

# احکام فقهی کودکان

## از نگاه فریقین\*

حجت‌الاسلام دکتر یعقوب‌علی برجی\*\*

### چکیده

یکی از ویژگی‌های قانون و مقررات اسلام، واقع‌بینی، هماهنگی با فطرت، قابلیت اجرا و ضمانت اجرایی آن است. با توجه به همین خصیصه است که خدای متعال کودکان را که هنوز به رشد جسمی و عقلی مناسب برای به دوش کشیدن بار تکلیف و مسئولیت نرسیده‌اند، از انجام بسیاری از وظایف و مسئولیتهای فردی و اجتماعی معاف داشته است. همین خصیصه واقع‌نگری ایجاب می‌کند که خود کودکان یا اولیای آنان در برابر بعضی از اعمال آنان که به گونه‌ای موجب اخلال در نظام اجتماعی می‌شود مسئول باشند. در این پژوهش بعد از تقسیم احکام به دو دسته تکلیفی و وضعی، احکام فقهی کودکان در هر یک از این دو قسم تبیین و به موارد اتفافی و اختلافی از جمله: ۱. داد و ستد کودکان؛ ۲. وصیت کودکان؛ ۳. اقرار کودکان؛ ۴. عاریه کودکان؛ ۵. وکالت کودکان، مورد بحث واقع شده است.

**واژه‌های کلیدی:** احکام تکلیفی، احکام وضعی، کودک.

## احکام فقهی کودکان از نگاه فریقین

اسلام دین جامع و جاودانه‌ای است که سعادت دنیا و آخرت انسانها را در سرلوحه برنامه‌های خود قرار داده و برای تکامل وجودی یکایک افراد و نظام دادن به جوامع بشری، قوانین و مقررات فردی و اجتماعی بسیاری را وضع نموده است. یکی از ویژگیهای قانون و مقررات اسلام، واقع‌بینی و هماهنگی آنها با فطرت انسان و قابلیت اجرا و ضمانت اجرایی آن است. با توجه به همین خصیصه است که خدای متعال کودکان را که هنوز به رشد جسمی و عقلی مناسب برای به دوش کشیدن بار تکلیف و مسئولیت نرسیده‌اند، از انجام بسیاری از وظایف و مسئولیتهای فردی و اجتماعی معاف داشته و بلوغ را شرط بسیاری از احکام قرار داده است. همین خصیصه واقع‌نگری ایجاب می‌کند که خود کودکان یا اولیای آنها در برابر بعضی از اعمال آنان که به گونه‌ای موجب اخلال نظام اجتماعی و... می‌شود مسئول باشند. یکی از بحثهای بسیار مهم، بررسی همین مسئله است که آیا کودکان از انجام تمام احکام اعم از تکلیفی و وضعی معاف‌اند و بلوغ شرط در همه این احکام است یا آنان تنها از انجام احکام تکلیفی معاف‌اند؟

فقیهان به صورت پراکنده این بحث را در لابه‌لای کتابهای فقهی خود عنوان کرده و به صورت موردی از آن بحث کرده‌اند. تا آنجا که بنده اطلاع دارم، تاکنون تلاشی در جهت جمع‌آوری دیدگاههای فقیهان و موارد محل بحث انجام نگرفته است. کوشش نویسنده این است که گامی هر چند کوچک در این زمینه بردارد. و مباحث مربوط به احکام وضعی کودکان را در یک جا جمع‌آوری کند.

پیش از طرح و بررسی این مسئله که کودکان از چه نوع حکمی معاف‌اند؛ آیا تنها از احکام تکلیفی معاف‌اند یا از احکام وضعی نیز معاف‌اند، لازم است انواع حکم را بررسی کنیم و اقسام هر یک را بیان نماییم.

### تقسیم حکم به وضعی و تکلیفی

احکام شرعی را از جهات گوناگونی تقسیم کرده‌اند. تقسیمی که در این مبحث مورد نظر است، تقسیم حکم به تکلیفی و وضعی است. منظور از حکم تکلیفی، از احکام پنج‌گانه وجوب، حرمت، کراهت، استحباب و اباحه است. هر حکم دیگری خارج از این احکام پنج‌گانه را حکم وضعی نامند. مرحوم نائینی رحمته در تعریف حکم وضعی نوشته است:

«فهی المجهولات الشرعیة التي لاتتضمن البعث و الزجر؛ حکم وضعی آن دسته از احکام و مجعولات شرعی است که متضمن بعث و زجر نباشد.» مراد ایشان از بعث و زجر همان احکام پنج‌گانه است.

طهری

## تعداد احکام وضعیه

مرحوم نائینی رحمته در تعداد احکام وضعی می‌نویسد:

کلمات اصحاب در تعداد احکام وضعی مختلف است. گفته شده احکام وضعی سه تاست و آن سه عبارت‌اند از: سببیت، شرطیت و مالکیت. و گفته شده پنج تاست با افزودن علت و علامت. و گفته شده نه عدد است با اضافه صحت و فساد، رخصت و عزیمت. و گفته شده تعداد احکام وضعی در عدد خاصی محصور نیست بلکه هر حکمی که حکم تکلیفی نبود حکم وضعی خواهد بود، اعم از اینکه در خود تکلیف دخالت داشته باشد یا در متعلق و موضوع تکلیف تا آنجا که مانند قضاوت و ولایت را از احکام وضعی شمرده‌اند، بلکه گفته شده ماهیت مختصره شرعی مانند صوم، صلاة و حج و... نیز از احکام وضعی است. بعضی به گوینده این سخن خرده گرفته‌اند که صوم، حج و صلاة از مقوله حکم نیست. پس چگونه جزء احکام وضعی قرار گرفته‌اند؟ لیکن توجیه این گفتار این است که شمردن ماهیات مختصره شرعی از احکام وضعی به اعتبار این است که این ماهیات از اجزا و شرایط و موانع ترکیب شده‌اند و چون جزئیت و شرطیت و مانعیت از احکام وضعی است، به این اعتبار صحیح است خود مرکب را نیز از احکام وضعیه شمرد. آری، ولایت و قضاوت را از احکام وضعی شمردن مشکل است، به ویژه ولایت و قضاوت خاص، زیرا این دو در این صورت همانند نیابت و وکالت خواهند بود و شایسته نیست حکم وضعی شمرده شود. تحقیق مطلب این است که نباید حکم وضعی را آن قدر محدود کنیم که تنها به سه یا پنج و... منحصر شود و از آن طرف هم نباید دایره‌اش را آن قدر توسعه دهیم که شامل ماهیات مختصره و ولایت و قضاوت بشود، بلکه باید گفت مجعولات شرعی سه دسته هستند: ۱. احکام تکلیفی؛ ۲. احکام وضعی؛ ۳. ماهیات مختصره شرعی.<sup>۲</sup>

مرحوم آیت‌الله خوئی رحمته بر این باور است که ما نباید ماهیات مختصره شرعی را جزء مجعولات شرعی قرار دهیم، زیرا ماهیات مختصره شرعی غیر قابل جعل‌اند. ایشان با دو دلیل این مدعی را به کرسی نشانده‌اند که جهت رعایت اختصار از نقل آن خودداری می‌نماییم.<sup>۲</sup> گفتنی است که حضرت امام خمینی تث، خلافت، نبوت، امامت و قضاوت را بدون هیچ دغدغهای جزء احکام وضعی قرار داده است.<sup>۴</sup>

## موارد اختلاف در احکام وضعی

محققان اصولی در مورد تعدادی از احکام وضعی اختلاف نظر دارند. موارد زیر از آن جمله‌اند:

۱. طهارت و نجاست؛ ۲. صحت و فساد؛ ۳. عزیمت و رخصت.

### ۱. طهارت و نجاست

در مورد طهارت و نجاست سه نظر وجود دارد.

۱. از کلام شهید استفاده می‌شود که نجاست همان حکم به اجتناب به خاطر قذارت و وجود تنفر است.

۲. این دو معنا از احکام وضعی به طور مستقل جعل شده‌اند.

۳. برخی از احکام وضعی، معمول به جعل تبعی‌اند. مرحوم نائینی به شیخ نسبت داده که ایشان قائل‌اند که طهارت و نجاست از امور واقعیه‌ای است که شارع آن را کشف کرده است.<sup>۵</sup> شاید نظر نائینی رحمته به مطلبی باشد که شیخ در نظر سادس کتاب طهارت در ذیل کلام شهید اول فرموده است. ایشان ابتدا فرمایشی از شهید نقل می‌کند که فرمود: نجاست عبارت است از حکم به وجوب اجتناب به خاطر قذارت.

