أنه لا شيء له؛ لأنه لم يثبت نسبه.

و عن أبي إسحاق و أبي منصور أنه يستحق؛ لأنه كان النسب ثابتاً، إلا أنه انقطع باللعان، و اللعان إنما يؤثر في حق الزوجين (١).

و كذا في البيان (٢) و روضه الطالبين (٣) و المغنى و الشرح الكبير (٤) و غيرها (٥).

الفرع السادس: أنه إذا أوصى للحمل صحت الوصية، و كان القابل لها أبوه أو جدّه أو من يلي اموره بعد خروجه حياً، و لو قبل قبل انفصاله حياً ثم انفصل حياً، ففي الاعتداد بذلك القبول إشكال (٦).

أشير إلى هذا الفرع في كلام الشافعية أيضاً (٧).

نقول: لم نقف في هذه الفروع على نص، إلا أن ظاهر الأصحاب الاتفاق على ما ذكرناه؛ فإنه لم ينقل هنا خلاف في شيء من هذه الأحكام.

الفرع السابع: عدم صحه الوقف للحمل، الظاهر لا خلاف في أنه لا يصح الوقف للحمل.

ص: ٦١٤

١- (١) العزيز شرح الوجيز ٧: ١٠-١١.

٢- (٢) البيان ٨: ١٦٥.

٣- (٣) روضه الطالبين ٥: ١٧٣.

٤- (٤) المغنى ٦: ٤٧٥، الشرح الكبير ٦: ٤٧٦.

٥- (٥) المجموع شرح المهذب ١٦: ٣٢٧، مغنى المحتاج ٣: ٤١، الحاوى الكبير ١٠: ٤٤.

٦- (٦) تذكره الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعه الحجرية.

٧- (٧) العزيز شرح الوجيز ٧: ١١، روضه الطالبين ٥: ١٧٤.

قال الشيخ في النهاية: «و لا يجوز أن يقف على من لم يوجد بعد، فإن وقف كذلك كان الوقف باطلاً»(١).

و به صرح أيضاً في المقنعه(٢) و الخلاف(٣) و المبسوط(٤) ، و المهذب(٥)

و الوسيله(٦) و غيرها(٧).

لعدم أهليته المعدوم للتملك و هو واضح. و صرح الفقهاء بأن في معناه الحمل أيضاً؛ لأنه و إن كان موجوداً إلا أنه غير صالح للتملك ما دام حاملاً.

ففي المبسوط: «و من شرط صحه الوقف أن يكون الموقوف عليه ابتداءً ممن يملك المنفعه، و لا- يجوز أن يقف على من لا يملك في الحال... أو على حمل هذه الجاربه و لم ينفصل الحمل بعد بلا خلاف»(٨).

و في الخلاف: «إذا وقف على من لا يصح الوقف عليه مثل العبد، أو حمل لم يوجد... يبطل الوقف»(٩).

و به صرح ابن حمزه(١٠) و الراوندى(١١) و الحلبي(١٢) و ابن زهره(١٣)

ص: ٦١٥

١- (١) النهاية للطوسي: ٥٩٦.

٢- (٢) المقنعه: ٦٥٥.

٣- (٣) الخلاف ٣: ٥٤٤.

٤- (٤) المبسوط للطوسي ٣: ٢٩٢.

٥- (٥) المهذب لابن البراج ٢: ٨٨.

٦- (٦) الوسيله لابن حمزه: ٣٧٠.

٧- (٧) الجامع للشرائع: ٣٧٠، شرائع الإسلام ٢: ٢١٤، قواعد الأحكام ٢: ٣٩٠، جامع المقاصد ٩: ٣٨.

٨- (٨) المبسوط للطوسي ٣: ٢٩٢.

٩- (٩) الخلاف ٣: ٥٤٤.

١٠- (١٠) الوسيله لابن حمزه: ٣٧٠.

١١- (١١) فقه القرآن ٢: ٢٩٣.

١٢- (١٢) السرائر ٣: ١٥٦.

١٣- (١٣) غنيه النزوع: ٢٩٧.

و قال فى تحرير الوسيلىه: «يعتبر فى الوقف الخاصّ وجود الموقوف عليه حين الوقف، فلا يصحّ الوقف ابتداءً على المعدوم و من سيوجد بعد، و كذا الحمل قبل أن يولد»(٢).

و لم نقف على نصّ فى المقام، إلاّ أنّه مضافاً إلى الاتّفاق فى المسأله، بل تسالم الكلّ عليها، حيث إنّ الوقف إمّا تمليك العين و المنفعه، و إمّا تمليك المنفعه فقط، فلا بدّ من قابليّته الموقوف عليه للتملّك، و الحمل لا يصلح لذلك، بخلاف الوصيّه، حيث إنّها تمليك فى المستقبل، و لذا اشترطوا فيها وضعه حيّاً، فلو مات قبل خروجه حيّاً بطلت الوصيّه كما تقدّم.

