

مساله شرطیت بلوغ در سماع دعوا

دو نظریه:

نظریه اول: شرطیت بلوغ و عدم جواز سماع دعوای غیر بالغ

نظریه دوم: عدم شرطیت بلوغ و جواز سماع دعوای غیر بالغ

ادله نظریه شرطیت بلوغ:

دلیل اول: اجماع فقهای شیعه:

کلمات فقهای مدعی اجماع:

مستند: بلا خلاف يوجد، كما صرّح به طائفه «١»، بل بالإجماع كما في المعتمد،

بل بالإجماع المحقق....فالعمده الاجماع

(١) منهم المحقق في المختصر النافع: 284، العلامة في القواعد 208، السبزواری في الكفاية: 274، صاحب الرياض 410.

مناقشه بجنوردي:

و أمّا ادعّاء الإجماع، فممّنوع صغرى و كبرى.

أمّا الصغرى، فلذهاب جماعة إلى سماع دعوى الصبي المميّز المراهق في غير

الماليّات، كما إذا ادعى جنائية عليه، أو أخذ شيء منه قهراً وبالقوة و له شهود

على ذلك.

القواعد الفقهية (للجنوردي، السيد حسن)، ج ٣، ص: 85

و أمّا الكبرى، فلأنّ المظنون - بل المقطوع - أنّ مدرك المتفقين على فرض وجود

الاتفاق و تحقّقه هو ما ذكرنا من أدلة رفع القلم و عدم جواز أمره و غير ذلك مما

تقدّم، فليس من الإجماع المصطلح.

فاضل:

ولكن يرد على ما ذكر أنّ الإجماع المنقول بخبر الواحد لا حجّة فيه، مضافاً إلى

استبعاد أن يكون مستند المجمعين غير ما ذكر.

ع96:

هذا و لكن القدر المتيقن من الإجماع و غيره عدم سماع دعوى الصبي فيما يوجب تصرفا في مال أو غيره مما هو ممنوع منه

عبدالاعلى:

هذا، و لكن الحكم في المقام من المسلمات عندهم مطلقا.

دليل دوم: جريان اصل با عدم دليل لفظي

السبت، ٢٦ إبريل ٢٠١٤ ب.ظ

دليل دوم: جريان اصل با عدم دليل لفظي

مستند:

قيل: و للأصل، أي أصالة عدم ترتب آثار الدعوى من وجوب سماعها و قبول بيّنة المدعى و سقوط دعواه بالحلف و ثبوتها بالنكول و نحوها عليها،

بحنوردي

الثاني: أصالة عدم ترتب آثار الدعوى - من وجوب السماع و قبول البيّنة و الإقرار و سقوطها، أي الدعوى بحلف المنكر و غير ذلك - على دعواه. و فيه: أنّ عموم «البيّنة على المدعى، و اليمين على من أنكر» واف بلزم ترتيب تلك الآثار.

عن ٥٥:

لأصالة عدم ترتب آثار الدعوى من وجوب السماع و قبول البيّنة و الإقرار و سقوطها بالحلف و نحو ذلك،

فاضل:

و عليه فلا تصل النوبة إلى الأصول العملية المذكورة في الذيل الجاري في صورة الشكّ و عدم الدليل، كما لا يخفى.

كلام في اصاله عدم ترتب الاثر:

هذا إذا أريد بأصالة عدم ترتب الأثر ما هو المعروف بينهم من استصحاب عدم النقل و الانتقال

مهذب: ثانيهما: بالنسبة إلى فعالية الأثر ولا ريب في جريان **أصل عدم ترتب الأثر** في الشبهات الموضوعية المسبوقة بعدم تحقق شرائط الذبح وما يتعلق بالذبح، وأما في الشبهات الحكمية فقد أشرنا إلى ما يتعلق به في المقام وفي **الأصول** فراجع. - مهذب

..المشهور سلب عبارة الصبي مطلقاً، ولا دليل لهم عليه من عقل أو نقل إلا **أصل عدم ترتب الأثر**، و حديث رفع القلم **(1)**، و قوله عليه السلام: «عمر الصبي خطأ» **(2)**، و دعوى الإجماع.

والكل مخدوش: أما الأصل فلأنه محکوم بإطلاقات الأدلة و عموماتها بعد صدق العقد بالنسبة إلى عقد الصبي أيضاً كالبالغ.

و أما حديث رفع القلم فالمنساق منه قلم الإلزام و العقاب لا أصل الصحة، و أما حديث «إن عمره خطأ» فالمنساق منه بقرينة غيره خصوص الجنایات لا مطلق أفعاله، و أما الإجماع فاعتباره مشكل لحصوله من مثل هذه الأدلة، و قد تقدم بعض الكلام في البيع فراجع.

1- إنّ الأصل عدم تمام العقد و بقاء الملك على ما كان، و حاصله **أصل الفساد في المعاملات** ما لم تثبت الصحة.

2- أصل عدم ترتب الأثر: قال المحقق النائيني رحمه الله: الأصل في جميع موارد الشك في صحة المعاملة يقتضي الفساد؛ لأنّ أصل عدم ترتب الأثر على المعاملة الخارجية و بقاء متعلقها على ما كان عليه قبل تتحققها **(2)**. و الأمر كما أفاده.

و قال سيدنا الأستاذ في أنّ الأصل في المعاملات هو الفساد وفقاً للشيخ الأنصارى رحمه الله: ووجهه في ذلك، أنّ نتائج العقود و الإيقاعات - من الملكية و الزوجية و العناق و الفراق - أمور حادثة، و مسبوقة بالعدم، كما أنّ نفس العقود و الإيقاعات كذلك، فإذا شككنا في تتحققها في الخارج من ناحية بعض ما يعتبر فيها

من الشروط كان الأصل عدمه و حيئنـد فيحكم بفسادها ⁽³⁾. و الأمر كما أفاده.
و قال المحقق صاحب الجوادر رحمـه الله: فيكون كل من الجائز و المحرـم
مشروطاً بشـرط، فـمع فـرض الشـك يـتجـه الفـسـاد؛ لأـصـالـة عـدـم تـرـتـبـ الأـثـرـ. و عـدـم
الـنـقل و الـاـنـتـقـال ⁽⁴⁾. و في نـهاـيـة المـطـاف نـتـعـرـضـ التـلـخـيـصـ الـذـي أـفـادـهـ الفـاضـلـ
الـنـرـاقـيـ رـحـمـهـ اللهـ، فـقـالـ:

و مـلـخـصـ القـاعـدـةـ، أـنـ الأـصـلـ عـدـم تـرـتـبـ الأـثـرـ إـلـىـ عـلـمـ تـرـتـبـهـ عـلـيـهـ شـرـعاـ، وـ
لاـ يـعـلـمـ ذـلـكـ

إـلـىـ بـجـعـلـ الشـارـعـ، وـ لـاـ يـحـصـلـ جـعـلـهـ إـلـىـ بـنـحـوـ قـولـهـ الـبـيعـ كـذـاـ. وـ أـنـ عـلـمـ معـناـهـ وـ
عـلـمـ شـرـطاـ لـهـ أـيـضاـ كـمـ أـنـّـهـ عـلـمـ لـزـومـ التـنـجـيزـ، وـ لـاـ يـصـحـ الـتـعـلـيقـ فـيـحـكـمـ بـتـحـقـقـ
هـذـهـ الـمـعـاـمـلـةـ بـتـحـقـقـ هـذـاـ مـعـ ذـلـكـ الـشـرـطـ، وـ إـنـ لـمـ يـعـلـمـ لـهـ مـعـنىـ فـيـحـكـمـ بـعـدـ
تـرـتـبـ الأـثـرـ كـمـ هوـ مـقـتضـىـ الأـصـلـ، إـلـىـ فـيمـاـ عـلـمـ تـحـقـقـ الـمـعـاـمـلـةـ يـقـيـنـاـ وـ هوـ مـحـلـ

الـإـجـمـاعـ ⁽¹⁾.

(1) محاضرات: ج 5 ص 34.

(2) أجود التقريرات: ج 1 ص 393 و 394.

(3) مصباح الفقاهة: ج 3 ص 7.

(4) جواهر الكلام: ج 23 ص 340.

مائة قاعدة فقهية، ص: 49

انسياق و تبادر

جواهر: مضافا إلى انسياق غيرهما من الأدلة،

مستند: لاختصاص ما دل على سماع الدعوى وأحكامها - بحكم التبادر -

(1) منهم المحقق في المختصر النافع: 284، العلامة في القواعد: 208، السبزواري في الكفاية: 274، صاحب الرياض: 410

مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج 17، ص: 145

بما إذا صدرت ممّن اجتمعت فيه الشرائط، التي منها التكليف،

مناقشه:

مستند: و لا يخلو عن نظر، لمنع التبادر المذكور من مثل قوله **كُونُوا قَوْامِينَ**
بِالْقِسْطِ «**2**» و قوله **فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ** «**3**» و نحوهما «**4**»، بل مثل قوله عليه
السلام: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمَدْعِيِّ**» «**5**»، لأن ذلك حكم وضعٍ لا تكليفي

جنوردي:

و أمّا حديث انصراف الأدلة - مثل قوله صلى الله عليه و آله: «**الْبَيِّنَةُ عَلَى**
الْمَدْعِيِّ، وَ الْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» - عن الصبي و إن كان مراهقا، فدعوى بلا
بَيِّنَةٍ و لا برهان.

استلزم تصرفات مالي

السبت، ٢٦ آفريل ٢٠١٤ ب.ظ ١٠:٠٦

استلزم تصرفات مالي

مستند: مضافا إلى تضمن الدعوى كثيراً تصرفات مالية - كإحلاف أو إقرار - لا تجوز منها،

مناقشته:

إلا أنّ مقتضاهما الاقتصرار في عدم السماع بما يثبت فيه الإجماع، أو ما أوجب تصرفًا ماليًا منه.

اقول: صبى من نوع از تصرف فعلی در مالش هست یعنی تصرفی که نیازمند به تدبیر و تصمیم گیری است اما اگر یک کار مشروع وی دارای آثار مالی باشد مثل پرداخت هزینه دادرسی، این که آثار نباید مترب شود و مانع کار مشروع شود چه دلیلی دارد. اگر اطلاقاتی هست قدر متيقن آن همان مورد اول است.

فلو جاء يتيم لا ولی له إلى حاكم و ادعى: أنّ فلاناً فقاً عيني أو قتل أبي أو نزع ثوبي و يريد الفرار ولی بذلك شهود فاسمع شهودي و خذ بحقّي، ولا يمكن الأخذ بعد فراره، فليس فيه تصرف ماليّ له، و تحقق الإجماع على عدم السماع فيه غير معلوم.

نعم، يمكن القول بعدم جواز إحلافه ولا قبول حلفه لو ردّ إليه حينئذ، بل الحاكم يحلف المنكر من جهة ولايته لو ظنّ صدق الصغير، فتأمل.

عدم سلطنت صبى بر مطالبه اموال خود

السبت، أفريل ٢٦، ٢٠١٤ ب.ظ ١١:٣٥

عدم سلطنت صبى بر مطالبه اموال خود

بحنوردى:

الثالث: عدم سلطنة الصبى على المطالبة بذلك الشيء الذي يدعى ثبوته على الطرف، فلا يمكن أن يكون له السلطنة على إلزام الطرف بأمر الذي من شؤونه السلطنة على مطالبتها بذلك الأمر، و إلّا يلزم انفكاك اللازم عن الملزوم.

بيانه: أنّ حقيقة الدعوى المسموعة هي أن يكون المدعى له السلطنة على إلزام خصميه بثبوت أمر، من عين أو مال أو حق عليه، و إن كان بتوسّط إقامة البينة على ذلك الأمر، و لازم هذه السلطنة هو أن يكون لها السلطنة على مطالبة ذلك الأمر(اي جعله تحت سلطته و تصرفه-ص)، فإذا جاء الدليل على نفي الأخيرة عن الصبى لصغره و عدم بلوغه إلى مرتبة الكمال، فلازم نفي اللازم نفي الملزوم بالدلالة الالتزامية. هذا ما أفاده أستاذنا المحقق قدس سره في هذا المقام.

و فيه: أنه لا ملازمة بين سلطنته على إلزام الخصم و إثبات أمر عليه، و سلطنة نفسه على مطالبة ذلك الأمر، بل تكون سلطنة المطالبة بذلك الأمر لوليّه، و ذلك كما أنه لو اشتري الولي شيئا يصير ملكا له، و من شؤون الملكية سلطنة المالك على ملكه بأنّ له أنحاء التصرفات المشروعة، و لكن بالنسبة إلى الصبى ليس له هذه التصرفات مباشرة، بل تكون هذه السلطنة لوليّه.

مسلوب العباره بودن

السبت، أفريل ٢٦، ١٤٠٤ ب.ظ

مسلوب العباره بودن

روايات حجر صبي

الأحد، أفريل ٢٧، ١٤٠٥ ق.ظ

٤٣:٥٠

قالَ وَالْغُلَامُ لَا يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي الشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ - وَلَا يَخْرُجُ مِنَ الْيَتِيمِ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً - أَوْ يَحْتَلِمَ أَوْ يُشْعِرَ أَوْ يُنْبِتَ قَبْلَ ذَلِكَ.

قُلْتُ: قَدْ يَكُونُ الْغُلَامُ أَبْنَ ثَمَانَ عَشْرَةَ سَنَةً - أَوْ أَقْلَ أَوْ أَكْثَرَ وَلَمْ يَحْتَلِمْ - قَالَ إِذَا بَلَغَ وَكُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ «٣» جَازَ أَمْرُهُ - إِلَّا أَنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا.

قال انقطاع يتم اليتيم الاحتلال «١» وهو اشدّه وإن احتلم ولم يؤنس منه رشد (هـ- فقيه) وكان سفيهاً أو ضعيفاً فليمسك عنه وليه ماله.

و نهى صلى الله عليه و آله من كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإنه إن لم يوجد سرق

عدم جواز دفع الوصيّ مال اليتيم إليه قبل البلوغ من أبواب الوصيّ

جواهر:

بل الدعوى أيضاً إنشاء يترب عليه أحکام، و عبارته مسلوبة عنه، كغيرها من الإنشاءات، لاتفاق النص «١» الفتوى على أنه لا يجوز أمره حتى يبلغ.

خوبي:

إن كان لأجل فصل الخصومة بين المترافقين فلا ريب في أن ذلك لا يتحقق في دعوى الصبي، إذ لا عبرة باعترافه، كما أنه ليس له إخلاف المنكر، إذ لا أثر لحلفه بإخلافه، كما أنه لا أثر لحلف الصبي إذا ردّ عليه الحلف.

بجنوردي:

الأول: الأدلة الدالة على عدم اعتبار كلامه و أنه مسلوب العبارة،

مناقشته:

فيه أن المراد من تلك الأدلة عدم الاعتبار بكلامه، و عدم جواز أمره في المعاملات مستقلاً، و عدم نفوذ تصرفاته في أمواله فيما إذا لم تكن بإذن الولي، لما ورد من قبول قوله و ترتيب الأثر في بعض المقامات و الموارد، كتاب الوصية إذا بلغ عشرة، و لما اخترناه من شرعية عباداته.

مناقشته فاضل:

.. و كونه مسلوب العبارة لم يقم عليه دليل شرعي، لو لم نقل بقيام الدليل على خلافه، و هي شرعية عبادات الصبي و عدم كونها تمرينية محضره، كما حققناه في القواعد الفقهية «٤».

.. ثم إن الدليل على عدم مسلوبية العبارة ما أفاده في المتن: من أنه لو رفع الطفل ظلامته إلى القاضي يجب على القاضي أن يحضر وليه في صورة وجوده، و مع عدمه فتجري الأحكام المذكورة في المتن، فإن الظلامة المروفة إن كانت معلومة للقاضي، فرفعها لا يرتبط بمسألة القضاء و المدعى و المنكر، (بل يكون حسبة) وإن كانت غير معلومة، كما يدل عليه استثناء صورة العلم من عدم جواز حلف الولي أو الوكيل، فمجرد لزوم إحضار الولي دليل على عدم كونه مسلوب العبارة، كما لا يخفى.

و كيف كان فلم ينهض دليل قوي على أنه لا تسمع دعوى الصبي المميز المراهق، خصوصاً إذا كان واحداً لبعض المزايا و المراتب أيضاً.
و هكذا الحال بالإضافة إلى المجنون غير البالغ سلب العبارة بنظر العرف و العقلاء، فإنه لا دليل فيه أيضاً إلا الإجماع الذي ادعاه بعض «١» و لا حجية فيه.

اقول این عبارت برای اولین بار در کلام کنز الفواید عمیدی خواهر زاده علامه حلی در قرن هشتم بکار رفته است و پس از وی شهید ثانی در مسالک استفاده کرده است

اما در کتب اهل سنت در کتاب
الكتاب: الوسيط في المذهب

المؤلف: أبو حامد محمد بن محمد الغزالى الطوسي (المتوفى: ٥٥٠هـ)
و در کتاب

الكتاب: نهاية المطلب في دراية المذهب
المؤلف: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالى، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين (المتوفى: ٤٧٨هـ)

بکار رفته و گفته است: قال الأئمّة: يصح طلاقه، وخلعه وظهاره، وإقراره بالنسب استلحاقاً؛ فإن هذه الأشياء لا تدخل تحت الحجر، وليس المبذر كالصبي؛ فإن الصبي مسلوبُ العبارة بالكلية، ويصح أيضاً إقراره بما يوجب القصاص عليه.

أخبار و اطلاقات عدم مضى تصرفات صبي

السبت، أفريل ٢٦، ٢٠١٤ ب.ظ

أخبار و اطلاقات عدم مضى تصرفات صبي

و بما دلّ من الأخبار على أنه لا يجوز أمر الصبي في الشراء حتى يبلغ خمس

عشرة سنة ²،

مومن:

و جواز أمره هذا لا وجه لتخصيص إطلاقه بخصوص التصرفات المالية و تملّيك ماله و تملّك عوضه؛ فإنه خلاف الإطلاق الذي هو حجّة ما لم يقم حجّة على خلافه.