شیخ اشکال می‌کند که قذارت و طهارت از اوصاف اثبای خارجی است چنان که طهارت و حدث از اوصاف نفس مکلف است. اوصاف اعیان خارجی حکم شرعی نخواهد بود. وی در پایان تصریح می‌کند: نجاست و طهارت نه حکم شرعی‌اند و نه متنزع از حکم شرعی، بلکه از امور واقعیه‌ای هستند که به وسیله شارع بیان و کشف شده‌اند. او همین نظر را به مستفاد از کتاب و سنت نسبت می‌دهد. شیخ در *رسائل* نیز این بحث را در مقام اشکال بر فاضل تونی مطرح ساخته و در آنجا طهارت و نجاست را مردد میان امر واقعی و اعتباری قرار می‌دهد و در جای دیگر باز دو اشکال بر فاضل تونی وارد و تصریح می‌کند که این دو اعتبار شرعی هستند. بنابراین، کلام شیخ در این باب متزلزل است. شاید برای شیخ تبدیل رأی پیدا شده باشد. گفتمی است که شیخ این نظر را در طهارت و نجاست واقعی دارد و در طهارت و نجاست ظاهری بدان ملتزم نیست و آن را تعبدی شرعی می‌داند.

اشکال نائینی رحمته بر شیخ

نائینی رحمته می‌فرماید: در باب طهارت و نجاست سه امر وجود دارد: ۱. مفهوم طهارت و نجاست. ۲. مصداق آن دو. ۳. احکام و آثار مرتب بر آن دو. اما مفهوم آن دو مثل مفهوم ملکیت و زوجیت و دیگر مفاهیم عرضیه و اعتباریه است و مصداق آن دو مثل مصادیق ملکیت و زوجیت و... است. همان طور که در تطبیق مفهوم ملکیت بر مصداق، گاهی شارع عرف را تخطئه می‌کند و گاهی نیز تصویب می‌نماید، در تطبیق مفهوم نجس بر بول و... نیز چنین است: گاهی تخطئه می‌کند و گاهی تصویب. از نظر احکام نیز همان طور که شارع بر ملکیت جواز تصرف مالک و حرمت تصرف غیر را مترتب می‌نماید، نسبت به این دو نیز احکام خاص آنها را مترتب می‌سازد. پس حق آن است که طهارت و نجاست دو امر اعتباری عرفی و شرعی است. او در پایان می‌نویسد:

فظهر انه لا فرق بين الطهارة و النجاسة و بين سائر الاعتبارات  
المعرفية فالاقوى ان الطهارة و النجاسة من الأحكام الوضعية و ليسا من  
الامور الواقعية.<sup>۶</sup>

## بررسی کلام نائینی رحمته

قسمت اول فرمایش نائینی رحمته که فرمود مفهوم طهارت و نجاست مانند مفهوم ملکیت و زوجیت است، آغاز دعواست. شیخ می گوید طهارت و نجاست دو خصوصیت و حقیقتی است که در این دو وجود دارد. پاکی خاصیتی است که در پاک است و موجب التذاد نفس است و پلیدی هم خصوصیتی است که در نجس هست و موجب تنفر طبع است. این ملکیت و... نیست که با اعتبار درست شود و با اعتبار هم از بین برود.

قسمت دوم فرمایش نائینی که فرمود: شارع عرف را در مواردی تخطئه کرده و در مواردی تصویب، با اعتباری دانستن ملکیت و نجاست و طهارت سازگاری ندارد. اعتبار به دست معتبر است و تخطئه و تصویب ندارد. به نظر می رسد که در باب طهارت و نجاست باید قائل به تفصیل شد. یک قسمت در این دو عنوان واقعی است و شارع کشف کرده است. مواردی هم مانند طهارت ظاهری، مجعول و اعتباری است. مثلاً «کل شیء طاهر» جعل طهارت می کند.

### ۲. صحت و فساد

در مورد صحت و فساد نیز باید قائل به تفصیل شد. صحت و فساد واقعی از احکام وضعیه نیست، بلکه امری واقعی است. مطابقت مآتی به با واقع صحت است و مخالفتش فساد. آری، حق این است که صحت و فساد ظاهری مجعول شرعی هستند. شارع صحت نمازی را اعتبار می کند که شک در اتیان جزء یا شرطش داریم.

### ۳. عزیمت و رخصت

مرحوم نائینی در خصوص این دو عنوان می فرماید:

اما الرخصة والعزيمة فعهما من الأحكام الوضعية لا يخلو من خفاء فان الرخصة والعزيمة بمعنى السقوط على وجه التسهيل والسقوط على وجه الحتم والالزام كما هو الشائع في الاستعمال او بمعنى المشروعية وعدم المشروعية... ليسا من الاحكام الوضعية بل هما مس الى الاحكام التكليفية من الاحكام الوضعية.<sup>۷</sup>

### کودک و احکام تکلیفی

فقیهان همه مذاهب اسلامی بر این عقیده اند که تکالیف الزامی از کودکان برداشته شده و واجباتی مانند نماز، روزه، زکات و ترک محرّمات، مشروط به رسیدن زمان بلوغ است.<sup>۸</sup> اما راجع به احکام تکلیفی غیر الزامی، مانند مستحبات و مکروهات، میان فقیهان مذاهب اختلاف نظر وجود دارد. عده ای معتقدند تکالیف غیر الزامی نیز از کودکان برداشته شده و در نتیجه عبادات مستحبی کودکان مشروعیت ندارد. در مقابل، عده ای بر این نظرند که درست است تکالیف الزامی از

کودکان برداشته شده، اما تکالیف غیر الزامی در حق کودکان تشریح شده و در نتیجه عبادات آنان مشروع خواهد بود و می‌توانند به قصد اطاعت و امتثال این قبیل اوامر را انجام دهند. این دسته از فقیهان تصریح کرده‌اند حتی انجام واجبات و ترک محرمات با قصد اطاعت و امتثال در حق کودکان مشروع است، با این تفاوت که واجبات و محرمات در حق آنان مانند مستحبات و مکروهات است. در نتیجه تکالیف در حق کودکان منحصر به مستحب، مکروه و مباح خواهد بود. این نظر مورد تأیید بسیاری از فقیهان مذاهب مختلف است.<sup>۱۰</sup> طرفداران هر دو نظریه برای اثبات مدعای خود دلایلی آورده‌اند که برای رعایت اختصار از نقل و بررسی آنها خودداری می‌کنیم و به موضوع بحث، یعنی احکام وضعی کودکان، می‌پردازیم.

### کودک و احکام وضعی

پیش‌تر ثابت کردیم که احکام تکلیفی الزامی از عهده کودکان برداشته شده و بلوغ از شرایط توجه احکام الزامی به انسانهاست. اما در احکام وضعی وضع به گونه دیگری است و مشهور میان علما آن است که احکام وضعی حتی در حق کودکان هم ثابت است و بلوغ در احکام وضعی شرط نیست. مرحوم بجنوردی رحمته آن را از قواعد مشهور می‌شمرد و می‌نویسد:

و من جملة القواعد الفقهية المشهورة قاعدة عدم شرطية البلوغ في الاحكام الوضعية.<sup>۱۱</sup>

وی در توضیح مراد از قاعده فوق می‌نویسد:

ان الفعل الذى يكون موضوعاً لحکم وضعی... قدیصدر و من البالغ و قدیصدر من غیر البالغین، و لیس بلوغ الفاعل شرطاً لتحقق ذلك الحکم. مثلاً حیاة المباحات - کالاحتطاب و الاعتشاب - موضوع للمکية ذلك الحطب و ذلك العشب للفاعل، سواء صدر عن البالغ او من غیره. فلیس بلوغ من احتطب او اعتشب شرطاً فی تحقق ملکية ذلك الحطب او ذلك العشب.<sup>۱۱</sup>

دلایل شرط نبودن بلوغ در احکام وضعی

#### ۱. اجماع

علما اجماع دارند که اگر کودکی مال دیگری را تلف کرد ضامن است و نیز هیچ خلافاً میان علما نیست که قاعده «ضمان ید» شامل کودکان می‌شود. مثلاً اگر کودکی بر مال دیگری مسلط شود و آن را غصب نماید و آن مال در دستش تلف شود، ضامن آن مال است. حتی اگر مالی را که کودک غصب کرده در دست غیر کودک تلف شود، کودک ضامن آن است. همچنین اگر مالی که کودک غصب کرده، به وسیله آفات آسمانی نیز تلف شود، کودک ضامن است. هر کس در کتابهای

فقهی تتبع و جست‌وجو کند، اجماعی بودن این مسئله برایش ثابت می‌شود این اتفاق کشف می‌کند که از نظر فقیهان در احکام وضعی بلوغ شرط بیست است. نمی‌توان گفت فقیهان در این اتفاق نظر به عمومات ادله ضمان اعتماد کرده‌اند، زیرا بین فقیهان در شمول این عمومات نسبت به کودکان اختلاف نظر وجود دارد. پس این اجماع، اجماعی است که می‌توان بدان اعتماد نمود.<sup>۱۳</sup>

#### بررسی

این دلیل از دو جهت با مشکل روبه‌روست:

۱. این اجماع مدرکی است. گر چه مرحوم بجنوردی می‌کوشد بگوید فقیهان به مدارک موجود اعتماد نکرده‌اند، اما در هر صورت در مسئله‌ای که چند مدرک وجود داشته باشد، احتمال اینکه فقیهان با اعتماد به آن مدارک حکم و فتوا صادر کرده باشند، تقویت می‌شود و همین اندازه که اجماع محتمل المدرک هم باشد، کاشف از رأی معصوم نخواهد بود.