و لذا جاء فى جامع المقاصد: «أمّا الحمل؛ فلاّنه لم يثبت تملّكه إلاّ فى الوصيّه، و لعدم القطع بحياته. و الفرق بين الوصيّه و الوقف، أنّ الوصيّه تتعلّق بالمستقبل، و الوقف تسليط فى الحال»(٣).

و فى المسالك: «تفريع الحمل على المعدوم لا يخلو من تجوّز؛ لأنّه فى نفسه موجود، غاية استتاره، و إنّما يشاركه فى الحكم بعدم صحّحه الوقف عليه من جهه اخرى؛ و هى أهليّته الموقوف عليه للتملّك؛ فإنّها شرط من حيث إنّ الوقف إمّا تمليك العين و المنفعه إن قلنا: إنّ الوقف يملكه الموقوف عليه. و إمّا تمليك المنفعه إن لم نقل به، و الحمل لا يصلح لشيءٍ منهما»(٤).

ص: ٦١٦

١- (١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤، قواعد الأحكام ٢: ٣٩٠، تحرير الأحكام الشرعيّه ٣: ٢٩٧، تذكره الفقهاء ٢: ٤٢٨، الطبعه الحجرية.

٢- (٢) تحرير الوسيلىه ٢: ٦٧، مسأله ٣٥.

٣- (٣) جامع المقاصد ٩: ٣٨-٣٩.

٤- (٤) مسالك الأفهام ٥: ٣٢٧.

و خالف السيّد اليزدي ما ذهب إليه المشهور، حيث قال بصحّه الوقف للحمل لو لا الإجماع، و اعتقد أنّه لا إجماع في المسأله، و ذكر في تحقيق المسأله ما ملخصه:

أولاً: لا فرق بين الحمل و الرضيع خصوصاً مع فصل قليل، كما إذا كان قبل الوضع بربع ساعه، و اشتراط إرثه بتولّده حيّاً ليس لعدم قابليته للملكيه، بل للدليل الخاصّ، فلا يصحّ القياس عليه.

و ثانياً: بالنقض بما إذا كان تبعاً لموجود، فإنّه يجوّزونه، كما إذا وقف على أولاده الموجودين و من سيوجد منهم، و كما في سائر البطون اللاحقه، فإنّ تملك المعدوم لو كان غير معقول لم يكن فرق بين الاستقلال و التبعية.

و ثالثاً: لا فرق في المعقوليه و عدمها بين كون المالك معدوماً أو المملوك، مع أنّهم يجوّزون تملك الكلي في الذمه، مع أنّه ليس شيئاً موجوداً في الخارج، و أيضاً يجوّزون بيع الثمار قبل بروزها عامين أو مع الضميمه، و يجوّزون تملك المنافع و ليست موجوده بل يستوفى شيئاً فشيئاً.

و رابعاً: التحقيق أنّ الملكيه من الأمور الاعتباريه، فوجودها عين الاعتبار العقلائي... فيكفيها المحلّ الموجود في اعتبار العقلاء، كيف؟ و إلّا لزم عدم تعلق الوجوب بالصلاه، و لا الحرمة بالزنا إلّا بعد وجودهما في الخارج. نعم، مبانيها من الحبّ و البغض و الإراده و الكراهه أعراض خارجيه.

و خامساً: أنّ الوقف ليس تملكاً، و الظاهر عدم الإشكال في جواز الوقف على الحجاج و الزوّار مع عدم وجود زائر أو حاج حين الوقف، و كذا الوقف على طلاب مدرسه معيّنه مع عدم وجودهم فيها حاله - إلى أن قال: - إنّ تمّ الإجماع على عدم صحّه الوقف على المعدوم الذي سيوجد، و إلّا فالأقوى صحّته، و تحقّق الإجماع الكاشف عن رأى المعصوم عليه السلام دونه خرط القتاد»(1)

ص: ٦١٧

نقول: لو لم يكن في المسأله إجماع كان لما أفاده قدس سره وجه، و لكنّ الظاهر ثبوت الإجماع بل تسالم الفريقين، و لم تكن في النصوص مستند لهذا الإجماع حتى يستشكل بأنه مدركي، بل غير بعيد أن فتوى القدماء - مثل المفيد و المشايخ الثلاثة - خصوصاً إذا اتفقوا على أمر، يكشف ذلك عن تلقيهم ذلك الأمر من الأئمه عليهم السلام، على هذا قول المشهور هو الأقوى، و هو المعتمد، و الله العالم بحكمه.

