إشراف

الدكتور محمد شريف أحمد

موسوعة

أحكام الأطفال وأدلتها

مقارنة تفصيلية بين مذهب الإمامية والمذاهب الأخرى

تأليف

جمع من المحققين في اللجنة الفقهية

ترتيباً وتنظيماً

الشيخ فدا حسين الأنصاري

دار الهادي للمطبوعات

إشراف

الأستاذ المحقق الشيخ محمد جواد الفاضل التبريزي

موسوعة

أحكام الأطفال وأدلتها

مقارنة تفصيلية بين مذهب الإمامية والمذاهب الأخرى

تأليف

جمع من المحققين في اللجنة الفقهية

رتبها ونظمها

الشيخ قدرة الله الأنصاري

إعداد ونشر: مركز فقه الأئمة الأطهار عليهم السلام

فاضل لنكراني، محمّد جواد، ١٣٤١
موسوعة أحكام الأطفال وأدلتها. مقارنة تفصيلية بين مذهب الإمامية والمذاهب الاخرى / تأليف جمع من المحققين في الجنة الفقهية؛ رتبها و نظمها قدرة الله الأنصاري . ـ قم: مركز فقه الأئمّة الاطهار عليهم السلام ، ١٣٨٤.
ISBN: 964-7709-18-8 (ج. ٢):
ISBN: 964-7709-17-X (ج. ١):
ISBN: 964-7709-16-1 (دوره): ٣٥٠٠٠ ريال (قيمت هر جلد)
فهرستنويسي بر اساس اطلاعات فيپا.
عربي.
فهرستنويسي بر اساس جلد دوم، ١٤٢٦ ق ـ ١٣٨٤
١ ـ كودكان (فقه)، ٢ ـ فقه جعفري ـ ٣ ـ فقه تطبيقي، ٤ ـ والدين و كودك (اسلام). الف. انصاري، قدرت الله، گردآورنده. ب. مركز فقهي ائمه اطهار عليهم السلام. ج. عنوان.
١٣٨٤ ٨م ١٦ف / ٩ / BP ١٨٣ ٢٩٧/٣٤٢٢
كتابخانه ملي ايران ٣٧٤٦٩ ـ ٨٤م

كتابخانه
مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي
شماره ثبت: ٠١٦٧٣١
تاريخ ثبت:

مركز تحقيقات كامپيوتري علوم اسلامي

مركز فقه الأئمة الأطهار عليهم السلام

موسوعة أحكام الأطفال وأدلّتها

الجزء الثاني

تحقيق ونشر: ..... مركز فقه الأئمّة الأطهار عليهم السلام
صفّ الحروف: ..... مركز فقه الأئمّة الأطهار عليهم السلام
الطبعة: ..... الأولى ١٤٢٦هـ
المطبعة: ..... اعتماد، قم
الكمّية: ..... ١٠٠٠ نسخة
السعر: ..... ٣٥٠٠ تومان

شابك: ٨-١٨-٧٧٠٩-٩٦٤ ISBN: 964-7709-18-8

بسم الله الرحمن الرحيم

تأليف جمع من المحقّقين في مركز فقه الأئمّة الأطهار عليهم السلام

رئيس اللجنة والمدوّن: الشيخ قدرت الله الأنصاري

والمساعدون في التأليف:

١ ـ الشيخ محمّد جواد الأنصاري

٢ ـ الشيخ إبراهيم البهشتي

٣ ـ الشيخ عباس علي بيوندي

٤ ـ الشيخ عبد الحسين الجمالي

٥ ـ الشيخ علي السعيدي

٦ ـ السيّد علي أكبر الطباطبائي

مع تعليقات

الأُستاذ المحقّق الشيخ محمّد جواد الفاضل اللنكراني

التي رمزناها بـ ـ م ج ف ـ في ذيلها

الفصل السادس

في ولاية الوكيل

قد ذكرنا فيما سبق ولاية الأب والجدّ والوصيّ والحاكم على تزويج الصغار، ولتتميم التحقيق في هذا المقام ينبغي أن نبحث عن ولاية الوكيل للأب والجدّ والوصيّ والحاكم في التزويج، فإنّه تترتّب على ثبوت الولاية له في التزويج وغيره فوائد لا تخفى على من تأمّل في مسألتنا هذه، ولأجل ذلك عقدنا هذا الفصل، وفيه مباحث:

المبحث الأوّل: معنى الوكالة وذكر الأقوال فيها

قال الفيّومي: «وكَلتُ الأمر إليه وكلاً من باب وعد ووكولاً فوّضته إليه واكتفيت به، والوكيل فعيل بمعنى مفعول؛ لأنّه موكولٌ إليه، ويكون بمعنى فاعل إذا كان بمعنى الحافظ، ومنه ﴿ حَسْبُنَا اللهُ وَ نِعْمَ الْوَكِيلُ ﴾[1] والجمع وُكَلاء[2].

---

(١) سورة آل عمران ٣: ١٧٣.

(٢) المصباح المنير: ٦٧٠.

وفي النهاية: الوكيل من أسماء الله، وهو القيّم الكفيل بأرزاق العباد، وحقيقته أنّه يستقلّ بأمر الموكول إليه[١].

وفي مجمع البحرين «والتوكيل هو أن تعتمد على الرجل وتجعله نائباً عنك»[٢].

وعرّفها الفقهاء بأنّها استنابةٌ في التصرّف[٣].

وعرّفها الجمهور من أهل السنّة بما يقرب من ذلك، وهو: أنّ الوكالة معناها شرعاً إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرّفٍ جائز معلوم يملكه[٤].

أو بأنّ الوكالة «تفويض شخص ما له فعله ممّا يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته»[٥].

وقال بعض آخر: «الوكالة استنابة جائز التصرّف مثله فيما تدخله النيابة»[٦].

وبعد هذا نقول: هل يجوز للأب والجدّ والوصيّ والحاكم أن يوكّلوا عمّن تحت ولايتهم من يباشر في أُمورهم كتزويجهم والتصرّف في أموالهم وغير ذلك، أم لا؟

قال الشيخ في النهاية: «وللناظر في أُمور المسلمين ولحاكمهم أن يوكّل على سفهائهم وأيتامهم ونواقصي عقولهم، من يطالب بحقوقهم ويحتجّ عنهم ولهم»[٧].

وقال المحقّق في الشرائع: «وللأب والجدّ أن يوكّلا عن الولد الصغير... وينبغي للحاكم أن يوكّل عن السفهاء من يتولّى الحكومة عنهم»[٨].

---

(١) النهاية لابن الأثير ٥: ٢٢١.

(٢) مجمع البحرين ٣: ١٩٧٠ مادّة «وكل».

(٣) شرائع الإسلام ٢: ١٩٣، تذكرة الفقهاء ٢: ١١٣، الطبعة الحجريّة، قواعد الأحكام ٢: ٣٤٩، اللمعة الدمشقيّة: ٩٧، الروضة البهيّة ٤: ٣٦٧، مسالك الأفهام ٥: ٢٣٧.

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

(٥) مغني المحتاج ٢: ٢١٧.

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

(٧) النهاية: ٣١٧.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ١٩٧ و ١٩٨.

وبه قال الشهيد الثاني[١] أيضاً.

وقال العلّامة ﷺ في التذكرة: «كلّ من صحّ تصرّفه في شيءٍ تدخله النيابة، صحّ أن يوكّل فيه».

ثمّ قال في مسألةٍ أُخرى: «شرطنا في الموكّل أن يكون متمكّناً من المباشرة، إمّا بحقّ الملك أو الولاية، ليدخل فيه توكيل الأب أو الجدّ له في النكاح والمال، ويخرج عنه توكيل الوكيل؛ فإنّه ليس بمالكٍ ولا وليٍّ وإنّما يتصرّف بالإذن ـ إلى أن قال: ـ يجوز للوصيّ أن يوكّل وإن لم يفوّض الموصي إليه ذلك بالنصوصيّة؛ لأنّه يتصرّف بالولاية كالأب والجدّ، لكن لو منعه الموصي من التوكيل وجب أن يتولّى بنفسه، وليس له أن يوكّل حينئذٍ؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَن بَدَّلَهُ﴾[٢] الآية.

ويجوز للحاكم أن يوكّل[٣] عن السفهاء والمجانين والصبيان، من يتولّى الحكومة عنهم ويستوفي حقوقهم ويبيع عنهم ويشتري لهم، ولا نعلم فيه خلافاً»[٤].

وبه قال أيضاً في التحرير[٥] والقواعد[٦] والإرشاد[٧] ومجمع الفائدة والبرهان[٨]

---

(١) مسالك الأفهام ٥: ٢٦٤.

(٢) سورة البقرة (٢): ١٨١.

(٣) والمستفاد من هذه العبارة جواز توكيل الحاكم في خصوص الموارد الثلاثة، وإلّا فلا يستفاد منها جواز توكيل الحاكم في جميع ما يرتبط به، فتدبّر. م ج ف

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ١١٥ ـ ١١٦، الطبعة الحجريّة.

(٥) تحرير الأحكام الشرعيّة: ٣/ ٣٠.

(٦) قواعد الاحكام ٢: ٣٥٠ ـ ٣٥١.

(٧) إرشاد الأذهان ١: ٤١٥.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٤٩٠ و ٤٩٤.

وجامع المقاصد[١] والكفاية[٢] ومفتاح الكرامة[٣] ومهذّب الأحكام[٤].

وقال في تحرير الوسيلة: «يجوز للوليّ كالأب والجدّ للصغير أن يوكّل غيره فيما يتعلّق بالمولّى عليه ممّا له الولاية عليه»[٥].

وقال الشهيد في بيان ما تصحّ الوكالة فيه: «وإنّما تصحّ الوكالة فيما لا يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه من مباشرٍ بعينه كالعتق، فإنّ غرضه فيه فكّ الرقبة؛ سواءٌ أحدثه المالك أم غيره، والطلاق؛ فإنّ غرضه منه رفع الزوجيّة كذلك، ومثله النكاح والبيع وغيرهما من العقود والإيقاعات، لا فيما يتعلّق غرضه بإيقاعه من مباشرٍ بعينه.

ومرجع معرفة غرضه في ذلك وعدمه إلى النقل[٦]، ولا قاعدة له لا تنخرم»[٧].

وبمثل ذلك في الرياض[٨]، والحدائق[٩]. وهكذا قال به صاحب الجواهر[١٠]، وبعض فقهاء العصر[١١].

والحاصل، أنّه استفيد من الأدلّة وكلمات الفقهاء أنّ كلّ[١٢] ما تعلّق غرض

---

(١) جامع المقاصد ٨: ١٩٠.

(٢) كفاية الأحكام: ١٢٩.

(٣) مفتاح الكرامة ٧: ٥٣٥ وج ٥: ٢٦٧ و ٢٧١.

(٤) مهذّب الأحكام ٢١: ٢٠٠.

(٥) تحرير الوسيلة ٢-٤٢ مسألة ١٨.

(٦) أي النقل الشرعي الوارد عن أهل بيت العصمة والطهارة عليهم السلام.

(٧) الروضة البهيّة ٤: ٣٧١-٣٧٢.

(٨) رياض المسائل ٦: ٦٦.

(٩) الحدائق الناضرة ٢٢: ٤٨.

(١٠) جواهر الكلام ٢٧: ٣٩٠.

(١١) منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ٢٠١، تفصيل الشريعة، كتاب المضاربة والشركة: ٤٢٨.

(١٢) ويمكن انتقاض هذه القاعدة بالوكالة والنيابة في الصلاة وسائر العبادات بعد الموت؛ فإنّها ممّا تعلّق

←

الشارع بإيقاعه مباشرةً لا يصحّ التوكيل فيه، بخلاف ما إذا لم يكن كذلك؛ فإنّه يصحّ فيه التوكيل، فعلى هذا يجوز للأولياء كالأب والجدّ والوصيّ لهما والحاكم أن يوكّلوا غيرهم فيما يتعلّق بالمولّىٰ عليهم ممّا لهم الولاية عليهم؛ لأنّ الغرض من جعل الولاية لهم حفظ أنفسهم وأموالهم من التلف والضرر، ومساعدتهم فيما يحتاجون إليه في أُمورهم، وهذا يمكن أن يصدر من الأولياء ومن غيرهم.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

← الغرض بها مباشرة مع صحّة وقوع الوكالة والنيابة بعد الموت، اللّهم إلّا أن يقال بأنّ الصحّة إنّما هي من جهة الأمر العارضي، وإلّا أوّلاً وبالذات لا تقبل النيابة، وهو كما ترى.