(٥) و الدليل على اعتباره صحيحه «الخصال» عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله أبي و أنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال حتى يبلغ أشدّه ، قال: و ما أشدّه؟ قال احتمله ، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقلّ أو أكثر و لم يتحلّم؟ قال إذا بلغ و كتب عليه الشيء جاز عليه أمره، إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً ^{«١»}. بتقرير: أن السائل قد سأله زمان جواز أمر اليتيم و صيرورته مستقلاً في معيشته ماضياً أمره، فأجاب بأنه زمان احتمله. ثم أفاد: أن الملاك هو بلوغه إلى حد التكليف، و إلى حد أن يكتب عليه الشيء من التكاليف الإلزامية أو مجازاتها، فلا يجوز و لا يمضى أمره إذا لم يصل حد التكليف، فلو سمعت دعواه قبل هذا الحد لجعل مستقلاً ماضي الأمر و جائزه، وقد دلّ الصحيفة على أنه لا يجوز أمره إذا لم يبلغ.

فاضل:

فيه: و الأخبار الدالة على أنه لا يجوز أمر الصبي حتى يصير بالغاً بالبلوغ الشرعي

(3)، موردها التصرّفات الماليّة التي يكون هو ممنوعاً عنها، بل له فيها ولیٌّ كالأخ والجدّ وغيرهما، ولا يشمل غير تلك التصرّفات، كما إذا دعى على شخص أنه أخذ ما في يده أو غصب دابته أو نحو ذلك.

عبدالاعلى:

كما أن المنساق من الثالث (قولهم عليهم السلام: لا يجوز أمر الغلام حتى يبلغ) الاستقلال، لا ما إذا كان بإذن الولي – إن فرض له العموم أو الإطلاق –

مومن: مباني تحريم الوسيلة – القضاء والشهادات، ص: 124

الأول: البلوغ (5)، فلا تسمع من الطفل ولو كان مراهقاً.

(5) و الدليل على اعتباره صحيحـة «الخصال» عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله أبي و أنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال حتى يبلغ أشدـه، قال: و ما أشدـه؟ قال

احتلامـه ، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو أكثر و لم يحتمـ؟ قال إذا بلغ و كتب عليه الشيء جاز عليه أمره، إلـا أن يكون سفيهاً أو ضعيفـاً «1». بتقرـيب: أن السائل قد سـأـل عن زمان جواز أمر اليتيم و صيرورته مستقلا في معيشـته ماضـياً أمرـه، فأجاب بـأنـه زمان احتلامـه. ثم أفاد: أنـ الملك هو بـلوـغـه إلى حدـ التـكـلـيفـ، و إلى حدـ أنـ يـكـتبـ عـلـيـهـ الشـيـءـ منـ التـكـالـيفـ الـإـلـزـامـيـةـ أوـ مـجـازـاتـهـ، فلا يـجـوزـ وـ لـاـ يـمـضـيـ أمرـهـ إـذـاـ لـمـ يـصـلـ حدـ التـكـلـيفـ، فـلـوـ سـمعـتـ دـعـواـهـ قـبـلـ هـذـاـ الحـدـ لـجـعـلـ مـسـتـقـلاـ مـاضـيـ الـأـمـرـ وـ جـائزـهـ، وـ قـدـ دـلـ الصـحـيـحةـ عـلـيـهـ إـنـ لـاـ يـجـوزـ أـمـرـهـ إـذـاـ لـمـ يـبـلـغـ.

اقول: قدر متيقن از جواز و امضای امر آن است که بخواهد مستقلا امری از امور خود را دنبال کند. اما پیگیری و اقدام به وسیله ولی و یا وکیل شمولش ثابت نیست و جواز امره هذا لا وجه لتخصیص إطلاقه بخصوص التصرّفات الماليّة و تملّيك ماله و تملّك عوضه؛ فإنه خلاف الإطلاق الذي هو حجّة ما لم يقم حجّة على

خلافه.

ثم إنّ الظاهر: أنّ الحكم لا يختص بالذكر، بل يعمّ الأنثى و الصبية؛ فإنّ العرف يفهم منها أنّها بقصد ذكر البلوغ غاية لارتفاع حجر الصبي، بل الصحيحة ذكرت توضيحاً و عمّيناً لقوله تعالى **وَابْتَلُو الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنَّ آنَسَتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَاقْرُبُوهُ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** «2»، فيّن عليه السلام

(1) وسائل الشيعة 18: 412، كتاب الحجر، الباب 2 الحديث 5.

(2) النساء (4): 7.

أنّ انقطاع يتم اليتيم و صيرورته جائز الأمر مستقلاً في إرادته إنّما هو ببلوغه حد التكليف.

و هنا أخبار أخرى يمكن الاستدلال بها على المطلوب قريب المضمون من الصحيح، فراجع «الوسائل» كتاب الحجر، و الوصايا، و أبواب عقد البيع. بل يمكن الاستدلال بالأية المباركة على عدم سماع دعاويه المتعلقة بأمواله قبل بلوغه، إذ الظاهر المفهوم من المنع عن دفع أمواله إليه قبل البلوغ إنّما هو عدم استقلاله في الأمور المتعلقة بأمواله، سواء كانت من قبيل النقل و الانتقال، أم من قبيل الدعاوى المتعلقة بالأموال.

اقول فيه مala يخفى زيرا ظاهرا آيه آن است که نباید اموال در دسترس صبی باشد که بتواند در مورد آن تصمیم گیری و تدبیر کند و طبعاً شامل احراق حقوق مالی خود نمی شود

عَمَدُ الصَّبِيِّ خَطَا

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٨٢

و يمكن «^٤» أن يستأنس له أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة من أن «عَمَدُ الصَّبِيِّ وَ خَطَاهُ وَاحِدٌ» كما في صحيحه ابن مسلم «^٥» وغيرها «^٦»، والأصحاب وإن ذكروها في باب الجنایات، إلّا أَنَّه لا إشعار في نفس الصحيحه بل و غيرها بالاختصاص بالجنایات؛ ولذا تمسّك بها الشيخ في المبسوط «^٧» و الحلى في السرائر «^٨»، على أَنَّ إِخْلَالَ الصَّبِيِّ الْمُحْرَمَ بِمَحَظُورَاتِ الْإِحْرَامِ الَّتِي تَخْصُّ الْكُفَّارَ فِيهَا «^٩» بحال التعمّد لا يوجب كفارةً على الصبي، ولا على الولي؛ لأنَّ عَمَدَهُ خَطَا.

و حينئذٍ فكل حكمٍ شرعاً تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتيب الحكم الشرعي عليها القصد بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبي قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبي و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل والغالط و الخطأ و إيقاعاتهم.

... والحاصل: أَنَّ مقتضى ما تقدّم «^٥» من الإجماع المحكى في البيع و غيره من العقود، و الأخبار المتقدمة «^٦» بعد انضمام بعضها إلى بعض: عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاهـا، كإنشاء العقود أصلـاً و وكالةً، و القبض و الإقباض، و كل التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار.

و قد أغرب المحقق النائيني قدس سره حيث استفاد العموم من قوله عليه السلام: «عَمَدُ الصَّبِيِّ وَ خَطَاهُ وَاحِدٌ» مرّة، و أخرى قيده بقوله عليه السلام: «تحمله العاقلة».

فمن الأول قوله: «أَنَّ تَذَيِّلَ بَعْضَهَا بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: (تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ) لَا يَوْجِبُ

حمل الأخبار المطلقة على باب الجنایات» (٣).

و من الثاني ما ذكره في تقرير بحث المكاسب للأملى قال في بحث حجر الصبي: «ومما استدل به ما ورد من أن: «عمد الصبي خطأ» و الإنصاف عدم دلالته على هجره عن مطلق الأفعال القصدية، و ذلك لتذليل هذه الجملة في بعض الأخبار تكون ديتها على عاقلته الموجب لاختصاصه بباب الجنایات و تصير قرينة على إرادة ذلك منه حتى في الأخبار غير المذيلة بذاك الذيل» (٤). بيان الفقه (ويؤيد اشتراط البلوغ التزام الفقهاء به في عامّة الفقه، إلّا ما خرج بدليل، كصلة الجماعة، و عدم مجرد التمرينية بل شرعيتها من الصبي، و صوم الصبي، و حجّه، و وصيّته، و طلاقه، و غيرها). فكل من قال بصحّة عمل من الصبي، كان بدليل خاص.

موسوعة الفقه الإسلامي طبقاً لمذهب أهل البيت عليهم السلام، ج ٧، ص: ٢١٦ بل هو صريح قوله: «فلو فعل أسباب الملك بقصد غيره أو لا مع قصدٍ لم يملك كحيازة سائر المباحثات من الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش» (٤)، و لعله لأنّه لون من ألوان الالكتساب الذي هو من الامور القصدية فيما كان باختيار الإنسان كالبيع و نحوه، دون ما ليس كذلك كالإرث. و الالكتساب بالإحياء من قبيل القسم الأول فيعتبر فيه النية لا محالة.

و قد يتترّب على ذلك عدم الاعتداد بإحياء الصبي غير المميز، بل المميّز؛ لفقد القصد حقيقة في الأول، و شرعاً في الثاني؛ لما دلّ على **حجر الصبي**، و ما دلّ على أن «عمد الصبي» و خطأ واحد» (٥).

قال الشيخ الأنصاري: «إنّ مقتضى ما تقدّم من الإجماع المحكم في البيع و غيره من العقود و الأخبار ... عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاه إنشاء العقود ...» (٦).

رفع قلم

السبت، أفريل ٢٦، ٢٠١٤

١٣:١٠ ب.ظ

بجنوردى: و للأدلة الدالة على رفع القلم عنه.

و فيه:..و أمّا أدلة رفع القلم، قلنا في محله إن المراد قلم الإلزام، أي الوجوب والحرمة، و هذا من جهة الإرافق به.

مومن:

و أمّا حديث رفع القلم عن الصبي حتّى يحتمل [\(١\)](#) فظاهره رفع ما فيه كلفة عليه. و القلم إما قلم التكليف أو المؤاخذة؛ فإنّ في وضع كليهما عليه كلفة. فالحديث إنّما ينفي عنه التكاليف الإلزامية أو المؤاخذة عليها، و هو لا ينافي استقلاله في أموره المتعلقة بأمواله أو في أموره مطلقاً، كما لا يخفى.

نظريه دوم: جواز سماع دعواي غير بالغ

کلمات قائلین به جواز:

قائلین نظریہ جواز

المجله: و لكنها أخلت ذكر باقي شرائط المدعي أو الداعي مثل اشتراط كونه رشيداً فلا تسمع دعوى للسفيفه وإن كان بالغاً ولكن قيدها بعضهم بالمال اما لو تعلقت دعواه بغير المال كحق القذف والجناية والزواج بل ترقى السيد رضوان الله عليه إلى سماع دعواه بالمال أيضاً لأن المسلم منعه من التصرف بالمال لا دعوى المال فإن أثبتته دفعه الحكم لوليه لا له وهو وجيه أيضاً

پجنور دی:

القواعد الفقهية (لبنجوردي، السيد حسن)، ج 3، ص: 86

فإن صاف أنه لو لم يكن إجماع الكل واتفاقهم في البين، لكن مقتضى القواعد الأولى سمع قوله، خصوصا في غير الماليات، كادعائه جنائية عليه إذا كان مراهقا ذكيّا فطنا عاقلا عالما.

حایری القضاة في الفقه الإسلامي، ص: 678

رفع الدعوى من قبل الصبي الممّيّز:

و بهذه المناسبة لا بأس بأن نتعرض لمسألة ما إذا كان الصبي ممِيزاً، و تبني هو رفع الدعوى لا ولَيْه، فلو أقام بيَنة نفذت و إن كان أحد فرديها هو الولي، و إلَى فلو حلف المنكر نفذ حلفه، و إن ردَّ عليه الحلف و كان الحق المتنازع فيه في يد المنكر، أجَّلت الدعوى إلى حين البلوغ كي تكون يمينه شرعية، أو تبني الولي الدعوى كي يستطيع الحلف، و إن كان الحق المتنازع فيه في يد الطفل تبني الولي الدعوى، أو يسلِّم الحق موقتاً إلى المنكر إلى أن يبلغ الطفل، ولو لم

يسّلمه الطفل أجبره الوالِيَّ على ذلك، ولو لم يوافق الوالِيَّ على إجبار الطفل ولا على تبني الدعوى، أعمل السلطان ولايته فيأخذ الحق وتسليمه موقتاً إلى المنكر.

اقول: فرضی مشکل تر این است که دعوای صبی علیه ولی خود باشد که در این صورت نمی شود کار را به ولی احالة کرد بنایاً برای شنیده شود و حداکثر ولی قهری برای ولی تعیین شود

فاضل:

و کیف کان فلم ینهض دلیل قویٰ علی آنَّه لا تسمع دعوای الصبیِّ الممیَّز المراهق، خصوصاً إذا كان واجداً لبعض المزايا و المراتب أيضاً.

بجنوردی

و أمّا حديث انصراف الأدلة - مثل قوله صلى الله عليه و آله: «البيّنة على المدعى، و اليمين على من أنكرا» - عن الصبیِّ و إن كان مراهقاً،

مناقشه:

فدعوى بلا بینة و لا برهان.

اقول: مراهق بودن چه دلیلی دارد. ممکن است در مورد صغیری شواهد و قراین کافی وجود داشته باشد که در این صورت انصراف ادله پذیرفته نیست.

مستند:

نعم، يمكن القول بعدم جواز إخلافه و لا قبول حلفه لو ردَّ إليه حينئذ، بل الحاكم يحلف المنكر من جهة ولايته لو ظنَّ صدق الصغير، فتأمل.

اقول: شرط ظن لازم نیست بلکه مطابق نظر مختار ما دعوای صبی ممیز هم پذیرفته ولی مراحل اقدامش باید توسط ولی صورت گیرد.

ان قلت: اگر ولی از تعقیب آن امتناع کرد؟ در این صورت می شود گفت که قاضی اگر امارات صدق را می بیند از باب تعاون بر تقوی اقدام کند. فتامل

جواهر: ب- اعتبار بلوغ المدعى و رشده حال الدعوى دون المدعى عليه: لا خلاف [و] لا إشكال في أنه [يشرط في المدعى البلوغ] بل في المتن و غيره: [و الرشد] بل لا أجد خلافاً بينهم فيه، و هو لا يخلو من وجهٍ لو كان متعلق الدعوى مما حجر عليه فيه،

أما لو كانت قصاصاً مثلًا فالظاهر صحة دعواه به. نعم لو أراد الصلح عليه بمالي اعتبر إذن الولي، بل قد يقال بصححة دعواه في ما يتعلق بالمال منه و إن كان لا يدفع إليه و لا يقع الصلح معه.

صاحب جواهر در موارد مالی هم نظر قاطع اعلام نکرده و به لا يخلو من وجه اکتفا کرده و در جمله اخر هم دعوای مالی را هم قبول کرده است. پس ادعای لا خلاف و اجماع پس از ایشان دیگر وجهی ندارد.

أسس القضاء و الشهادة، ص: 310

نعم فيما إذا لم يمكن لولي الصبي المرافة كما إذا ادعى الصبي أنّ الغير جنى عليه بالجراحة أو سلب ثيابه و نحو ذلك أو حتى ما إذا ادعى أنّ الغير يظلمه في التصرف في أمواله و وضع يده عليها من غير ولاية أو وصاية أو يتلف عليه أمواله حتى مع الولاية و الوصاية فلا يبعد سمعاعها فيما إذا أحضر بيته أو ذكر أنّ له بيته أو احتمل القاضي علمه بظلامة إذا فحص الأمر فلا يبعد السمع بهذا المعنى، حفظا للنظام و دفعا للظلمة إذا ثبتت. و لكن هذا غير السمع للقضاء في واقعة الصبي، فإنّ الصبي لا يستحلف و لا يعتبر إقراره و لا يرد عليه اليمين و لا يجوز عليه أمره،

اقول: باين که ایشان سماع را پذیرفته و قائل شده که قاضی باید دعوا را دنبال کند ولی گفته اسم این سماع دعوا نیست زیرا سماع دعوا یعنی ترتیب تمام مراحل قضاتا آخر به شکل معمول. ولی چنین ملازمه ای نیست سماع دعوا یعنی ترتیب اثر دادن به دعوای طفل ولی مراحل آن طبق قوانین پیش می رود و در مراحلی ولی باید اقدام کند.

اللّهُم إِنِّي أَنْ يقال: أنَّ عدم السمع بهذا المعنى يجري عندهم في دعوى الوكيل بل الولي أيضا على ما تقدم.

فقه الامام الصادق ع



و الذى نراه أن الصبى المميز يملك جميع التصرفات التى تعود عليه بالنفع و الصلاح، و ليس للولى حاكما كان أو غير حاكم أن يبطلها، لأن شرط البلوغ و الرشد إنما أخذها كوسيلة إلى مصلحة الصبى، لا غاية فى نفسها. و قول الرسول الأعظم صلى الله عليه و آله و سلم «رفع القلم عن الصبى، حتى يبلغ» أراد بها رفع المؤاخذة و العقاب، بصرف النظر عن صحة معاملاته أو بطلانها.

و لست أفهم لما ذالم قبل الدعوى من الصبى المميز، إذا كان يقوى على المرافعة و المدافعة بأكمل الوجوه. و لنفترض أن أبا الصبى، أو وصيه بذر و أسرف في ماله، حتى أوشك أن يتلف كله، أو جله، و لم يرفع الدعوى عليه أحد، فهل يترك للولى أو الوصى أن يتمادي في الغى، و لا تقبل الدعوى من الصبى عليهمما القادر على المحافظة على حقه، لا قبل منه، لأنه لم يبلغ السن المحددة؟. و ليس من شك أن الدين و العقل يحتمان قبول الدعوى منه، و يدعان له الحرية الكاملة في الأدلة بما يشاء، كما يحتمان على القاضي البحث و التدقيق و الفصل بالحق.