و قال بعض الأعلام في تفصيل الشريعه في المقام: «إن تمّ الإجماع على عدم صحّه الوقف على المعدوم الذي سيوجد، و إلاّ فالأقوى صحّته، و الإجماع - على تقديره - لا يكون كاشفاً عن رأى المعصوم عليه السلام؛ لأنهم يعلّون بهذا التعليل العليل، و توجيه عدم الصحّه من طريق اعتبار القبض في الصحّه ممنوع بعدم اشتراط الفوريّه في القبض، و بإمكان قبض الحاكم أو المتولى»(١).

هذا إذا وقف على الحمل مستقلاً، أمّا لو وقف على المعدوم و الحمل تبعاً للموجود صحّ كما صرح به في المقنعه(٢) و المبسوط(٣) و الوسيله(٤) و الغنيه(٥)

و السرائر(٦) و الشرائع(٧) و التذكره(٨) و التحرير(٩) و الدروس(١٠) و اللمعه(١١) و جامع

ص: ٦١٨

- ١- (١) تفصيل الشريعه، كتاب الوقف: ٥٠.
- ٢- (٢) المقنعه: ٦٥٥.
- ٣- (٣) المبسوط للطوسي ٣: ٢٩٢.
- ٤- (٤) الوسيله لابن حمزه: ٣٧٠.
- ٥- (٥) غنيه النزوع: ٢٩٧.
- ٦- (٦) السرائر ٣: ١٥٦.
- ٧- (٧) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤.
- ٨- (٨) تذكره الفقهاء ٢: ٤٢٨، الطبعة الحجرية.
- ٩- (٩) تحرير الأحكام الشرعيّه ٣: ٢٩٧.
- ١٠- (١٠) الدروس الشرعيّه ٢: ٢٦٩.
- ١١- (١١) اللمعه الدمشقيّه: ٥٧.

المقاصد (١) و المسالك (٢) و غيرها (٣).

قال فى تحرير الوسيله: «و لو وقف على المعدوم أو الحمل تبعاً للموجود؛ بأن يجعل طبقه ثانياه، أو مساوياً للموجود فى طبقه بحيث شاركه عند وجوده، صحّ بلا إشكال، كما إذا وقف على أولاده الموجودين و من سيولد على الشريك أو الترتيب» (٤).

الوقف على الحمل عند أهل السنه

ذهب المالكيه إلى أنه يصحّ الوقف على من هو أهل للتملك كمن سيولد.

ففى مواهب الجليل: «المشهور المعمول عليه صحّته - أى الوقف - على الحمل... و زعم بعضهم أنه لا يجوز على الحمل، و الروايات واضحة بصحّته» (٥).

و جاء فى حاشيه الدسوقي: و يصحّ على من سيولد فيعطاهما ما لم يحصل مانع من الوجود كموت إلا أنه غير لازم بمجرد عقده، بل يوقف لزومه إلى أن يوجد (٦).

و أما الشافعيه، فقد نصّوا على عدم صحّته الوقف على الحمل؛ لعدم صحّته تملكه؛ سواء أ كان مقصوداً أم تابعاً، حتّى لو كان له أولاد و له جنين عند الوقف

ص: ٦١٩

-
- ١- (١) جامع المقاصد ٩: ٣٩.
 - ٢- (٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٢٨.
 - ٣- (٣) فقه القرآن للراوندى ٢: ٢٩٣، الجامع للشرائع: ٣٧٠، قواعد الأحكام ٢: ٣٩١، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٢، تبصره المتعلمين: ١٢٦، التنقيح الرائع ٢: ٣٠٨، الروضه البهيّه ٣: ١٧٨، الحدائق الناضره ٢٢: ١٨٩، جواهر الكلام ٢٨: ٢٧، مفتاح الكرامه ٩: ٤٨، رياض المسائل ٩: ٣١١، وسيله النجاه ٢: ١٣٠، منهاج الصالحين للخوئى ٢: ٢٤٠.
 - ٤- (٤) تحرير الوسيله ٢: ٦٨ كتاب الوقف مسأله ٣٥.
 - ٥- (٥) مواهب الجليل ٧: ٦٣٢.
 - ٦- (٦) حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٧٧.

لم يدخل إلا إذا انفصل حيًّا؛ فإنه يدخل معهم (١).

ففى الوجيز: «و لا يجوز - أى الوقف - على الجنين؛ لأنه لا تسليط فى الحال» (٢) و كذا فى فتح الوهاب (٣).

و جاء فى المهذب: «و لا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد و الحمل؛ لأنه تمليك منجز، فلم يصح على من لا يملك كالهبة و الصدقة» (٤).