وأيضاً يمكن انتقاض القاعدة بما إذا منع الموصي عن التوكيل، فلا يصحّ فيه التوكيل، مع أنّ غرض الشارع لا يتعلّق بالمباشرة، وهذا كلّه مضافاً إلى عدم وجود وجه صحيح للتقييد بالشرع، بل الغرض أعمّ من أن يكون غرضاً للشارع أو العقلاء أو صاحب الحق مثلاً، فتدبّر، فالتحقيق في مفاد هذه القاعدة يحتاج إلى مجال واسع. م ج ف.

المبحث الثاني: أدلّة هذا الحكم

يمكن أن يستدلّ لهذا الحكم بوجوهٍ:

الأوّل: الإجماع الذي ادّعاه المحقّق الأردبيلي، حيث قال: «وللحاكم أن يوكّل عن السفهاء... وكأنّ دليله الإجماع»[١].

وذكر في الرياض أنّه لا خلاف فيه[٢]، ويستظهر الإجماع أيضاً من كلام العلّامة في التذكرة، حيث قال: «ولا نعلم فيه خلافاً»[٣].

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

ببيان آخر: الأصل جواز الوكالة في كلّ شيءٍ إلّا ما علم خروجه بالدليل من أنّه لايجوز النيابة فيه، كما يستظهر ذلك من كلام صاحب الجواهر، حيث قال: «بذلك ظهر لك مشروعيّة الوكالة في كلّ شيء إلّا ما علم خروجه، وقد نبّه عليه المصنّف بقوله: أمّا ما لا تدخله النيابة فضابطه ما تعلّق قصد الشارع بإيقاعه من المكلّف مباشرةً بنصّ أو إجماعٍ أو نحوهما؛ فإنّ الوكالة حينئذٍ منافية لحقيقته...»[٤].

الثالث: عموم بعض الأخبار:

١ ـ كصحيحة معاوية بن وهب وجابر بن يزيد جميعاً، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٥٠٤.

(٢) رياض المسائل ٦: ٦٦.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ١١٦ الطبعة الحجرية.

(٤) جواهر الكلام ٢٧: ٣٧٨.

قال: «**من وكّل رجلاً على إمضاء أمر من الأُمور، فالوكالة ثابتة أبداً حتّىٰ يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها**»[١].

٢ ـ وصحيحة هشام بن سالم، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل وكّل آخر على وكالة في أمر من الأمور وأشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر فقال: اشهدوا أنّي قد عزلت فلاناً عن الوكالة، فقال: «**إن كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكّل فيه قبل العزل، فإنّ الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكّل أم رضي**» الحديث[٢].

فهاتان الصحيحتان تدلّان[٣] على كون الوكالة جائزة في كلّ أمر من الأُمور، وفي مورد توكيل الوليّ غيره لمباشرة أُمور المولّى عليه يصدق أنّه وكّل على إمضاء أمرٍ، فلا ينعزل حتّى يبلغه العزل، فالاستدلال بهما كافٍ في إثبات المطلوب، وكذلك يستظهر جواز توكيل الوليّ من أخبار تدلّ على ثبوت الوكالة في عقد النكاح.

منها: صحيحة هشام بن سالم، عن أبي عبدالله عليه السلام ـ في حديث تزويج أُمّ كلثوم بنت أمير المؤمنين عليه السلام ـ «**أنّ العبّاس أتاه فأخبره وسأله أن يجعل الأمر إليه، فجعله إليه**»[٤].

ومنها: صحيحة أبي ولّاد الحنّاط قال: سُئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل أمر رجلاً أن يزوّجه امرأة بالمدينة وسمّاها له، والذي أمره بالعراق، فخرج المأمور فزوّجه إيّاها، ثمّ قدم إلى العراق فوجد الذي أمره قد مات؟ قال: «**ينظر في ذلك،**

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٨٥ الباب ١ من كتاب الوكالة، ح١.

(٢) نفس المصدر ١٣: ٢٨٦ الباب ٢ من كتاب الوكالة، ح١.

(٣) والإنصاف عدم الدلالة على ذلك، وليستا بصدد بيان مشروعيّة الوكالة وموارِدها، بل إنّما هما بصدد بيان حكم الوكالة في مورد تجوز الوكالة فيه. م ج ف.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح٣.

فإن كان المأمور زوّجها إيّاه قبل أن يموت الآمر ثمّ مات الآمر بعده؛ فإنّ المهر في جميع ذلك الميراث بمنزلة الدين، فإن كان زوّجها إيّاه بعدما مات الآمر فلاشيء على الآمر ولا على المأمور، والنكاح باطل»[١].

ومنها: صحيحة داود بن سرحان ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يريد أن يزوّج أُخته، قال: **«يؤامرها، فإن سكتت فهو إقرارها، وإن أبت لم يزوّجها، فإن قالت: زوّجني فلاناً زوّجها ممّن ترضى»** الحديث[٢].

وكذا صحيحة أبي عبيدة[٣] ويؤيّده روايات عمّار الساباطي[٤] وإبراهيم ابن أبي يحيى[٥] وجابر[٦] ومضمرة محمد بن شعيب[٧] ومرسلة عبدالله بن بكير[٨]، فمقتضى هذه النصوص المتضافرة وغيرها أنّ عقد النكاح ممّا تصحّ فيه الوكالة، وبما أنّ عقد نكاح الصغار بيد الوليّ؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو غيرهما، فالولي إمّا أن يباشر نفسه بإجراء عقد النكاح، أو يوكّل غيره في ذلك، وهو المطلوب.

---

(١) نفس المصدر ١٤: ٢٣٠، الباب ٢٨ من أبواب عقد النكاح، ح١.

(٢) نفس المصدر ١٤: ٢٠١، الباب ٣ من أبواب عقد النكاح، ح٣.

(٣) نفس المصدر ١٤: ٢٢٨، الباب ٢٦ من أبواب عقد النكاح، ح١.

(٤) نفس المصدر ١٤: ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح، ح٤.

(٥) نفس المصدر ١٤: ٢٢٢، الباب ١٦ من أبواب عقد النكاح، ح١.

(٦) نفس المصدر ١٤: ٢١٧، الباب ١٠ من أبواب عقد النكاح، ح٢.

(٧) نفس المصدر ١٤: ٢٢٤، الباب ٢٠ من أبواب عقد النكاح، ح١.

(٨) نفس المصدر ١٤: ٢٣٠، الباب ٢٨ من أبواب عقد النكاح، ح٢.

المبحث الثالث: ولاية الوكيل عند الجمهور من أهل السنّة

قد ذهب جمهور الفقهاء من أهل السنّة إلى أنّ الوكالة تصحّ في كلّ شيء إلّا ماخرج بالدليل من العبادات وما جرى مجراها.

فيستفاد من كلماتهم صحّة الوكالة في نكاح الصغار والتصرّف في أموالهم ببيع وشراء وإجارة ونحوها.

فنذكر شطراً من كلماتهم على الترتيب التالي:

أ ـ المالكيّة

قال ابن رشد: «من رأى أنّ الأصل هو الجواز قال: الوكالة في كلّ شيء جائزة إلّا فيما أجمع على أنّه لاتصحّ فيه من العبادات وما جرى مجراها»[١].

وقال ابن شاس: «كلّ من جاز له التصرّف لنفسه جاز له أن يستنيب فيما تجوز فيه النيابة فيه لأجل الحاجة إلى ذلك على الجملة»[٢].

وفي المدوّنة الكبرىٰ: «قلت: أرأيت الوليّ أو الوالد إذا استخلف من يزوّج ابنته أيجوز هذا في قول مالك؟ قال: نعم، ثمّ قال: فإن كانت وصيّة جاز لها أن تستخلف من يزوّجها»[٣].

وقريب من هذا كلمات[٤] غيرهم، فراجع.

---

(١) بداية المجتهد ٢: ٢٩٩ـ ٣٠٠.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٧٧.

(٣) المدوّنة الكبرى ٢: ١٦٨.

(٤) حاشية الدسوقي ٣: ٢١٦، مواهب الجليل ٧: ١٧٨، القوانين الفقهيّة لابن جزي: ٢٢٧ـ٢٢٨.

ب ـ الحنابلة

أنّهم قالوا بصحّة توكيل الوليّ غيره في تزويج من كانت تحت ولايته، ويقوم الوكيل مقام الوليّ فيما له من الولاية والسلطة، ولا يشترط في صحّة توكيل الوليّ إذن ورضا من المولّى عليه؛ لأنّ ولايته ثابتة على المولّى عليهم من قبل الشرع[١].

ج ـ الحنفيّة

أنّهم قالوا بصحّة التوكيل في النكاح من الأب والجدّ.

ففي هامش الفتاوى الهنديّة «قال الشافعي: إذا غاب الأقرب تنتقل الولاية إلى السلطان والقاضي. وقال زفر: لا يزوّجها أحد حتّى يحضر الأقرب أو يزوّجها وكيل الأقرب، فإن زوّجها وكيل الأقرب حيث هو اختلفوا في جواز إنكاحه، والظاهر هو الجواز»[٢].

وقال الشيخ النظام: «يصحّ التوكيل بالنكاح وإن لم يحضره الشهود»[٣]، وقريب من هذا في البحر الرائق[٤] وردّ المحتار[٥].

وفي المبسوط: «ويجوز لوصيّ اليتيم أن يوكّل في كلّ ما يجوز له أن يعمله بنفسه من أُمور اليتيم... لأنّ الوصيّ مفوّض إليه الأمر على العموم... فإن بلغ اليتيم قبل أن يصنع الوكيل ذلك لم يجز له أن يفعله؛ لأنّ حقّ التصرّف للوكيل باعتبار حقّ التصرّف للوصي، وببلوغ اليتيم عن عقل انعزل الوصيّ حتّى لا يملك

---

(١) الكافي في فقه أحمد ٣: ١٤، كشّاف القناع ٥: ٦٠، المحرّر في الفقه ١: ٣٤٩، المغني ٥: ٢١٧ وج ٧: ٣٥٢، الشرح الكبير ٥: ٢١٠ ـ ٢١١.

(٢) فتاوى الهندية ١: ٣٥٦.

(٣) الفتاوى الهنديّة ١: ٢٩٤.

(٤) البحر الرائق ٣: ٢٢٣.

(٥) ردّ المحتار ٣: ٨٢.

التصرّف، فكذلك وكيله»[١].

وقال الكاساني: «وللوليّ أن يوكّل بالبيع والشراء والإجارة والاستئجار؛ لأنّ هذه الأشياء من توابع التجارة، فكلّ من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها»[٢].

د ـ الشافعيّة

فقد فصّلوا في توكيل الوليّ فيما إذا كان الوليّ مجبراً أو غير مجبر. قال الشافعي الصغير في نهاية المحتاج: إنّ للوليّ المجبر أن يوكّل تزويج موليته بغير إذنها. نعم، يندب للوكيل استئذانها ويكفي سكوتها، ولا يشترط لصحّة توكيل الوليّ المجبر تعيين الزوج للوكيل في الأظهر[٣].

وأمّا الوليّ غير المجبر، فقد قال في المهذّب: «اختلف أصحابنا في غير الأب والجدّ من العصبات هل يملك التوكيل في التزويج من غير إذن المرأة؟ فمنهم من قال يملك؛ لأنّه يملك التزويج بالولاية من جهة الشرع، فملك التوكيل من غير إذنٍ كالأب والجدّ، ومنهم من قال لا يملك؛ لأنّه لا يملك التزويج إلّا بالإذن، فلا يملك التوكيل إلّا بإذن، كالوكيل والعبد المأذون»[٤].

وذكر النووي في شرح المهذّب في صحّة توكيل الوليّ ضابطةً، فقال:

«الضابط الثاني: كون التمكّن بحقّ الملك والولاية، فيدخل فيه توكيل الأب في النكاح والمال، والقيّم في المال، فيوكّل عن الطفل أو عن نفسه أو عنهما معاً...»[٥].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٩: ٣٠.