فقه القضاء

أقول: لا يبعد أن يكون الإجماع مدركيًّا لوجود الأدلة؛ و انصرافها إلى البالغ لا دليل عليه لصدق المتخصص على الصبى المميز. و أما الروايات الدالة على عدم جواز أمر الصبى³ فموردها التصرفات المالية، و لا يشمل غيرها، مثل ما ذكر من رفع الظلامة إلى القاضي. و أيضاً بعد صحة عبادات الصبى المميز و عدم الدليل على كونه مسلوب العبارة، لا وجه لعدم سماع دعواه. و على ذلك فما قاله المحقق الخميني رحمه الله وجيه عندنا، إذ القاضي نصب لرفع الظلم عن الناس، فمع عدم وجود الولي أو عدم علمه بالحال، عليه أن يتحقق أمر الصبى بإحضار المدعى عليه أو نصب القيم و الوكيل أو غير ذلك، و قد مرّ منا صحة حلف الوكيل أو الولي إذا علم صحة دعوى الصبى.

اقول: امام ره سماع را رد کرده و از باب حسنه در صورت نبودن ولی سماع راحل کرده است. در حالی که ایشان سماع را ابتداء قبول کرده است.

سبحانی:



و أَمَّا الانصراف فهو فرع ورود دليل ظاهر في أَنَّه بصدق بيان شرائط المدْعِي حتى يُدَعَّى الانصراف عن الصبي و هو متف.

اقول: ایشان انسیاق را در کلام جواهر به معنای انصراف گرفته است و برخی دیگر آن را به تبادر معنی کرده اند. حمل بر انصراف اولی است. زیرا تبادر به معنای انسیاق ذهن دلیل بر اطلاق نیست أَضَفْ إِلَى ذَلِكَ أَنَّ طَبِيعَةَ الْمَوْضِعِ تَقْتَضِي دَفْعَ الظَّلَامَةَ عَنْ كُلِّ إِنْسَانٍ وَ الصَّبِيِّ إِنْسَانٌ فَإِذَا ادَّعَى أَنَّ فَلَانًا ضَرَبَهُ أَوْ جَرَحَهُ أَوْ أَخْذَ مِنْهُ مَالًا وَ أَقَامَ بَيْنَهُ فَلَا وَجْهٌ لِعدم سماعه.

(1) السيد الطباطبائي، ملحقات العروة: 36 / 2

نظام القضاء و الشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء، ج 2، ص: 49

فمضافاً إلى أَنَّه ليس كُلَّ دعوى إنشاء، بل هو إخبار أَنَّ إنشاء الصبي المميز المتثبت يعتبر في العقود غاية الأمر أَنَّه غير مستقلٌ في الأمور المالية وقد روي أَنَّ رسول الله تزوج أم سلمة زوجها إِيَّاه عمر بن أبي سلمة و هو صغير لم يبلغ الحلم. **1**

و بذلك يعلم ضعف الوجه الرابع فإن المراد منه هو أَنَّه لا يجوز أمره، مستقلًا حتى يبلغ و يدل على ذلك ما رواه حمران عن أبي جعفر في حديث: «إِنَّ الْجَارِيَةِ إِذَا تزوجَتْ و دَخَلَ بِهَا و لَهَا تَسْعَ سَنِينَ ذَهَبَ عَنْهَا الْيُتُمُ وَ دَفَعَ إِلَيْهَا مَالَهَا، وَ جَازَ أَمْرُهَا فِي الشَّرَاءِ وَ الْبَيْعِ إِلَى أَنْ قَالَ وَ الْغَلامُ لَا يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي الشَّرَاءِ وَ الْبَيْعِ وَ لَا يَخْرُجُ عَنِ الْيُتُمِ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسَ عَشَرَةَ سَنَةً». **2** فالمراد من الجواز و عدمه هو المعنى الوضعي أعني النفوذ و عدمه فهو بنفسه لا ينفذ إنشاؤه.

فإن قلت: إذا كان دعوى الصغير مسموعة و لم يكن له بيضة، فكيف يحلف أو

كيف يَحْلِفُ إِذَا رُدَّ عَلَيْهِ الْحَلْفُ؟

قلت: أَمَّا الإِحْلَافُ فِينَوْبٍ عَنِ الْحَاكِمِ حَفْظًا لِحَقْوَهُ وَأَمَّا حَلْفُهُ فَلَا يَحْلِفُ إِذَا رُدَّ
وَلَا دَلِيلٌ عَلَى تَرْتِيبٍ تَامٍ لِآثَارِ الدَّعْوَى عِنْدِ السَّمَاعِ.

نعم لا تسمع دعواه إذا كانت مستلزمة للتصرّف المالي كما إذا ادعى أنه أقر بـ
ديناراً لأنّها دعوى فاسدة.

وَمِنْهُ يَظْهُرُ حَالُ السَّفِيهِ وَلَمْ يَذْكُرْهُ الْمُحْقِقُ لَكِنْ ذَكْرُهُ السَّيِّدُ الطِّبَاطِبَائِيُّ فَلَوْ
تَعْلَقَتْ دَعْوَاهُ بِأُمُورٍ مَالِيَّةٍ فَلَا تُسْمَعُ وَأَمَّا إِذَا تَعْلَقَتْ بِقَدْفٍ أَوْ جَنَاحٍ أَوْ نَكَاحٍ أَوْ
طَلاقٍ بَلْ الدَّعَاوَيِّ الْمَالِيَّةِ إِذَا ادْعَى إِتَالَفَ الْغَيْرِ مَالَهُ فَتُسْمَعُ وَمِنْهُ يَظْهُرُ سَمَاعُ
مُثْلِهِ فِي الصَّبِيِّ الْمَمِيزِ.

(1) الوسائل: الجزء 14، أبواب عقد النكاح، الباب 16، الحديث 1.

(2) الوسائل: الجزء 1، أبواب مقدمات العبادات، الباب 4، الحديث 2.

بررسی ادله نظریه جواز ★

مهم ترین دلیل جواز رسیدگی عمومات است

١- عمومات وجوب حکم به عدل

عروه: و إلّا فمقتضى عمومات وجوب الحکم بالعدل و القسط و نحوها سماعها في غير التصرفات الممنوعة كما إذا ادعى على شخص أنه جنى عليه أو سلبه ثوبه أو أخذ منه ما في يده، بل لو ادعى أنه غصب ذاته أو نحو ذلك و أتى بشهود على مدعاه فلا دليل على عدم سماع دعواه خصوصاً إذا كان الخصم ممن يخاف منه الفرار أو كان من المسافرين لكن لا يجوز له التحليف ولا الحلف ولا يسمع

تكلمة العروة الوثقى، ج ٢، ص: ٣٧

إقراره، و لا يدفع إليه ما ثبت كونه ماله.

نعم: إذا لم يكن له ولی فللحاکم مع عدم البينة إخلاف المنكر مع المصلحة و لا

يلزم في سماع الدعوى ترتيب جميع آثارها من الإخلاف و الحلف و نحوهما.

مناقشة:

مستند: لاختصاص ما دلّ على سماع الدعوى و أحکامها -بحکم التبادر- بما إذا

صدرت ممّن اجتمعت فيه الشرائط، التي منها التكليف،

رد مناقشة:

و لا يخلو عن نظر، لمنع التبادر المذكور من مثل قوله كُونُوا قَوَامِينَ بِالْقُسْطِ «٢» و

قوله فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ «٣» و نحوهما «٤»، بل مثل قوله عليه السلام: «البينة

عَلَى الْمَدْعِي» «٥»، لأنّ ذلك حکم وضعی لا تکلیفی ..

اقول: يعني اطلاق افرادی و احوالی امر به اقامه قسط شامل اقامه قسط در مورد صبی هم می شود

و در فاحکم، الناس شامل صبی هم می شود و عنوان مدعی هم عرفا شامل صبی می شود و شرط تکلیف برای اقامه دعوی نه عرفا و نه شرعا ثابت نیست و برای نفی آن اطلاق عنوان عرفا کافی است.

(اقول: اگر مقصود از مدعی کسی است که در محکمه حاضر می شود ممکن است شامل صبی نشود و تضییع حقی هم از او صورت نمی گیرد ولی اگر مدعی صاحب حق است که مسلم شامل می شود ولی ممکن است اقامه آن توسط ولی او و به نمایندگی قهری از او صورت گیرد که در این صورت بحث در مورد شکل اجرا و اقامه است نه در اصل اقامه دعوی)

مناقشة 2

بجنوردی

و أَمّا حديث انصراف الأدلة - مثل قوله صلى الله عليه و آله: «البينة على المدعى، و اليمين على من أنكر» - عن الصبّي و إن كان مراهقا،

رد مناقشه:

فدعوى بلا بُيْنَةٍ و لا بُرْهَانٍ.

گلپایگانی

«و يشترط فيه: البلوغ، والعقل، وأن يدعى لنفسه أو لمن له ولائية الدعوى عنه، و ما يصح منه تملّكه، فهذه قيود أربعة، فلا تسمع دعوى الصغير»

أقول: الشرط الأول الذي ذكره هو «البلوغ» ثم قال: «فلا تسمع دعوى الصغير» و لنا في اعتبار هذا الشرط بنحو الإطلاق بحث الا ان يكون إجماع، لأن دعوى انصراف أدلة القضاء عن دعوى غير البالغ ضعيفة، لأن الغرض من نصب القاضي حفظ الحقوق و النظام، و ان الله عز و جل لا يرضى بضياع حقوق غير البالغين، و مثلها دعوى ان المتبار من أدلة القضاء و سماع الدعوى هو كون المدعى بالغا، فان في تلك الأدلة عمومات و إطلاقات تشمل الصغير قطعا مثل قوله تعالى **«فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ»**، و مع هذه الأدلة لا وجه للتمسك بالأصل - كما في المستند.

و أما قوله في توجيه عدم سماع دعوى الصغير بأنه قد يحتاج إلى أمور يشترط فيها البلوغ مثل إقامة البيينة. وفيه: انه لا دليل على اشتراط البلوغ في إقامة البيينة، فإذا أقامها الصغير على طبق الموازين الشرعية فلا وجه لعدم قبولها، و الأدلة الرافعة لآثار قول الصبّي منصرفة

عن كون مورد دعواه ظلم أحد له كالضرب و نحوه، نعم الاعتبارات المحتاجة إلى الإنشاء غير مسموعة منه، كما أنه إذا وصل الأمر في المخاصمة إلى اليمين فلا يحلف ولا يحلف. وبعبارة أخرى: البلوغ ليس شرطاً في أصل الدعوى، فإن دعوى الصغير تسمع لكن الأمور المترتبة وأحكام فصل الخصومة و موازين القضاء يتشرط في بعضها البلوغ كالحلف والإقرار فلا يحلف ولا يحلف و لا يترتب الأثر على إقراره، حينئذ يقوم ولية مقامه في هذه الأمور، وبعضها لا يتشرط فيه البلوغ كإقامة البينة، و حينئذ يترتب الأثر لعموم الأدلة، و انتراف «عدم الصبي خطأ» و نحوه عن مثل ذلك

كتاب القضاء (للكلبياكيانى)، ج ٢، ص: ٨١

بل قال المحقق الكنى قوله: إن الأصحاب لم يعملوا بهذه الأدلة و اعتبروا قول الصبي في موارد، كقبول قوله في إنبات الشعر بالعلاج، و كما لو أوقع معاملة فقال البائع ببطلانها لكونه صغيراً فادعى البلوغ سمعت دعواه و حكم بصححة المعاملة.

نعم ان كان متعلق دعواه مالا فلا تسمع، لأجل الصغر لانه لا سلطنة له على مال فلا سلطنة له على دعوى متعلقة بالمال، فعدم سماع دعواه حينئذ يكون من هذا حيث لأمن جهة ان الصبي مسلوب العبارة، لكن الدعوى ليست من شئون المطالبة بالمال، فإنه إذا ثبتت المال بالبينة أمكن ان يباشر المطالبة وليه أو الحاكم نفسه، و ليس إثبات تملك المال تصرفا فيه حتى يقال بعدم السلطنة له على المال، و لذا يجوز للأجنبي ان يثبت مالا لغيره، فيكون ذلك في الحقيقة كالكشف لأمر مخفى.

رد استدلال به رفع القلم بر شرطيت:

بجنوردى: و للأدلة الدالة على رفع القلم عنه.

و فيه:..و أما أدلة رفع القلم، قلنا في محله إن المراد قلم الإلزام، أي الوجوب و
الحرمة، و هذا من جهة الإرافق به.

مومن:

و أما حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل «[1](#)» فظاهره رفع ما فيه كلفة عليه.
و القلم إما قلم التكليف أو المؤاخذة؛ فإنّ في وضع كليهما عليه كلفة. فالحديث
إنّما ينفي عنه التكاليف الإلزامية أو المؤاخذة عليها، و هو لا ينافي استقلاله في
أموره المتعلقة بأمواله أو في أموره مطلقاً، كما لا يخفى.

جمعبندی و نظریه مختار در بحث

الثلاثاء، ۲۹ افریل ۱۴۰۴ ق.ظ

اشاره:

علوم نیست اختلاف در شکل اقامه است که باید توسط ولی صورت گیرد که در این صورت این مناقشه که حق او نباید تضییع شود جا ندارد و یا اختلاف در اصل ثبوت حق دفاع از حق خود است ولو توسط ولی اش که انکارش چیز غریبی خواهد بود.

فاضل: ثم إن الدليل على عدم مسلوبية العبارة ما أفاده في المتن: من أنه لو رفع الطفل ظلامته إلى القاضي يجب على القاضي أن يحضر وليه في صورة وجوده، ومع عدمه فتجرى الأحكام المذكورة في المتن؛ فإن الظلامة المرفوعة إن كانت معلومة للقاضي، فرفعها لا يرتبط بمسألة القضاء والمدعى والمنكر، وإن كانت غير معلومة، كما يدل عليه استثناء صورة العلم من عدم جواز حلف الولي أو الوكيل، فمجرد لزوم إحضار الولي دليل على عدم كونه مسلوب العبارة، كما لا يخفى.

اقول: مرحوم فاضل در عبارت فوق به مشکل اصلی مساله که در بالا اشاره شد تنبه نموده است که در حقوق الناس تا دعوایی اقامه نشود قاضی ملزم به رسیدگی نیست پس اگر ادعای صبی اصلاً شنیده نمی شود قاضی نباید اقدامی بکند و صرف تظلم و احتمال تضییع حقی برای او تکلیفی ایجاد نمی کند مگر در صورت علم که آن هم از باب حسبة و یا نهی از منکر است نه از باب قضاوت.

پس این سخن که قاضی باید رسیدگی کند معنایش عدم شرطیت بلوغ است و بنابر این صدر و ذیل کلام سازگار نیست مگر این که گفته شود اصلاً مورد کلام فقهها فقط این مساله است که آیا اقامه دعوای مستقیم طفل پذیرفته است یا همیشه باید وکیل و ولی اقدام کند.

الا ان یقال هیچ کس مخالف این نیست که ولی بتواند نسبت به احراق حقوق مالی و جانی صبی قیام کند و حق او را استنقاذ کند.

نقول: نسبت به حقوق جانی چنین چیزی ثابت نیست. بنابر این طبق نظر مانعین صبی باید پس از بلوغ دنبال کند.

جمعبندی:

۱- در مورد شرطیت بلوغ مدعی مشهور بلکه اجماع فقهای شیعه به شرطیت فی الجمله گرایش دارد.

فقهای اهل سنت در این مورد اختلاف نظر دارند حنفیه اذن ولی صبی را برای اقامه دعوی از سوی صغیر لازم می دانند ولی مالک چنین اذنی را لازم ندانسته و بلوغ را مطلقاً شرط نمی داند. ولی شافعی بلوغ مدعی را مطلقاً شرط می داند. نظریه مشهور شرطیت بلوغ مدعی به طور مطلق است چه در امور مالی و چه غیر مالی اما معدودی از فقها در امور غیر مالی مثل جنایت بر نفس دعوای صبی را قابل استماع دانسته اند. این گروه گفته اند در مرحله حلف یا رد حلف این کار باید توسط ولی یا قیم وی انجام شود.

برای نظریه لزوم سمع دعوی صبی به طور مطلق در میان فقهای شیعه قائلی دیده نشده است. تنها از کلام مرحوم بجنوردی که گفته است:

فالإنصاف أَنَّهُ لَوْلَمْ يَكُنْ إِجْمَاعُ الْكُلُّ وَ اتَّفَاقُهُمْ فِي الْبَيْنِ، لَكَانْ مُقْتَضِي
القواعد الْأُولَى سَمَاعُ قَوْلِهِ، خَصْوَصًا فِي غَيْرِ الْمَالِيَّاتِ، كَادْعَائِهِ جَنَاحَةُ عَلَيْهِ إِذَا
كان مراهقا ذكيا فطننا عاقلا عالما.

تمایل به این نظریه قابل استفاده است.

استاد سید کاظم حائری هم به این قول تصريح کرده است:

فَلَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً نَفَذَتْ وَ إِنْ كَانَ أَحَدٌ فَرَدِيَّهَا هُوَ الْوَلِيُّ، وَ إِلَّا فَلَوْ حَلَفَ الْمُنْكَرُ
نفذ حلفه، و إن رد عليه الحلف و كان الحق المتنازع فيه في يد المنكر،
أَجَّلَتِ الدَّعْوَى إِلَى حِينِ الْبَلُوغِ كَيْ تَكُونَ يَمِينَهُ شَرِعِيَّةً، أَوْ تَبْنَىَ الْوَلِيُّ
الدعوى کی یستطيع الحلف،

۲- ادلہ نظریه عدم جواز مطلق عبارت است از:

۱. اجماع
۲. اصل عدم تاثیر

۳. مسلوب العباره بودن صبي

۴. عدم سلطنت صبي بر مطالبه اموال خود

۵. رفع قلم از صبي

۶. استلزم اصرف مالي ممنوع

۷. اخبار و اطلاقات عدم مضى تصرفات صبي

دليل اجماع مورد مناقشه صغروي قرار گرفته است زيرا عده اي از فقها در غير دعاوى مالي به عدم شرطيت بلوغ تصريح كرده اند. از نظر كبروي هم احتمال مدرکي بودن آن با توجه به ادله حجر صبي مانع از اعتبار آن در نظر متاخرين است.

اصل عدم تاثير که همان استصحاب عدم تحقق اثر قبل از اقامه دعوى است با وجود عموماتي که اشاره خواهد شد بي اثر است.