۲. اگر اجماع فوق حجت هم باشد، نمی‌تواند مدعا را اثبات کند. زیرا مدعای ما عدم اشتراط بلوغ در کل احکام وضعیه است، ولی اجماع دلیل لئی است و موجب جزئیه عدم اشتراط بلوغ در احکام وضعی را اثبات می‌کند. به علاوه، مستدل اجماع را فقط در باب ضمانات ادعا کرده و در غیر باب ضمان نمی‌توان به این اجماع اعتماد نمود.

#### ۲. سیره متشرعه

سیره متدینین بلکه همه عقلای عالم بر این است که اگر کودکی مال دیگری را تلف کرد و یا غصب نمود و آن مال تلف شد، آن کودک ضامن است. شارع مقدس نیز از این سیره نه تنها منع نکرده، بلکه اطلاقات ادله آن را امضا نموده است.<sup>۱۳</sup>

#### بررسی

بر فرض که چنین سیره‌ای ثابت باشد، اخص از مدعاست، زیرا اولاً این سیره دلیل لئی است و در قدر متیقن حجت است؛ ثانیاً طرف آن را در خصوص ضمان ادعا کرده و به موارد دیگر نمی‌توان سرایت داد.

#### ۳. روایات و ادله عامه در ابواب مختلف

روایات و ادله عامی که در بابهای ضمانات، نجاسات، طهارت، احیاء موات، دیات و حیازات وارد شده، شامل کودک نیز می‌شود. اکنون چند نمونه از آنها را نقل می‌کنیم.

۱. قال رسول الله ﷺ: «من حاز شیئاً من المباحات ملکه.»<sup>۱۴</sup>
۲. قال رسول الله ﷺ: «علی الید ما اخذت حتی تؤدیه.»<sup>۱۵</sup>
۳. قال رسول الله ﷺ: «من احمی ارضاً مواتاً فهی له.»<sup>۱۶</sup>
۴. قال رسول الله ﷺ: «من غرس شجراً او حفر وادياً بدياً لم یسبقه الیه احد او احمی ارضاً میتة فهی له قضاء من الله ورسوله.»<sup>۱۷</sup>

۵. قال ابو عبدالله عليه السلام: «من اضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن.»<sup>۱۸</sup>  
 ۶ قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «من اخرج ميزاباً، أو كنيفاً، أو أوتد وتداً، أو أوثق دابة، او حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن.»<sup>۱۹</sup>

روایات فوق و مانند آنها، شامل افراد بالغ و کودک می‌شود. در باب طهارت و نجاست نیز میان بالغ و کودک تفاوتی نیست. بدن انسان وقتی با نجس ملاقات کند، نجس می‌شود چه بالغ باشد و چه غیر بالغ. در صورت شست‌وشو نیز طبق شرایط پاک و طاهر می‌شود و کودکان و غیر کودکان در این جهت تفاوتی ندارند.

ادعای انصراف این روایات از کودکانی که نزدیک به سن بلوغ هستند، بسیار بعید است. وقتی روایات شامل این دسته از کودکان بشود، شامل سایر کودکان نیز می‌شود، زیرا کسی میان این دسته از کودکان و دیگران تفاوت قائل نشده است.

شبهه تخصیص روایات

بعضی گمان کرده‌اند که حدیث معروف رفع قلم از کودکان، مخصص عمومات فوق است. روایت چنین است:

عن ابن ظبيان قال: أتى عمر بامرأة مجنونة زنت، فامر برجمها.  
 فقال علي عليه السلام أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة، عن الصبي حتى يحتمل، و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى يستيقظ.<sup>۲۰</sup>

مرحوم بجنوردی رحمته الله در بیان حدیث فوق می‌نویسد:

و بیانہ ان قوله عليه السلام «رفع القلم عن للصبي» معناه أن الصبي ليس عليه جعل من قبل الشارع، و كذلك الحال في المجنون حتى يفيق و النائم حتى يستيقظ. فاهلهم كما اهل الحيوانات و لم يكتب عليهم شيئاً لاوضعاً و لا تكليفاً فالمنفي في هذا الحديث الشريف هو قلم جعل الاحكام مطلقاً سواء كانت الاحكام وضعية او تكليفية. فهذا الحديث الشريف تخصص به الادلة العامة او تقيد به الاطلاقات الواردة في الابواب المختلفة.<sup>۲۱</sup>

بررسی

درباره حدیث فوق پاسخهای متعددی که تعدادی از آنها ذیلاً تقدیم می‌گردد.

۱. منظور حدیث، رفع مؤاخذة و مجازات است و مؤاخذة از آثار مخالفت با تکالیف الزامی است که عبارت از ترک واجبات یا انجام محرمات باشد. پس حدیث بر نفی احکام تکلیفی غیر الزامی دلالت ندارد تا چه رسد به احکام وضعی.

مناقشه مرحوم آیت‌الله خوئی در جواب

مرحوم آیت‌الله خوئی می‌نویسد:

طهر



دعوی اختصاص الحدیث بالأحكام التکلیفیه و عدم تکفله لرفع  
 الحكم الوضعی عریة عن الشاهد فان اطلاق الحدیث یعم الوضع و  
 التکلیف بمنایط واحد نعم بما ان لسانه الامتنان فهو لا یم الضمانات لان  
 شموله لها یمتازم خلاف الامتنان علی الآخرین و اما غیر ذالک  
 فلا تصور فی شموله لكل ما یوجب الوقوع فی الکلفة من تکلیف او  
 وضع.<sup>۲۲</sup>

۲. بر فرض بپذیریم که مراد از «رفع قلم» خصوص نفی عقاب و مؤاخذه نیست، بلکه مراد  
 نفی قلم جعل است، ناچاریم آن را به افعالی اختصاص دهیم که آثار آنها مترتب بر تعدد و قصد  
 است، زیرا این حدیث کودک را در سیاق مجنون و نائم آورده و نشان می‌دهد همان گونه که در  
 مجنون و انسان خواب تکویناً قصد وجود ندارد، قصد کودک نیز از نظر شارع در حکم عدم قصد  
 است. بنابراین، هرکاری که اثرش بر عمد و قصد بار شود، به گونه‌ای که از انسان بدون توجه  
 صادر شود، آن اثر بر آن کار بار نخواهد شد. چنین کاری اگر از کودک نیز سر بزند، آن اثر بر کار  
 کودک بار نخواهد شد. بنابراین، حدیث رفع افعالی را که اثر بر مطلق فعل بار باشد، بدون در نظر  
 گرفتن قصد و عدم آن، به طور کلی شامل نمی‌شود و این قبیل کارها تخصصاً از تحت حدیث  
 رفع خارج‌اند. دیات، جنایات، جنابت، اتلاف، ضمان ید، نجاست و طهارت از آن جمله‌اند. در تمام  
 این موارد، اثر بر هر یک از عناوین مذکور به صرف تحقق خارجی بار می‌شود، چه فاعل قصدی  
 داشته باشد و چه نداشته باشد.

#### بررسی

این دلیل نیز اخص از مدعاست، زیرا فرضاً این دلیل تمام باشد اثبات می‌کند که تنها آن  
 دسته از احکام وضعی که آثار بر مطلق صدور فعل بار شده، اعم از اینکه فاعل آن را قصد کرده  
 باشد یا نه، شامل کودکان می‌شود. در صورتی که مدعا این بود که تمام احکام وضعی شامل  
 کودکان می‌شود و اصولاً بلوغ در احکام وضعی شرط نیست. پس میان دلیل و مدعا فاصله بسیار  
 وجود دارد.