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١.

(٣) نهاية المحتاج ٦: ٢٤٢ ـ ٢٤٤، روضة الطالبين ٦: ٦٨ مع تصرّف يسير فيهما.

(٤) المهذّب ١: ٣٤٩.

(٥) المجموع شرح المهذّب ١٣: ٤٦٢.

وفي روضة الطالبين: قال في الحاوي: «للأب والوصيّ والقيّم أن يوكّل في بيع مال الطفل، إن شاء عن نفسه وإن شاء عن الطفل، وفي جوازه عن الطفل نظر»[١].

وقال الخطيب الشربيني: «يصحّ توكيل الوليّ وهو الأب والجدّ في حقّ الطفل في النكاح والمال، والوصي والقيّم في المال، فيوكّل الوليّ عن الطفل أو عن نفسه أو عنهما معاً، وفائدة كونه وكيلاً عن الطفل أنّه لو بلغ رشيداً لم ينعزل الوكيل، بخلاف ما إذا كان وكيلاً عن الوليّ»[٢].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(١) روضة الطالبين ٤: ٢٧.

(٢) مغني المحتاج ٢: ٢١٧.

الفصل السابع

في ما يترتّب على نكاح الصغيرين

وفيه مباحث:

المبحث الأوّل: التوارث بين الصغيرين

إذا زوّج الأبوان، أو الحاكم، أو الوصيّ، الصغيرين مع مراعاة جميع الشرائط، لزمهما العقد كما تقدّم، فإن مات أحدهما قبل البلوغ ورثه الآخر حتّى على قول من خيّر[1] الصبيّ عند البلوغ.

قال الشيخ في النهاية: «ومتى عقد الأبوان على ولديهما قبل أن يبلغا ثمّ ماتا فإنّهما يتوارثان، ترث الجارية الصبيّ والصبيّ الجارية[2]».

وبه قال المفيد[3] والمحقّق[4] وكذا في المهذّب[5] والوسيلة[6]

---

(١) في ثبوت الخيار للصغار وعدمه خلاف كما تقدّم.

(٢) النهاية: ٤٦٦.

(٣) المقنعة: ٥١١.

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

(٥) المهذّب للقاضي ابن برّاج ٢: ١٩٧.

(٦) الوسيلة لابن حمزة: ٣٠٠.

والمختلف[١] والقواعد[٢] والجامع للشرائع[٣]. واختاره ابن إدريس وادّعى عدم الخلاف فيه بين أصحابنا[٤]. وقال في كشف اللثام: «لانعرف فيه خلافاً حتّى ممّن خيّر الصبيّ عند البلوغ[٥]»، وادّعى أيضاً عدم الخلاف فيه في مستند الشيعة[٦] ونهاية المرام[٧] والرياض[٨]، واختاره المحقّق والشهيد الثانيان[٩] وصاحب الجواهر[١٠] وفقهاء العصر[١١].

أدلّة توارث الصغيرين عن الآخر

ويمكن أن يستدلّ على هذا الحكم بوجوه:

الأوّل: قال المحقّق: «إنّ ثبوت الخيار بعد البلوغ لا ينافي الميراث لو حصل الموت قبل البلوغ»[١٢].

الثاني: أنّ موجب الإرث هو الزوجيّة وهي متحقّقة، بتعبير آخر أنّه عقد

---

(١) مختلف الشيعة ٧: ١٣٨.

(٢) قواعد الاحكام ٣: ١٦.

(٣) الجامع للشرائع: ٤٣٨.

(٤) السرائر ٢: ٥٦٦.

(٥) كشف اللثام ٧: ١٠٣.

(٦) مستند الشيعة ١٦: ١٨٩.

(٧) نهاية المرام ١: ٨٨.

(٨) رياض المسائل ٦: ٤١٢.

(٩) جامع المقاصد ١٢: ١٥٤، مسالك الأفهام ٧: ١٧٥.

(١٠) جواهر الكلام ٢٩: ٢١٦.

(١١) كالسادة العظام الخوئي في مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٣٣٩، والحكيم في مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٠٩، والسبزواري في مهذّب الأحكام ٢٤: ٢٩١، والسيّد اليزدي في العروة والتعليقات عليها ٥: ٦٤٠، والإمام الخميني‌ في تحرير الوسيلة ٢: ٢٤٦، والشيخ الفاضل اللنكراني في تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ١٢٣.

(١٢) النهاية و نكتها ٢: ٣١٥.

صحيح شرعاً، فيصيران به زوجاً وزوجةً، فيثبت لهما التوارث كما في الرياض[١].

الثالث: إطلاقات النصوص الواردة في توارث الزوجين[٢].

الرابع: الأصل بقاء الزوجيّة على الصحّة إلى أن يطرأ المعارض لها، وهو اختيار الفسخ عند البلوغ، وهو هنا ممتنع؛ لأنّ فسخ الصغير لا اعتبار به.

الخامس: ـ وهو العمدة ـ الروايات الخاصّة:

منها: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في الصبيّ يتزوّج الصبيّة يتوارثان؟ فقال: «**إذا كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم**، قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: **لا**»[٣].

ومنها: صحيحة عبيد بن زرارة ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الصبيّ يزوّج الصبيّة هل يتوارثان؟ قال: «**إن كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم**، قلنا: يجوز طلاق الأب؟ قال: **لا**»[٤].

ودلالتها كسابقتها واضحة، وأمّا سندها فهي صحيحة من طريق الشيخ، بل الكليني أيضاً.

إذا عقد على الصغيرين غير وليّهما

ما قلنا في ثبوت التوارث على نكاح الصغيرين يختصّ على مورد ما إذا عقدهما الوليّان، وأمّا إذا عقدهما غير وليّهما فيكون فضولياً، ويتوقّف صحّته على إجازتهما بعد البلوغ على ما تقتضيه القاعدة من عقد الفضولي، أو إجازة وليّهما قبل

---

(١) رياض المسائل ٦: ٤١٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٥١٠، الباب ١ من أبواب ميراث الأزواج، أحاديث ١ ـ ٢ ـ ٣ وغيرها.

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

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

البلوغ، وإن ماتا معاً أو مات أحدهما قبل الإجازة بطل العقد قطعاً؛ لتعذّر الإجازة ولو من طرفٍ واحدٍ، وسقط المهر والإرث؛ لعدم تحقّق موجبهما، وهذا لا كلام فيه، وإن بلغ أحدهما مع كون الآخر حيّاً فأجاز العقد لزم من جهته؛ لحصول المقتضي وانتفاء المانع، وبقي من طرف الآخر موقوفاً على إجازته إذا بلغ، فإن اتّفق بلوغه والآخر حيّ وأجاز العقد لزم، ولا كلام في ذلك أيضاً، وإن فرض موت المجيز أوّلاً قبل أن يبلغ الآخر، أو بعد بلوغه وقبل إجازته وترك أموالاً عزل عن تركته نصيب ميراث الطفل «الذي كان زوجاً أو زوجةً على الفرض» حتّى يبلغ، فإذا بلغ عرض عليه العقد، فإن رضي بالعقد وأجازه أحلف أنّه لم يُجز طمعاً في الميراث، بل لو كان الآخر حيّاً لرضي بتزويجه، فإذا حلف أعطي الميراث، وإن نكل عن اليمين أو لم يرض بالعقد لم يكن له شيء، كما صرّح به المفيد[١]، والشيخ[٢]، وبنو البرّاج[٣] وحمزة[٤] وإدريس[٥] وسعيد[٦]. واختاره الفاضلان[٧] والشهيد والمحقّق الثانيان[٨]، وصاحب المدارك[٩]، والشيخ الأعظم[١٠]. وصرّح به في الجواهر[١١]

---

(١) المقنعة: ٥١١.

(٢) النهاية: ٤٦٦.

(٣) المهذّب للقاضي ابن البرّاج ٢: ١٩٧.

(٤) الوسيلة لابن حمزة: ٣٠٠.

(٥) السرائر ٢: ٥٦٦.

(٦) الجامع للشرائع: ٤٣٨.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٩، المختصر النافع: ١٩٩، النهاية ونكتها ٢: ٣١٥، مختلف الشيعة ٧: ١٣٨، قواعد الأحكام: ١٦/٣.

(٨) جامع المقاصد ١٢: ١٥٤، مسالك الأفهام ٧: ١٧٧.

(٩) نهاية المرام ١: ٩٠.

(١٠) كتاب النكاح في ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ١٥٥.

(١١) جواهر الكلام ٢٩: ٢١٩.

والحدائق[١] والرياض[٢] وكشف اللثام[٣]. واختاره أيضاً الفقهاء المعاصرين[٤].

وبه قال في تحرير الوسيلة، وأضاف بأنّ الحاجة إلى الحلف إنّما هو فيما إذا كان متّهماً بأنّ إجازته لأجل الإرث. وأمّا مع عدمه ـ كما إذا أجاز مع الجهل بموت الآخر أو كان الباقي هو الزوج وكان المهر اللّازم عليه ـ على تقدير الزوجيّة ـ أزيد ممّا يرث ـ يدفع اليه بدون الحلف[٥].

وكذا في تفصيل الشريعة، وزاد بأنّ أصل الحكم حتى في صورة الحلف وتحقّقه مبنيّ على كون الإجازة كاشفةً ولو بالكشف الحكمي[٦].

واعلم أنّ أكثر أحكام هذه المسألة موافقة للأُصول، ولا يتوقّف إثباتها على نصٍّ خاصٍّ، ومع ذلك يمكن أن يستدلّ لإثباتها بصحيحة أبي عبيدة الحذّاء، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدركين؟ قال: فقال: **النكاح جائز أيّهما أدرك كان له الخيار. فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا.**

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

قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح، ثمّ مات قبل أن تدرك الجارية أترثه؟ قال: **نعم، يُعزل ميراثها منه حتّى تُدرك وتَحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج، ثمّ يدفع إليها الميراث**

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٢٨٣ ـ ٢٨٥.

(٢) رياض المسائل ٦: ٤١٣.

(٣) كشف اللثام ٧: ١٠٤.

(٤) العروة الوثقى والتعليقات عليها ٥: ٦٤٠، مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥١٠، مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٣٤١، مهذّب الأحكام ٢٤: ٢٩١.

(٥) تحرير الوسيلة ٢: ٢٤٦ مسأله ٢١.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ١٢٢.

ونصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت، أيَرِثُها الزوج المدرك؟ قال: **لا؛ لأنّ لها الخيار إذا أدركت.**

قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك، قال: **يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية**[1].

ثمّ إنّ مورد الصحيحة وإن كان هو موت الزوج وبقاء الزوجة، إلّا أنّ الظاهر أنّه لا خصوصيّة لذلك، كما عليه معظم الأصحاب؛ فإنّ موت الزوج إنّما ذكر في كلام السائل خاصّة، والظاهر أنّ الحلف إنّما هو للاحتياط في المال بالنسبة إلى الوارث، وهو لا يختصّ بفرض موت الزوج وبقاء الزوجة، بل يثبت الحكم مع موت الزوجة وبقاء الزوج أيضاً، كما في مستند العروة[2].

الجواب عن شبهتين في الصحيحة

كانت في الصحيحة المتقدّمة مع وضوحها لإثبات الأحكام المذكورة وصحّة سندها شبهتان يلزم الجواب عنها:

إحداهما: أنّ الصحيحة وردت في تزويج الوليّين، وقد عرفتَ[3] أنّ تزويج الوليّ نافذ ولازم على الصغار ولا خيار لهما، والحال أنّ الصحيحة قد صرّحت بثبوت الخيار لهما.

ثانيتهما: قد حكمت بثبوت نصف المهر للزوجة على تقدير موت الزوج، مع أنّ الموت يوجب ثبوت جميع المهر وإن كان قبل الدخول.

---

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

(٢) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٣٤١.

(٣) موسوعة أحكام الأطفال وأدلّتها ـ الجزء الأوّل ـ ص ٥٩٨.

والجواب عن الشبهة الأُولى: أنّ المراد بالوليّ هنا غير الأب والجدّ، وهو الوليّ العرفي كالأخ والعمّ وابن العمّ وغيرهم، كما صرّح به الشيخ[١] والعلّامة[٢] والشهيد[٣] والمحقّق الثانيان[٤] وغيرهم[٥].