روایت رفع قلم هم ناظر به رفع قلم مواخذه و تکلیف است و در مقام امتنان می باشد و شامل موضوع مورد بحث که حق اقامه دعوى برای صبي است نمی شود. مسلوب العباره بودن صبي هم تعبيري است که پس از زمان علامه حلی در فقه شیعه وارد شده و مبنياً ندارد هر چند این تعبير در فقه اهل سنت سابقه دارد و امام الحرمین جويني متوفي ٤٧٨

در كتاب نهايه المطلب خود آورده است: «إِنَّ الصَّبِيَّ مُسْلُوبُ الْعَبَارَةِ بِالْكُلِّيَّةِ»
اما استدلال مرحوم آقا ضياء که کسی که سلطه بر مالي نمی تواند داشته باشد نمی تواند برای کسب سلطه بر مال عليه ديگري اقدام کند مخدوش است زира نتيجه اقامه دعوى اين است که مال در اختيار ولی او قرار می گيرد.

اما استلزم اصرف مالي به اين معنى که پذيرش دعواي صبي در مواردي مستلزم تصرف وي در اموالش می باشد و چون چنين چيزی جايزي نیست پس لازم آن مردود است علاوه بر اين که اخص از مدعى است و تنها در مواردي که چنين لازمه اي دارد قابل طرح است ايرادي که بر استدلال به اخبار و اطلاقات آتي الذكر وارد است بر اين استدلال هم وارد می باشد.



اما استدلال به اخباری با این مضمون که امر صبی تا قبل از بلوغ نافذ نیست این اخبار دو دسته هستند: برخی از این اخبار به صورت مطلق بر جایز و نافذ نبودن امر صبی دلالت دارد مانند:

قُلْتُ: قَدْ يَكُونُ الْغُلَامُ أَبْنَ شَمَانَ عَشْرَةَ سَنَةً - أَوْ أَفْلَأَ أَوْ أَكْثَرَ وَلَمْ يَحْتَلِمْ - قَالَ إِذَا بَلَغَ وَكُتِبَ عَلَيْهِ الشَّيْءُ «(3)» جَازَ أَمْرُهُ - إِلَّا أُنْ يَكُونَ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا.

و برخی آن را محدود به شراء و بیع کرده است:

قَالَ وَالْعَلَامُ لَا يَجُوزُ أَمْرُهُ فِي الشَّرَاءِ وَالْبَيْعِ - وَلَا يَخْرُجُ مِنَ الْيَتِيمِ حَتَّى يَبْلُغَ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً - أَوْ يَحْتَلِمَ أَوْ يُشَرِّعَ أَوْ يُنْبَتَ قَبْلَ ذَلِكَ.

این دسته دوم این حکم را به تصرفات مالی محدود می کند و شامل دعاوی غیر مالی نمی شود

و اطلاق دسته اول هم با دسته دوم قابل تقييد است زیرا مفاد دسته اول با فرض تمام بودن اطلاق این است که امر صبی جایز نیست مطلقا و مفاد دسته دوم این است که امر صبی فقط در شراء و بیع جایز نیست. و از آنجا که دسته دوم در مقام تحديد و تبيين حدود تصرف صبی است اطلاق دسته اول را تقييد می کند.

علاوه بر این، اطلاق دسته اول هم قابل مناقشه است زیرا به قرینه الا ان یکون سفیها مصب روایت تصرفات مالی است و از روایت اطلاقی که بخواهد همه کارهای صبی را بی اثر کند بدست نمی آید و چنین ظهوری برای روایت قابل اثبات نیست

مناقشه دوم:

مناقشه اول منع اقامه دعوى صبی در امور مالی را پذيرفته است اما می توان گفت که از روایات دال بر حجر صبی که گفته شد ناظر به حجر مالی است منع مطلق تصرف استفاده نمی شود بلکه فهم عقلایی از این روایات آن است که صبی بخاطر ضعف عقلانی است از تصمیم گیری در مورد اموال خود و اعمال تدبیر در شوون مالی ممنوع است و نباید اموالش را در اختیارش گذاشت تا هر کاری خواست با آنها بکند؛ اما این که اگر استنقاذ حق صبی خود به خود مستلزم

تأثیری در اموال وی شد این کار هم ممنوع است خارج از مفاد این روایات است و از این مورد منصرف است و بلکه اطلاق این روایات اصلاً ناظر و شامل این موارد نبوده و به صورت تصرفات همراه با تصمیم گیرید و اعمال تدبیر محدود می‌باشد.

با این مناقشه اساسی مشکل این روایات و نیز مشکل استلزم تصرفات مالی که پیش تر گفته شد حل می‌شود و مانعی برای اقامه دعوی از سوی صبی برای احراق حقوقش باقی نمی‌ماند.

نظریه جواز اقامه دعوی از سوی صبی

گفته شد که نظریه جواز فی الجمله یعنی دعاوى غير مالى طرفدارانى در میان فقهاء شيعه به شرح زير دارد:

...

استدلالی که برای این نظریه می‌توان اقامه کرد با نظریه جواز مطلق مشترک است و تنها تفاوت آن است که نظریه جواز فی الجمله از اطلاق این استدلال به دليل ادله منع تصرفات صبی رفع يد می‌کند ولی نظریه جواز مطلق خود را ملزم به رفع يد از اطلاق آن نمی‌بیند.

دلیل لزوم سماع دعوای صبی

تمام اطلاقاتی که بر وجوب قضاوت و احراق حق و عدل از سوی قضاط و حکام دلالت دارد شامل تظلم و اقامه دعوا از سوی صبی می‌شود و اختصاصی به تظلمات و دعاوى بالغین ندارد، همان طور که اطلاق این ادله شامل مثلاً زنان هم می‌شود و اختصاصی به مردان ندارد.

مرحوم یزدی در عروه گفته است:

و إلّا فمقتضى عمومات وجوب الحكم بالعدل و القسط و نحوها سمعها في

غير التصرفات الممنوعة

الناس در آیه شریفه فاحکم بین الناس بالعدل شامل صبی هم می شود و اگر تظلمی را به نزد حاکم آورد باید میان او و خصماپیش به عدل قضاوت شود.

به آیه کونوا قوامین بالقسط هم استدلال شده است. زیرا اطلاق قوامین شامل قوانین برای احراق دعوای اقامه شده از سوی صبی هم می شود.

اطلاق عنوان المدعی در «البینه علی المدعی» نیز شامل مدعی صغیر هم می شود.

پس با وجود این اطلاقات و نبودن دلیلی که این اطلاق را نفی کند نوبت به اصل عدم تاثیر نمی رسد.

بنابر این، در صورتی که صبی در برابر دادگاه اقامه دعوی کند و بینه شرعی ارائه کند قاضی باید به آن رسیدگی کند؛ بلی، قاضی می تواند در ادامه دادرسی در صورتی که این امر نیازمند تصرفاتی در اموال صبی باشد ولی^۳ صبی را ملزم کند که این امر را انجام دهد و حتی در موارد لازم او را موظف به پیگیری امر دادرسی و احراق حق صبی بنماید.

در تحریر الوسیله و نیز در کتاب مهدب الاحکام مرحوم سبزواری آمده است که علیرغم شرطیت بلوغ برای اقامه و سماع دعوی اگر صغیری در برابر دادگاه تظلم کرد و ادعایی را علیه کسی مطرح کرد قاضی باید از باب حسبه به این دعوا رسیدگی کند.

این کلام مورد ایرادهای زیر است:

۱. رسیدگی به یک دعوا از سوی قاضی از باب حسبه، قضاوت نیست - بلکه کاری است که به حکم عقل باید هر کسی انجام دهد و قدر متین آن حاکم است - در نتیجه طبق این نظریه این اشکال باقی است که نظام قضایی اسلام در مقابل تظلم یک انسان هر قدر تظلم بزرگ و سختی ساکت و اقدامی قضایی را برای رسیدگی به آن پیش بینی نکرده است.

۲. اقدام از باب حسبه در صورتی است که قاضی علم به تضییع حق داشته باشد و یا لا اقل قراین و شواهد روشنی بر آن دلالت داشته باشد اما ترتیب

اثر دادن به یک شکایت و اقامه دعوایی که همراه با قرایین و شواهد نیست و شواهدش باید بعد از آنکه شود مشمول حسبه نیست.

در صورتی که رسیدگی قاضی از باب نهی از منکر باشد مشکل بیشتر است زیرا در آنجا علم به وقوع منکر لازم است

مشکلات نظریه منع سماع

از اینجا به بررسی این مساله در باب شرط بلوغ می‌رسیم که مطابق نظریه شرطیت بلوغ اگر جنایت و ظلمی بر جان و یا مال صبی وارد شد این امر در نظام قضایی اسلام چگونه باید پیگیری شود؟ این مساله فروضی دارد:

۱. اگر قاضی به این جنایت بر جان و یا تعدی بر مال و عرض صبی علم پیدا کند از باب حسبه بر او واجب است که به احراق حق صبی قیام کند. البته در صورتی که علم قاضی را به عنوان یکی از راه‌های ثبوت نپذیریم و یا آن را به علم حسی و یا به حقوق الله محدود کنیم در اینجا هم دچار مشکل می‌شویم.

۲. اما اگر قاضی به وقوع جنایت و تعدی علم نداشته باشد چه باید کرد؟ در این صورت اگر ولی^۳ طفل اقامه دعوا کند و این دعوا دارای آثار مالی به نفع صبی نباشد ورود ولی^۴ به این دعوا چه وجهی دارد؟ ظاهرًا ولی^۵ طفل وظیفه استیفای همه حقوق مولی علیه را بر عهده دارد البته در مورد حق قصاص به طور خاص اختلاف نظر وجود دارد اما سایر حقوق اعم از مالی و غیر مالی مانند حق تعزیر و حد را باید پیگیری کند.

در شرایع آمده است که یدعی لنفسه او یدعی من له الولاية عليه. مقدس ره در توضیح گفته است: **أو لمن عليه الولاية كالأنب والجد له.**

اما مشکل این است که این راه برای دخالت ولی^۶ تنها در صورتی است که ولی^۷ علم به موضوع داشته باشد و در غیر این صورت چه الزامی برای ولی وجود دارد که با صرف یک ادعا از سوی طفل که هنوز هیچ بینه و شاهدی هم بر آن وجود ندارد ملزم به پیگیری باشد. محقق قمی به این امر تصریح کرده است:

أو لمن له ولاية الدعوى عنه، كالأنب والجد والوصي والحاكم والوكيل

حين ثبّوتها عندهم.

مرحوم خویی هم اشکال را در این مورد پذیرفته و سماع دعوی را لازم دانسته است:

و أَمَا إِذَا لَمْ يَكُن الْوَلِي مُتَمَكِّنًا مِنْ إِقَامَةِ الْبَيْنَةِ، كَمَا إِذَا أَدَّعَى الصَّبِي أَنَّ زِيَادًا فَقَاءَ عَيْنِيهِ أَوْ إِحْدَاهُمَا وَلَا يَعْلَمُ الْوَلِي بِهِ، فَفِي مُثْلِ ذَلِكِ لَا يَبْعُدُ وَجْوبَ السَّمَاعِ، حَفْظًا لِلنَّظَامِ،

جالب این است که تعبیر حفظاً للنظام ایشان مساوی با این است که نمی شود نظام قضایی اسلام دعوا و تظلم شخصی را ندیده بگیرد. و مشکل زمانی حادّ تر می شود که طرف دعوا خودِ ولیّ باشد و صبی بخواهد علیه ولیّ اقامه دعوی کند.

نظریه مختار

از بحث گذشته به این نظریه رسیدیم که مطابق ادله همیشه اقامه دعوا از سوی صبی شنیده و پذیرفته می شود و دلیلی برای این که دعوا و تظلم صبی نادیده گرفته شود وجود ندارد ولی این نکته باید ملحوظ گردد که قاضی برای رسیدگی به دعوا باید ولیّ طفل را احضار کند و تصدی امر پیگیری را از او بخواهد زیرا این پیگیری مستلزم اموری است که بعضاً در صلاحیت طفل نیست و اگر طفل دارای ولی نیست و یا ولی وی توانایی اقدام ندارد و از این امر استنکاف می کند دادگاه برای پیگیری این امور قیمی را تعیین کند.

۴- فقهایی که سماع و پیگیری دعوای صبی را لازم شمرده اند گفته اند چون حلف باید از سوی بالغ اعمال شود یا این حلف را ولیّ انجام می دهد و یا این که تا زمان بلوغ صبی به تاخیر می افتد.

كلام شيخ در مکاسب

السبت، می ۰۳، ۱۴۲۰ ق.ظ ۷:۲۲

الكلام في شروط المتعاقدين

كتاب المکاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٧٥

مسألة [من شروط المتعاقدين البلوغ]

[في عقد الصبي]

[المشهور بطلان عقد الصبي]

المشهور كما عن الدروس «١» و الكفاية «٢»:- بطلان عقد الصبي، بل عن الغنية:
الإجماع عليه و إن أجاز الولي «٣».

و في كنز العرفان: نسبة عدم صحة عقد الصبي إلى أصحابنا «٤»، و ظاهره إرادة
التعيم لصورة إذن الولي.

و عن التذكرة: أن الصغير محجور عليه بالنص و الإجماع سواء كان مميّزاً أو لا في
جميع التصرفات إلّا ما استثنى، كعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبيره و وصيته و
إيصال الهدية و إذنه في الدخول، على خلاف في ذلك «٥»، انتهى.

و استثناء إيصال الهدية و إذنه في دخول الدار، يكشف بفتحواه عن

oooooooooooooooooooo

(١) الدروس ٣: ١٩٢، لكنه نسبة إلى الأشهر.

(٢) الكفاية: ٨٩، و حكاہ عنه و عن الدروس السيد المجاهد في المناهل: ٢٨٦.

(٣) الغنية: ٢١٠.

(٤) انظر كنز العرفان ٢: ١٠٢.

(٥) التذكرة ٢: ٧٣.

كتاب المکاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٧٦

شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله؛ لأنّ إيصال و الإذن ليسا من التصرفات القولية
و الفعلية، و إنما الأول آلة في إيصال الملك كما لو حملها على حيوان و أرسلها، و
الثاني كاشف عن موضوع تعلق عليه إباحة الدخول، و هو رضا المالك.

الاستدلال على البطلان بحديث رفع القلم

و احتجّ على الحكم في الغنية «١» بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتّى يحتمل، وعن المجنون حتّى يفيق، وعن النائم حتّى يستيقظ» «٢»، وقد سبّقه في ذلك الشيخ في المبسوط في مسألة الإقرار و قال: إنّ مقتضى رفع القلم أن لا يكون لكلامه حكم «٣». و نحوه الحلّي في السرائر في مسألة عدم جواز وصيّة البالغ عشرًا «٤»، و تبعهم في الاستدلال به جماعة، كالعلامة «٥» وغيره «٦».

الاستدلال بروايات عدم جواز أمر الصبي

و استدلّوا [\(٧\)](#) أيضاً بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقي عليه السلام: «إنَّ
الجارية إذا زوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتم،

٢١٠) الغنیة:

(٢) عوالی اللآلی ١: ٢٠٩، الحديث ٤٨.

٣) المبسوط ٣: ٣

(٤) السرائر : ٣٧٠٢

(٥) التذكرة ١٤٥ : ٢

(٦) كالمحقّق الثاني في جامع المقاصد ٧: ٨٢، و المحقق التستري في مقابس الأنوار: ١٠٨.

(٧) كما في الحدائق ١٨: ٣٦٩، و الرياض ١: ٥١١، و مقابس الأنوار: ١٠٨، و الجواهر ٢٢: ٢٦١ وغيرها.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٢٧٧

و دفع إليها مالها، و جاز أمرها في الشراء «١»، و الغلام لا يجوز أمره في البيع و الشراء و لا يخرج عن اليتم حتّى يبلغ خمس عشرة سنة .. الحديث «٢».

و في رواية ابن سنان: «متى يجوز أمر اليتيم؟ قال: حتى يبلغ أشدّه. قال: ما أشدّه؟ قال: احتلامه» ^(٣)، وفي معناها روايات أخرى ^(٤).

[المناقشة في دلالة هذه الروايات]

لكن الإنصاف: أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف؛ لأنّ
الجواز مرادفٌ للمضى، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع
الفضولى غير ماضٍ، بل موقوف.

و يشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «إلا أن يكون سفيهاً» ^(٥)، فلا
دلالة لها حينئذٍ على سلب عبارته، وأنه إذا ساوم وليه متاعاً ^(٦) وعِين له قيمته
«أمر الصبي» بمجرد إيقاع العقد مع الطرف

oooooooooooooooooooo

(١) في المصدر زيادة: و البيع.

(٢) الوسائل ١٢: ٢٦٨، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، الحديث الأول، و
ذيله.

(٣) الخصال ٢: ٤٩٥، الحديث ٣، و عنه في الوسائل ١٣: ١٤٣، الباب ٢ من أبواب
كتاب الحجر، الحديث ٥.

(٤) انظر الوسائل ١٢: ٢٦٧، الباب ١٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، و ١٣: ١٤١
و ١٤٢، الباب ١ و ٢ من أبواب كتاب الحجر، و الصفحة ٤٣٢ و ٤٢٨، الباب ٤٤ و
٤٥ من أبواب كتاب الوصايا و غيرها.

(٥) مثل رواية ابن سنان المتقدمة و الروايتين الآخريتين عنه أيضاً في الوسائل ١٣:
٤٣١ و ٤٣١، الباب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، الحديث ٨ و ١١.

(٦) كذا في «ف»، «خ» و «ش» و نسخة بدل «ن»، و في سائر النسخ: متاعه.
(٧) في «ف»: قيمة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٧٨
الآخر كان باطلًا، و كذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه.
و أمّا حديث رفع القلم، ففيه:
أولاً: أنّ الظاهر منه قلم المؤاخذة، لا قلم جعل الأحكام؛ ولذا بنينا كالمشهور على
شرعية عبادات الصبي.

و ثانياً: أنّ المشهور على الألسنة أنّ الأحكام الوضعية ليست مختصّة بالبالغين، فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما يكون جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكينه من مسّ المصحف.

و ثالثاً: لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجنولة في حق البالغين، فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجاً عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ.

