

بسم الله الرحمن الرحيم

الكلام في شروط المتعاقدين

صفحه ی ۲۸۰ تا ۲۸۲

جلسه پنجم

۲۰ شهریورماه ۱۴۰۰

استاد شورگشتی

و بالجملة، فالمسألة لا تخلو عن اشكال، و إن أطنب بعض المعاصرين في توضيحه حتّى ألحقه بالبدیهیات فی ظاهر كلامه

بعد از این که دلالت روایات مورد خدشه قرار گرفت و ثابت شد اجماع منقول محکمی هم نداریم، مرحوم شیخ انصاری می فرماید این مدعای ما خالی از اشکال نیست. البته به نظر شیخ، صاحب جواهر زیاده روی کرده و مدعا را از بدیهیات دانسته است. صاحب جواهر می فرماید چون فقها دلیلی رای این مسأله ذکر نکرده اند پی می بریم از بدیهیات است.

فالإنصاف: أن الحجّة في المسألة هي الشهرة المحقّقة و الإجماع المحكى عن التذكرة؛ أل در اینجا به نوعی افاده ی حصر می دهد یعنی تنها دلیلی که می توانیم بیاوریم، شهرت محصّله و اجماعات منقول در تذکرة و غنیه است چون روایت و اجماع محصّله نداریم. شهرتی که در اینجا بیان شده عملی است و مدارکش مشخص است و بررسی شدند و دلالتشان به درد مدعای ما نخورد. آن شهرتی که ارزشمند است شهرت فتوایی (فتوایی که مشهور باشد بین قدما بدون ذکر مدرک به حدی که ما را ظانّ به رأی معصوم کند، اگر ما را قاطع کند می شود اجماع و حجّت است) است.

بناءً على أن استثناء الإحرام - الذي لا يجوز إلّا بإذن الولی - شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة لا نفی الاستقلال فی التصرف؛

در صفحه ی ۲۷۵ همین کتاب در تقریب استدلالی که شیخ از قول علامه بیان کرد شاهی بیان شد که بگوییم مستثنی منه (صبی محجور می باشد) شامل فعل صبی با اذن ولی هم می شود و شاهد بیان مستثنیاتی مثل ایصال الهدیه و اذن دخول بود. در اینجا شاهد دیگری بر این مطلب بیان می شود. احرام صبی فقط به اذن ولی او نافذ و صحیح است و بیان احرام

صبی در مستثنیات هم می تواند شاهد باشد. در نتیجه علامه در قولش فقط نفی استقلال تصرف صبی نمی کند بلکه در صدد اثبات مسلوب العبارة بودن صبی می باشد.

و کذا اجماع الغنية؛ بناءً على ان استدلاله بعد الاجماع بحديث رفع قلم دليل على شمول معقده للبيع باذن الولی

در صفحه ی ۲۷۵ همین کتاب گفته شد که ابن زهره در کتاب غنية فرموده اجماع بر بطلان انشاء صبی است حتی اگر به اجازه ولی او باشد. شاید کسی بگوید اجماع ناظر به اجازه ی ولی در عقد صبی بود نه اذن ولی و به عبارت دیگر ابن زهره اجازه را نافذ نمی داند چون رخصة لاحق است اما اذن را صحیح می داند چون رخصة سابق است. مرحوم شیخ می فرماید عبارات فقها را با هم بخوانید نه به صورت جداگانه. ابن زهره بعد از نقل اجماع، تمسک به حدیث رفع می کند و مقتضای حدیث رفع قلم به این صورت است که هم با اجازه ی ولی را شامل می شود هم با اذن ولی.

و ليس المراد نفی صحّة البيع المتعقّب بالإجازة، حتّى يقال: إنّ الإجازة عند السيّد غير مجدّية فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل و لو كان غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولى

مراد ابن زهره فقط نفی صحت عقد صبی با اجازه ی ولی نیست که اشکال شود: ابن زهره به طور کلی اجازه ی متأخره را نافذ نمی داند حتی در بیع فضولی؛ مثل بالغ عاقل قاصد که فقط مالک نیست و فرش شما رو فروخت و وکالتی هم از جانب شما نداشت.

یؤید الإجماعین ما تقدّم عن كنز العرفان

اینجا شیخ تعبیر به تایید می کند چون عبارت كنز العرفان صراحت ندارد به عقد صبی حتّی به اذن ولی و اطلاق دارد. شاید هم کسی بگوید ناظر به نفی استقلال است نه مسلوب العبارة بودن.