وأمّا الجواب عن الشبهة الثانية؛ وهي الحكم بثبوت نصف المهر: فقد حمل على أنّه قد دفع نصف المهر كما هو المتعارف عند العرف من تقديم شيء قبل الدخول وأنّ الباقي هو النصف خاصّةً، وهذا الحمل وإن كان لا يخلو من بُعدٍ، إلّا أنّه محتملٌ؛ لضرورة الجمع كما في المسالك[٦].

وقال في الجواهر: «واشتماله على تنصيف المهر بالموت نحو غيره من الأخبار الدالّة على ذلك غير قادحٍ في حجّيّته»[٧].

رأي بعض أهل السنّة في المسألة

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

---

(١) المبسوط للطوسي ٤: ١٨٣.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ١٢٢.

(٣) مسالك الأفهام ٧: ١٧٩.

(٤) جامع المقاصد ١٢: ١٥٤.

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

(٦) مسالك الأفهام ٧: ١٧٩.

(٧) جواهر الكلام ٢٩: ٢١٩.

بينهما بالموت فيتوارثان»[١]. وقال في موضع آخر: «والإرث حكم يختصّ بالنكاح الصحيح المنتهي بالموت»[٢].

وقال ابن حزم من فقهاء الظاهريّة: ولا يتوارثان إن ماتا قبل البلوغ[٣].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) المبسوط للسرخسي ٤: ٢١٧.

(٢) المبسوط للسرخسي ٥: ٨.

(٣) المحلّى بالآثار ٩: ٤٥.

المبحث الثاني: من عليه المهر

إذا زوّج الأب الصغير ثبت المهر عليه أو على الابن؛ لأنّ مقتضى نفس العقد تملّكها للصداق من غير توقّفٍ على شيءٍ آخر. قال في المقنعة: «وإذا عقد الرجل على ابنه وهو صغيرٌ وسمّى مهراً ثمّ مات الأب كان المهر من أصل تركته قبل القسمة، إلّا أن يكون للصبيّ مالٌ في حال العقد له، فيكون المهر من مال الابن دون الأب»[١].

واختاره الشيخ[٢] وابن إدريس[٣] والمحقّق[٤] والعلّامة[٥]. وكذا في الجواهر[٦] والمسالك[٧] والرياض[٨].

وقال في تحرير الوسيلة: «لو زوّج ولده الصغير، فإن كان للولد مال فالمهر على الولد، وإن لم يكن له مال فالمهر على عهدة الوالد، فلو مات الوالد أُخرج المهر من أصل تركته؛ سواء بلغ الولد وأيسر أم لا»[٩]. وكذا في تفصيل الشريعة[١٠].

تدلّ على هذا الحكم نصوص:

---

(١) المقنعة: ٥١١.

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

(٣) السرائر ٢: ٥٦٩.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٣٣٢.

(٥) قواعد الأحكام ٣: ٨٧.

(٦) جواهر الكلام ٣١: ١٢٥.

(٧) مسالك الأفهام ٨: ٢٨٤.

(٨) رياض المسائل ٧: ١٨٠.

(٩) تحرير الوسيلة ٢: ٢٨٧ مسألة ٢٣.

(١٠) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥٤.

١ ـ موثّقة عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغير؟ قال: «**إن كان لابنه مال فعليه المهر، وإن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر، ضَمن أو لم يضمن**»[١].

٢ ـ وكذا معتبرة بقباق «فضل بن عبد الملك»[٢].

٣ ـ وخبر[٣] علي بن جعفر، عن أخيه موسىٰ بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغير، فدخل الابن بامرأته، على مَن المهر؟ على الأب أو على الابن؟ قال: «**المهر على الغلام، وإن لم يكن له شيء فعلى الأب، ضمن ذلك على ابنه أو لم يضمن إذا كان هو أنكحه وهو صغير**»[٤].

٤ ـ وخبر أحمد بن محمّد بن عيسى في نوادره[٥].

وادّعى في الجواهر أنّه لا خلاف في هذا الحكم، بل الإجماع بقسميه عليه[٦].

وبهذه النصوص يقيّد إطلاق صحيحة محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجلٍ كان له ولد فزوّج منهم اثنين وفرض الصداق ثمّ مات، من أين يحسب الصداق، من جملة المال أو من حصّتهما؟

قال: «**من جميع المال، إنّما هو بمنزلة الدَّين**»[٧].

وكذا صحيحة أبي عبيدة الحذّاء[٨] وصحيحة أُخرى لمحمّد بن مسلم[٩]؛ فإنّهما

---

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

(٢) نفس المصدر والباب، ح ٢.

(٣) وعبّر عنه السيّد صاحب الرياض بالصحيحة. رياض المسائل ٧: ١٨٢.

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

(٥) نفس المصدر والباب، ح ٥.

(٦) جواهر الكلام ٣١: ١٢٥.

(٧) وسائل الشيعة ١٥: ٣٩، الباب ٢٨ من أبواب المهور، ح ٣.

(٨) نفس المصدر ١٧: ٥٢٧ الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ١.

(٩) نفس المصدر ١٤: ٢٠٨ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٨.

مطلقتان من حيث إعسار الولد وعدم إعساره.

فتُنزّل هذا الإطلاقات على صورة إعسار الولد، أو أنّ الأب قد ضمنه في العقد، كما قال في الوسائل[١] والجواهر[٢].

وقال الشيخ في الخلاف بعد بيان هذه المسألة: «دليلنا إجماع الفرقة وأخبارهم، وأيضاً فإنّه لمّا قَبِلَ النكاح لولده مع علمه بإعساره وعلمه بلزوم الصداق بعقد النكاح، علمنا من حيث العرف والعادة أنّه دخل على أن يضمن، فقام العرف في هذا بمنزلة نطقه»[٣]. وتبعه في ذلك ابن إدريس[٤] والعلّامة[٥].

نقول: ويمكن استظهار هذا من رواية علي بن جعفر المتقدّمة، حيث إنّ في ذيلها علّل عليه السلام بقوله: «إذا كان هو أنكحه وهو صغير»[٦].

ولعلّ الشيخ وغيره استفاد وجه نظره من هذه الرواية، فلا وجه لما أورده في الجواهر من عدم الحاجة إلى هذا، وادّعى وضوح منعه، وأضاف بأنّه يمكن دعوى أنّ المرأة مع علمها بالحال دخلت على أنّ الصبر إلى الإيسار[٧]. وكذا في كشف اللثام[٨] وتفصيل الشريعة، وزاد بأنّ هذا الاستدلال يكون

---

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

(٢) جواهر الكلام ٣١: ١٢٦.

(٣) الخلاف ٤: ٣٧٣.

(٤) السرائر ٢: ٥٧٠.

(٥) قواعد الأحكام ٣: ٨٨، تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٨ الطبعة الحجريّة.

(٦) وبالجملة: المستفاد من الرواية أنّ ما نحن فيه من مصاديق قاعدة الإقدام الذي هو من أسباب الضمان، فمن أقدم على الضمان فهو ضامن؛ سواءً ضمن أو لم يضمن، خصوصاً أنّ تعيين مقدار المهر في المقام لا يكون بيد الصبيّ والزوج، بل هو أمر عيّنه الوليّ. نعم، قد يقال: إنّه إذا كان المستند هذه القاعدة، فلا فرق بين إعسار الولد وإيساره، وعلى هذا تكون الروايات حاكمة عليها أو مقيّدة لها. م ج ف.

(٧) جواهر الكلام ٣١: ١٢٦.

(٨) كشف اللثام ٧: ٤٧٥.

من الوجوه الاعتباريّة[١].

واستثنى العلّامة في القواعد من الحكم بضمان الأب للمهر على تقدير فقر الابن ما لو صرّح الأب في العقد بنفي الضمان، وعلمت المرأة بالإعسار، ففي هذا الفرض لا يضمن؛ لأنّ «**المؤمنين عند شروطهم**»[٢]، ولأنّ المرأة دخلت على ذلك مع علمها بإعسار الزوج، وضمان الأب على خلاف الأصل، فيقتصر على المتيقّن؛ وهو صورة الإعسار[٣].

ولكن استشكل الشهيد الثاني في صحّة هذا الاستثناء؛ بأنّ النصوص والفتاوى شاملة لمورد الاستثناء، وحمله على غيره يحتاج إلى دليلٍ نقليٍّ يعارضه حتّى يوجب حمله على ذلك، ولأنّ الصبيّ لا يحتاج إلى النكاح، فلا حظّ له في التزام المهر في ذمّته مع الإعسار عنه، وتزويج الوليّ له غير متوقّفٍ على وجود المصلحة بل على انتفاء المفسدة، ولو قيّد ذلك بما إذا كان في إلزام الصبيّ بالمهر مصلحة له ـ بأن كانت الزوجة مناسبة له، وخاف فوتها بدون ذلك ونحوه ـ قرب من الصواب، إلّا أنّ تخصيص النصوص الصحيحة بذلك لا يخلو من إشكالٍ[٤].

وفي الرياض: ويمكن أن يقال: إنّ بين أدلّة ضمان الأب للمهر و«**المؤمنون عند شروطهم**» تعارض العموم من وجهٍ، وترجيح الأوّل على الثاني أولى، لاعتضاد الإطلاق بفتاوى الفقهاء، فيُرجّح على عموم «المؤمنون عند شروطهم».

ولكن في شمول مثل هذا الإطلاق لنحو محلّ الفرض إشكال؛ لعدم التبادر منه وانصرافه إلى غيره[٥].

---

(١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥٥.

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

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

(٤) مسالك الأفهام ٨: ٢٨٥.

(٥) رياض المسائل ٧: ١٨١ـ ١٨٢.

نقول: وإن أمكن تصوير نسبة العموم من وجه بين أدلّة ضمان الأب للمهر و«**المؤمنون عند شروطهم**» حتّى يتعارض بينهما، إلّا أنّ القرينة القطعيّة دالّة على خلاف ذلك، حيث لا يبقى لأدلّة الشروط موضوع، وبتعبير آخر دعوى الإطلاق لأدلّة ضمان الأب حتّى في صورة تبرّئ الأب من الضمان مشكلة جدّاً، ولذا قال﵀ في شمول مثل هذا الإطلاق لنحو محلّ الفرض إشكال.

وقال في تفصيل الشريعة: «الموضوع في الأخبار المتقدّمة وإن كان هو التزويج الجامع لشرائط الصحّة، التي منها انتفاء المفسدة أو وجود المصلحة، إلّا أنّ دعوى الإطلاق لها بحيث يشمل صورة تبرّء الوليّ من الضمان في ضمن انعقد مشكلة جدّاً؛ لعدم ثبوت الإطلاق لها من هذه الجهة. فاللازم الرجوع في حكمها إلى القواعد التي منها عموم «المؤمنون عند شروطهم»، خصوصاً مع ملاحظة أنّ المهر عوض البضع، ويشكل دخول البضع في ملك الزوج وخروج المهر عن ملك الوليّ»[1].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

تترتّب على هذه المسألة فروع:

الأوّل: ظهر ممّا قلنا أنّه لو كان الصبيّ مالكاً لبعض المهر دون بعضٍ لزمه منه بنسبة ما يملكه، ولزم الأب الباقي.

الثاني: إطلاق النصوص والفتاوى يقتضي عدم الفرق في مال الصبيّ بين كونه ممّا يصرف في الدّين على تقديره وغيره، فيشمل ما لو كان دار سكنىٰ ودابّة ركوبٍ ونحو ذلك. ووجه الإطلاق، أنّ الحكم بوجوب المهر في ذمّته حينئذٍ لا يقتضي صرف ماله المذكور في الدين، وإنّما تضمّن ثبوته في ذمّته على هذا الوجه، ويبقى

---

(١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥٦.

الحكم بوفاءالدين على هذه الأشياء أمراً آخر، ومقتضى القواعد الشرعيّة أن لايوفّى منها وإن طلبته الزوجة، ويبقى في ذمّة الولد إلى أن يقدر على الوفاء جمعاً بين الأصلين[١]،[٢].

الثالث: قال في الجواهر: «إنّ مورد النصوص الأب، وفي التعدّي إلى الجدّ وإن علا وجهان: من كونه أباً حقيقةً، بل ولايته أقوى من ولاية الأب في بعض المواضع، ومن مخالفة الحكم للأُصول، فينبغي الاقتصار فيه على المتيقّن»[٣].