و بالجملة، فالتمسّك بالرواية ينافي ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبي، و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين. فالعمدة في سلب عبارة الصبي هو الإجماع المحكى «١»، المعتمد بالشهرة العظيمة، و إلّا فالمسألة محل إشكال؛ ولذا تردد المحقق في الشرائع في إجارة الممّيّز بإذن الولي «٢» بعد ما جزم بالصحة في العارية «٣»،

(١) تقدّم حكايتها عن الغنية و التذكرة في أول المسألة.

(٢) الشرائع:

(٣) الشرائع : ٢١٧)

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٢٧٩

و استشكل فيها في القواعد «١» و التحرير «٢».

و قال في القواعد: و في صحة بيع الممیز بإذن الولي نظر ^(٣)، بل عن الفخر في شرحه: أن الأقوى الصحة؛ مستدلاً بأن العقد إذا وقع بإذن الولي كان كما لو صدر عنه ^(٤) و لكن لم أجده فيه و قواه المحقق الأردبيلي على ما حكى عنه ^(٥).
ويظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده، حيث قال: و هل يصح بيع الممیز و شراؤه؟ الوجه عندي: أنه لا يصح ^(٦).

و اختيار في التحرير: صحة بيع الصبي في مقام اختبار رشده (٧).

و ذكر المحقق الثاني: أنه لا يبعد بناء المسألة على أنّ أفعال الصيغة و أقواله

شرعية أم لا، ثم حكم بأنّها غير شرعية، وأنّ الأصح بطلان العقد «٨».

A horizontal sequence of 20 blue rectangular blocks arranged in a single row. Each block has a thin black border and is filled with a solid blue color. The blocks are evenly spaced and extend across the width of the frame.

١) القواعد

٢٤٤ : التحرير ١ (٢)

.١٦٩ : (٣) القواعد

(٤) حكاٰ عنه المحقق التستري في مقابس الأنوار (الصفحة ١١٠)، و لكنّ الموجود في الإيضاح (٢: ٥٥) ذيل عبارة والده هكذا: «و الأقوى عدم الصحة»، و لم نعثر فيه على غيره.

(٥) لم نعثر على الحاکى عنه بهذا النحو، نعم في المقابس (الصفحة ١١٠): و مال المقدس الأرديلي في كتابه إلى جواز بيعه مع الرشد و إذن الولي، انظر مجمع الفائدة ٨: ١٥٣ ١٥٢.

(٦) التذكرة ٢: ٨٠، وفيه: و شراؤه بآذن الولي.

(٧) التحرير ١ : ٢١٨

٨) جامع المقاصد ٥: ١٩٤

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٢٨٠
و عن المختلف أنه حكى في باب المزارعه عن القاضي كلاماً يدلّ على صحة بيع الصبي «١».

بالجملة، فالمسألة لا تخلو عن إشكال، وإن أطنب بعض المعاصرین [\(٢\)](#) في توضیحه حتی الحقه بالبدیهیات فی ظاهر کلامه.

[الحجّة في المسألة هي الشهرة والإجماع المحكى]

فإلا إنصاف: أن الحجّة في المسألة هي الشهرة المحقّقة و الإجماع المحكى عن التذكرة ^(٣): بناءً على أن استثناء الإحرام الذي لا يجوز إلّا بإذن الولي شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة، لا نفي الاستقلال في التصرّف؛ و كذا إجماع الغنية ^(٤): بناءً على أن استدلاله بعد الإجماع بحديث «رفع القلم» دليل على شمول معقه للبيع بإذن الولي. و ليس المراد نفي صحة البيع المتعقب

بالإجازة، حتى يقال: إن الإجازة عند السيد «٥» غير مجدية في تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل ولو كان غير مسلوب العبارة، كالبائع الفضولي. و يؤيد الإجماعين ما تقدم عن كنز العرفان «٦».

[المناقشة في تحقق الإجماع]

نعم لقائل أن يقول: إنّ ما عرفت من المحقق و العلّامة و ولده

(١) حکی المحقق التستری فی مقابس الأنوار (الصفحة ١١٠) ما نقله العلّامہ عن القاضی، و قال: «و مقتضاه صحة شراء الصبی و بیعه»، انظر المختلف ٦: ١٨٨، و المذهب ٢: ٢٠.

(٢) الظاهر أن المراد هو صاحب الجوهر، انظر الجواهر ٢٦١: ٢٢، وانظر مقابس الأنوار: ١١٢ ١١١ أيضاً.

.٧٣ : ٢) التذكرة (٣)

٤) الغنية:

(٥) يعني السيد ابن زهرة.

(٦) تقدّم في أول المسألة.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٨١
والقاضى و غيرهم خصوصاً «١» المحقق الثانى «٢» الذى بنى المسألة على شرعية
أفعال الصبي يدل على عدم تحقق الإجماع.
و كيف كان، فالعمل على المشهور «٣».

[ما يَسْتَأْنِسُ بِهِ لِلْبَطْلَانَ]

و يمكن «٤» أن يستأنس له أيضاً بما ورد في الأخبار المستفيضة من أنّ «عمد الصبي و خطأ واحد» كما في صحيحه ابن مسلم «٥» و غيرها «٦»، والأصحاب و إن ذكروها في باب الجنایات، إلّا أنه لا إشعار في نفس الصحيحه بل و غيرها بالاختصاص بالجنایات؛ ولذا تمسّك بها الشيخ في المبسوط «٧» و الحلّى في السرائر «٨»، على أنّ إخلال الصبي المُحرّم بمحظورات الإحرام التي تختصّ

الكافر فيها «٩» بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبي، ولا على الولي؛ لأنّ عمدته خطأ.

- (١) لم ترد «غيرهم خصوصاً» إِلَّا في «ف»، «ش» و مصححة «ن».

(٢) تقدم كلامهم في الصفحة ٢٧٨ .٢٨٠

(٣) لم ترد «فالعمل على المشهور» في «ف».

(٤) في «ف»: فيمكن.

(٥) في «ف»: محمد بن مسلم.

(٦) الوسائل ١٩ : ٣٠٧، الباب ١١ من أبواب العاقلة، الحديث ٢ و ٧

٦٦، الباب ٣٦ من أبواب كتاب القصاص في النفس، الحديث ٢.

(٧) المبسوط ١ : ٣٢٩.

(٨) السرائر ١ : ٦٣٦ ٦٣٧.

(٩) كذا في «ف»، وفي «ص» بدل «الكافرة فيها»: «حرمتها»، وفي
بينهما بجعل أحدهما أصلًا والآخر بدلاً، وفي «ش» جمع بينهما مع
إلى ذلك.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٢٨٢

و حينئذٍ فكل حكمٍ شرعيٍّ تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتيب الحكم الشرعي عليها القصد بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبي قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد، فعقد الصبي و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخطأ و إيقاعاتهم.

[استظهار البطلان من حديث رفع القلم]

بل يمكن بمحاطة بعض ما ورد من هذه الأخبار في قتل المجنون والصبي استظهار المطلب من حديث «رفع القلم» وهو ما عن قرب الإسناد بسنده عن أبي البختري، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام، أنه كان يقول [في «١»] المجنون والمعتوه الذي لا يفقي، والصبي الذي لم يبلغ: «عدهما خطأ تحمله

العاقلة و قد رفع عنهم القلم «٢» «٣»؛ فإنّ ذكر «رفع القلم» في الذيل ليس له وجه ارتباط إلّا بأن تكون علّة لأصل الحكم، و هو ثبوت الديّة على العاقلة، أو بأن تكون معلولة «٤» لقوله: «عدهما خطأ»، يعني أنّه لمّا كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع و في الواقع رفع القلم عنهم.

و لا يخفى أن ارتباطها «٥» بالكلام على وجه العلية أو المعلولية «٦»

A horizontal row of 20 small, empty rectangular boxes arranged in a single row.

(١) من المصدر.

٢) في «ف» زيادة: «إلخ»، وفيسائر النسخ: «اـه»، لكن المذكور هنا هو المذكور في المصدر بتمامه.

(٣) قرب الإسناد: ١٥٥، الحديث ٥٦٩، و عنه في الوسائل ١٩: ٦٦، الباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس، الحديث ٢.

(٤) كذا، و المناسب: بأن يكون معلولاً.

(٥) كذا، و المناسب تذكير الضمير؛ لرجوعه إلى «رفع القلم».

(٦) في «ش»: و المعلولية.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٢٨٣

للحكم المذكور في الرواية أعني عدم مؤاخذة الصبي و المجنون بمقتضى جنائية العمد و هو القصاص، و لا بمقتضى شبه العمد و هو الديه في مالهما لا يستقيم إلّا بأن يراد من «رفع القلم» ارتفاع المؤاخذة عنهم شرعاً من حيث العقوبة الْأُخْرَوِيَّة و الدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص، أو المال كغرامة الديه و عدم ترتيب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها مما «^١» لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمد لترتبت عليه غرامة أخروية أو دنيوية.

و على هذا، فإذا التزم على نفسه مالاً بإقرار أو معاوضةٍ ولو بإذن الولي، فلا أثر له في إلزامه بالمال و مؤاخذه به ولو بعد البلوغ ^(٣). فإذا لم يلزمه شيء بالتزاماته ولو كانت بإذن الولي، فليس ذلك إلا لسلب قصده و عدم العبرة بإنشائه؛ إذ لو كان ذلك لأجل عدم ^(٤) استقلاله و حجره عن الالتزامات على

نفسه، لم يكن عدم المؤاخذة شاملًا لصورة إذن الولي، وقد فرضنا الحكم مطلقاً^١ فيدلّ بالالتزام على كون قصده في إنشاعاته و إخباراته مسلوب الآخر.
ثم إنّ مقتضى عموم هذه الفقرة بناءً على كونها علّة للحكم -: عدم مؤاخذتهم
بإطلاق الحاصل منهمما، كما هو ظاهر المحكى عن بعض

A decorative horizontal bar consisting of a series of small, evenly spaced rectangular boxes, likely a graphic element or a separator line.

(١) في «م» و «ع»: «بما»، وفي نسخة بدلهما: ممّا.

(٢) كذا في «ش»، وفي سائر النسخ: «لها»، وفي مصححة «ص»: لهما

(٣) عبارة «لو بعد البلوغ» وردت في «ف» قبل قوله: «فلا أثر له».

(٤) في «ف» بدل «الأجل عدم»: لعدم.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٢٨٤

إِلَّا أَن يلتزم بخروج ذلك من «١» عموم رفع القلم، و لا يخلو عن «٢» بُعد. لكن «٣» هذا غير واردٍ على الاستدلال؛ لأنَّه ليس مبنيًّا على كون «رفع القلم» علةً للحكم؛ لما عرفت «٤» من احتمال كونه معلولاً لسلب اعتبار قصد الصبيّ و المجنون، فيختصُّ رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التي يعتبر في المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإتلاف، فافهم و اغتنم.

ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي، كالتعزير.

[رأى المؤلف في المسألة و دليله]

و الحاصل: أنّ مقتضى ما تقدّم «٥» من الإجماع المحكى في البيع و غيره من العقود، و الأخبار المتقدمة «٦» بعد انضمام بعضها إلى بعض -: عدم الاعتبار بما يصدر من الصبيّ من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاهـا، كإنشاء العقود أصلـاً و كالةً، و القبض و الإقباض، و كلّ التزام على نفسه من ضمانٍ أو إقرارٍ أو نذرٍ أو احـارـ.

(١) فـ، غـر «فـ»: عـنـ.

(٢) في غير «ف»: من.

(٣) في «ش»: و لكن.

(٤) في الصفحة السابقة.

(٥) في أول المسألة.

(٦) راجع الصفحة ٢٧٦ ٢٧٧ و ٢٨١.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٨٥

[كلام العلامة في عدم صحة تصرفات الصبي]

قال «١» في التذكرة «٢»: و كما لا يصح تصرفاته اللغظية، كذا لا يصح قبضه، و لا يفيد حصول الملك في الهبة و إن اتهب له الولي، و لا لغيره و إن أذن الموهوب له بالقبض، و لو قال مستحق الدين للمديون: سلم حقى إلى هذا «٣» الصبي، فسلم مقدار «٤» حقه إليه، لم يبرأ عن الدين و بقى المقبوض على ملكه، و لا ضمان على الصبي؛ لأن المالك ضيّعه حيث دفعه إليه، و بقى الدين لأنّه في الذمة و لا يتعين إلا بقبض صحيح، كما لو قال: ارم حقى في البحر، فرمى مقدار حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلم مالى إلى الصبي أو ألقه في البحر؛ لأنّه امتنع أمره في حقه المعين، و لو كانت الوديعة للصبي فسلّمها إليه ضمن و إن كان بإذن الولي؛ إذ ليس له تضييعها بإذن الولي.

و قال أيضاً: لو عرض الصبي ديناراً على الناقد لينقده أو متاعاً إلى مقوم ليقومه فأخذه، لم يجز له ردّه إلى «٥» الصبي، بل على «٦» وليه إن كان. فلو أمره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه، بريء من ضمانه إن كان المال للولي «٧»، و إن كان للصبي فلا، كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في

oooooooooooooooooooooooooooo

(١) في «ش»: و قال.

(٢) نقل السيد العامل في مفتاح الكرامة ٤: ١٧٢ عدّة فروع من التذكرة و نهاية الإحکام، و لم يفرزها، و لكن المؤلف قدّس سرّه نسبها جميعاً إلى التذكرة.

(٣) كلمة «هذا» من «ش» و المصدر.

(٤) في المصدر و نسخة بدل «ش»: قدر.

(٥) في المصدر: على.

(٦) في «ش» و مصححة «م»: إلى.

(٧) كذا في «ص»، «ش» والمصدر و مصحّحة «ن»، و في غيرها: للمولى.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٢٨٦

البحر، فإنّه يلزم ضمانه. وإذا تباع الصبيان و تقاضا و أتلف كلّ واحدٍ منها ما
قبضه، فإن جرى بإذن الولّي فالضمان عليهما، وإلا فلا ضمان عليهما، بل على
الصبيان. ويأتي في باب الحجر تمام الكلام «١».

و لو فتح «^٢» الصبى الباب وأذن فى الدخول على أهل الدار، أو أدخل «^٣» الهدية إلى إنسان عن «^٤» إذن المهدى، فالأقرب الاعتماد؛ لتسامح السلف فيه «^٥»، انتهى كلامه رفع مقامه.

[لا فرق في معاملة الصبي بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة]

ثم إنّه ظهر مما ذكرنا: أنّه لا فرق في معاملة الصبي بين أن تكون في الأشياء
اليسيرة أو الخطيره؛ لما عرفت من عموم النص و الفتوى حتّى أن العلّامة في
التذكرة لما ذكر حكاية «أنّ أبا الدرداء اشتري عصفوراً من صبيٍ فأرسله»، ردّه
بعدم الثبوت وعدم الحجّية، و توجيهه بما يخرجه عن محل الكلام «٦».

و به يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني: من أنّ الأَظْهَر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة؛ دفعاً للحرج «٨»، انتهى.

(١) هذه العبارة للسيد العامل في مفتاح الكرامة.

(٢) هذا الفرع ذكره العلّامة في النهاية، و نقله السيد العاملى بتصرّف.

(٣) في المصدر: أوصل.

(٤) في غير «ف» و «ش»: من.

(٥) انظر التذكرة ١: ٤٦٢، ونهاية الإحکام ٢: ٤٥٤ ٤٥٥، و مفتاح الكرامة ٤:

(٦) التذكرة ٢ : ٨٠

(٧) فی «ف»: لما.

(٨) مفاتيح الشرائع : ٣٤٦

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٢٨٧

فإن الحرج ممنوع، سواء أراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحرّمات و التزام مباشرة البالغين لشرائطها، أم أراد أنه يلزم من التجنّب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الأشياء الحنيرة.

ثم لو «١» أراد استقلاله في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور عليه في الأشياء اليسيرة، فالظاهر كونه مخالفًا للإجماع.

و أمّا ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: و نهى النبي صلّى الله عليه و آله و سلم عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعةً بيده معللاً بأنه «إن لم يجد سرق» «٢»، فمحمول على عوض كسبه من التقاطٍ، أو اجر عن «٣» إجارةً أوقعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي، أو عن عمل أمر به من دون إجارة فأعطاه المستأجر أو الامر اجرة المثل، فإن هذه كلّها مما يملكه الصبي، لكن يستحب للولي و غيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها؛ لاحتمال كون من الوجوه المحرّمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممّن لا يبالى بالمحرّمات.

وَكِيفَ كَانَ، فَالْقُولُ الْمَذْكُورُ فِي، غَايَةِ الْضُّعْفِ.

[تصحیح المعاملة لو كان الصبی بمنزلة الاله]

نعم، ربما صَحَّ سَيِّد مُشَايخنا في الرياض هذه المعاملات إذا

(١) في «ع» و «ص»: «إِن»، و في نسخة بدلهما: لو.

(٢) الوسائل ١٢: ١١٨، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) في «ف» بدل «عن»: أو.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٢٨٨

كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف؛ من جهة استقرار السيرة و استمرارها على ذلك ^(١).
و فيه إشكال، من جهة قوّة احتمال كون السيرة ناشئة من ^(٢) عدم المبالاة في الدين، كما في كثير من ^(٣) سيرهم الفاسدة.
و يؤيّد ذلك: ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميّزين و غيرهم، و لا بينهم و بين المجانين، و لا بين معاملتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولي ^{أصلًا}، و معاملتهم لأوليائهم على سبيل الآلية، مع أنّ هذه ^(٤) مما ^(٥) لا ينبغي الشك ^{في فسادها} ^(٦)، خصوصاً الأخير.

مع أنّ الإحالّة على ما جرت العادة به كالإحالّة على المجهول؛ فإنّ الذي جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كلّ صبيّ ما هو ^(٧) فطنُ فيه، بحيث لا يغلب في المساومة عليه، فيكِلون إلى من بلغ ستّ سنين ^(٨) شراء باقة بقلٍ، أو بيع بيضة دجاج بفلسٍ، و إلى من بلغ

٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠٠

(١) الرياض ١: ٥١١.

(٢) في غير «ف»: عن.

(٣) لم ترد «كثير من» في «ش».

(٤) في «م»، «ع»، «ص» و «ش»: هذا.

(٥) لم ترد «ممّا» في «ف».