و به قال الحنابلة، فقد جاء فى المغنى: «و من وقف على أولاده أو أولاد غيره و فيهم حمل لم يستحق شيئاً قبل انفصاله؛ لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله» (٥).

و فى الشرح الكبير: «و لا يصح على حيوان لا يملك كالعبد القن... و الحمل و الملك...» (٦).

و كذا فى الإنصاف، و أضاف: و هذا المذهب، و عليه جماهير الأصحاب، و قطع به كثير منهم (٧).

و لم نعثر للحنفية فيما استطعنا الوصول إليه من كتبهم فى باب الوقف على نصّ خاصّ فى هذه المسألة.

٥٣ مع تصرّفٍ. فى كميته، و يقال منه للمالك: مقارض بالكسر، و للعامل: مقارض بالفتح». و كذا فى جواهر الكلام ٣٣٦:٢٦ و الحدائق الناضرة ١٩٩:٢١ و ٢٠٠.

ص: ٦٢٠

١- (١) مغنى المحتاج ٣٧٩:٢.

٢- (٢) الوجيز فى فقه الشافعى ٤٢٥:١.

٣- (٣) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ١:٤٤١.

٤- (٤) المهذب فى فقه الشافعى ١:٤٤١.

٥- (٥) المغنى ٦:٢٠٥.

٦- (٦) الشرح الكبير ٦:١٩٨.

٧- (٧) الإنصاف ٧:٢١.