#### نتیجه‌گیری و جمع‌بندی مباحث

از مباحث گذشته روشن شد: دلایل کسانی که معتقدند احکام وضعی میان کودکان و  
 بزرگسالان مشترک است، از اثبات مدعای فوق قاصر است و بیش از این نمی‌تواند اثبات کند که  
 بعضی از احکام وضعی میان انسانهای بالغ و غیر بالغ مشترک است. حق در مسئله این است که  
 در بررسی بحث موجود، مبانی مختلفی را که در باب احکام وضعی وجود دارد مورد توجه قرار  
 دهیم و هر کس طبق مبنای خود در این باب ابراز عقیده نماید. کسانی همانند شیخ اعظم  
 انصاری که معتقدند احکام وضعی به طور مستقل قابل جعل نیستند، بلکه جعلشان تبعی است و از

احکام تکلیفی انتزاع می‌شوند، نمی‌توانند قائل به نبوت احکام وضعی برای کودکان باشند، مگر به خاطر دلیل خاصی که حکم وضعی خاصی را برای کودکان اثبات می‌کند، زیرا طبق نظر ایشان میان احکام وضعی و تکلیفی ملازمه وجود دارد و احکام وضعی از لوازم احکام تکلیفی و منتزاع از آنهاست و ممکن نیست لازم بدون وجود ملزوم تحقق پیدا نماید.

اما طبق مبنای آخوند و عده‌ای از محققان اصولی بعد از آخوند که در احکام وضعی قائل به تفصیل بودند، در ثبوت احکام وضعی در کودکان نیز باید همان تفصیل را قائل شد. مثلاً مرحوم آخوند احکام وضعی را به سه دسته تقسیم نمود:

دسته اول، احکام وضعی که به هیچ وجه قابل جعل نیستند، نه به جعل استقلالی و نه تبعی، همانند سببیت، شرطیت، مانعیت، رافعیت برای سبب و شرط و مانع و رافع خود تکلیف. این دسته از احکام وضعی دایر مدار وجود تکلیف نیست. بنابراین، ممکن است در جایی که تکلیفی هم در کار نباشد، این حکم باشد. مثلاً اتلاف مال غیر، برای ضمان سببیت دارد. این سببیت در حق کودکان نیز ثابت است.

اما دسته دوم از احکام وضعی، آن دسته از احکام وضعی‌اند که تنها صلاحیت جعل تبعی دارند، مانند جزئیت، شرطیت، مانعیت و قاطعیت نسبت به واجب و تکلیف ثابت شده. طبیعی است تا واجبی و تکلیفی نباشد، این احکام وضعی قابل جعل نیستند. بنابراین، کودکان که مخاطب به تکلیفی نیستند این احکام را نخواهند داشت، مگر اینکه دلیل خاصی آن را اثبات نماید.

دسته سوم از احکام وضعی که به طور مستقل قابل جعل‌اند نیز هیچ مانعی ندارد که در مورد کودکان نیز جعل شده باشند، هرچند کودکان در احکام تکلیفی الزامی، وظیفه‌ای به عهده ندارند. بنابراین، اگر ادله‌ای که اقامه شد بتواند اثبات کند احکام وضعی مشترک میان کودکان و غیر آنان است، قاعده در این دسته از احکام وضعی ثبوت آنها در حق کودکان است، مگر اینکه دلیل خاصی آن را به افراد بالغ اختصاص دهد. اما طبق آنچه ما گفتیم، از ادله به طور اجمال ثبوت بعضی از احکام وضعی در حق کودکان استفاده می‌شود. در نتیجه نمی‌توان گفت قاعده ثبوت احکام وضعی در حق کودکان است، بلکه موردی باید بحث نمود. هر جا بتوان از عموماً ادله حکم وضعی را در مورد کودکان اثبات کرد و دلیل خاصی نیز بلوغ را در آنجا شرط نکرده باشد، می‌توان آن را در حق کودکان نیز ثابت دانست. اما اگر چنین عمومی نبود، یا اگر عمومی بود ولی در مقابل دلایل خاصی حکم وضعی را به بلوغ اختصاص داد، نمی‌توان حکم وضعی را در حق افراد نابالغ جاری ساخت. لذا باید یکایک موارد مورد بحث و رسیدگی قرار گیرد. تفحص در کلیه موارد در حد یک رساله دکتری است و ما برای رعایت اختصار چند نمونه از این موارد را به بررسی می‌کنیم.

## موارد شمول احکام وضعی در کودکان

مرحوم بجنوردی هشت مورد را از مصادیق قاعده قرار داده و معتقد است در این موارد احکام وضعی میان کودکان و غیر آنان مشترک است که ذیلاً تقدیم می‌گردد.

۱. حاصل شدن جنابت برای غیر بالغ با دخول آلت (غیبویه حشفه) در قبل یا دبر، انزالی صورت گرفته باشد یا نباشد و واطی و موطوء بالغ باشند یا نباشند.

۲. حدوث حدث اصغر برای کسی که از او بول یا غایط یا باد معده خارج شود و یا یکی دیگر از موجبات وضو پیش بیاید، اعم از اینکه بالغ باشد یا غیر بالغ.

۳. حصول ضمان و اشتغال ذمه برای کسی که مال دیگری را تلف نماید، چه تلف کننده بالغ باشد و چه غیر بالغ. دلیل آن نیز عموم «من اتلف مال الغير فهو له ضامن» است.

۴. حصول ضمان برای کسی که مال دیگری را بدون اجازه تصرف نموده و در مدتی که در اختیار این شخص است تلف شود، هر چند خودش آن را تلف نکرده باشد؛ چه این شخص کودک باشد و چه بالغ. دلیل آن نیز روایت «علی الید ما اخذت حق تؤدیه» است.

۵. مواردی که باعث شود انسان آزاد منافی را از دست دهد. مثلاً انسان آزاد را حبس کنند و این حبس باعث شود او منافی را از دست بدهد. در اینجا نیز حبس کننده ضامن است، اعم از اینکه این شخص بالغ باشد یا غیر بالغ. دلیل آن نیز قاعده اتلاف است، بنابر اینکه بر این قبیل موارد عرفاً اتلاف صادق می‌شود البته این مورد را باید از موارد اختلافی محسوب کرد، زیرا دیدگاههای فقیهان در این باب مختلف است.

۶. حیازت مباحات. کسی که مباحات را حیازت نماید مالک می‌شود، اعم از اینکه حیازت کننده بالغ باشد یا کودک. دلیل آن نیز عموم «من حاز شیئاً من المباحات ملکه» است. درباره این عموم نیز تخصیصی نقل نشده است.

۷. عموم حاکم شارع به تعلق دیه بر ذمه کسی که سبب آن را ایجاد کرده است، چه بالغ باشد و چه کودک. در اینجا مخصص نیز در میان نیست. دلیل آن نیز روایات فراوانی است که در موارد مختلف دیات نقل شده است. روایت ابی الصباح از امام صادق علیه السلام از آن جمله است: «من اضر بشيء فی طریق المسلمین فهو له ضامن». روایت سکونی از امام صادق علیه السلام نیز دلیل دیگری است: «قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله من اخرج ميزاباً او كنيفاً او اقمده وترأ او اوثق دابة او حفر شيئاً فی طریق المسلمین فاصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن».

۸. عموم حصول ملکیت برای کسی که زمین مرده را احیا نماید، اعم از اینکه بالغ باشد یا کودک. دلیل آن نیز عموم قول معصوم است که می‌فرماید: «من احیی أرضاً مواتاً فهي له.»<sup>۲۳</sup>

ظاهرا موارد یاد شده جز چند مورد اخیر، مورد توافق همه فقیهان است و مرحوم بجنوردی نیز به طور قاطع موارد را از مصادیق قاعده «عدم اشتراط بلوغ در احکام وضعیه» قرار داده است.

### موارد اختلافی از شمول احکام وضعی در کودکان

غیر از موارد معدودی که ذکر شد، بقیه موارد از احکام وضعی را باید از موارد اختلافی محسوب داشت. در کتابهای فقهی در شرایط هر یک از موضوعات در عقود و ایقات، مسائل قضایی، خانوادگی و... این بحث تکرار شده و بخش مهمی از مباحث فقهی را به خود اختصاص داده است. بررسی کوتاه نشان می‌دهد که فقیهان در موارد ذیل از حکم فقهی کودکان بحث کرده‌اند:

۱. شرایط متبایعین، ۲. شرایط رهن، ۳. فلس، ۴. حجر، ۵. ضمانت، ۶. صلح، ۷. شرکت، ۸. مضاربه، ۹. مزارعه و مساقات، ۱۰. ودیعه، ۱۱. عاریه، ۱۲. اجاره، ۱۳. وکالت، ۱۴. وقف و صدقات، ۱۵. عطا یا و هبات، ۱۶. وصایا، ۱۷. نکاح و طلاق، ۱۸. ظهار، ایلا و لعان، ۱۹. اقرار، ۲۰. جعاله، ۲۱. ایمان و نذورات، ۲۲. صید و ذباحه، ۲۳. غضب، ۲۴. شفعه، ۲۵. احیای موات، ۲۶. لقطه، ۲۷. ارث، ۲۸. صفات قاصی، ۲۹. شهادت، ۳۰. حدود و تعزیرات، ۳۱. قصاص، ۳۲. دیات.
- طبیعی است که طرح و بررسی همه این موارد از حوصله این تحقیق خارج است. پس برای نمونه چند مورد را بررسی می‌کنیم.