(٦) في «ش»: فساده.

(٧) في «ن»، «خ»، «م» و «ص»: « Maher »، لكنّ صحيحة في «ن» بما أثبتناه في المتن.

(٨) كذا في «ش» و مصححة «ص»، و فيسائر النسخ: من بلغ سنتين.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٨٩

ثمانية ^(١) سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما، و إلى من بلغ أربع عشرة سنة شراء الثياب، بل الحيوان، بل يكِلون إليه أمور التجارة في الأسواق و البلدان، و لا يفرقون بينه وبين من أكمل خمس عشرة سنة، و لا يكِلون إليه شراء مثل القرى

و البساتين و بيعها إلّا بعد أن يحصل له التجارب، و لا أظنّ أنّ القائل بالصحّة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل.

و كيف كان، فالظاهر أنّ هذا القول أيضاً مخالف لما يظهر منهم.

و قد عرفت حكم العلّامة في التذكرة بعدم جواز ردّ المال إلى الصبيّ إذا دفعه إلى الناقد لينقده، أو المتابع الذي دفعه إلى المقوم ليقومه ^(٢)، مع كونه غالباً في هذه المقامات بمنزلة الآلة للولي، و كذا حكمه بالمنع من ردّ مال الطفل إليه بإذن الولي، مع أنّه بمنزلة الآلة في ذلك غالباً.

[دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبي الإباحة لو كان مأذوناً و المناقشات فيه] و قال كاشف الغطاء رحمة الله بعد المنع عن ^(٣) صحة عقد الصبي أصالة و وكالة ما لفظه: نعم، ثبتت الإباحة في معاملة المميّزين ^(٤) إذا جلسوا مقام أوليائهم، أو تظاهروا على رؤوس الأشهاد حتّى يظنّ أنّ ذلك من إذن الأولياء خصوصاً في المحرّقات. ثمّ قال: ولو قيل بتمثيلك الآخذ منهم لدلالة مأذونيته في جميع التصرّفات فيكون موجباً قابلاً، لم يكن بعيداً ^(٥)، انتهى.

□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□

(١) كذا في النسخ، و المناسب: «ثماني»، كما في مصححة «ص».

(٢) راجع الصفحة ٢٨٥.

(٣) في «ف»: من.

(٤) كذا في «ن» و «ش» و المصدر، و في سائر النسخ: المتميّزين.

(٥) كشف الغطاء: ٤٩ - ٥٠.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٢٩٠

أقول ^(١): أمّا التصرّف و المعاملة بإذن الأولياء سواء كان على وجه البيع أو المعاطاة ^(٢) فهو الذي قد عرفت ^(٣) أنه خلاف المشهور و المعروف حتّى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع في المعاطاة؛ لأنّها تصرّف لا محالة و إن لم تكن بيعاً، بل ولا معاوضة.

و إن أراد بذلك أنّ إذن الولي و رضاه المنكشف بمعاملة الصبيّ هو المفيد

للإباحة، لا نفس المعاملة كما ذكره بعضهم في إذن الولي في إعارة الصبي «٤» فتوضيحة ما ذكره بعض المحققين من تلامذته «٥»، وهو: أنه لمّا كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفق، وكانت مفيدةً للإباحة التصرف خاصةً كما هو المشهور وجرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة والرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوضات، وكان الغالب في الأشياء التي يعتمد فيها على قول الصبي «٦» تعين «٦» القيمة، أو الاختلاف الذي يتسامح به في العادة، فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبي من صورة البيع والشراء مع الشروط المذكورة، كما يعتمد عليه في الإذن في دخول الدار وفي إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات

……………….

(١) لم ترد «أقول» في غير «ف».

(٢) لم ترد «سواء كان إلى أو المعاطاة» في «ف».

(٣) راجع أول المسألة.

(٤) انظر جامع المقاصد ٦: ٦٥، و المسالك ٥: ١٣٦.

(٥) هو المحقق التستري قدس سره.

(٦) كذا في أكثر النسخ والمصدر، وفي «ش» و مصححة «ن»: تعين.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٩١

الصدق، بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوهه، وقد استند فيه في التذكرة إلى تسامح السلف «١».

و بالجملة، فالاعتماد في الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك في الأخذ والإعطاء، مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف، لا على قول الصبي و معاملته من حيث إنه كذلك، وكثيراً ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد، من غير وجود ذي يدٍ أصلاً، مع شهادة الحال بذلك، كما في دخول الحمام وضع الأجرة و «٢» عوض الماء التالف في الصندوق، و كما «٣» في أخذ الخضر الموضعية للبيع، و شرب ماء السقاين و وضع القيمة المتعارفة في الموضع المعد

لها «٤»، وغير ذلك من الأمور التي جرت العادة بها، كما يعتمد على مثل ذلك في غير المعاوضات من أنواع التصرفات.

فالتحقيق: أنّ هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب و لا منافيًّا له، و لا يعتمد على ذلك أيضاً في مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقّه و أظهر عدم الرضا «٥»، انتهى.

و حاصله: أن مناط الإباحة و مدارها في المعطاء ليس على وجود تعاطٍ قائمٍ
بشخصين، أو بشخصٍ منزلٍ منزلة شخصين، بل على تحققٍ

- (١) التذكرة ١: ٤٦٢، و تقدّم عنه في الصفحة ٢٨٦.

(٢) كلمة «و» من «ف» و المصدر.

(٣) في «ش»: و كذا.

(٤) كذا في «ف» و «ص» و المصدر، و في سائر النس

(٥) مقاييس الأنوار: ١١٣.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديثة)، ج ٣، ص: ٢٩٢

الرضا من كلّ منهما بتصريف صاحبه في ماله، حتى لو فرضنا أنه حصل مال كلّ منها عند صاحبه باتفاق كإطاره الريح و نحوها فتراضيا على التصرف بإخبار صبيٌ أو بغیره من الأئمّات كالكتابية و نحوها كان هذه «١» معاطاة أيضاً، ولذا يكون «٢» وصول الهدية إلى المُهدي عليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضا المهدى بالتصريف بل التملّك كافياً في إباحة الهدية، بل في تملّكها. وفيه «٣»: أن ذلك حسن، إلا أنه موقوف أولاً على ثبوت حكم المعاطاة من دون إنشاء إباحة و تملك، و الاكتفاء «٤» فيها بمجرد الرضا.

و دعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي، مدفوعة: بأنه إنشاء إباحة لشخصٍ غير معلوم، و مثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة، مع العلم بخروجه عن موضوعها.

و به يفرق بين ما نحن فيه و مسألة إصال الهدية بيد الطفل؛ فإنه يمكن فيه

دعوى كون دفعها «٥» إليه للإيصال إباحة أو تمليكاً «٦»، كما ذكر أنّ إذن الولي للصبيّ في الإعارة إذن في انتفاع المستعير، وأمّا دخول

الصبيّ في الإعارة إذن في انتفاع المستعير، وأمّا دخول

(١) كذا في النسخ، و المناسب: «هذا»، كما في مصححة «ص».

(٢) في «ش»: كان.

(٣) في «ف»: فيه.

(٤) كذا في «ش» و نسخة بدل «ن»، و في «ف»: «يكفى»، و في مصححة «ص»: «أن يكتفى»، و في سائر النسخ: يكتفى.

(٥) كذا في «ص»، و في غيرها: دفعه.

(٦) كذا في «ن»، «ش» و مصححة «ص»، و في سائر النسخ: تملكاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصاري، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٩٣

الحمام و شرب الماء و وضع الأجرة و القيمة، فلو حكم بصحّتهما «١» بناءً على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الإنشاء انحصرت صحّة وساطة الصبيّ فيما يكتفى «٢» فيه بمجرد «٣» وصول العوضين، دون ما لا يكتفى «٤» فيه.

و الحال: أنّ دفع الصبيّ و قبضه بحكم العدم، فكلّ ما يكتفى فيه بوصول كلّ من العوضين إلى صاحب الآخر بأى وجه اتفق فلا يضرّ مباشرة الصبيّ لمقدّمات الوصول.

ثم إنّ ما ذكر «٥» مختصّ بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبيّ ولیاً كان أم غيره.

و أمّا ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً «٦»: من صيرورة الشخص «٧» موجباً قابلاً «٨»، فيه:

أولاً: أنّ تولّي وظيفة الغائب و هو من أذن للصغير إن كان

الصبيّ في الإعارة إذن في انتفاع المستعير، وأمّا دخول

(١) في غير «ش»: بصحّتها.

(٢) و في «ش»: «يكفي».

(٣) كذا في «ص»، و في غيرها: مجرد.

(٤) كذا في «ص»، و في غيرها: مجرد.

(٥) يعني ما ذكره كاشف الغطاء و تلميذه المحقق التسترى قدس سرهما فى تصحيح معاملات الصبى.

(٦) تقدّم نصّ كلامه في الصفحة ٢٨٩.

(٧) كذا في «ش»، «ص» و مصححة «ن»، و في مصححة «خ»: «أحد الشخصين»، و في سائر النسخ: الشخصين.

(٨) في غير «ف»: و قابلاً.

كتاب المكاسب (للشيخ الأنصارى، ط - الحديث)، ج ٣، ص: ٢٩٤
بإذن منه، فالمفروض انتفاءه، و إن كان بمجرد **«١»** العلم برضاه، فالاكتفاء به في
الخروج عن موضوع الفضولى مشكل، بل ممنوع.
و ثانياً: أن المحسوس بالوجودان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عن أذن
للصبي.

ثم إن لا وجه لاختصاص ما ذكروه من الآلية بالصبي، و لا بالأشياء الحقيرة، بل هو
جار في المجنون و السكران بل البهائم، و **«٢»** في الأمور الخطيرة؛ إذ المعاملة إذا
كانت في الحقيقة بين الكبار و كان الصغير آلة، فلا فرق في الآلية بينه و بين غيره.
نعم، من تمسّك في ذلك بالسيرة من غير أن يتجمّس لإدخال ذلك تحت القاعدة،
فله تخصيص ذلك بالصبي؛ لأنّه المتيقّن من موردها، كما أنّ ذلك مختص
بالمحقرات.

١١٢/٢٢ ج و جواهر

رياض المسائل (ط - الحديثة)، ج 15، ص: 149

و يشترط فيه أي في المدعى التكليف بالبلوغ و كمال العقل و أن يدعى لنفسه أو لمن له **ولاية الدعوى** عنه بأن يكون وكيلًا، أو وصيًّا، أو ولیًّا، أو حاكماً، أو أمينه، فلو أدعى الصغير أو المجنون أو من لا ولاية له عليه لم تسمع دعواه، بلا خلاف في شيء من ذلك أجده، و به صرخ بعض الأجلة⁽¹⁾، و هو الحجة. مضافاً إلى الأصل، و اختصاص إطلاق ما دل على سماع الدعوى و أحکامها من النص و الفتوى بحكم التبادر و غيره بما إذا صدرت ممن اجتمعت فيه الشرائط المزبورة و غيرها. و يزيد الحجة على اعتبار التكليف تضمن الدعوى أوراً تتوقف عليه كإقامة البينة و نحوها.

جواهراً:

و كيف كان فلا خلاف في أنه يشترط فيه أي المدعى البلوغ و العقل، .. فلا تسمع دعوى الصغير و لا المجنون بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل هو إجماع مضافاً إلى انسياق غيرهما من الأدلة، بل الدعوى أيضاً إنشاء يترب عليه أحکام، و عبارته مسلوبة عنه، كغيرها من الإنشاءات، لاتفاق النص⁽¹⁾ الفتوى على أنه لا يجوز أمره حتى يبلغ.

(1) الوسائل الباب -4 من أبواب مقدمة العبادات الحديث 2

جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج 40، ص: 377

جواهراً:

ب- اعتبار بلوغ المدعى و رشه حال الدعوى دون المدعى عليه: لا خلاف [و] لا إشكال في أنه [يشترط في المدعى البلوغ] بل في المتن و غيره: [و الرشد] بل لا أحد خلافاً بينهم فيه، و هو لا يخلو من وجہ لو كان متعلق الدعوى مما

حجر عليه فيه،

أمّا لو كانت قصاصاً مثلاً فالظاهر صحة دعواه به. نعم لو أراد الصلح عليه بمالٍ اعتبر إذن الولي، بل قد يقال بصحّة دعواه في ما يتعلّق بالمال منه وإن كان لا يدفع إليه ولا يقع الصلح معه.-ج ٤٢

قواعد: ★

ولها شروط خمسة:

الأول: أن يكون بالغاً رشيداً حالة الدعوى دون وقت الجنائية.
فلو كان جنيناً حالة القتل صحّت دعواه، إذ قد يعرف ذلك بالتسامع.

مستند: ★

المسألة الثانية: يشترط في المدعى أن يكون بالغاً عاقلاً
، فلا تسمع دعوى الصغير ولا المجنون، بلا خلاف يوجد، كما صرّح به طائفة «١»، بل بالإجماع كما في المعتمد، بل بالإجماع المحقق.
قيل: و للأصل، أي أصالة عدم ترتّب آثار الدعوى من وجوب سماعها و قبول
بينة المدعى و سقوط دعواه بالحلف و ثبوتها بالنكول و نحوها عليها،
لاختصاص ما دلّ على سماع الدعوى و أحکامها -بحكم التبادر-

(١) منهم المحقق في المختصر النافع: 284، العلامة في القواعد: 208، السبزواري في الكفاية: 274، صاحب الرياض: 2: 410
مستند الشيعة في أحكام الشريعة، ج 17، ص: 145

بما إذا صدرت ممّن اجتمعت فيه الشرائط، التي منها التكليف، مضافاً إلى
تضمين الدعوى أموراً تتوقف على التكليف، كإقامة البينة و نحوها «١».
و لا يخلو عن نظر، لمنع التبادر المذكور من مثل قوله **كُوْنُواْقَوْمِينَ بِالْقِسْطِ** «٢»
و قوله **فَأَخْكِنْ كُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ** «٣» و نحوهما «٤»، بل مثل قوله عليه السلام:
«البينة على المدعى» «٥»، لأنّ ذلك حكم وضعياً لا تكليفي. و منع توقف ما
ذكر على التكليف، و لو سلم فيتقلّ الكلام في دعوى لا توقف على ذلك،

فالمناطق: الإجماع.

مضافاً إلى تضمن الدعوى كثيراً تصرفات مالية - كإحلاف أو إقرار - لا تجوز منها، إلا أنّ مقتضاها الاقتصر في عدم السماع بما يثبت فيه الإجماع، أو ما أوجب تصرفًا ماليًا منه.

فلو جاء يتيم لا ولد له إلى حاكم وادعى: أنّ فلاناً فرق عيني أو قتل أبي أو نزع ثوبي ويريد الفرار ولدي بذلك شهود فاسمع شهودي وخذ بحقّي، ولا يمكن الأخذ بعد فراره، فليس فيه تصرفٌ ماليٌ له، وتحقق الإجماع على عدم السماع فيه غير معلوم.

نعم، يمكن القول بعدم جواز إحلافه ولا قبول حلفه لو ردّ إليه حينئذ، بل الحاكم يحلف المنكر من جهة ولايته لو ظنَّ صدق الصغير، فتأمل.

بجوردي ★

فمنها: كونه واحداً لشروط التكليف

، مثل البلوغ والعقل، وقد ادعى بعضهم عليه الإجماع، ونفي الخلاف بعض آخر، فلا تسمع دعوى المجنون ولا الصبي وإن كان مراهقاً مميّزاً وبلغ من العقل والعلم ما بلغ، لوجوه:

[وجوه اعتبار كون المكلف واحداً لشروط التكليف]

الأول: الأدلة الدالة على عدم اعتبار كلامه وأنّه مسلوب العبرة، وللأدلة الدالة على رفع القلم عنه وعدم جواز أمره.

و فيه: أنّ المراد من تلك الأدلة عدم الاعتبار بكلامه، وعدم جواز أمره في المعاملات مستقلاً، وعدم نفوذ تصرفاته في أمواله فيما إذا لم تكن بإذن الولي، لما ورد من قبول قوله وترتيب الأثر في بعض المقامات والموارد، كتاب الوصية إذا بلغ عشرة، ولما اخترناه من شرعية عباداته.

و أمّا أدلة رفع القلم، فلنا في محله إنّ المراد قلم الإلزام، أي الوجوب والحرمة، وهذا من جهة الإرافق به.

و أَمّا ادْعَاء الإِجْمَاع، فممنوع صغرى و كبرى.

أَمّا الصغرى، فلذهاب جماعة إلى سماع دعوى الصبي المميّز المراهق في غير المالّيات، كما إذا ادْعى جنائية عليه، أو أخذ شيء منه قهراً و بالقوّة و له شهود على ذلك.

القواعد الفقهية (للحجوردي، السيد حسن)، ج 3، ص: 85

و أَمّا الكبرى، فلأنّ المظنون - بل المقطوع - أنّ مدرك المتفقين على فرض وجود الاتّفاق و تحقّقه هو ما ذكرنا من أدلة رفع القلم و عدم جواز أمره و غير ذلك مما تقدّم، فليس من الإجماع المصطلح.

الثاني: أصالة عدم ترتّب آثار الدعوى - من وجوب السمع و قبول البينة و الإقرار و سقوطها، أي الدعوى بحلف المنكر و غير ذلك - على دعواه. و فيه: أنّ عموم «البينة على المدّعي، و اليمين على من أنكر» واف بلزوم ترتيب تلك الآثار.

الثالث: عدم سلطنة الصبي على المطالبة بذلك الشيء الذي يدّعى ثبوته على الطرف، فلا يمكن أن يكون له السلطنة على إلزام الطرف بأمر الذي من شأنه السلطنة على مطالبته بذلك الأمر، و إلّا يلزم انفكاك اللازم عن الملزوم.

بيانه: أنّ حقيقة الدعوى المسموعة هي أن يكون المدّعي له السلطنة على إلزام خصمه بثبت أمر، من عين أو مال أو حقّ عليه، و إن كان بتوسّط إقامة البينة على ذلك الأمر، و لازم هذه السلطنة هو أن يكون له السلطنة على مطالبة ذلك الأمر، فإذا جاء الدليل على نفي الأخيرة عن الصبي لصغره و عدم بلوغه إلى مرتبة الكمال، فلازم نفي اللازم نفي الملزم بالدلالة الالتزامية. هذا ما أفاده أستاذنا المحقق قدس سره في هذا المقام.