فهرس أحكام الأطفال و أدلتها

الجزء الثاني الفصل السادس: ولاية الوكيل ٥

المبحث الأول: معنى الوكالة و ذكر الأقوال فيها..... ٥

المبحث الثاني: أدله هذا الحكم..... ١٠

المبحث الثالث: ولاية الوكيل عند الجمهور من أهل السنّه..... ١٣

الفصل السابع: ما يترتب على نكاح الصغيرين..... ١٧

المبحث الأول: التوارث بين الصغيرين..... ١٧

- أدله توارث الصغيرين عن الآخر..... ١٨

- إذا عقد على الصغيرين غير وليهما..... ١٩

- الجواب عن شبهتين فى الصحيحه..... ٢٢

- رأى بعض أهل السنّه فى المسأله..... ٢٣

المبحث الثاني: من عليه المهر..... ٢٥

- تترتب على هذه المسأله فروع..... ٢٩

- رأى بعض أهل السنّه فى ضمان الأب، المهر..... ٣١

المبحث الثالث: الحرمة بالمصاهره..... ٣٢

- المسأله الأولى: نكاح امّ الزوجه الصغيره..... ٣٣

- أدلّه قول الأوّل..... ٣٤

- الثالث: الأخبار الكثيره..... ٣٧

- حرمه امّ الزوجه الصغيره على الزوج..... ٣٩

- أدلّه هذا القول..... ٤٠

- الترجيح للأخبار التي دلت على التحريم..... ٤٣

- التوقف في المسأله..... ٤٤

- آراء فقهاء أهل السنّه في المسأله..... ٤٥

- رأى المحقّق القمّي في تزويج الصغيره..... ٤٦

- الجواب عن المحقّق القمّي رحمه الله..... ٥٢

- المسأله الثانيه و الثالثه: حرمه زوجة كلّ من الأب و الابن على الآخر..... ٥٦

المبحث الرابع: عدم جواز وطء الزوجه قبل التسع..... ٥٩

المطلب الأوّل: حرمه وطء الزوجه قبل التسع..... ٥٩

المطلب الثاني: حكم الدخول بالزوجه قبل التسع..... ٦١

المطلب الثالث: عدم كون الإفضاء موجباً للبينونه..... ٦٤

المطلب الرابع: وجوب الديه بالإفضاء..... ٦٥

المطلب الخامس: وجوب نفقتها على الزوج..... ٦٩

المطلب السادس: وجوب المهر لها..... ٧٠

المطلب السابع: جواز وطئها لو اندمل الموضع..... ٧٠

آراء فقهاء أهل السنّه في جواز وطء الصغيره قبل التسع..... ٧١

المبحث الخامس: حكم نفقه الزوجه الصغيره..... ٧٣

- كون وجوب النفقه، مشروطاً بالتمكين الكامل..... ٧٤

- أدلّه اشتراط وجوب النفقه بالتمكين..... ٧٥

- اقتضاء عقد النكاح بذاته للنفقه..... ٨١

ص: ٦٢٢

- أدلّه هذا القول..... ٨٣

- الأوّل: الآيات..... ٨٣

- الثانی: الأخبار..... ٨٤

- عدم وجوب النفقه على الزوج الصغير..... ٨٨

- أدلّه هذا القول..... ٨٩

- وجوب نفقه الزوجه على الزوج الصغير..... ٩١

- آراء فقهاء أهل السنّه فى نفقه الزوجه الصغيره..... ٩٢

- المبحث السادس: حكم عدّه الصغيره فى الطلاق..... ٩٥

- جواب العلّامه و الشهيد عن استدلال السيّد المرتضى..... ٩٧

- الروايات التى تدلّ على مذهب السيّد المرتضى و أتباعه..... ١٠٠

- إيضاح..... ١٠٢

- عدم وجوب العدّه على الزوجه الصغيره..... ١٠٢

- أدلّه عدم ثبوت العدّه للصغيره..... ١٠٤

- وجوب عدّه الوفاه على الزوجه الصغيره..... ١٠٦

- رأى فقهاء أهل السنّه فى عدّه الصغيره..... ١٠٩

- وجوب الحداد على الزوجه الصغيره..... ١١٠