نعم لقائل أن يقول: ان ما عرفت من المحقق و العلامة و ولده و القاضي و غيرهم خصوصاً
المحقق الثاني - الذي بنى المسألة على شرعية أفعال و اقوال الصبي - يدلّ على عدم تحقق
الإجماع

مرحوم شيخ به صورت اختصاصی از محقق ثانی نام می برد چون محقق ثانی به صورت کلیشه
ای و بنائی بحث را مطرح می کند. مرحوم محقق ثانی فرمود اگر افعال و اقوال صبی موضوع
برای حکم شرعی وضعی (چن قبلاً بیان شد قطعاً افعال صبی موضوع برای احکام شرعی
تکلیفی الزامی نیست) باشد دالّ بر صحّت انشاء او است و اجماع را تقویت می کند و در غیر
این صورت بنیه ی اجماع زده می شود. خود بحث ابتناء محقق بر این دو قسم، اجماع را در
هم می کوبد.

عده ای نقل اجماع کردند با وجود مخالفینی که همه ی آن ها از اعلام هستند. آیا ناقلین
اجماع دروغ گفته اند؟ در جواب باید بگوییم ناقلین اجماع نقل مسبب کردند و خودشان به
قطع رسیدند که به درد ما و فتوا دادن نمی خورد.

فاضل مقداد که با نقل سبب ادعای اجماع کرده را چطور توجیه می کنیم؟ در جمع بندی
شیخ به وجود مخالفین می رسد و می گوید نقل سبب فاضل مقداد دچار نقصان شده و ارزشی
ندارد.

و کیف کان، فالعمل علی المشهور

چه اجماعی وجود داشته باشد و چه اجماعی در کار نباشد، در مقام عمل به قول مشهور
عمل می کنیم نه فتوا. عمل بیانگر این است که با اصل عملیه ثابت شده است.

و يمكن ان يستأنس له أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة من أنّ عمده الصبي و خطاه
واحد كما في صحيحة ابن مسلم و غيرها و الأصحاب و إن ذكروها في باب الجنایات إلاّ أنّه
لا إشعار في نفس الصحيحة - بل و غيرها - بالاختصاص بالجنایات؛

از اینجا مرحوم شيخ شروع می کند به تقویت قول مشهور. روایات قریب به تواتری وجود دارد
که می توان به وسیله ی آن ها در تایید قول مشهور استیناس کرد. این روایت را فقهاء

اختصاص به باب جنایات دادند اما در خود این روایات حرفی از جنایت نیست پس عمد الصبی و خطاه واحد شامل معاملات هم می شود.

و لذا تمسک بها الشیخ فی المبسوط و الحلّی فی السرائر علی أنّ إخلال الصبی المَحْرَم بمحظورات الإحرام - التي تختصّ الكفارة فيها بحال التعمّد - لا یوجب كفارةً علی الصبی و لا علی الولی؛ لأنّ عمده خطأً

یک دسته از محرمات احرام اگر خطاً هم صورت بگیرد کفاره دارد مثل صید اما مواردی هم وجود دارد که اگر خطاً هم انجام شود کفاره ندارد مثل لبس مخیط یا کوتاه و اصلاح کردن ناخن.

لذا یعنی به همین خاطر که روایات اشعار به اختصاص به باب جنایات ندارند، شیخ طوسی و ابن ادریس به این روایت متمسک شدند و به عدم کفاره برای صبی مثلاً در صورت پوشیدن عمدی لباس مخیط حکم کرده اند. چرا موردی که فقط در صورت عمدی کفاره دارد و صبی آن را عمداً انجام داد برای صبی کفاره ندارد؟ چون عمد الصبی خطأً. پس مشخص می شود که این روایت مختص به باب جنایت نیست.

و حينئذٍ فكلّ حكمٍ شرعیٍ تعلّق بالأفعال التي يعتبر في ترتّب الحكم الشرعی علیها القصد - بحيث لا عبرة بها اذا وقعت بغير القصد - فما یصدر منها عن الصبی قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد فعقد الصبی و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطئ و إيقاعاتهم

حالا که عمدالصبی خطاً، هر حکم شرعی که معلق بر قصد باشد و بدون قصد اعتباری نداشته باشد، اگر صبی این افعال را با قصد هم انجام دهد به منزله ی عدم است و انگار شخص بالغی بدون قصد آن را انجام داده مثل عقد شخصی که به شوخی این کار را انجام می دهد و قصد انشاء نداد یا عقد کسی که اشتبهاً انشاء عقد کرده.