و فيه: أنّه لا ملازمة بين سلطنته على إلزام الخصم و إثبات أمر عليه، و سلطنة نفسه على مطالبة ذلك الأمر، بل تكون سلطنة المطالبة بذلك الأمر

لوليه، و ذلك كما أنه لو اشتري الولي شيئاً يصير ملكاً له، و من شؤون الملكية سلطنة المالك على ملكه بأنّ له أنحاء التصرفات المشروعة، و لكن بالنسبة إلى الصبي ليس له هذه التصرفات مباشرة، بل تكون هذه السلطنة لوليه.

فالإنصاف أنه لو لم يكن إجماع الكلّ و اتفاقهم في البين، لكان مقتضى القواعد الأولية سماع قوله، خصوصاً في غير الماليات، كادعائه جنائية عليه إذا كان مراهقاً

القواعد الفقهية (للحجوردي، السيد حسن)، ج3، ص: 86

ذكيّاً فطننا عاقلاً عالماً.

و أمّا حديث انصراف الأدلة - مثل قوله صلى الله عليه و آله: «البينة على المدعى، و اليمين على من أنكر» - عن الصبيّ و إن كان مراهقاً، فدعوى بلا بينة و لا برهان.

سبزواري ★

لان القاضى لرفع الظلامات، و تصدّيه للأمور الحسبية، فإنّ كان للصبي ولـيحضره و إلا يتصدّى لذلك بولاية نفسه، و يفعل ما تقتضيه الولاية من نصب القيم له، أو أخذ الوكيل له فيها.

خويي: مباني تكميلة المنهاج، ج41 موسوعة، ص: 52 ★

(2) أمّا المجنون: فالأمر فيه ظاهر.

و أمّا الصبي: ففيه تفصيل، فإنّ سماع الدعوى من المدعى و تصدّي القضاء إن كان لأجل فصل الخصومة بين المترافعين فلا ريب في أنّ ذلك لا يتحقق في دعوى الصبي، إذ لا عبرة باعترافه، كما أنه ليس له إخلاف المنكر، إذ لا أثر لحلفه بإخلافه، كما أنه لا أثر لحلف الصبي إذا ردّ عليه الحلف.

و أمّا إذا كان لغير ذلك فقد يكون ولـي الصبي قادرًا على إقامة الدعوى بإقامة

البيّنة أو إخلاف المنكر أو بحلفه إذا ردّ عليه، ففي مثل ذلك لا يجب على الحاكم التصدّي للقضاء، لعدم الدليل عليه. و يكفي في عدم سماع دعوى الصبي عدم الدليل على وجوب ذلك.

اقول: يعني با وجود تمكّن ولّيٌّ از اقامه دعوى دليلى بر سماع دعوى از صبي نىست و أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ الْوَلِي مُتَمكِّنًا مِنْ إِقَامَةِ الْبَيْنَةِ، كَمَا إِذَا أَدْعَى الصَّبِي أَنَّ زِيدًا فَقَأْ عَيْنِيهِ أَوْ إِحْدَاهُمَا وَلَا يَعْلَمُ الْوَلِي بِهِ، فَفِي مُثْلِ ذَلِكِ لَا يَبْعُدُ وَجْهُ السماع، حفظاً للنظام، فَإِنْ أَمْكَنَ الصَّبِي إِقَامَةَ الْبَيْنَةِ فَعَلَى الْحَاكِم أَنْ يَحْكُمْ لَهِ وَإِلَّا سَقَطَتِ الدَّعْوَى، إِذْ لَيْسَ لِلصَّبِي إِحْلَافُ المُنْكَرِ وَلَيْسَ لَوْلَيْهِ ذَلِكُ، لَمَّا تَقْدَمَ مِنْ اعْتِبَارِ الْجَزْمِ فِي الْمَدْعَى، فَتَؤْجِلُ الدَّعْوَى إِلَى أَنْ يَبْلُغَ الصَّبِي.

فاضل: 

(1) قد استدلّ لاعتبار البلوغ في سماع دعوى المدّعى و إن كان مميّزاً مراهقاً
بأنّه لا خلاف فيه، بل الإجماع عليه، كما ادعاه بعضهم [\(1\)](#)، و بأنّ المتّبادر
من الأدلة هو البالغ العاقل، و بما دلّ من الأخبار على أنّه لا يجوز أمر الصبي
في الشراء حتّى يبلغ خمس عشرة سنة [\(2\)](#)، و بأنّه مسلوب العبرة، و بأنّه
يجري في صورة الشكّ أصلّة عدم ترتّب آثار الدعوى من وجوب السماع، و
قبول البيّنة، و الإقرار، و سقوطها بالحلف و نحو ذلك.

(1) رياض المسائل: 13 / 36، القضاء و الشهادات (تراث الشيخ الأعظم): 29

(2) الكافي: 7 / 197 ح 1، مستطرفات السرائر: 86 ح 34، و عنهم وسائل الشيعة: 17 / 360، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع ب 14 ح 1.

تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 87

ولكن يرد على ما ذكر أنّ الإجماع المنشود بخبر الواحد لا حجّة فيه، مضافاً
إلى استبعاد أن يكون مستند المجمعين غير ما ذكر. و دعوى التبادر المذكور
ممونة. و استفاده اعتبار الرجولية في القاضي الذي قد عرفت [\(1\)](#) أنّ فيه

خصوصيتين: عدم الأنوثية و عدم كونه صبياً إنما هو باعتبار ذكر عنوان الرجل في بعض الروايات المرتبطة بشرائط القاضي ⁽²⁾. وأما بالإضافة إلى المتخصصين فلم يرد مثل ذلك فيهما، كما لا يخفي.

و الأخبار الدالة على أنه لا يجوز أمر الصبي حتى يصير بالغاً بالبلوغ الشرعي ⁽³⁾، موردها التصرفات المالية التي يكون هو ممنوعاً عنها، بل له فيها ولية كالأب والجد وغيرهما، ولا يشمل غير تلك التصرفات، كما إذا ادعى على شخص أنه أخذ ما في يده أو غصب ذاته أو نحو ذلك. و كونه مسلوب العبارة لم يقم عليه دليل شرعي، لو لم نقل بقيام الدليل على خلافه، وهي شرعية عبادات الصبي و عدم كونها تمرينية محضة، كما حققناه في القواعد الفقهية ⁽⁴⁾.

و عليه فلا تصل النوبة إلى الأصول العملية المذكورة في الذيل الجاري في صورة الشك و عدم الدليل، كما لا يخفي.
ثم إن الدليل على عدم مسلوبية العبارة ما أفاده في المتن: من أنه لو رفع الطفل ظلامته إلى القاضي يجب على القاضي أن يحضر وليه في صورة وجوده، و مع عدمه فتجري الأحكام المذكورة في المتن، فإن الظاهرة المرفوعة إن كانت معلومة..

(1) في ص 52-53.

(2) تقدم في ص 2.

(3) وسائل الشيعة: 18 / 410-412، كتاب الحجر 2.

(4) القراءع الفقهية: 1 / 355-370.

مومن 

الأول: البلوغ

الأول: البلوغ ⁽⁵⁾، فلا تسمع من الطفل ولو كان مراهقاً.
(5) و الدليل على اعتباره صححه «الخصال» عن عبد الله بن سنان

.....

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله أبي و أنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال

حتى يبلغ أشدّه

، قال: و ما أشدّه؟ قال احتلامه

، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقلّ أو أكثر و لم يحتمل؟

قال

إذا بلغ و كتب عليه الشيء جاز عليه أمره، إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً «1».

بتقرير: أن السائل قد سأله عن زمان جواز أمر اليتيم و صيرورته مستقلا في معيشته ماضياً أمره، فأجاب بأنه زمان احتلامه. ثم أفاد: أن الملاك هو بلوغه إلى حد التكليف، و إلى حد أن يكتب عليه الشيء من التكاليف الإلزامية أو مجازاتها، فلا يجوز و لا يمضي أمره إذا لم يصل حد التكليف، فلو سمعت دعواه قبل هذا الحد لجعل مستقلاً ماضي الأمر و جائزه، و قد دل الصريحة على أنه لا يجوز أمره إذا لم يبلغ.

و جواز أمره هذا لا وجه لتخصيص إطلاقه بخصوص التصرفات المالية و تملك ماله و تملك عوضه؛ فإنه خلاف الإطلاق الذي هو حجة ما لم يقم حجة على خلافه.

ثم إن الظاهر: أن الحكم لا يختص بالذكر، بل يعم الأنثى و الصبية؛ فإن العرف يفهم منها أنها بقصد ذكر البالوغ غاية لارتفاع حجر الصبي، بل الصحيحة ذكرت توضيحاً و تعيناً لقوله تعالى **وَابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ** فَإِنَّ آنَسَتُمُوهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوهُمْ أَمْوَالَهُم «2»، فيبين عليه السلام

(1) وسائل الشيعة 18: 412، كتاب الحجر، الباب 2، الحديث 5.

نعم لو رفع الطفل الممّيز ظلامته إلى القاضي فإن كان له ولی أحضره (6) لطرح الدعوى،

أنّ انقطاع يتم اليتيم و صيرورته جائز الأمر مستقلاً في إرادته إنّما هو ببلوغه حد التكليف.

و هنا أخبار أخرى يمكن الاستدلال بها على المطلوب قريب المضمون من الصحيحية، فراجع «الوسائل» كتاب الحجر، و الوصايا، و أبواب عقد البيع.

بل يمكن الاستدلال بالأية المباركة على عدم سماع دعاويه المتعلقة بأمواله قبل بلوغه؛ إذ الظاهر المفهوم من المنع عن دفع أمواله إليه قبل البلوغ إنّما هو عدم استقلاله في الأمور المتعلقة بأمواله؛ سواء كانت من قبيل النقل و الانتقال، أم من قبيل الدعاوى المتعلقة بالأموال.

و إنّما حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتمل (1) فظاهره رفع ما فيه كلفة عليه. و القلم إنّما قلم التكليف أو المؤاخذة؛ فإنّ في وضع كليهما عليه كلفة فالحديث إنّما ينفي عنه التكاليف الإلزامية أو المؤاخذة عليها، و هو لا ينافي استقلاله في أموره المتعلقة بأمواله أو في أموره مطلقاً، كما لا يخفى.

(6) و ذلك كله لأنّ إحقاق حق الصبي و رفع الظلم عنه واجب من باب الحسبة، فيقوم بتصديقه القاضي العادل المعد شرعاً لأمثال هذه الأمور،

(1) راجع وسائل الشيعة 1: 42، كتاب الطهارة، أبواب مقدمة العبادات، الباب 4.

و إلا فأحضر المدعى عليه ولاية أو نصب قياماً له أو وكل وكيلًا في الدعوى أو تكفل بنفسه وأحلف المنكر لو لم تكن بيته، و لو رد الحلف فلا أثر لحلف الصغير، و لو علم الوكيل أو الولي صحة دعواه جاز لهما الحلف.

[الثاني: العقل]

الثاني: العقل (7) فلا تسمع من المجنون و لو كان أدوارياً إذا رفع حال جنونه.

[الثالث: عدم الحجر لسفه]

الثالث: عدم الحجر لسفه إذا استلزم منها التصرف المالي (8) و أَمْا السفيه قبل الحجر فتسمع دعواه مطلقاً.

و ما ذكره مَدْ ظَلَهُ بعده طرِيق لإحقاق حقه. و عدم الأثر لhalf الصبي مقتضى عدم استقلاله في أموره.

(7) اعتبار العقل في المدعى بحكم العقلاء؛ فإن المجنون لا اعتبار بداعويه وسائر أعماله و أقواله عندهم، فهو كالطفل غير المميز عندهم، و أدلة اعتبار الدعاوي منصرفة عنه قطعاً.

(8) لما مرّ من استثناء السفيه عمن يجوز أمره في صحيحه عبد الله بن سنان بقوله عليه السلام

إذا بلغ و كتب عليه الشيء جاز أمره، إلَّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً «1».

و قضية الاستثناء عدم جواز أمره؛ أي عدم استقلاله في أموره التي منها تصدّي المراقبة عند المحاكم و حيث إنّ مقتضى الأدلة جواز أمره في

(1) وسائل الشيعة 18: 412، كتاب الحجر، الباب 2، الحديث 5.

مباني تحرير الوسيلة - القضاء و الشهادات، ص: 127

[الرابع: أن لا يكون أجنبياً عن الدعوى]

الرابع: أن لا يكون أجنبياً عن الدعوى (9) فلو ادّعى بدين شخص أجنبى على الآخر لم تسمع، فلا بدّ فيه من نحو تعلق به كالولاية و الوكالة، أو كان المورد متعلق حقّ له.

[الخامس: أن يكون للدعوى أثر]

الخامس: أن يكون للدعوى أثر (10) لو حكم على طبقها، فلو ادّعى أنّ الأرض متحركة و أنكرها الآخر لم تسمع.

غير الأمور المالية فيتبعه إقامة دعاويه في غيرها.

كما أَنَّه لو قلنا بأنّ السفيه المسбوق بالرشد يتوقف حجره على حكم المحاكم،

و إلّا فما لم يحکم عليه بالحجر يجوز أمره، فلا محالة يجوز له تصدّي المرافعات المالية أيضًا.

و بالجملة: و إن لا يبعد دعوى استفادة عدم جواز الأمر في السفيه مطلقاً مثل غير البالغ من قوله عليه السلام إلّا أن يكون سفيهاً

، لكن بعد فرض اختصاص عدم الجواز بخصوص الأمور المالية و اختصاصه أيضاً في المسبوق بالرشد بما بعد حكم الحاكم بحجره بمقتضى أدلة أخرى، فلazمها عرفاً استقلاله في المرافعه في الأمور غير المالية و فيما لم يحکم عليه بالحجر إذا سبقه الرشد، كما لا يخفى، و تمام الكلام موکول إلى كتاب الحجر.

عروه ★

مسألة 3: يشترط في سماع دعوى المدعى أمور.

أحدها: الكمال بالبلوغ و العقل فلا تسمع من المجنون و غير البالغ و إن كان مميزاً مراهقاً بلا خلاف، بل ادعى بعضهم الإجماع عليه لأصالة عدم ترتيب آثار الدعوى من وجوب السماع و قبول البينة و الإقرار و سقوطها بالhalf و نحو ذلك، و لأنّ المتبادر من الأدلة هو البالغ العاقل، و لما دل من الأخبار [1] على أنه لا يجوز أمر الصبي حتى يبلغ «قيل» و لكونهما مسلوبية العبارة. هذا و لكن القدر المتيقن من الإجماع و غيره عدم سماع دعوى الصبي فيما يوجب تصرفاً في مال أو غيره مما هو ممنوع منه و إلّا فمقتضى عمومات وجوب الحكم بالعدل و القسط و نحوها سماعها في غير التصرفات

الممنوعة كما إذا ادعى على شخص أنه جنى عليه أو سلبه ثوبه أو أخذ منه ما في يده، بل لو ادعى أنه غصب ذاته أو نحو ذلك و أتى بشهود على مدعاه فلا دليل على عدم سماع دعواه خصوصاً إذا كان الخصم ممن يخاف منه الفرار أو كان من المسافرين لكن لا يجوز له التحليف و لا half و لا

[1] الوسائل - باب اشتراط البلوغ و العقل - عن محمد بن يعقوب، (الكليني) بروايته عن حمزة بن حمران عن أبي جعفر (ع) في حديث أنه، قال: «الجارية إذا تزوجت و دخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها الitem و دفع إليها مالها و جاز أمرها في الشراء و البيع، قاله و الغلام لا يجوز أمره في الشراء حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتمل أو يشعر أو يثبت قبل ذلك». تكميلة العروة الوثقى، ج 2، ص: 37

إقراره، و لا يدفع إليه ما ثبت كونه ماله. نعم: إذا لم يكن له ولد فللحاكم مع عدم البينة إحلاف المنكر مع المصلحة و لا يلزم في سماع الدعوى ترتيب جميع آثارها من الإحلاف و الحلف و نحوهما.

الثاني: كونه رشيدا فلا تسمع من السفيه، كما عن الأردبيلي و بعض آخر، بل عن المعتمد دعوى الإجماع عليه، و لعل مرادهم عدم السماع في الدعاوى المتعلقة بالمال و إلا فلا مانع من سماع ما يتعلق بغيره كالقذف و الجنابة و النكاح و نحو ذلك، بل في الدعاوى المالية أيضا لا مانع من سماعها ما لم ينته إلى تصرف مالي إذ لا دليل على عدم سماع دعواه إلا دعوى الإجماع، و الظاهر أن مراد المجمعين عدم السماع في الدعاوى المالية لا مطلقا.

المجله: تحرير المجلة، ج 2 قسم 2، ص: 83 ★

يظهر من هذه المادة عدم اعتبار البلوغ في قبول الدعوى و يكفي كون المدعي ممياً و هو محل نظر و ظاهر أصحابنا الاتفاق على اعتبار البلوغ فلا تسمع دعوى غير البالغ مطلقاً و لكن بعد أن استدل السيد الأستاذ (قده) لذلك بما دل من الاخبار على ان أمر الصبي لا يجوز حتى يبلغ و بالإجماع قال: و لكن القدر المتيقن من الإجماع و غيره عدم سماع دعوى الصبي فيما يوجب تصرفًا في مال أو غيره مما هو ممنوع منه و الا فمقتضى عمومات وجوب الحكم بالعدل و القسط و نحوهما سماعها في غير التصرفات كما إذا ادعى على شخص انه جنى عليه أو سلبه ثوبه أو أخذ منه ما في يده و أتى بشهود فلا دليل على عدم سماع

دعاوه انتهى، و هو كما ترى قوي متين و يتفق مع ما ذكرته (المجلة)

حایری ★

رفع الدعوى من قبل الصبي الممیّز:

و بهذه المناسبة لا بأس بأن نتعرّض لمسألة ما إذا كان الصبي ممیّزا، و تبّنى هو رفع الدعوى لا ولیه، فلو أقام بینة نفذت و إن كان أحد فرديها هو الولي، و إلّا فلو حلف المنكرا نفذ حلفه، و إن ردّ عليه الحلف و كان الحق المتنازع فيه في يد المنكرا، أجّلت الدعوى إلى حين البلوغ كي تكون يمينه شرعیّة، أو تبّنى الولي الدعوى كي

القضاء في الفقه الإسلامي، ص: 678

يستطيع الحلف، و إن كان الحق المتنازع فيه في يد الطفل تبّنى الولي الدعوى، أو يسلّم الحق موقتا إلى المنكرا إلى أن يبلغ الطفل، و لو لم يسلّمه الطفل أجبره الولي على ذلك، و لو لم يوافق الولي على إجبار الطفل و لا على تبّنى الدعوى، أعمل السلطان ولايته فيأخذ الحق و تسليمه موقتا إلى المنكرا.