- المبحث السابع: عدم الولايه على الطلاق..... ١١٤

- أدلّه عدم جواز طلاق الوليّ عن الصبيّ..... ١١٥

- آراء فقهاء أهل السنّه فى هذه المسأله..... ١١٧

- فرغ..... ١٢٠

- تنبيه..... ١٢١

الفصل الثامن: النظر إلى الصبيّ و الصبيّه و لمسهما و تقبيلهما..... ١٢٣

- تمهيد..... ١٢٣

المبحث الأول: النظر إلى جسد الصبيّه و الصبيّ و عورتها..... ١٢٥

ص: ٦٢٣

- أ - النظر إلى الصبيّه..... ١٢٥

- أدلّه جواز النظر إلى الصغيره..... ١٢٦

- عدم جواز النظر إلى الصغيره مع تلذذ و شهوه..... ١٣٠

- ب - نظر المرأه إلى الصغير..... ١٣١

- ج - نظر الصبيّ إلى المرأه الأجنبيّه..... ١٣٢

- إيضاح..... ١٣٧

- د - النظر إلى عوره الصغيره..... ١٣٧

- ه - نظر المميّز إلى عوره الرجل أو المرأه..... ١٣٨

المبحث الثاني: لمس الصبيّه و الصبيّ..... ١٤٣

المبحث الثالث: تقبيل الرجل الصبيّه و المرأه للصبيّ..... ١٤٦

- المطلب الأوّل: تقبيلهما قبل أن يأتي عليهما ستّ سنين..... ١٤٦

- أدلّه هذا الحكم..... ١٤٦

- المطلب الثاني: تقبيلها بعد أن يأتي عليها ستّ سنين..... ١٥١

- إيضاح..... ١٥٣

- أنظار فقهاء أهل السنّه في مباحث هذا الفصل..... ١٥٤

الفصل التاسع: ولاية الأب و الجدّ على أموال الصغار..... ١٦١

- تمهيد..... ١٦١

المبحث الأوّل: ثبوت ولاية الأب و الجدّ على الأموال و أدلّتها..... ١٦٣

- إيراد المحقّق الاصفهانيّ و الجواب عنه..... ١٦٩

- إيراد المحقّق الإيروانيّ و السيّد الخوئيّ و الجواب عنهما..... ١٧٠

- الإيراد على الاستدلال بهذه الأخبار و الجواب عنه..... ١٧٣

- الولاية على أموال الصغار عند فقهاء أهل السنّة..... ١٧٨

المبحث الثاني: تعميم الولاية للأجداد كلّهم..... ١٨١

- المطلب الأوّل: عدم اختصاص الولاية بالجدّ الداني..... ١٨١

ص: ٦٢٤

- الإيراد على الاستدلال و الجواب عنه..... ١٨٢
- المطلب الثاني: كون الأجداد فى مرتبه واحده..... ١٨٣
- المطلب الثالث: تقارن تصرّف الأب و الجدّ..... ١٨٥
- آراء فقهاء أهل السنّه فى مسائل هذا المبحث..... ١٨٧
- المبحث الثالث: شرائط ولايه الأب و الجدّ على أموال الصغار..... ١٨٩
- المطلب الأوّل: اشتراط العدالة..... ١٨٩
- أدلّه هذا الشرط..... ١٩٠
- الجواب عن الاستدلال بآيه النبأ..... ١٩٣
- إيضاح..... ١٩٥
- عدم اشتراط العدالة فى ثبوت الولايه للأب و الجدّ..... ١٩٦
- أدلّه قول الثانى..... ١٩٧
- القول الثالث: التوقّف فى المسأله..... ٢٠٣
- اشتراط العدالة فى الولايه على الأموال، عند بعض أهل السنّه..... ٢٠٤
- المطلب الثانى: اشتراط المصلحه أو عدم المفسده..... ٢٠٥
- كون نفوذ تصرّفات الأب و الجدّ منوطاً بعدم المفسده..... ٢٠٧
- تصرّفات الوليّ مشروطٌ بالمصلحه..... ٢١٠
- أدلّه اعتبار المصلحه فى تصرّفات الأب و الجدّ..... ٢١١
- مناقشه الشيخ الأعظم على الاستدلال بالآيه و الجواب عنه..... ٢١٥
- اشتراط إحراز المصلحه أو عدم المفسده..... ٢١٩
- آراء جمهور أهل السنّه فى مسائل هذا المبحث..... ٢٢١