الرابع: لا فرق في ضمان الأب المهر بين المؤجّل منه والمعجّل وإن زاد الأجل على زمان البلوغ، بل ولا في النكاح بين الفضولي وغيره مع إجازة الأب له.

نعم، لو لم يُجِز الأب لعدم علمه مثلاً، فأجاز الولد بعد بلوغه، أمكن عدم الوجوب على الولي، للأصل، وظهور خبر علي بن جعفر المتقدّم[٤] في خلافه[٥].

الخامس: لو دفع الأب المهر عن الصغير مع يسار الولد تبرّعاً، أو مع إعساره لكونه ضامناً، ثمّ بلغ الصبيّ وطلّق قبل الدخول، زال ملك المرأة عن نصفه، وهل يعود إلى الأب أو إلى الابن؟ الأظهر هو الثاني؛ لأنّ الطلاق سبب ملّك جديد للنصف لا فاسخ لسبب الملك ليعود إلى مالكه، وإنّما ملكه الابن بالطلاق عن غير أبيه، فأشبه ما لو وهبه الأب الأجنبي ثمّ وهبه الأجنبي للابن، أو أنّ دفع الأب المهر عن الولد يجري مجرى هبة الأب المهر للابن، فلا يعود إلى ملك الأب؛ لأنّ

---

(١) مسالك الأفهام ٨: ٢٨٥.

(٢) يعني أصل كون المهر على ذمّة الزوج، وأصل عدم جواز بيع الدار السكنى ودابّة الركوب لأداء الدّين.

(٣) جواهر الكلام ٣١: ١٢٨.

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

(٥) جواهر الكلام ٣١: ١٢٨.

الأب لا يرجع في هبة ولده أُنظر المسالك[١] وتحرير الوسيلة[٢] وشرحه[٣].

رأي بعض أهل السنّة في ضمان الأب، المهر:

قال أبو إسحاق الشيرازي من فقهاء الشافعيّة: «إذا زوّج الرجل ابنه الصغير وهو معسرٌ ففيه قولان:

قال في القديم: يجب المهر على الأب؛ لأنّه لمّا زوّجه مع العلم بوجوب المهر والإعسار كان ذلك رضاً بالتزامه.

وقال في الجديد: يجب على الابن وهو الصحيح؛ لأنّ البضع له وكان المهر عليه»[٤].

وقال بعض الحنفيّة: إذا ضمن الأب مهر الصغيرة صحّ هذا الضمان، والمرأة بالخيار في مطالبتها زوجها البالغ أو الوليّ الضامن، فإن أدّى الوليّ يرجع على الزوج... وأمّا إذا ضمن الأب المهر عن ابنه الصغير وأدّى لا يرجع عليه؛ لأنّه يتحمّل مهور الصغار عرفاً إلّا إذا شرط الرجوع في أصل الضمان فيرجع[٥].

وفي شرح الطحاوي: «الأب إذا زوّج الصغير امرأةً فللمرأة أن تطلب بالمهر من أب الزوج فيؤدّي الأب من مال ابنه الصغير وإن لم يضمن»[٦].

هذا ما عثرنا على رأيهم في هذه المسألة، ولم نعثر على رأي المالكيّة والحنبليّة، ولعلّه كان موجوداً في كتب لم تكن في أيدينا.

---

(١) مسالك الأفهام ٨: ٢٨٦.

(٢) تحرير الوسيلة ٢: ٢٨٧، فصل في المهر، مسألة ٢٤.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥٧.

(٤) المهذّب في فقه الإمام الشافعي ٢: ٦١، المجموع شرح المهذب ١٨: ٥٤.

(٥) الدرّ المختار في شرح تنوير الأبصار ٣: ١٤٠ ـ ١٤١، وشرح فتح القدير ٣: ٢٤٧ مع تصرّف فيهما.

(٦) أحكام الصغار: ٦٢.

المبحث الثالث: الحرمة بالمصاهرة

ومن الأحكام التي يترتّب على إنكاح الوليّ الصغار، الحرمة بالمصاهرة.

الصِهر في اللّغة بمعنى القرابة، وقيل: بمعنى زوج بنت الرجل، وزوج أُخته، والفعل المصاهرة[١].

وفي اصطلاح الفقهاء ـ كما قال الشيخ الأعظم ـ: «المصاهرة علاقةٌ تحدث بين كلّ من الزوجين وأقرباء الآخر وتوجب حرمة النكاح»[٢].

قال الله ـ تعالى ـ: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ...﴾[٣].

وقال أيضاً: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَٰبِكُمْ...﴾[٤].

وقد دلّت الآيتان الكريمتان على أنّ المحرّمات بالمصاهرة أربعة أصناف:

١ ـ أُمّهات الزوجات.

٢ ـ زوجات الأبناء.

٣ ـ زوجات الآباء.

---

(١) لسان العرب ٤: ٨١.

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

(٣) سورة النساء ٤: ٢٢.

(٤) سورة النساء (٤): ٢٣.

٤ ـ بنات الزوجات «الربائب».

ولمّا لم تكن الربائب هنا متصوّرة لكون الزوجة صغيرة، يقع الكلام في الثلاثة الأُولى.

المسألة الأُولى: نكاح أُمّ الزوجة الصغيرة

هل تحرم أُمّ الزوجة الصغيرة على الزوج بمجرّد العقد وإن لم يدخل بالمعقودة؟ فيه ثلاثة أقوال:

الأوّل: عدم الحرمة.

الثاني: الحرمة.

الثالث: التوقّف.

أمّا القول الأوّل: فذهب إليه ابن أبي عقيل؛ فإنّه اشترط في تحريم الأُمّ الدخول بالبنت، ومال إليه الصدوق والكليني، وبه قال بعض أهل السنّة أيضاً[1].

قال في المختلف: «قال ابن أبي عقيل: قال الله ـ تعالى ـ: ﴿**وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ**﴾ ثمّ شرط في الآية شرطاً، فقال: ﴿**ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ...**﴾ فالشرط عند آل الرسول، في الأُمّهات والربائب جميعاً الدخول، وإذا تزوّج الرجل المرأة ثمّ ماتت عنه أو طلّقها قبل أن يدخل، بها فله أن يتزوّج بأُمّها وابنتها.

وأمّا الصدوق، فإنّه روى في الفقيه عن جميل بن درّاج، عن الصادق عليه السلام أنّه سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجلٍ تزوّج امرأة ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها، هل تحلّ له ابنتها؟ قال: «**الأُمّ والابنة في هذا سواء، إذا لم يدخل بإحداهما حلّت**

---

(١) بدائع الصنائع ٢: ٥٣١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٠٦.

له الأُخرى»[١].[٢]

وقال في مقدّمة الفقيه: «بل قصدت إلى إيراد ما أفتي به وأحكم بصحّته وأعتقد فيه أنّه حجّة فيما بيني وبين ربّي»[٣] فيمكن أن يقال: إنّ هذا فتواه.

وقال في الوافي: «إنّ في الفقيه اقتصر على حديث جميل، وذلك يدلّ على أنّه فتواه»[٤].

وقال في المقنع: «إذا تزوّج امرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأُمّ، فإن لم يكن دخل بالأُمّ فلا بأس أن يتزوّج الابنة، وإذا تزوّج البنت فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأُمّ، وروي أنّ الأُمّ والبنت في هذا سواءٌ إذا لم يدخل بإحداهما حلّت له الأُخرى»[٥].

وروى الكليني عن جميل بن درّاج وحمّاد بن عثمان في الصحيح عن أبي عبدالله قال: الأُمّ والابنة سواء إذا لم يدخل بها...[٦].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

أدلّة قول الأوّل

ويمكن الاستدلال لهذا القولُ بأُمور:

الأوّل: أصالة الإباحة.

وهي مردودة بالأدلّة التي سنذكرها في إثبات القول الثاني.

---

(١) الفقيه ٣: ٢٦٢ ح١٢٤٧، وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٦ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح٦.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ٤٨ ـ ٤٩.

(٣) الفقيه ١: ٣.

(٤) الوافي ٢١: ١٧٠.

(٥) المقنع: ٣١٢.

(٦) الكافي ٥: ٤٢١ ح١، وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٥ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح٣.

الثاني: قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾[١] بناءً على إرجاع القيد أي ﴿اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ إلى الجملتين.

وفيه: أنّ الآية الكريمة لا تدلّ على ذلك ولا ظهور لها؛ لأنّه ـ كما حقّق في الأُصول ـ يجب عود الوصف والشرط والاستثناء المتعقّب للجمل إلى الأخيرة إلّا مع قيام القرينة على خلاف ذلك[٢]، هذا أوّلاً.

وثانياً: كما يستفاد من كلمات بعض الأكابر من الفقهاء رجوع ﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ إلى كلتا الجملتين غير صحيح، حيث إنّ كلمة «من» على تقدير التعلّق بالجملة الأُولى تكون بيانيّةً؛ لأنّها لبيان الجنس وتمييز المدخول بهنّ من غير المدخول بهنّ، فيكون التقدير هكذا: حرّمت عليكم أُمّهات نسائكم؛ أي نسائكم اللّاتي دخلتُم بهنّ.

ومن حيث إنّ ﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ اللَّاتِي﴾ متعلّق بـ «ربائبكم» تكون ابتدائية لابتداء الغاية، كما تقول: بنات رسول الله ﷺ من خديجة، فيلزم استعمال كلمة «من» في معنيين مختلفين في كلام واحد، وهو غير جائز[٣].

وثالثاً: أنّ أهل النظر في كلام العرب قالوا: إنّ الخبرين إذا اختلفا لا يجوز أن يوصف الإنسان بوصفٍ واحدٍ، فلا يجوز قام عمرو وقعد زيدٌ الظريفان، وعلّله سيبويه باختلاف العامل في الصفة؛ لأنّ العامل في الصفة هو العامل في الموصوف.

وبيانه في الآية، أنّ قوله ـ تعالى ـ: ﴿اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ يعود عند القائل

---

(١) سورة النساء ١: ٢٣.

(٢) كفاية الأصول: ٢٧٣، وقال النائيني ﷺ: والتحقيق هو التفصيل بين ما إذا كانت الجمل المتقدّمة مشتملة على الموضوع والمحمول، وبين ما إذا حذف فيها الموضوع، ففي الأوّل يرجع إلى خصوص الأخيرة. فوائد الأُصول ١ و ٢: ٥٥٥.

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

إلى نسائكم، وهو مخفوضٌ بالإضافة وإلى «ربائبكم» وهو مرفوع، والصفة الواحدة لا تتعلّق بمختلفي الإعراب ولا بمختلفي العامل.

قال العلّامة في المختلف: «ولأنّ شرط الدخول هنا عائد إلى الربائب خاصّة؛ فإنّه قال: ﴿مِن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ والربائب من النساء لا محالة، فصحّ أن يرجع إليهنّ؛ لأنّه شرط أن يكُنّ من نسائنا، وأُمّهات النساء لسن من نسائنا، بل نسائنا منهنّ، وإذا تعذّر رجوع الشرط إلى الأولى وجب اختصاصه بالأخيرة»[1].

ورابعاً ـ وهو أقواها وأظهرها ـ: الأخبار الواردة في تفسير الآية، وصرّحت بأنّ الجملة الأُولى مطلقة شاملة للمدخول بها وغيرها، والثانية مقيّدة وأنّ القيد المذكور راجع إلى خصوص جملة الثانية.

من هذه الأخبار: معتبرة إسحاق بن عمّار، عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام في حديثٍ قال: «**﴿والأُمّهات﴾ مبهمات، دخل بالبنات، أو لم يدخل بهنّ، فحرّموا وأبهموا ما أبهم الله**»[2].

فهذه الرواية صريحة في القول المشهور، وفيها إشارة إلى تفسير الآية بالإطلاق في الجملة الأُولى والتقييد في الثانية؛ فإنّ «المبهمات» في قوله عليه السلام: «**والأُمّهات مبهمات**» مأخوذة من إبهام الباب؛ بمعنى إغلاقه، والمعنى: أنّها مغلقة في التحريم لا مدخل للحلّ فيها بوجهٍ.