عبدالاعلى سبزواری ★

(مسألة 1): يعتبر في سماع الدعوى أمور (3):

الأول: الكمال بالبلوغ و العقل في المدعى (4)، فلا تسمع من الصبي و لو كان مراهقا و لا من الجنون - و لو كان أدواريا - إذا رفعت في حال جنونه (5).

(4) **أما الأول**: فاستدل عليه بأصله عدم ترتيب الأثر على دعوى الصبي مطلقا، و بالإجماع، و بقولهم عليهم السلام: لا يجوز أمر الغلام حتى يبلغ **1**.
و الأول محكم بالإطلاقات، و العمومات المتقدمة، و المتيقن من الثاني ما إذا استلزم التصرف المالي، كما أن المنساق من الثالث الاستقلال، لا ما إذا كان بإذن الولي - إن فرض له العموم أو الإطلاق - و قد يستدل بأدلة أخرى مزيفة تعرضنا لها في شرائط المتعاقدين في البيع. فراجع.

هذا، و لكن الحكم في المقام من المسلمات عندهم مطلقاً.

و أما الثاني: فبالضرورة الفقهية إن لم تكن عقلائية.

(5) لما عرفت في كل منهما.

(1) راجع النصوص في المجلد السادس عشر صفحة: 272

مهذب الأحكام (للسبيزواري)، ج 27، ص: 62

2- البلوغ-

فقه الإمام الصادق عليه السلام، ج ٦، ص: ٧٣

، فلا تسمع الدعوى من الصبي، حتى ولو كان مميزاً، لعدم صحة الإقرار منه، و لا حلف اليمين. و قال السيد كاظم في «ملحقات العروة»:

تسمع منه بعض الدعاوي، كما لو ادعى أن شخصاً اعتدى عليه، و اغتصبه نفسه، أو جنى عليه بالضرب، أو سلبه ما في يده من مال أو متعة، وخاصة إذا خيف فرار المدعى عليه، و تفويت الحق على الصبي. أجل، إذا ثبت حقه لا يسلم إليه، بل إلى وليه.»

و الذي نراه أن الصبي المميز يملك جميع التصرفات التي تعود عليه بالنفع و الصلاح، و ليس للولي حاكماً كان أو غير حاكم لأن يبطلها، لأن شرط البلوغ و الرشد إنما أخذها كوسيلة إلى مصلحة الصبي، لا غاية في نفسها. و قول الرسول الأعظم صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ «رفع القلم عن الصبي، حتى يبلغ» أراد بها رفع المؤاخذة و العقاب، بصرف النظر عن صحة معاملاته أو بطلانها.

و لست أفهم لما ذا لم تقبل الدعوى من الصبي المميز، إذا كان يقوى على المرافة و المدافعة بأكمل الوجوه. و لنفترض أن أباً الصبي، أو وصيه بذر و أسرف في ماله، حتى أوشك أن يتلف كله، أو جله، و لم يرفع الدعوى عليه أحد، فهل يترك للولي أو الوصي أن يتمادي في الغي، و لا تقبل الدعوى من الصبي عليهمما القادر على المحافظة على حقه، لا تقبل منه، لأنه لم يبلغ السن المحددة؟. و ليس من شك أن الدين و العقل يحتمان قبول الدعوى منه، و يدعان له الحرية الكاملة في الأدلة بما يشاء، كما يحتمان على القاضي البحث و التدقيق و الفصل بالحق.

[الكلام في المدعى]

و لكن قد تقدم في كتاب القضاء **«1»** البحث في اعتبار الجزم بالدعوى واقعاً أو إبرازاً، كما أنه لا خلاف **و لا إشكال في أنه يشترط في المدعى البلوغ لسلب عبارة غير البالغ، بل في المتن و غيره و الرشد** بل لا أحد خلافاً بينهم فيه، وهو لا يخلو من وجہ لو كان متعلق الدعوى مما حجر عليه فيه، أما لو كانت قصاصاً مثلاً فالظاهر صحة دعواه به، لعدم الحجر عليه فيه، نعم لو أراد الصلح عليه بمال اعتبار إذن الولي، بل قد يقال بصحّة دعواه في ما يتعلق بالمال منه وإن كان لا يدفع إليه و لا يقع الصلح معه، ضرورة عدم اقتضاء الحجر عليه أزيد من التصرف في المال

(1) راجع ج 40 ص 153 - 157

جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج 42، ص: 193

اللهم إلا أن يقال: إن الدعوى به نوع تصرف فيه، إذ قد يتوجه عليه اليمين مثلاً فينكّل عنه، فلا تصح منه، بل و لا في القصاص الذي قد يؤول إلى المال، و لعل ذلك هو الوجه في إطلاق المنصف وغيره اعتباره في المدعى كالبلوغ، و لكن الانصاف عدم خلو الإطلاق مع ذلك من إشكال، خصوصاً بعد ما تسمعه من صحة الدعوى عليه به.

أما المدعى عليه فلا يشترط فيه شيء منهما عندنا، بل و لا العقل، فلو ادعي على مجنون أو طفل صحت، و تولى الحكومة الولي، و ترتب عليه الأثر من ديّة أو قصاص خلافاً للعامة، فاشترطوا فيه البلوغ و العقل.

و أولى من ذلك صحتها على السفيه المصرح بها في القواعد و غيرها لكماله و صلاحيته للخطاب، نعم قال فيها: «و يقبل إقراره بما يوجب القصاص لا الديمة، و لو أنكر صح إنكاره لإقامة البينة، و يقبل يمينه و إن لم يقبل إقراره، لانقطاع الخصومة بيمينه» و هو صريح في صحة الدعوى عليه حتى بماله، إلا أنه يصح إنكاره لأجل إقامة البينة عليه إن كانت، و تقبل يمينه إن حلف، و تنقطع الخصومة به و إن لم يقبل إقراره بل و لا رد اليمين بناء على أنه كالإقرار منه.

و من هنا قال في كشف اللثام: «إن نكل فان جعلنا اليمين المردودة كالإقرار لم يصح الرد هنا، و إن جعلناها كالبينة ردت، فإذا حلف المدعى فكانه أقام بينة، و للعامة قول بعدم عرض اليمين بناء على أنه قد ينكّل، فلا يمكن الرد لكون اليمين المردودة كالإقرار» و ظاهره المفروغية من الحكم عندنا، و من ذلك يتوجه ما سمعته سابقاً من صحة الدعوى منه أيضاً.

و كيف كان فالمراد من اعتبار ما سمعته في المدعى **حالة الدعوى دون وقت الجنائية** فلو كان صبياً

أو مجنونا حالة القتل صحت عند الكمال إذ قد تتحقق صحة الدعوى بالسماع المتواتر مثلاً إن

جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج 42، ص: 194

اعتبرنا الجرم فيها و إلا لم يتحقق إليه.

نعم لا خلاف و لا إشكال في إنه يعتبر في صحتها أن يدعى على من يصح منه مباشرة الجنائية، فلو

ادعى على غائب وقت الجنائية أنه القاتل لم يقبل للعلم بكذبها و كذا لو ادعى على جماعة يتذرع

اجتماعهم على قتل الواحد كأهل البلد.

ولكن مع ذلك تقبل دعواه لو رجع إلى الممكن و لو بأن يفسر قتل الغائب بإرسال سمه إليه و نحوه،

و قتل أهل البلد بقتل الواحد بينهم مع عدم دفعهم عنه أو بغير ذلك، لإطلاق ما يقتضي صحة

دعواه الثانية من

قوله (صلى الله عليه و آله) «١»: «البينة على المدعي»

و غيره كما هو واضح.

و كذا لا خلاف و لا إشكال في أنه لو حرر الدعوى بتعيين القاتل و صفة القتل و نوعه سمعت دعواه

فلو ادعى على جماعة مجاهولين لم تسمع. و هل تسمع منه مقتضاها على مطلق القتل من دون ذكر

صفته التي هي المباشرة و التسبيب و نحوهما و لا نوعه من العمد و الخطأ و شبه العمد؟ فيه

تردد و خلاف أشبهه عند المصنف القبول كما تسمع تحقيقه في المسألة الثانية إن شاء الله.

و لو قال: قتله أحد هذين مثلاً من دون تعين لأحدهما بل قال: لا أعرفه عيناً و أريد يمين كل

واحد سمع و فاق للفاضل و ولده و الشهيدين و أبي العباس و الأربيلي على ما حكى عن

بعضهم إذ لا ضرر عليهم في إخلافهما مع حصوله عليه بالامتناع، و لزوم إهدار المسلمين، و لأنه

طريق يتوصل به إلى معرفة القاتل و استيفاء الحق منه، و لأن القاتل يسعى في إخفاء القتيل كي

لا يقصد و لا يطالب، و تعسر

(١) الوسائل - الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم - الحديث ٥ من كتاب القضاء.

جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج 42، ص: 195

معرفته على الولي لذلك، فلو لم تسمع دعواه هكذا لتضرر، و هما لا يتضرران باليمين الصادقة،

إلا أن الجميع كما ترى لا يقتضي استحقاق السماع على وجه يترتب عليه استحقاق اليمين.

نعم لو قلنا بحصول اللوث بالنکول أمكن ذلك، نحو ما ذكره المصنف و غيره من أنه لو أقام بينة

على أن أحد هما القاتل سمعت لإثبات اللوث إن لو خص الوراث أحد هما بعد ذلك، كما صرخ به غير

واحد، فثبتت الدعوى حينئذ باليمين، كما تسمعه في محله إن شاء الله، لكن مقتضاها أنه لو لم

يعينه بعد ذلك لم تكن فائدة لها، فإنه لا يثبت الحق عليهم و لا على أحد هما بخصوصه، كما

صرح به في المسالك، بل هو ظاهر غيره أيضاً.

لكن في كتاب بعض المعاصرین «فتثبت الدية عليهم موزعة أو بالقرعة» بل قال فيه أيضاً: «إنه معها لا تسمع منهم اليمين حينئذ، لأنهم قد يحلفون جميعاً فيكذبون البينة» ثم احتمل الحلف من كل منهم وأنه لا تکذیب فيه، فإنه يحلف على براءة ذمته لا ذمة صاحبه.

و ما أدرى ما الوجه في ما ذكره أولاً من الإلزام بالدية مع حلفهم أو عدمه؟! و كأن هذا الوهم نشأ عليه من مسألة اليمين إذا نكلا معاً أو أحدهما، فإنه قال بلزم الدية، و لكن هل يقزع بينهم أو يوزع؟

احتمالان، والأظهر الثاني، ولا يثبت بذلك إلا الدية و إن كانت الدعوى العمد، لأنه لا يعلم القاتل، ثم احتمل القصاص من الناكل إذا كان أحدهما، و إن نكلا معاً كان الولي بال الخيار، كما في صورة تعدد القاتل.

و جميعه كما ترى لا يستأهل أن يسود به الأوراق، خصوصاً ما ذكره أخيراً، ضرورة الفرق بين الشركاء في القتل وبين المقام، حتى لو قال المدعي: إن القاتل له إما أحدهما أو مجموعهما.

، فقد ذهب الفقهاء في الجملة على أن يكون كُلّ من المدعى والمدعى عليه أهلاً للقِيام بالتصَرُّفاتِ الشَّرِيعَةِ . (١) وأمّا مَنْ لَيْسَ أهلاً فِي طَالِبُ لَهُ بِحَقِّهِ مُمْثَلُهُ الشَّرِيعَى مِنْ وَلِيٍّ أَوْ وَصِيٍّ .

والحنفية لا يشترطون كمال الأهلية في كلا الطرفين، ويكتفون بالأهلية الناقصة، وكذاك المالكية في حق المدعى، (٢) ويُشترط الرشد عندهم في المدعى عليه، والشافعية والحنابلة يستثنون بعض الحالات ولا يشترطون فيها كمال الأهلية، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

- ١ - ذهب الحنفية إلى أنه يجوز للصبي المميز المأذون له أن يرفع الدعوى وأن يكون مدعى عليه، (٣) وذلك لأن الدعوى والجواب عليهما من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتصح من الصبي الذي أذن له ولية، ولا تصح ممّن لم يؤذن له.
- ٢ - وأ المالكية يفرقون بين المدعى والمدعى عليه: فأمّا المدعى فلا يشترط فيه الرشد، وتصح الدعوى من السفيه والصبي، ولا يشترطون أن يكون مأذونا له كما هو الحال عند الحنفية. (٤) وأمّا المدعى عليه، فتشترط فيه الأهلية الكاملة، فإن كان عديمهما أو ناقصها لم تصح الدعوى عليه.

- ٣ - وأمّا الشافعية فالاصل عندهم اشتراط البلوغ في المدعى والمدعى عليه، ولكنهم قالوا: تسمع الدعوى على المحجور عليهم فيما يصح إقرارهم به، فتسمع الدعوى بالقتل على السفيه. (٥)
- ٤ - وقال الحنابلة: تصح الدعوى على السفيه فيما يُؤخذ به حال سفهه، فتصح عليه دعوى الطلاق والقذف. (٦)

!!! والفقهاء الذين يجيزون القضاء على الغائب، وهم غير الحنفية قالوا بسماع الدعوى على الصغير والمجنون والميت إذا كان مع المدعى بينه بما يدعاه، وكانت حاضرة لدنه وبشرط آخر ستاتي. ويحلق القاضي يمينا سمّاها بعضهم □ يمين الاستظهار □، ويذكر فيها

٠٠٠٠٠٠٠

٠٠٠٠٠٠٠

(1) درر الحكم ٢ / ٣٣٠، الفتاوى الهندية ٤ / ٢، تبصرة الحكم ١ / ١٣٣

المنهج مع شرح المحتاج ٤ / ١٦٣، مغني المحتاج ٤ / ٤٠٧ - ٤٠٨، إعانة الطالبين ٤ / ٢٤١، الفروع ٣ / ٨٠٨، كشاف القناع ٤ / ٢٧٧

(2) جامع أحكام الصغار على هامش جامع الفصولين ١ / ٣٠٣ - ٣٠٤، مغني المحتاج ٤ / ٤٠٧ - ٤٠٨

(3) درر الحكم ٢ / ٣٠٣، المجاني الزهرية على الفواكه البدريّة ص ٨٨، جامع أحكام الصغار ١ / ٣٧

(1) مواهب الجليل ٦ / ١٢٧

(2) المنهاج وشرح المحتاج وحاشية قليوبى ٤ / ١٦٣ - ١٦٤، تحفة المحتاج ١ / ١٠

٢٩٣، مغني المحتاج ٤ / ١١٠ طبع ١٣٧٧ هـ

(3) منتهى الإرادات - القسم الثاني ص ٦٢٨، الفروع ٣ / ٨٠٨، كشاف القناع ٤ / ٢٧٧

أَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ مَا ادَّعَى بِهِ مِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِمْ، وَلَا أَبْرَأَهُمْ مِنْ ذَلِكَ. (١)
وَأَمَّا الْحَنَفِيَّةُ، فَلَا يُجِيزُونَ الدَّعْوَى إِلَّا عَلَى خَصْمٍ حَاضِرٍ وَمُكْلَفٍ، وَلَا يُجِيزُونَ
الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ، وَإِنْ أَخْضَرَ الْمُدَّعِي بَيْنَهُ بَدْعَوَاهُ، فَهُمْ مِنْ طَرِيقِ أُولَى لَا
يُجِيزُونَ سَمَاعَ الدَّعْوَى عَلَى الصَّغِيرِ أَوِ الْمَجْنُونِ أَوِ الْمَيِّتِ، حَيْثُ هُمْ أَضْعَفُ حَالًا
مِنَ الْغَائِبِ.

شَرْطُ الصِّفَةِ:

41 - المقصود به أن يكون كُلُّ مِنَ الْمُدَّعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ ذَا شَانٍ فِي الْقَضِيَّةِ الَّتِي
أُثِيرَتْ حَوْلَهَا الدَّعْوَى، وَأَنْ يَعْتَرِفَ الشَّارِعُ بِهَذَا الشَّانِ وَيَعْتَبِرُهُ كَافِيًّا لِتَخْوِيلِ
الْمُدَّعِي حَقَّ الْإِدْعَاءِ، وَلِتَكْلِيفِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِالْجَوَابِ وَالْمُخَاصِمَةِ.
وَيَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي الْمُدَّعِي إِذَا كَانَ يَطْلُبُ الْحَقَّ لِنَفْسِهِ، أَوْ لِمَنْ يُمَثِّلُهُ. (٢) وَيَحْقُّ
لِلَّدَائِنِ أَنْ يَرْفَعَ دَعْوَى لِمَدِينِهِ يُطَالِبُ فِيهِ بِحُقُوقِهِ إِذَا أَحَاطَ الدَّيْنُ بِأَمْوَالِهِ وَأَسْهَرَ

إِفْلَاسُهُ.

وَالْقَاعِدَةُ فِي هَذَا عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ: أَنَّ مَنْ يَدْعُى حَقًّا لِغَيْرِهِ، فَإِنْ كَانَ هَذَا الْحَقُّ مُنْتَقِلاً إِلَيْهِ صَحَّتْ دَعْوَاهُ، وَإِلَّا فَلَا، فَتَصْحِحُ الدَّعْوَى مِنْ

٠٠٠٠٠٠٠٠٠

(1) معنى المحتاج ٤ / ٤٠٧ - ٤٠٨، والدسوقي ٤ / ١٦٢، ٢٢٧

(2) تبصرة الحكم ١ / ١٠٩