طرح

#### ۱. داد و ستد کودکان

در صحت داد و ستد کودکان میان مذاهب مختلف اسلامی، اختلاف نظر وجود دارد. فقیهان مذهب شافعی، بلوغ را از شرایط صحت بیع می‌دانند و خرید و فروش کودکان را چه به حد تمیز رسیده باشند و چه نرسیده باشند، صحیح نمی‌دانند، اگر چه خرید و فروش آنان با اجازه اولیایشان باشد.<sup>۲۳</sup>

فقه‌های حنبلی بلوغ را در خرید و فروش اشیای کوچک شرط نمی‌دانند و خرید و فروش اشیا کوچک توسط کودکان را صحیح می‌دانند، اگر چه تمیز نباشند و اولیایشان هم اجازه ن داده باشند. اما در خرید و فروش اشیای بزرگ و با ارزش، بلوغ را شرط می‌دانند و خرید و فروش این قبیل اشیا را توسط کودکان غیر ممیز صحیح نمی‌دانند، اگر چه با اجازه اولیایشان باشد. اما خرید و فروش آنها را به وسیله کودکان ممیز، اگر با اجازه و اذن اولیایشان باشد، صحیح می‌دانند، لیکن، برای اولیا اجازه و اذن را بدون در نظر گرفتن مصلحت کودک حرام می‌دانند.<sup>۲۵</sup>

فقیهان حنفی و مالکی، بلوغ را شرط صحت بیع نمی‌دانند و خرید و فروش کودکان ممیز را به شرط اذن ولی صحیح می‌شمارند، گرچه در صورتی که داد و ستد کودک ضرری باشد، اجازه دادن ولی را حرام می‌دانند. آنان داد و ستد کودکان غیر ممیز را به طور کلی صحیح نمی‌دانند.<sup>۲۶</sup>

ابن حزم ظاهری می‌نویسد:

خرید و فروش کسی که بالغ نشده حلال و صحیح نیست، مگر در مورد اشیایی که ناچار است خرید و فروش نماید، مانند غذا و لباس و از این قبیل. خرید و فروش کودکان با امر و دستور بزرگسالان جایز و صحیح است، زیرا ید و عقد کودکان در این صورت همان ید و عقد آمر و دستور دهنده است.<sup>۲۷</sup>

فقیهان اباضیه، صحت عقد بیع را مشروط به بلوغ می‌دانند و فروش اشیای کم قیمت مانند میوه و... را توسط کودکان صحیح می‌دانند و نیز خرید از کودکانی که اجناسی را برای فروش در کوچه‌ها، یا در خانه‌ها می‌آورند بدون اشکال می‌شمارند؛ البته در صورتی که مشتری بداند و یا مشهور باشد که شغل آنان این است.<sup>۲۸</sup>

### دیدگاه فقهای امامیه

در میان فقیهان امامیه درباره داد و ستد کودکان دیدگاه‌های گوناگونی وجود دارد. از جمله برخی به بطلان مطلق داد و ستد خردسالان معتقدند. برخی داد و ستد خردسالان را به گونه مستقل، باطل می‌دانند و داد و ستد آنان با اجازه اولیا صحیح می‌شمارند. برخی داد و ستد خردسالان رشید را مطلقاً صحیح می‌دانند، اگر چه بی‌اجازه ولی باشد. اکنون نمونه‌هایی از اقوال این بزرگان را ببینید.

شیخ مفید<sup>رحمته</sup> می‌نویسد:

«لا تجوز وصیة الصبی و المهجور علیه فیما ینخرج عن وجوه البر.»<sup>۲۹</sup>

شیخ طوسی<sup>رحمته</sup> می‌نویسد:

«لا یدفع المال الی الصبی و لایفک حجره حتی یتبلغ.»<sup>۳۰</sup>

ابن حمزه می‌نویسد:

«فاما الموصی فانما تصح وصیته باجتماع أربعة اشیاء... البلوغ.»<sup>۳۱</sup>

محقق<sup>رحمته</sup> می‌نویسد:

«فلا یصح بیع الصبی ولا شراؤه، و لو اذن له الولی و کذا لو بلغ عسراً عقلاً علی الاظهر.»<sup>۳۲</sup>

علامه حلی<sup>رحمته</sup> می‌نویسد:

«و یشرط فیها البلوغ... فلا عبرة بعقد الصبی و ان بلغ عسراً.»<sup>۳۳</sup>

مرحوم محقق اردبیلی از جمله کسانی است که داد و ستد کودکان رشید را مطلقاً جایز می‌داند و در این زمینه می‌نویسد:

ظاهر عموم آیات و روایات و اصل شرط نبودن بلوغ، درستی داد و ستدهای خردسال را که قدرت تشخیص و از سوی پدر اجازه دارد می‌رساند، زیرا دلیلی وجود ندارد که به گونه صریح بر نادرستی داد و ستد خردسالان دلالت کند و اجماع هم محقق نشده است.<sup>۳۴</sup>

### دلایل شرط بلوغ در صحت بیع

کسانی که بلوغ را در داد و ستدها شرط می‌دانند، به سه آیه قرآن و چند دسته از روایات استدلال کرده‌اند.

آیات

۱. *وَلَا تَتَوَاتَرُ السَّفَهَاءُ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا.*<sup>۳۵</sup>

شیخ طوسی می‌نویسد:

«مراد از سفها زنان و کودکان هستند و همین معنا را ابی الجارود از موسی بن جعفر علیه السلام نقل کرده است.»<sup>۳۶</sup>

بررسی

درست است که یکی از مصادیق سفها خردسالانند، اما از آن جهت اینان مصداق سفیه‌اند که رشد کافی ندارند. شاهد آن نیز معنای لغوی سفیه است. فیومی می‌نویسد: «والسفه: نقص فی العقل.»<sup>۳۷</sup>

۲. *وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ.*<sup>۳۸</sup>

در تفسیر آیه فوق سه احتمال وجود دارد و فقط طبق یک احتمال مدعای فوق اثبات می‌شود.

۱. آیه بر شرط بودن بلوغ سنی برای نفوذ تصرفات کودکان دلالت دارد. مرحوم صاحب جواهر این تفسیر را پذیرفته است.<sup>۳۹</sup>

۲. آیه دلالت دارد که رشد به تنهایی برای درستی داد و ستدها کافی است، اگر چه پیش از بلوغ باشد. آیه دلالت می‌کند که شرط واگذاری اموال یتیمان یکی از این دو امر است: یا بلوغ سنی یا رشد، گر چه پیش از رسیدن به حد بلوغ باشد. یکی از فقیهانی که این تفسیر را پذیرفته‌اند، امام خمینی رحمته الله است.<sup>۴۰</sup>

طهر

۳. آیه دلالت دارد که نابالغان را تا هنگام رسیدن به حد بلوغ آزمایش کنید. در این زمان اگر از آنها رشد دیدید، اموال آنها را به آنان واگذار کنید. محقق ایروانی این تفسیر را پذیرفته است.<sup>۴۱</sup>

برای رعایت اختصار از نقد و بررسی تفسیرهای فوق صرف نظر می‌کنیم و به ادامه بحث می‌پردازیم.

### ۳. ولا تهرؤا مال الیتیم الا بالقی هی احسن حتی یبلغ اشدّه.<sup>۴۲</sup>

بعضی از مفسران کلمه «اشد» را به معنای بلوغ دانسته‌اند. شاهد این تفسیر روایت عبدالله ابن سنان از امام صادق علیه السلام است که کلمه «اشد» را به بلوغ سنی تفسیر کرده است.<sup>۴۳</sup> در مقابل، بعضی دیگر از مفسران آن را به همان رشد عقلی تفسیر کرده‌اند<sup>۴۴</sup> و شاهد این تفسیر روایتی است که از امام صادق علیه السلام نقل شده که معیار واگذاری اموال به خردسالان را رشد دانسته‌اند.<sup>۴۵</sup> محقق اردبیلی در مورد آیات می‌نویسد:

«و بالجمله عموم الآيات... هو الجواز مع التميز التام».<sup>۴۶</sup>

## روایات

روایات مربوط به شرط بودن بلوغ را به سه دسته می‌توان تقسیم کرد:

۱. روایاتی که دلالت دارند عمد صبی، خطاست. روایت محمدبن مسلم از امام صادق علیه السلام از آن جمله است: «قال: عمد الصبی و خطأه واحد».<sup>۴۷</sup> طبق این دسته روایات عمد صبی، همانند اشتباه بزرگان اثر ندارد. داد و ستد آنها نیز چنین است.