المبحث الرابع: ولاية الوصي على أموال الصغار و شرائطها..... ٢٢٣

- المطلب الأول: ولاية الوصي..... ٢٢٣

- أدلّه ولاية الوصي على أموال الصغار..... ٢٢٤

- آراء فقهاء أهل السنّه في ولاية الوصي على أموال الصغار..... ٢٢٧

ص: ٦٢٥

- المطلب الثاني: بيان شرائطها..... ٢٣٠

- اشتراط تصرفات الوصي للمصلحة عند أهل السنّه..... ٢٣١

المبحث الخامس: نفوذ تصرفات الوكيل على أموال الصغار..... ٢٣٣

الفصل العاشر: ولاية الحاكم و القاضي و عدول المؤمنين على أموال الصغار..... ٢٣٥

المبحث الأول: ولاية الحاكم..... ٢٣٥

- أدلّه ولاية الحاكم على أموال الصغار..... ٢٣٨

- إيراد المحقق الخوئي على الاستدلال بالآيه و الجواب عنه..... ٢٤٠

- الإيراد على الاستدلال بالصحيحه و الجواب عنه..... ٢٤٦

- جواز التصرف في أموال الصغار حسبّه..... ٢٥٩

- ولاية الحاكم على أموال الصبي عند فقهاء أهل السنّه..... ٢٦١

المبحث الثاني: اعتبار المصلحة في تصرفات الحاكم و أمينه..... ٢٦٣

- أدلّه هذا الحكم..... ٢٦٥

- الأول: الآيات..... ٢٦٥

- الثاني: النصوص..... ٢٦٧

- توهم التعارض و الجواب عنه..... ٢٧٠

- فرعان..... ٢٧٢

- اعتبار الأصلح في تصرفات الحاكم..... ٢٧٧

- عدم اعتبار المصلحة في تصرفات الحاكم..... ٢٨٠

- أدلّه هذا القول..... ٢٨٠

- اعتبار المصلحة في ولاية الحاكم عند فقهاء أهل السنّه..... ٢٨١

المبحث الثالث: ولاية القضاة..... ٢٨٤

- تمهيد..... ٢٨٤

- أدلّه ولاية القضاة على أموال الصغار..... ٢٨٧

- ولاية القضاة على أموال الأيتام عند فقهاء أهل السنّه..... ٢٩٢

ص: ٦٢٤

- تذكرة..... ٢٩٣

المبحث الرابع: ولاية عدول المؤمنين..... ٢٩٥

- أدله هذا الحكم..... ٢٩٩

- عدم ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام..... ٣٠٦

- يجوز لعدول المؤمنين نصب القيم للأيتام..... ٣٠٧

- عدم ثبوت الولاية على أموال الصغار للفساق..... ٣٠٩

- آراء مذاهب أهل السنّة في المسألة..... ٣١١

المبحث الخامس: شرائط ولاية عدول المؤمنين..... ٣١٣

- عدم اشتراط ولاية عدول المؤمنين بتعدّد الإذن من الفقيه..... ٣١٦

- تذكرة..... ٣٢٠

الباب الخامس: بيان موارد تصرف الأولياء

تمهيد..... ٣٢١

الفصل الأول: البيع و الشراء و الاتّجار و المصالحه بمال الصبي..... ٣٢٣

المبحث الأول: البيع و الشراء و الاتّجار بمال الصبي..... ٣٢٣

- أدله جواز البيع و الشراء بمال الطفل..... ٣٢٥

- آراء فقهاء أهل السنّة في هذه المسألة..... ٣٢٧

المبحث الثاني: الفروع التي تنشأ من ولاية الأولياء على أموال الصغار..... ٣٣١

- آراء فقهاء أهل السنّة في اختلاف الوصي مع الصغير..... ٣٤٨

المبحث الثالث: المصالحه بمال الطفل..... ٣٥٠

- أدله جواز المصالحه بمال الطفل..... ٣٥١

- عدم تبرئه ذمّه من عليه الحقّ ٣٥٢

- حكم المصالحه بمال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّه ٣٥٤

ص: ٦٢٧

الفصل الثاني: الأمور التي هي من شئون الاتجار..... ٣٥٧

المبحث الأول: المضاربه و الإبضاع بمال اليتيم..... ٣٥٨

- أدلّه هذين الحكمين..... ٣٦١

- المضاربه و الإبضاع بمال الصبيّ عند أهل السنّه..... ٣٦٣

المبحث الثاني: الرهن و الارتهان و الإقراض و الاقتراض..... ٣٦٧

- أدلّه جواز رهن مال الصبيّ..... ٣٦٩

- الارتهان للصغير..... ٣٧٠

- اشتراط كون الرهن مساوياً لمال الصغير أو أزيد..... ٣٧٢

- آراء فقهاء أهل السنّه في المسائل التي تقدّمت..... ٣٧٣

- اقتراض الوليّ من مال الصبيّ..... ٣٧٨

- أدلّه جواز اقتراض الوليّ من مال الصبيّ..... ٣٧٩

- عدم جواز الاقتراض من مال الصبيّ..... ٣٨٠

- اقتراض الوليّ من مال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّه..... ٣٨١

المبحث الثالث: إيداع مال الصبيّ و عاريتة..... ٣٨٢

- أدلّه جواز إيداع مال الصبيّ..... ٣٨٤

- الإيداع و العاريتة في مال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّه..... ٣٨٤