ومنها: ما رواه العيّاشي في تفسيره عن أبي حمزة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة وطلّقها قبل أن يدخل بها، أتحلّ له ابنتها؟ قال: فقال: «**قد قضى في هذا أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس به، إنّ الله يقول: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم**

---

(١) مختلف الشيعة ٧: ٥٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٥ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح٢.

﴿مِن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّـٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ ولو تزوّج الابنة ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها لم تحلّ له أُمّها.

قال: قلت له: أليس هما سواء؟ قال: فقال: لا، ليس هذه مثل هذه، إنّ الله يقول: ﴿وَأُمَّهَـٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ لم يستثن في هذه، كما اشترط في تلك، هذه هاهنا مبهمةٌ ليس فيها شرط، وتلك فيها شرط»[1].

وهذه الرواية نصٌّ في المطلوب وصريحة في المعنى الذي حملنا عليه الآية.

والحاصل أنّ الجملة الأُولى مطلقة والثانية مقيّدة، والجملة المقيّدة إذا عطفت على الجملة المطلقة لا يجب أن يسري ذلك التقييد إلى الجملة الأُولى أيضاً، وهو ظاهر كلام الأردبيلي والراوندي[2].

وضعف بعض هذه الأخبار منجبر بالشهرة العظيمة والإجماعات المحكيّة، مع دلالة صحيحة منصور بن حازم الآتية باشتهار الحكم بين الشيعة وافتخارهم به، لصدوره عن أمير المؤمنين عليه السلام.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الثالث: الأخبار الكثيرة:

١ ـ كصحيحة منصور بن حازم التي يدلُّ صدرها على قول ابن أبي عقيل، حيث قال عليه السلام: «قد فعله رجلٌ منّا فلم نَرَ به بأساً».

وفيه: أنّها للتقيّة؛ لأنّ في آخر الرواية قال عليه السلام: «يا شيخ تخبرني أنّ علياً عليه السلام قضى بها وتسألني ما تقول فيها»[3]. وقضاء عليّ مشهور بين الشيعة وتفتخر به، فالصحيحة دليل للقول المشهور.

---

(١) نفس المصدر والباب ص٣٥٦ ح٧.

(٢) فقه القرآن ٢: ٨٣، زبدة البيان ٢: ٦٦٤.

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

٢ ـ وصحيحة جميل بن درّاج وحمّاد بن عثمان، عن الصادق عليه السلام قال: «**الأُمّ والبنت سواء إذا لم يدخل بها، يعني إذا تزوّج المرأة ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها؛ فإنّه إن شاء تزوّج أُمّها، وإن شاء ابنتها**»[١].

وفيه: أنّه لا دلالة في هذه الرواية صريحاً ولا ظاهراً على ذلك إلّا بمعونة التفسير المذكور، وهو غير معلوم كونه من الإمام عليه السلام، بل الظاهر أنّه من بعض الرواة، وحينئذٍ فلا يكون حجّة.

وأمّا أصل الرواية مع قطع النظر عن هذا التفسير فيحتمل أن يكون المقصود منها أنّه إذا تزوّج الأُمّ ولم يدخل بها فالأُمّ والبنت سواء في أصل الإباحة، فإن شاء دخل بالأُمّ، وإن شاء فارقها وتزوّج البنت.

ويؤيّده إفراد الضمير؛ فإنّه راجعٌ إلى الأُمّ على ظاهر السياق.

كما يستظهر ذلك من كلام المحدّث البحراني[٢] والنراقي[٣] والشيخ الحرّ العاملي[٤].

٣ ـ ورواية جميل بن درّاج، أنّه سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها، هل تحلّ له ابنتها؟ قال: «**الأُمّ والابنة في هذا سواء، إذا لم يدخل بإحداهما حلّت له الأُخرى**»[٥].

وهذه الرواية وإن كانت صريحة الدلالة على القول المذكور، إلّا أنّه من المحتمل قريباً أنّ قوله عليه السلام: «**إذا لم يدخل بإحداهما حلّت له الأُخرى**» تفسير

---

(١) نفس المصدر والباب ح٣ و٤.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٥٥.

(٣) مستند الشيعة ١٦: ٣٠٤، ٣٠٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٦.

(٥) الفقيه ٣: ٢٦٢ ح١٢٤٧، وسائل الشيعة ١٤: ٣٥٦ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح٦.

بالمعنى من الصدوق ﷺ على حسب ما ذهب إليه في الحدائق[١] والجواهر[٢].

٤ ـ وصحيحة محمّد بن إسحاق بن عمّار المضمرة، وفيها: رجل تزوّج امرأةً فهلكت قبل أن يدخل بها، تحلّ له أُمّها؟ قال: «**وما الذي يحرّم عليه منها ولم يدخل بها**»[٣]. وهذه الرواية أوضح ما استدلّ به لهذا القول.

وفيه: أنّ الاستدلال يتوقّف على كون الاستفهام إنكاريّاً، ولكنّه ليس بمتعيّنٍ، بل لا ظهور فيه، أو عدل الإمام ﷺ عن الجواب الصريح إلى الاستفهام للتقيّة، كما في مستند الشيعة[٤]. وفي المختلف: «أنّ محمّد بن إسحاق بن عمّار قال: قلت له، ولم يذكر من هو، فجاز أن يكون المسؤول غير الإمام»[٥].

حرمة أُمّ الزوجة الصغيرة على الزوج

القول الثاني في المسألة: ما قال به المشهور، وهو الأقوى؛ من أنّه تحرم أُمّ الزوجة الصغيرة على الزوج بمجرّد العقد وإن علت سبباً أو رضاعاً[٦] وإن كان لم يدخل بالمعقودة. قال الشيخ في النهاية: «ويحرم العقد على أُمّ الزوجة؛ سواء دخل بالبنت أو لم يدخل بها»[٧]. وكذا في المبسوط[٨] والمقنعة[٩]

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٥٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٣٥١.

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

(٤) مستند الشيعة ١٦: ٣٠٦.

(٥) مختلف الشيعة ٧: ٥٢.

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

(٧) النهاية للطوسي: ٤٥١.

(٨) المبسوط للطوسي ٤: ١٩٦.

(٩) المقنعة: ٥٠٢.

والوسيلة[١] والجامع للشرائع[٢] والمهذّب[٣].

وفي الناصريّات: «عندنا أنّ أُمّهات النساء يحرمن بالعقد على بناتهنّ بمجرّد العقد من غير اعتبار بالدخول، ووافقنا على ذلك جميع فقهاء الأمصار ...

دليلنا الإجماع[٤]». وادّعى عليه الإجماع أيضاً في الغنية[٥].

وقال في الروضة: «وأمّا تحريم الأُمّ وإن لم يدخل بالبنت فعليه المعظم، بل كاد يكون إجماعاً»[٦].

وقال المحقّق النراقي: «يمكن أن يقال: إنّه إجماع محقّق»[٧].

وفي تحرير الوسيلة: «لو عقد على امرأةٍ حرمت عليه أُمّها وإن علت، نسباً أو رضاعاً؛ سواء دخل بها أم لا، وسواء كان العقد دواماً أو انقطاعاً، وسواء كانت المعقودة صغيرةً أو كبيرةً»[٨]. وبه قال في تفصيل الشريعة[٩].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

أدلّة هذا القول

ويمكن الاستدلال لهذا القول بوجوه:

الأوّل: الإجماع كما تقدّم.

---

(١) الوسيلة لابن حمزة: ٢٩٢.

(٢) الجامع للشرائع لابن سعيد: ٤٢٧.

(٣) المهذّب للقاضي ابن البرّاج ٢: ١٨٢.

(٤) الناصريات: ٣١٧.

(٥) غنية النزوع: ٣٣٦.

(٦) الروضة البهيّة ٥: ١٧٧.

(٧) مستند الشيعة ١٦: ٣٠١.

(٨) تحرير الوسيلة ٢: ٢٦٣، مسألة ٢.

(٩) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٠.

الثاني: عموم قوله تعالى: ﴿**وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ**﴾[١].

وتقريب الاستدلال به أن يقال: ظاهر الآية يدلّ على تعداد المحرّمات المعدودة، وهي تشمل المدخول بهنّ وغير المدخول بهنّ، فإنّ جمع المضاف يفيد العموم، ولا مخصّص لها إلّا احتمال كون القيد الذي ورد في ذيلها ﴿**مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ**﴾ راجعاً إلى هذه الجملة، وهذا الاحتمال مردودٌ بالوجوه التي ذكرناها في ردّ الاستدلال بالآية للقول الأوّل، فليراجع.

الثالث: ـ وهو العمدة ـ النصوص:

منها: موثّقة غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام، أنّ عليّاً عليه السلام قال: «**إذا تزوّج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأُمّ، فإذا لم يدخل بالأُمّ فلا بأس أن يتزوّج بالإبنة، وإذا تزوّج بالإبنة فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأُمّ**» الحديث[٢].

ودلالتها على حرمة أُمّ الزوجة مطلقاً واضحة.

ومنها: موثّقة أبي بصير المضمرة قال: سألته عن رجل تزوّج امرأة ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها؟ فقال: «**تحلّ له ابنتها ولا تحلّ له أُمّها**»[٣].

ومنها: صحيحة منصور بن حازم قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام، فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوّج امرأة فماتت قبل أن يدخل بها، أيتزوّج بأُمّها؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام: **قد فعله رجل منّا فلم ير به بأساً**[٤].

---

(١) سورة النساء ٤: ٢٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٣٥١ الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٤.

(٣) نفس المصدر، والباب ح ٥.

(٤) وأثبت في الوسائل وتفسير العيّاشي «فلم ير به بأساً» بالياء على صيغة الغائب، ولكن في الكافي والحدائق والتهذيب وجامع أحاديث الشيعة ونوادر أحمد بن محمّد بن عيسى «فلم نر به بأساً» بالنون على صيغة المتكلّم.

فقلتُ: جعلت فداك ما تفتخر الشيعة إلّا بقضاء عليٍّ عليه السلام في هذه الشمخيّة[١] «السجية خ ل» التي افتاها ابن مسعود أنّه لا بأس بذلك، ثمّ أتى عليّاً عليه السلام فسأله، فقال له عليٌّ عليه السلام: من أين أخذتها؟ قال: من قول الله ـ عزّ وجلّ ـ: ﴿وَرَبَـٰٓئِبُكُمُ ٱلَّـٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّـٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ فقال عليٌّ عليه السلام: إنّ هذه مستثناةٌ وهذا مرسلة ﴿وَأُمَّهَـٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ ـ إلى أن قال: ـ فقلت له: ما تقول فيها؟ فقال: يا شيخ تخبرني أنّ عليّاً عليه السلام قضى بها وتسألني ما تقول فيها[٢].

نقول: لمّا جعل ابن مسعود قوله ـ تعالى ـ: ﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّـٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ متعلّقاً بالمعطوف والمعطوف عليه جميعاً، وجعلهما مقيّدين بالدخول، ردّ عليه السلام بأنّ

---

(١) وهذه الكلمة وردت بصورٍ مختلفة، ففي الكافي ٥: ٤٢٢ «هذه الشمخيّة»، وكذا في شرحه «مرآة العقول» ٢٠: ١٧٨، وفي تفسير العيّاشي ١: ٢٣١ «هذه الشخينة». وفي هامشه وفي بعض النسخ الشحنية، وفي التهذيب ٧: ٢٧٤ هذه السمجيّة، وفي الاستبصار ٣: ١٥٧ هذه الشمخيّة مطابقاً للكافي وشرحه.

وفي البحار ١٠٤: ٢٠ هذه السمجيّة، وفي طبعة القديم ٢٣: ٩٦ هذه الشمخة، وفي تفسير البرهان ١: ٣٥٧ هذه السمحة، وفي الوسائل ١٤: ٣٥٤ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١ هذه الشمخية، وكذا في جامع أحاديث الشيعة ٢٠: ٤٣١.

وقال في مرآة العقول ٢: ١٧٨ ـ ١٧٩: ويحتمل أن يكون تسميتها بها لأنّها صارت سبباً لافتخار الشيعة على العامّة.

وقال الوالد العلّامة: إنّما وسمت المسألة بالشمخيّة بالنسبة إلى ابن مسعود، فإنّه «عبدالله بن مسعود» ابن غافل بن حبيب بن شمخ، أو لتكبّر ابن مسعود فيها عن متابعة أمير المؤمنين عليه السلام يقال: شمخ بأنفه.