۲. روایاتی که دلالت دارند قلم از خردسال تا هنگامی که محتمل نشده‌اند برداشته شده است. در نتیجه کارهای آنان از جمله داد و ستد آنان بی‌حکم است.<sup>۴۸</sup> پاسخ این دسته از روایات را قبلاً دادیم و معنای درست آنها را بیان کردیم.

۳. روایاتی که دلالت دارند بر عموم جواز پرداخت مال به آنان تا به حد بلوغ برسند.<sup>۴۹</sup> محقق اردبیلی در جمع‌بندی اخبار می‌نویسد:

«و بالجمله ظاهر عموم الآيات و الأخبار و الأصل هو الجواز مع التمييز».<sup>۵۰</sup>

## ۲. وصیت کودکان

یکی دیگر از احکام وضعی مورد اختلاف، وصیت کودکان است. بیشتر فقیهان مذاهب مختلف اسلامی بلوغ را در وصی و موصی شرط می‌شمارند و وصیت کودکان غیر ممیز را باطل می‌دانند.<sup>۵۱</sup> اما درباره صحت وصیت کودک ممیز میان فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقیهان امامیه<sup>۵۲</sup>

و حنبلی<sup>۵۳</sup> و بعضی از فقهای زیدی<sup>۵۴</sup> به صحت وصیت کودکی قائلند که به ده سالگی رسیده و وصیتش در امر معروف یا موافق با حق است. تعدادی از فقیهان شافعیه<sup>۵۵</sup> و مالکی<sup>۵۶</sup> به صحت وصیت کودکان ممیز معتقدند، بدون اینکه سن خاصی را برای آنان معین نمایند.

مرحوم شهید می‌نویسد:

«در وصیت شرط است که موصی (وصیت کننده) کامل باشد، یعنی بالغ و عاقل باشد و در وصیت کودکی که به دو سالگی رسیده، قول مشهور صحت آن است.»<sup>۵۷</sup>

بحرالعلوم می‌نویسد:

«کودکی که به ده سالگی رسیده باشد، اگر وصیتش در وجوه بر و معروف مانند ساختن مساجد، پلها و امور خیریه باشد، بنا بر قول مشهور نافذ است.»<sup>۵۸</sup>

صاحب جواهر می‌نویسد:

«وصیت کودک پیش از ده سالگی صحیح نیست، زیرا غالباً عقل کودک در این سنین کامل نیست. ولی در صورتی که کودک به ده سالگی برسد و وصیتش در وجوه بر و خیرات به نزدیکان و... باشد، قول مشهورتر آن است که جایز است و بعضی از علما آن را به اصحاب نسبت داده‌اند که مشعر به ادعای اجماع بر مطلب است. طبق نقل قول غنیه، ادعای اجماع به خاطر اطلاقات و عمومات وصیت شده است.»<sup>۵۹</sup>

نقل قول از مذهب حنبلی

ابن قدامه می‌نویسد:

«در روایت صالح و حنبل وصیت کودکی که به ده سالگی رسیده جایز است.»<sup>۶۰</sup>

نقل قول از مذهب شافعی

صاحب نه‌ایه المحتاج می‌نویسد:

«طبق قولی وصیت کودک ممیز صحیح است، چون وصیت ملکیت را در زمان حال زایل نمی‌کند، بلکه زوال ملک در آن مشروط به زمان بعد از مرگ است.»<sup>۶۱</sup>

نقل قول از مذهب مالکی

زرقانی بعد از نقل حدیث عمرو بن سلیم درباره وصیت پسری که نفاع (بین هفت تا ده سالگی) بوده و عمر وصیت او را صحیح دانسته می‌نویسد:

«از این حدیث استفاده می‌شود که وصیت کودک ممیز صحیح است و این قول مالک است و مدار در صحت و عدم صحت وصیت کودک، ممیز بودن آن است.»<sup>۶۲</sup>

نقل قول از مذهب حنفی

عبدالرحمن جزیری می‌نویسد:

طهرانی



«علمای حنفی قائل اند که در موصی بلوغ شرط است و وصیت غیر بالغ صحیح نیست، خواه سنش نزدیک به زمان بلوغ باشد (مراهق) یا نباشد...، خواه وصیتش در امور خیر باشد یا نباشد، خواه ممیز باشد یا نباشد. آری، وصیت کودک ممیز در یک چیز صحیح است و آن وصیت در تجهیز، غسل، کفن و دفن خود اوست.»<sup>۶۳</sup>

### دلایل بطلان وصیت کودک ممیز

این گروه به چند دلیل تمسک جسته‌اند:

۱. به چند دسته از عموومات که همه آنها قبلاً نقل شده و عبارت‌اند از:  
الف) عموماتی که دلالت بر عدم نفوذ امر کودک در اموال و تصرفاتش دارد.  
ب) عموماتی که دلالت بر محجور بودن کودک در اموال و تصرفاتش دارد.  
ج) عموماتی که دلالت دارد عمد صبی خطاست.

#### بررسی

اولاً، به فرض که این عموومات به مورد بحث مربوط باشند، بر عدم جواز تصرفات مالی در زمان حیات تصرف دارند و وصیت تصرف بعد از مرگ است.  
ثانیاً، این عموومات به وسیله روایاتی که دلالت بر صحت وصیت کودکان ده ساله دارند، تخصیص می‌خورند.

۲. وصیت عبارت است از گذشت از مال به خاطر نیکی، بدون آنکه توقعی در مقابل آن باشد و این قبیل امور از کودک صحیح نیست، چنان که هبه و عتق از او صحیح نیست.

#### بررسی

وصیت نفع خالص برای کودک است. پس چرا از او صحیح نباشد؟ وصیت از کودک ممیز صحیح است، چنان که اسلام و نماز او صحیح است.<sup>۶۴</sup>  
۳. بطلان وصیت کودک و عدم انفاذ آن موافق با اصل و احتیاط است.

#### بررسی

اولاً، اینکه مقتضای احتیاط عدم انفاذ وصیت کودک است، اول کلام است؛ بلکه گاهی مقتضای احتیاط انفاذ وصیت کودک است، به دلیل عموماتی که دلالت بر انفاذ وصیت کودک می‌کند.<sup>۶۵</sup>

ثانیاً، باوجود دلیل نوبت به اصل نمی‌رسد.<sup>۶۶</sup>

۴. گرچه برخی از روایاتی که بر صحت وصیت کودک دلالت می‌کنند صحیح‌اند، به جهت مختلف بودن، جمع میان آنها ممکن نیست.<sup>۶۷</sup>

## بررسی

اولاً، جمع عرفی میان روایات ممکن است. ثانیاً، در صورتی که جمع ممکن نباشد، در صورت تعارض اخبار، نتیجه تخییر است نه تساقط.<sup>۶۸</sup>

## عقیده دوم

از سخنان شیخ انصاری<sup>۶۹</sup> بحرالعلوم<sup>۷۰</sup>، حکیم<sup>۷۱</sup>، آخوند خراسانی<sup>۷۲</sup> و آیت‌الله خویی<sup>۷۳</sup> این دیدگاه استفاده می‌شود. مرحوم شیخ انصاری به حکومت ید بر استحباب تکیه کرده است.<sup>۷۴</sup> مرحوم بحرالعلوم می‌فرماید: همیشه در موارد ید، استحباب مخالف وجود دارد. اگر تقدم با استحباب باشد، همان مخدوری که در روایت حفص ابن غیاث آمده بود که: «لو لم یجز هذا لما قام للمسلمین سوق» لازم خواهد آمد و قاعده ید لغو خواهد بود.<sup>۷۵</sup>

## دلایل صحت وصیت کودک ده ساله

روایات زیادی هست که به جواز وصیت کودک ده ساله تصریح دارد؛ از جمله:

(الف) «عن ابی عبدالله علیه السلام قال اذا بلغ الغلام عشر سنین جازت وصیه.»<sup>۷۶</sup>

(ب) «عن منصورین حازم عن ابی عبدالله علیه السلام قال سألته عن وصیه الغلام هل تجوز؟ قال اذا كان ابن عشر سنین جازت وصیه.»<sup>۷۷</sup>

(ج) «عن ابی عبدالله علیه السلام انه قال: اذا بلغ الغلام عشر سنین و اوصی ثلث ماله فی حق جازت وصیه.»<sup>۷۸</sup>