الفصل الثالث: إجاره الوليّ الصبيّ أو ماله..... ٣٨٧

المبحث الأول: إجاره الوليّ نفس الصبيّ..... ٣٩٠

- جواز فسخ الصبيّ بعد بلوغه و رشده..... ٣٩٤

- عدم جواز فسخ الصبيّ بعد بلوغه و رشده..... ٣٩٦

- أدلّه هذا القول..... ٣٩٧

المبحث الثاني: إجاره الولي ما يملكه الصبي..... ٤٠٠

- فرع..... ٤٠٤

- إجاره الولي نفس الصبي أو ماله عند فقهاء أهل السنّه:..... ٤٠٥

ص: ٦٢٨

المبحث الثالث: جواز أخذ الأجره من مال الطفل..... ٤٠٩

- المقام الأول: أن يكون المتولّى فقيراً..... ٤٠٩

- أدلّه جواز أخذ الوليّ اجره المثل..... ٤١٤

- المقام الثاني: أن يكون الوليّ غنيّاً..... ٤٢١

- المناقشه في الاستدلال بالآيه..... ٤٢٢

- المناقشه في الاستدلال بالموثّقه..... ٤٢٤

- جواز أخذ الأجره..... ٤٢٧

- أدلّه جواز أخذ الأجره مع الغنى..... ٤٢٨

- امور هامه ينبغي ذكرها..... ٤٣٠

- آراء فقهاء أهل السنّه في جواز أخذ الأجره من مال الطفل..... ٤٣٣

الفصل الرابع: استيفاء حقوق الطفل..... ٤٣٩

- تمهيد..... ٤٣٩

المبحث الأول: استيفاء حقّ الشفعه..... ٤٤٠

- أدلّه استيفاء حقّ الشفعه للصبيّ..... ٤٤١

- للصبيّ أخذ الشفعه بعد البلوغ..... ٤٤٢

- ليس للصبيّ أخذ الشفعه بعد البلوغ..... ٤٤٣

- أخذ الوليّ الشفعه عند فقهاء أهل السنّه..... ٤٤٤

المبحث الثاني: استيفاء حقّ الخيار للصبيّ..... ٤٤٨

- أدلّه ثبوت حقّ الخيار للصبيّ..... ٤٤٩

- ثبوت الخيار للولّي في حال كونه موجباً وقابلاً باعتبارين..... ٤٥١

- فرع..... ٤٥٣

- استيفاء حق الخيار عند فقهاء أهل السنّه..... ٤٥٣

المبحث الثالث: الولايه على القبول و القبض فى الهبه..... ٤٥٦

- أدلّه جواز الهبه بالمعاطاه..... ٤٥٩

ص: ٦٢٩

- إيضاح..... ٤٦٠

- قبول الولي الهبه و الهديه للصبي..... ٤٦١

- فرع..... ٤٦٣

- آراء فقهاء أهل السنّه في المسأله..... ٤٦٤

- المطلب الثاني: الولايه على قبض الهبه..... ٤٦٥

- أدلّه قبض الولي الهبه للصبي..... ٤٦٨

- اشتراك الصدقه و الهبه في القبض..... ٤٧٠

- فروع..... ٤٧٠

- آراء فقهاء أهل السنّه في الولايه على قبض الهبه..... ٤٧٢

المبحث الرابع: الولايه على القبض في الوقف على الأطفال..... ٤٧٧

- المطلب الأول: أن يتولّى الأب أو الجدّ أو الوصي القبض عن الصغير..... ٤٧٧

- أدلّه هذا الحكم..... ٤٧٩

- المطلب الثاني: اعتبار قصد القبض أو عدمه عن الصبي..... ٤٧٩

- أدلّه عدم اعتبار قصد القبض عن الصبي..... ٤٨٢

- فرع..... ٤٨٦

- الولايه على القبول و القبض في الوقف عند أهل السنّه..... ٤٨٦

المبحث الخامس: الولايه على قبول الوصيّه للصغير..... ٤٩٢

- الولايه على القبول في الوصيّه للصغير عند فقهاء أهل السنّه..... ٤٩٥

الفصل الخامس: الوصيّه بالولايه..... ٤٩٩

المبحث الأول: تعريفها و أركانها..... ٥٠٠

- أ - تعريفها..... ٥٠٠

- ب - أركانها..... ٥٠٠

- إيضاح..... ٥٠٢

المبحث الثاني: ولاية الأب و الجدّ في الوصيّة بأُمور أولادهم..... ٥٠٤

ص: ٦٣٠

- أدلّه جواز الوصيّه بالولاية..... ٥٠٦

- فرع..... ٥٠٩

- آراء فقهاء أهل السنّه فى الوصيّه بالولاية..... ٥٠٩

- إيضاح..... ٥١٢

المبحث الثالث: ولاية الوصيّ فى المقام..... ٥١٤

- أدلّه الصورة الأولى..... ٥١٤

- عدم جواز الوصيّه بالولاية:..... ٥١٦

- إطلاق الوصيّه..... ٥١٨

- جواز الوصيّه بالولاية..... ٥٢٠

- آراء فقهاء أهل السنّه فى الوصيّه بالولاية من الوصيّ..... ٥٢٣

المبحث الرابع: عدم ولاية الحاكم على الوصيّه بالولاية..... ٥٢٦

- أدلّه عدم جواز الوصيّه بالولاية للحاكم..... ٥٢٧

- فرع..... ٥٢٨

- إيضاح..... ٥٣٠

المبحث الخامس: عدم تولّى الأم الوصيّه بالولاية..... ٥٣٢

- فرع..... ٥٣٣

- آراء فقهاء أهل السنّه فى الوصيّه بالولاية للأُم..... ٥٣٥

المبحث السادس: نصب القيم مع وجود الجدّ..... ٥٣٦

- أدلّه هذا الحكم..... ٥٣٨

- بطلان الوصيّه فى زمان ولاية الجدّ..... ٥٣٨

- صحّحه الوصية في الثلث..... ٥٤٠

- آراء فقهاء أهل السنّة في نصب القيم مع وجود الجدّ..... ٥٤٣

المبحث السابع: الطرق المعتبرة لإثبات الوصية بالولاية..... ٥٤٣

- إثباتها عند عدم الاختلاف..... ٥٤٣

ص: ٦٣١

- إثبات الوصية بالولاية بالكتابة..... ٥٤٥
- فرع: حكم الوصية التي سجّلت في الشريط أو غيره..... ٥٥٨
- إثبات الوصية بالولاية مع اختلاف الورثة..... ٥٥٩
- فرع: يستحبّ الإشهاد على الوصية..... ٥٦٨
- إثبات الوصية بالولاية عند أهل السنّة..... ٥٦٩
- المبحث الثامن: الرجوع عن الوصية أو استبدالها..... ٥٧٣
- المطلب الأول: رجوع الموصى عن الوصية..... ٥٧٣
- أدلّه جواز الرجوع من الوصية..... ٥٧٤
- المطلب الثاني: رجوع الموصى إليه عن الوصية..... ٥٧٥
- أدلّه جواز ردّ الوصية للموصى..... ٥٧٦
- المطلب الثالث: موارد عدم جواز ردّ الوصية فيها..... ٥٧٨
- المبحث التاسع: كون الوصى أميناً..... ٥٩٢
- أدلّه عدم ضمان الوصى..... ٥٩٤
- فرع..... ٦٠٠
- المبحث العاشر: الحاكم وصى لمن لا وصى له..... ٦٠١
- آراء فقهاء أهل السنّة فى المقام..... ٦٠٥
- المبحث الحادى عشر: فروع حول الوصية للحمل..... ٦٠٨
- الوقف على الحمل عند أهل السنّة..... ٦١٩

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