والظاهر أنّ ما قاله المجلسي في وجه تسمية هذه الكلمة غير صحيحة، والحقّ في ضبطها «هذه الشمخيّة» كما في الكافي وشرحه والوسائل وغيرها. ودليل تسمية هذه المسألة بالشمخيّة لأجل أنّ رجلاً من بني شمخ تزوّج امرأة ولم يدخل بها، ثمّ رأى أُمّها فأعجبته واستفتى ابن مسعود، فأمره أن يفارقها ثمّ يتزوّج أُمّها، ففعل وولدت له أولاداً، ثمّ أتى ابن مسعود المدينة فسأل عمر، أو أصحاب النبي صلى الله عليه وآله، فقالوا: لا تصلح، فلمّا رجع إلى الكوفة قال للرجل: إنّها عليك حرام ففارقها، الدرّ المنثور للسيوطي ٢: ١٣٥، أوجز المسالك ٩: ٣٣٩.

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

المعطوف عليه مطلق والمعطوف مقيّدٌ، وقوله عليه السلام: إنّ هذه مستثناةٌ، أي مقيّدةٌ بالنساء اللاتي دخلتم بهنّ، وقوله عليه السلام: وهذه مرسلة، أي مطلقةٌ غير مقيّدةٍ بالدخول وعدمه. وقال الشيخ الحرّ العاملي بعد نقل الرواية:

«لا يخفى أنّه عليه السلام أفتى أوّلاً بالتقيّة كما ذكره الشيخ وغيره، وقرينتها قوله: قد فعل رجلٌ منّا فنقل ذلك عن غيره، وقول الرجل المذكور ليس بحجّةٍ، إذ لا تعلم عصمته، ثمّ ذكر أخيراً أنّ قوله في ذلك هو ما أفتى به عليّ عليه السلام»[1].

الترجيح للأخبار التي دلّت على التحريم

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

قلنا: وعلى فرض التعارض، كان الترجيح للأخبار التي دلّت على إثبات قول المشهور؛ لأنّها موافقة لعموم الكتاب ومخالفةٌ لبعض العامّة، كما سيأتي، ومعاضدةٌ للشهرة المتحقّقة والإجماعات المحكيّة، والنصوص التي دلّت على القول الأوّل في جانب العكس؛ أي مخالفةٌ للكتاب وشاذّةٌ، ولذا لا يجوز العمل بها، كما قال الشيخ في التهذيبين[2]. وهكذا موافقة لبعض العامّة كما سيأتي.

قال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: «لو فرض التعارض بين الطائفتين وصحّة الاحتجاج بها في نفسها، فالشهرة الفتوائية المحقّقة ـ التي هي أوّل المرجّحات في الخبرين المتعارضين على ما استفيد من مقبولة عمر بن حنظلة[3]

---

(١) نفس المصدر والباب، ذيل ح ١.

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

(٣) الكافي ١: ٦٧ ح ١٠، وسائل الشيعة ١٨: ٧٥ أبواب صفات القاضي الباب ٩، ح ١.

المعروفة ـ مطابقة مع الطائفة الأولىٰ، فلا محيص عن الأخذ بها، إذ لم يحكِ الخلاف إلّا عن الحسن[١]، حيث اشترط الحرمة بالدخول كالبنت»[٢].

التوقّف في المسألة

القول الثالث: التوقّف في المسألة وعدم القول بالإباحة ولا القول بالتحريم.

قال العلّامة ﷺ ـ بعد أن أورد على روايتي جميل بن درّاج ومنصور بن حازم ـ: «وهذان الحديثان قويّان لا يبعد عندي العمل بهما، ثمّ قال: وبالجملة: فنحن في هذه المسألة من المتوقّفين، إلّا أنّ الترجيح للتحريم؛ عملاً بالاحتياط وبفتوى الأكثر من الأصحاب»[٣].

وقال السيّد صاحب المدارك ـ بعد ذكر الأخبار التي تدلّ على عدم الحرمة ـ: «وهذه الروايات أصحّ طرقاً من الأخبار المحرّمة، والمسألة قويّة الإشكال»[٤].

وتوقّف في ذلك أيضاً المحقّق الأردبيلي[٥].

ووجه توقّف هؤلاء الأعلام ﷺ الأخبار الصحيحة المتقدّمة واحتمال رجوع القيد في قوله ـ تعالى ـ: ﴿مِن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ إلى الجملتين.

ولكن تقدّم الجواب عنها مشروحاً فلا وجه للتوقّف، وإن كان الاحتياط طريقاً إلى النجاة، والله تعالى هو العالم بحكمه.

---

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

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

(٣) مختلف الشيعة ٧: ٥٣.

(٤) نهاية المرام ١: ١٣٣.

(٥) زبدة البيان: ٦٦٤.

آراء فقهاء أهل السنّة في المسألة

وعندهم في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

الأوّل: عدم اشتراط تحريم أُمّ الزوجة على الزوج بالدخول.

الثاني: اشتراط التحريم بالدخول.

الثالث: التفصيل بين الطلاق والموت.

أمّا القول الأوّل: فهو قول عامّة علمائهم، قال الكاساني من فقهاء الحنفيّة: «المحرّمات بالمصاهرة أربع فرق: الفرقة الأُولى أُمّ الزوجة وجدّاتها من قبل أبيها وأُمّها وإن علون، فيحرم على الرجل أُمّ الزوجة بنصّ الكتاب العزيز؛ وهو قوله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾، معطوفاً على قوله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ سواء كان دخل بزوجته أو كان لم يدخل بها عند عامّة العلماء»[1].

وبمثل ذلك قال القرطبي في جامع الأحكام[2] والسرخسي في المبسوط[3] وابن قدامة في المغني[4]. وبه قال أيضاً المالكيّة والشافعيّة والظاهريّة[5].

وأمّا القول الثاني: وهو اشتراط تحريم أُمّ الزوجة بالدخول بالابنة، فهو أحد قولي الشافعي[6]، وبه قال مالك. وداود الاصفهاني، ومحمّد بن شجاع البلخي... وروي هذا أيضاً عن عبدالله بن مسعود وجابر[7].

---

(١) بدائع الصنائع ٢: ٥٣١.

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٠٦.

(٣) المبسوط للسرخسي ٤: ١٩٩.

(٤) المغني ٧: ٤٧٢، الكافي في فقه الإمام أحمد ٣: ٢٧.

(٥) بلغة السالك لأقرب المسالك ٢: ٢٥٩، أوجز المسالك ٩: ٣٣٧، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٣٨، الأمّ ٥: ١٤٩، المجموع شرح المهذّب ١٧: ٣٧٨ ـ ٣٧٩، روضة الطالبين ٦: ١٠٧، المحلّى بالآثار ٩: ٤٠.

(٦) المبسوط للسرخسي ٤: ١٩٩.

(٧) بدائع الصنائع ٢: ٥٣١ ـ ٥٣٢.

ونقل القرطبي في تفسيره هذا القول عن السلف، وزعموا أنّ شرط الدخول في الآية الكريمة راجع إلى الأُمّهات والربائب جميعاً[١]، ونقل النووي هذا القول عن بعض آخر[٢].

وأمّا القول الثالث: وهو التفصيل بين الطلاق والموت، فهو قول زيد بن ثابت، فقال في الطلاق مثل قول الثاني، وفي الموت مثل قول الأوّل، فجعل الموت كالدخول؛ لأنّه بمنزلة الدخول في حقّ المهر، وكذا في حقّ التحريم[٣].

نقول: هذا قياس ضعيف ومخالف لعموم قوله ـ تعالىٰ ـ: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ الذي لا يدلّ على شرط الدخول.

رأي المحقّق القمّي في تزويج الصغيرة

قال المحقّق القمّي ﷺ في جامع الشتات: إذا زوّج الأب ابنته الرضيعة بمدّة ساعة وكان غرضه منه أن تصير أُمّها محرماً للزوج لا غير، لا يصحّ ولا يترتّب عليه أثر شرعيّ[٤].

وتبعه في ذلك السيّد الاصفهاني وقال﵀: لا يبعد أن يعتبر في عقد الصغيرة متعة أن تبلغ الصغيرة إلى حدٍّ تكون قابلة للاستمتاع والاستلذاذ وإن كان الاستلذاذ بغير الوطء، أو أن تبلغ إلى ستّ سنين، أو أن يجعل المدّة طويلة حيث تكون متضمّنة إلى هذا الحدّ، فما هو متعارف بين الناس من أن يعقد الأب ابنته الصغيرة التي لا تكون بهذا الحدّ لرجلٍ في مدّة ساعةٍ مثلاً، والغرض من هذا العقد

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥: ١٠٦.

(٢) روضة الطالبين ٦: ١٠٧.

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

(٤) جامع الشتات ٤: ٤٦٢.

أن تصير أُمّها محرماً للزوج، ...

وهذا العقد في غاية الإشكال، فيشكل أن تترتّب عليه محرميّة أُمّها[١].

وذكر المحقّق القمّي لإثبات رأيه أدلّةً نذكرها فيما يلي:

الأوّل: أنّ الغرض من جعل عقد المتعة هو إمكان الاستمتاع[٢] والاستلذاذ من الزوجة، كما هو المستفاد من ظاهر الآية والأخبار، وهما غير ممكنين في هذا العقد لِصِغَر الزوجة.

توضيح ذلك: أنّ الاستمتاع في قوله ـ تعالى ـ: **﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم...﴾**[٣] ظاهر في عقد المتعة، كما في زبدة البيان[٤]. وفي فقه القرآن: قال الحسن: هو النكاح، وقال ابن عبّاس والسدي: هو المتعة إلى أجلٍ مسمّى، وهو مذهبنا[٥].

وكذا الأخبار تدلّ على أنّ وضعَ الشارع عقد المتعة كان لأجل الاستمتاع والاستلذاذ، مثل ما رواه محمّد بن مسلم ـ بسندٍ معتبر ـ[٦] عن أبي جعفر عليه السلام، في حديث قال: «**إنّ الله رأف بكم فجَعَل المتعة عوضاً لكم من الأشربة**»[٧].

---

(١) صراط النجاة ٢: ٨٨ مسألة ٢، وهو رسالة باللغة الفارسية.

(٢) ولا يخفى عدم كون الإمكان غاية وغرضاً، بل الظاهر أنّ الاستمتاع الفعلي يصلح لأن يكون غرضاً. هذا، مضافاً إلى أنّ الاستمتاع من الدواعي لهذا النكاح، أو يكون حكمة لصحّة هذا العقد، وإلّا فمن الواضح صحّة المتعة بين الشيخ والشيخة مع العلم بعدم إمكان الإلتذاذ بينهما، فتبيّن من ذلك أنّ صحّة العقد دواماً أو متعة لا تتوقّف على الاستمتاع أو إمكانه، بل للعقد بقسميه آثار مختلفة، كالتوارث والمحرميّة وغيرهما فتدبّر. م ج ف.

(٣) سورة النساء ٤: ٢٤.

(٤) زبدة البيان: ٦٥٠.

(٥) فقه القرآن للراوندي ٢: ١٠٤.

(٦) لأنّ السند هكذا: وعن علي بن إبراهيم، عن أبيه، عن علي بن أسباط، عن بعض أصحابنا، عن محمّد بن مسلم، وكلمة بعض أصحابنا ظاهر في أنّ الراوي رجلٌ من الشيعة، وهو عظيم المنزلة وجليل القدر ولم يذكر اسمه تعظيماً وإجلالاً له.

(٧) وسائل الشيعة ١٤: ٤٣٨، الباب ١ من أبواب المتعة، ح٧.

فجعل المتعة عوضاً من الأشربة المحرّمة ظاهر في أنّ الغرض من المتعة هو الالتذاذ والاستمتاع.

ومنها: صحيحة عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**إنّ الله ـ تبارك وتعالى ـ حرّم على شيعتنا المسكر من كلّ شرابٍ وعوّضهم من ذلك المتعة**»[١]. ودلالتها واضحة.

الثاني: أنّه يستفاد من الأخبار الواردة في وجوه النكاح أنّ العلّة[٢] في تشريع المتعة تسهيل الأمر في استحلال الفروج للذين لا يقدرون على النكاح البات[٣]، أو ملك اليمين»[٤].