## ۳. اقرار کودک

یکی دیگر از مسائل اختلافی در میان فقیهان، اقرار کودکان است. مشهور میان فقهای امامیه این است که بلوغ یکی از شرایط اقرار کننده است. مرحوم شیخ حسن صاحب جواهر می‌نویسد:

لا بد أن یکون مکلفاً... و علی کل حال فلا اشکال بل و لاخلاف عندنا فی أن الصبی لا یقبل اقراره و لو کان باذن ولیه و عن التذکره لا یقبل عند علمائنا سواء کان مراهقاً اولاً، و سواء کان مجزراً اولاً، خلافاً لبعض العامة فاجازه اقراره باذن ولیه، لما عرفته مکرراً من ان عبارته مسلوية اقراراً و انشاء. نعم هو كذلك مما لا یصح به انشاء. و امالو اقر بما له أن یفعله كالوصیه بالمعروف التي قد عرفت الحال فی جوازها منه فی محله، صح علی ما صرح به غیر واحد لقاعدة «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» التي نطقت به عباراتهم بل صریح بعضهم انه لا

طهری

خلاف فيها عندهم و انه لا ينبغي ان يقع و ان كان لنا اشكال فيما زاد على مقتضى قوله (ص): «اقرار العقلا على انفسهم جائز» و نحوه مما سمعته في محله و منه ما نحن فيه. ضروره عدم التلازم بين جواز وصيته بذلك و جواز اقراره به ولعله لذا قال الكركسى في حاشيته «لا يصح» فتأمل جيداً.<sup>۷۸</sup>

اقرار کودک از نگاه فقهای اهل سنت

دکتر وهبه زحیلی می‌نویسد:

يعتبر البلوغ شرطاً عنه الجمهور لصحة الاقرار. فلا يصح اقرار الصبي غير البالغ ايضاً لقوله (ص): «رفع القلم عن الثلاثة عن الصبي حتى يبلغ و عن النائم حتى يستيقظ و عن المجنون حتى يفيق.» و ليس البلوغ شرطاً لصحة الاقرار عند الحنفية فيصح اقرار الصبي العاقل بالديون و الأعيان، لانه من ضرورات التجارة.<sup>۸۰</sup>

#### ۴. عاریه کودک

تمام فقیهان مذاهب اسلامی جز حنفیه معتقدند که عاریه دهنده باید بالغ باشد. از نظر حنفیه بلوغ در عاریه دادن شرط نیست.<sup>۸۱</sup> محقق در شرایع تصریح می‌کند که عاریه کودک صحیح نیست و صاحب جواهر در استدلال برای این حکم می‌نویسد:

«لما هما (صبی و مجنون) لسلب عبارتهما.»<sup>۸۲</sup>

امام خمینی تئذ در رساله عملیه می‌نویسند:

«اگر دیوانه و بچه مال خود را عاریه دهند صحیح نیست.»<sup>۸۳</sup>

مسئله‌ای که در اینجا در مورد بالا استثنا شده این است که بچه با اجازه ولی می‌تواند مالی را عاریه دهد. مرحوم محقق می‌نویسد:

«لواذن الولیّ جاز للصبي مع مراعات المصلحة.»<sup>۸۴</sup> علامه در تحریر جواز را مقید کرده است.<sup>۸۵</sup>

#### ۵. وکالت کودک

در مورد وکالت کودک میان فقیهان مذاهب گوناگون اسلامی اختلاف نظر وجود دارد. سه مذهب از مذاهب چهارگانه اهل سنت، به عدم صحت وکیل شدن و وکیل گرفتن کودک مطلقاً<sup>۸۶</sup> معتقدند. در مقابل، امامیه و حنفیه قائل به تفصیل‌اند.

تفصیل حنفیه

حنفیه میان کودک ممیز و غیر ممیز به تفصیل قائل‌اند. آنان وکالت کودک غیر ممیز را صحیح نمی‌دانند و در مورد وکالت ممیز قائل به تفصیل‌اند و تصرفات کودک را به سه قسم تقسیم می‌کنند:

۱. تصرفاتی که موجب ضرر است، مانند طلاق، هبه و صدقات. در این قبیل امور کودک نمی‌تواند وکیل شود یا وکیل بگیرد.

۲. تصرفاتی که موجب جلب سود و منافع است، مانند قبول تبرعات و هدایا و صدقات. در این قبیل کارها کودک حتی بدون اجازه ولی می‌تواند وکیل شود.

۳. تصرفاتی که در آنها احتمال سود و زیان داده می‌شود، مانند بیع و اجاره. در این فرض، اگر کودک از جانب ولی اجازه در این قبیل کارها داشته باشد، می‌تواند وکیل بگیرد یا خود برای انجام این قبیل کارها وکیل شود. اما اگر اجازه ندارد، صحت وکالت متوقف بر اذن ولی خواهد بود.<sup>۸۷</sup>  
تفصیل امامیه

فقیهان امامیه در سن کودکی تفصیل داده‌اند. آنان وکالت کودکی را که به ده سالگی نرسیده مطلقاً صحیح نمی‌دانند، اعم از اینکه ممیز باشد یا غیر ممیز، با اذن ولی باشد یا بدون اذن ولی. اما کودکی که به ده سالگی رسیده، در اموری که حق تصرف دارد، می‌تواند وکیل شود یا وکیل بگیرد.

مرحوم صاحب جواهر می‌نویسد:

نعم لوبلغ عشرأ جاز ان يوكل فيما له التصرف فيه كالوصية و  
الصدقة والعق و الطلاق على رواية بل في جامع المقاصد نسبت القول  
بها في الثلاث الاول الى الشيخ و جماعة بل فيه ان القول به و ان كان  
مشهوراً الا ان مستنده غير واضح.<sup>۸۸</sup>

از کلام صاحب جواهر تفصیل دیگری را می‌توان استفاده کرد. وی از امور فوق وکالت کودک را در امر وصیت می‌پذیرد، اما وکالت در امور دیگر را ممنوع می‌داند. خصوصاً در مواردی که وصیت به معروف باشد، مانند وصیت برای ارحام و خویشاوندان.<sup>۸۹</sup>

طهری

پی نوشتها:

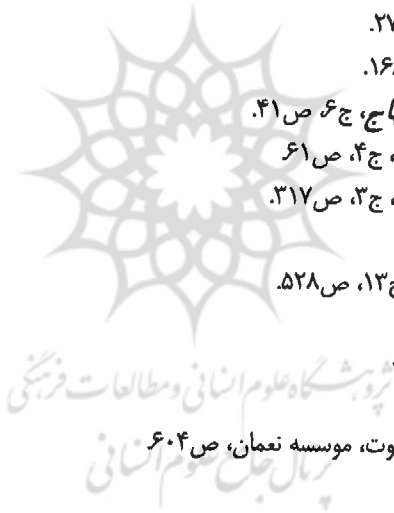
۱. شیخ انصاری، *فوائد الاصول*، تبریز، مطبعة باستان، الجزء الرابع، ص ۳۸۴.
۲. همان، ص ۳۸۵.
۳. خویی، ابوالقاسم، *مصباح الاصول*، ج ۳ ص ۸۷.
۴. امام خمینی تفتل، *الرسائل*، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ج ۲-۱، ص ۱۲۵.
۵. نائینی، *فوائد الاصول*، الجزء الرابع، ص ۴۰۱.
۶. همان، ص ۴۰۲.
۷. همان، ص ۴۰۳.
۸. ر.ک: شهید ثانی، *الروضه البهیه فی شرح اللمعة الدمشقیة*، انتشارات علمیه اسلامی، ج ۱، ص ۱۰۵؛ نجفی، شیخ محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ج ۱۱، ص ۱۰۷؛ امام خمینی تفتل، *تحریر الوسیلة*، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ج ۱، ص ۲۳۷؛ یزدی، محمدکاظم، *عروة الوثقی*، تهران، مطبعة حیدری، ج ۱، ص ۵۳۷؛ از فقه دیگر مذاهب کتابهای: *شرح الازهار*، ج ۱، ص ۱۷۰؛ *رد المختار*، ج ۱، ص ۲۳۴؛ الکاسانی، علاءالدین ابی بکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع*، بیروت، دارالکتب العربی، ج ۱، ص ۱۸۹؛ *حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر*، ج ۱، ص ۲۰۰؛ رملی، *نهاية المحتاج الی شرح المنهاج*، مصر، مطبعة بابلی، ج ۱، ص ۳۷۳؛ *شرح منهاج الطالبین*، ج ۱، ص ۱۲۰؛ بهوتی، *کشاف القناع عن متن الاقناع*، ریاض، مطبعة نصر الحدیثة، ج ۱، ص ۱۵؛ *الفقه علی المذاهب الاربعة*، ج ۱، ص ۳۱۶؛ ابن حزم، *المحلی*، ج ۱، ص ۸۸ و ج ۲، ص ۲۳۷؛ *شرح کتاب النیل و شفاء العلیل*، ج ۲، ص ۶؛ *المصنف*، ج ۲۳، ص ۲۱۷.
۹. ر.ک: *عروة الوثقی*، ج ۲، ص ۳۸۲ و ج ۱، ص ۷۳ و ۱۹۱؛ *شرح لمعه*، ج ۱، ص ۱۹۲؛ شیخ طوسی، *کتاب الخلاف*، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۱، ص ۴۶۳؛ بجنوردی، *القواعد الفقهیة*، ج ۴، ص ۱۷۹؛ سیوطی، جلال الدین، *الأشباه و النظائر فی قواعد و فروع فقه الشافعیة*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ص ۲۱۹؛ *بلغة السالك الی مذهب الامام مالک*، ج ۱، ص ۱۶؛ ابن حزم، *المحلی*، ج ۲، ص ۲۳۷؛ *کتاب النیل و شفاء العلیل*، ج ۴، ص ۴۸۸.
۱۰. بجنوردی، *القواعد الفقهیة*، نجف اشرف، مطبعة الآداب، ج ۴، ص ۱۶۷.
۱۱. همان، ج ۴، ص ۱۷۴.
۱۲. همان، ج ۴، ص ۱۶۷.
۱۳. همان.
۱۴. شیخ حرعاملی، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، ج ۱۷، ص ۳۲۶.
۱۵. نوری، *مستدرک الوسائل*، کتاب العصب، ب ۱، ابواب غضب؛ سنن ترمذی، کتاب البیوع، ب ۳۹، ص ۱۲۶۶.
۱۶. شیخ حرعاملی، *وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة*، تهران، کتابفروشی اسلامی، ج ۱۷، ص ۳۲۷.
۱۷. همان، ص ۳۲۸.
۱۸. همان، ج ۱۹، ص ۱۸۰.

١٩. همان، ج ١٩، ص ١٨٣.
٢٠. همان، ج ١، ص ٢٢.
٢١. بجنوردی، القواعد الفقهية، ج ٤، ص ١٦٩.
٢٢. كتاب الزکات (مستند العروة الوثقى)، ج ١، ص ١٢، منشورات مدرسة دارالعلم.
٢٣. القواعد الفقهية، ج ٤، ص ١٧٩-١٧٤.
٢٤. الفقه على المذاهب الاربعة، ج ٢، ص ١٦٠، ٣٤٣.
٢٥. همان.
٢٦. بدايع الصنایع، کاسانی، ج ٧، ص ٨٧١ الفقه على المذاهب الاربعة، ج ٢، ص ٣٤٣.
٢٧. الحلی، ج ٩، ص ٢٠، م ١٥٢٣.
٢٨. كتاب النیل و شفاء العلیل، ج ١، ص ٢٢٩.
٢٩. شیخ مفید، مقننه، موسسه نشر اسلامي، ص ٦٦٧.
٣٠. شیخ طوسی، كتاب الخلاف، موسسه نشر اسلامي، ج ٣، ص ٢٣٨.
٣١. ابن حمزه، الوسيلة الى نيل الفضيلة، ص ٣٧٢.
٣٢. محقق حلّی، شرایع الاسلام، ج ١-٤، ص ٢٦٧.
٣٣. فخرالمحققین، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ج ١، ص ٤١٣.
٣٤. محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٥٢.
٣٥. نساء: ٥.
٣٦. شیخ طوسی، التبیان فی تفسیر القرآن، مکتب الاعلام الاسلامي، ج ٣، ص ١١٢.
٣٧. مصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر، ج ١، ص ٣٨٠.
٣٨. نساء: ٦.
٣٩. نجفی، جواهر الکلام، ج ٢٦، ص ١٨.
٤٠. امام خمینی نقلاً، کتاب البیع، ج ٢، ص ٦.
٤١. ایروانی، حاشیه مکاسب، تهران، چاپ رشیدی، ص ١٠٧.
٤٢. اسراء: ٣٤.
٤٣. شیخ صدوق، خصال، ج ٣، ص ٤٩٥.
٤٤. شیخ طوسی، التبیان، ج ٧، ص ٢٩٢.
٤٥. شیخ صدوق، من لایحضره الفقیه، ج ٣، ص ١٦٣.
٤٦. محقق اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٥٣.
٤٧. وسائل الشیعة، ج ١٩، ص ٣٠٧ ح ٧.
٤٨. همان، ج ١، ص ٣٢.
٤٩. همان، ج ١٢، ص ١٤١.

طهر

سال هفتم - شماره ٢٦ - تابستان ١٣٨٧

۵۰. مجمع الفائدة والبرهان، ج ۸، ص ۱۵۳.
۵۱. جواهر الكلام، ج ۲۸، ص ۳۹۹؛ شرح لمعه، ج ۲، ص ۳۶؛ تحرير الوسيلة، ج ۲، ص ۹۵؛ بدایع الصنائع، ج ۷، ص ۱۷۱؛ احمد بن يحيى، البحر الزخار الجامع بمذاهب علماء الأمصار، ج ۶، ص ۳۶؛ شرح الأزهار، ج ۴، ص ۴۷۰؛ نهاية المحتاج، ج ۶، ص ۴۱؛ ابن قدامة، المغني، تعليق محمد رشيد رضا، دارالمنار، مصر، ج ۶، ص ۱۶۶؛ المحلى، ج ۹، ص ۳۳۰؛ الفقه على المذاهب الاربعه، ج ۳، ص ۳۱۷ تا ۳۲۵.
۵۲. جواهر الكلام، ج ۲۸، ص ۲۷۱؛ بحر العلوم، سيد محمد، بلغة الفقيه، چاپ سنگي، ص ۲۸.
۵۳. شرييني، مغني المحتاج، مصر، مطبعة الإستقامة، ج ۶، ص ۱۶۶.
۵۴. البحر الزخار، ج ۶، ص ۳۶.
۵۵. نهاية المحتاج، ج ۶، ص ۴۱.
۵۶. شرح الزرقاني على الموطأ، ج ۴، ص ۶۱.
۵۷. الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج ۲، ص ۳۶.
۵۸. بلغة الفقيه، ص ۳۸۰ چاپ سنگي.
۵۹. جواهر الكلام، ج ۲۸، ص ۲۷۱.
۶۰. ابن قدامة، المغني، ج ۶، ص ۱۶۶.
۶۱. نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج ۶، ص ۴۱.
۶۲. شرح الزرقاني على الموطأ، ج ۴، ص ۶۱.
۶۳. الفقه على المذاهب الاربعه، ج ۳، ص ۳۱۷.
۶۴. المغني، ج ۶، ص ۱۶۵.
۶۵. مستمسك العروة الوثقى، ج ۱۳، ص ۵۲۸.
۶۶. همان.
۶۷. مسالك، شهيد كتاب وصايا.
۶۸. مستمسك، ج ۳، ص ۵۲۸.
۶۹. شيخ انصاري، الرسائل، بيروت، موسسه نعمان، ص ۶۰۴.
۷۰. بلغة الفقيه، ج ۳، ص ۳۵۰.
۷۱. الاصول العامة، ص ۴۵۰.
۷۲. فواتد الاصول، ج ۴، ص ۳۶۲.
۷۳. مصباح الاصول، ص ۳۳۹.
۷۴. الرسائل، ص ۶۰۴.
۷۵. بلغة الفقيه، ج ۳، ص ۳۵۰.
۷۶. وسائل الشيعه، ج ۱۳، ص ۴۲۹.
۷۷. همان، ص ۴۳۰.
۷۸. همان، ص ۴۲۸.



۷۹. جواهر الکلام، ج ۳۵، ص ۱۰۴.
۸۰. الفقه الاسلامی وادلتہ، بیروت، دارالفکر، ج ۶ ص ۶۱۷.
۸۱. همان، ج ۵، ص ۵۶.
۸۲. جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۱۶۰.
۸۳. رسالہ علمیہ، ص ۴۷۷.
۸۴. جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۱۶۰.
۸۵. همان.
۸۶. فقه الاسلامی وادلتہ، ج ۵، ص ۷۷؛ مغنی المحتاج، ج ۲، ص ۲۱۷؛ المہذب، ج ۱، ص ۳۴۹.
۸۷. الفقه علی المذاهب الاربعہ، ج ۳، ص ۱۴۶؛ فقه الاسلامی وادلتہ، ج ۵، ص ۷۶-۷۷.
۸۸. جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۳۸۷.
۸۹. همان، ج ۲۷، ص ۳۸۷.



پژوہ شگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

ظہور

سال ہفتم - شماره ۲۶ - تابستان ۱۳۸۷

۴۶