كرواية عبدالله بن مسعود قال: كنّا نغزو مع رسول الله صلى الله عليه وآله ليس معنا نساء، فقلنا: يارسول الله ألا نستحصن[٥] هنا بأجرٍ؟ فأمرنا أن ننكح المرأة بالثوب[٦].

والمراد بالاستحصان بالأجر هو عقد المتعة، لصحيحة زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**لا تكون متعة إلّا بأمرين، أجلٍ مسمّىً وأجرٍ مسمّى**»[٧]،

---

(١) نفس المصدر والباب ح٩.

(٢) والظاهر أنّ هذا إنّما هو من جهة الغلبة ولا ينافي هذا عدم إمكان الاستمتاع؛ فمثلاً إذا كان الزوج والزوجة مريضين لا يقدران على الاستمتاع أبداً فلا يقول أحد بعدم الصحّة. م ج ف

(٣) وفي الحديث: الرجل يتزوّج المرأة متعةً، أيحلّ أن يتزوّج ابنتها بتاتاً؟ الفقيه ٣ / ٢٩٥، ح ١٤٠٥، يعني دائماً، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام: «**فرج موروث وهو البتات، وفرج متعة**» مجمع البحرين ١ / ١١١ كلمة بتت.

وفي رواية جابر بن عبدالله الأنصاري، عن رسول الله صلى الله عليه وآله، أنّه خطب الناس فقال: «**أيّها الناس إنّ الله أحلّ لكم الفروج على ثلاث معان: فرج موروث وهو البتات، وفرج غير موروث وهو المتعة، وملك أيمانكم**». تهذيب الأحكام ٧: ٢٤١ ذ ح ١٠٥١.

(٤) جامع الشتات ٤: ٤٦٣.

(٥) أصل الإحصان المنع، أحصن الرجل: إذا تزوّج، فهو محصنٌ، مجمع البحرين ١: ٤١٧ مادّة حصن.

(٦) وسائل الشيعة ١٤: ٤٤٠ الباب ١ من أبواب المتعة ح٢٦.

(٧) نفس المصدر ١٤: ٤٦٥ الباب ١٧ من أبواب المتعة ح١.

وكذا مرسلة ابن أبي عمير، وخبر علي بن إبراهيم[١].

وأيضاً الأخبار الواردة في جواز التمتّع بالكتابيّة، والأخبار الدالّة على عدم تعيين الحدّ في المهر، تدلّان على أنّ العلّة في تشريع المتعة هي تسهيل الأمر في استحلال الفروج.

فمن الأوّل: مثل مضمرة إسماعيل بن سعد الأشعري قال: سألته عن الرجل يتمتّع من اليهوديّة والنصرانيّة؟ قال: «**لا أرى بذلك بأساً**». قال: قلت: فالمجوسيّة؟ قال: «**أمّا المجوسيّة فلا**»[٢].

ورواية ابن فضّال، عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**لا بأس أن يتمتّع الرجل باليهوديّة والنصرانيّة وعنده حرّة**»[٣].

ومثلهما مضمرة زرارة ومعتبرة محمّد بن سنان[٤].

ومن الثاني: مثل صحيحة أبي بصير، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن متعة النساء قال: «**حلالٌ وأنّه «إنّما خ ل» يجزء فيه الدرهم فما فوقه**»[٥].

ومرسلة يونس، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**أدنى ما تحلّ به المتعة كفّ الطعام**»[٦]. ويؤيّده رواية الأحول وخبر أبي بصير[٧].

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

---

(١) نفس المصدر ١٤: ٤٣٦ الباب ١ من أبواب المتعة ح٣ و ١٩.

(٢) نفس المصدر ١٤: ٤٦١ الباب ١٣ من أبواب المتعة، ح١.

(٣) نفس المصدر والباب، ح٢.

(٤) نفس المصدر والباب ح٣ و ٤.

(٥) نفس المصدر ١٤: ٤٧٠ الباب ٢١ من أبواب المتعة، ح١.

(٦) نفس المصدر والباب، ح٦.

(٧) نفس المصدر والباب ح٢ و ٥.

الاستئجار[١] يقتضي عملاً من الأجير، والمفروض عدمه من الرضيعة، وعدم تمكّنها منه.

ومع فرض كون المدّة غير قابلةٍ لخروجها من القوّة إلى الفعل؛ فإنّ الأُجرة بإزاء العمل، ولا عمل يتصوّر هنا في جانب الأجير، ولا منفعة[٢] هنا تتصوّر من جانبها حتّى يكون المهر أجراً لها، وأهمّ هذه الأخبار ما يلي:

منها: ما رواه زرارة، عن أبي عبدالله قال: ذكرت له المتعة أهي من الأربع؟ فقال: «**تزوّج منهنّ ألفاً فإنّهنّ مستأجرات**»[٣].

ومنها: معتبرة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفرﷺ، في المتعة: «**ليست من الأربع؛ لأنّها لا تطلّق ولا ترث، وإنّما هي مستأجرة**»[٤].

ومنها: معتبرة أُخرى لزرارة عن أبي جعفرﷺ؛ لأنّه قال في آخرها: «**هذه مستأجرة، وهي بمنزلة الإماء**»[٥].

فالحاصل من هذه النصوص أنّ المرأة في المتعة بمنزلة المستأجرة، والأجر إمّا أن يكون بإزاء العمل، وإمّا بإزاء المنفعة، وكلاهما منتف من الرضيعة في هذه المدّة القليلة. قال في الجواهر في بيان الفرق بين عقد الدائم والمتعة: إنّ المراد منه النسل

---

(١) الإجارة في اللغة اسم للأُجرة؛ وهي كراء الأجير والكروة؛ وهو عوض العمل، يقال: آجر الشيء أكراه، قال الخليل: الإجارة ما أعطيت من أجرٍ في عملٍ، الأجر جزاء العمل... وقال غيره: من ذلك مهر المرأة، قال الله تعالى: ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾، معجم مقاييس اللغة ١: ٦٢ مادّة أجر، القاموس المحيط ١: ٣٧٦، المصباح المنير ١: ٥، والإجارة في اصطلاح الفقهاء عقد ثمرته تمليك المنفعة بعوض معلوم، أو هي عقد معاوضة على تمليك المنفعة للعوض، شرائع الإسلام ٢: ١٤٠، المبسوط للسرخسي ١٥: ٧٤، المغني والشرح الكبير ٦: ٣، كتاب الأمّ ٤: ٢٥.

(٢) قد مرّ تصوير المنفعة من جهة التوارث والمحرميّة. م ج ف.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٤٤٦ الباب ٤ من أبواب المتعة، ح٢.

(٤) نفس المصدر والباب، ح٤.

(٥) نفس المصدر ١٤: ٤٨٠ الباب ٢٦ من أبواب المتعة، ح١.

ونحوه، والمقصود من المتعة الانتفاع والاستمتاع ونحو ذلك ما هو شبه الإجارة، ولذا كان المهر فيها كالعوض في الإجارة شرطاً في الصحّة[١].

وفي أحكام القرآن للجصّاص: «وإنّما سُمّي المهر أجراً لأنّه بدل المنافع وليس ببدل عن الأعيان، كما سمّي بدل منافع الدار والدابّة أجراً... ويُروى أنّ في قراءة أُبيّ بن كعب فما استمتعتم به منهنّ إلى أجلٍ مسمّى فآتوهنّ أجورهنّ»[٢].

الرابع: أنّ العقود تابعة للقصود، والغرض الأصلي في عقد المتعة هو الاستمتاع والانتفاع كما تقدّم، وهما منتفيان في عقد الرضيعة؛ لعدم إمكانهما بالفرض، وأمّا محرميّة الأُمّ فلا تكون غرضاً للعقد، فلا يقصد منه.

توضيح ذلك: أنّ أفعاله سبحانه وتعالى معلّلةٌ بأغراضٍ، ولكن قد يترتّب على أفعاله آثار ليست بأغراضٍ؛ فإنّ تحريم الزنا مثلاً معلّل بعدم اختلاط المياه وضياع الأنساب ونحو ذلك، ولكنّه يترتّب عليه إجراء الحدّ مثلاً، ومن الظاهر أنّه ليس الغرض من التحريم ذلك وإن ترتّب عليه.

فنقول: إنّ حرمة أُمّ الزوجة ومحرميّتها إنّما هما من الآثار المترتّبة على النكاح وفوائده، وهما إمّا ليستا من الأغراض، أو لم يثبت كونهما غرضاً، إذ عدم الثبوت كافٍ في ثبوت العدم.

فلو فرض إجراء صيغة النكاح لمحض ذلك، ولم يكن الغرض المطلوب من النكاح حاصلاً، سيّما مع عدم إمكان مطلوبيّته، فلا يكفي ذلك في تصحيح العقد ولا يترتّب عليه الأثر والفائدة[٣].

الخامس: أصالة عدم الصحّة؛ فإنّها حكم شرعيّ يحتاج إلى دليلٍ شرعي،

---

(١) جواهر الكلام ٣: ١٦٢.

(٢) أحكام القرآن ٣: ٩٥.

(٣) جامع الشتات ٤: ٤٦٣ ـ ٤٦٥.

ولا دليل عليه كما عرفت.

السادس: استصحاب الحكم السابق[١].

وبعد ذكر الأدلّة رتّب عليها﵀ نتيجةً فقال: وممّا ذكرنا يظهر أنّه لا يتمّ الاستدلال بمثل «أوفوا بالعقود» فإنّه لا معنى لإرادة كلّ عقدٍ يتصوّر؛ لاستلزامه التخصيص غير المرضي، فلابدّ من حملها على العقود المعهودة في زمان الشارع، ولم يثبت كون هذا العقد معهوداً في زمان الشارع، واحتمال كونه معهوداً لا يكفي؛ لأنّ الأصل عدم الصحّة، ولا يرتفع مقتضى الأصل إلّا بثبوت دخوله في العقد، ولا يكفي الاحتمال.

وأضاف: بأنّ العمومات والإطلاقات لا تنصرف إلى مثل هذا العقد؛ لأنّ كلّها إمّا صريح في غير هذا العقد، أو ظاهر فيه، بل لا يكاد توجد رواية يمكن انصرافها إلى هذا العقد أو ظاهر فيه[٢]. ولكن أمر﵀ في موضع آخر من كتابه بالاحتياط؛ لأنّ أمر الفروج شديد[٣].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الجواب عن المحقّق القمّي﵀

والجواب عن استدلال الأوّل والثاني: أنّ الآية الكريمة وكذا الأخبار تشعران بأنّه تكون الحكمة في جعل المتعة إمكان الاستلذاذ والانتفاع للرجال من النساء وبالعكس، وتسهيل الأمر في استحلال الفروج للذين لا يقدرون على النكاح البات، ولا ظهور فيهما على أنّ الاستلذاذ والانتفاع علّةٌ منحصرةٌ في جعلها، بحيث كان الاستلذاذ والانتفاع موضوعاً للحكم، فإن لم يكونا لم تجز المتعة.

---

(١) جامع الشتات ٤: ٤٦٢.

(٢) نفس المصدر ٤: ٤٦٣ و ٤٧٦.

(٣) نفس المصدر ٤: ٥١٨.

والشاهد على ذلك جواز متعة النساء العجائز اللّاتي لا يكنّ قابلات للاستمتاع؛ فإنّه لا خلاف بين الفقهاء في جواز متعتهنّ، حتّى أنّ المحقّق القمّي ﷺ والسيّد الاصفهاني لم يفتيا بعدم جوازها، مع أنّه يمكن أن يفرض عدم قابليتهنّ للانتفاع والاستلذاذ في الحال وفي المستقبل.

وهذا أقوى دليلٍ على أنّه ليس الغرض في جعل المتعة منحصراً بالانتفاع والاستلذاذ، بل هما حكمة فيها.

قال المحقّق الفقيه الفاضل اللنكراني في شرح كلام الإمام الخميني ﷺ في المقام: «الاحتياط الذي ذكره في المتن بالإضافة إلى الأمر الرائج بين كثير من المتديّنين، حيث يعقدون الصغيرة عقداً انقطاعيّاً لأجل حصول المحرميّة بالإضافة إلى أُمّها وجواز النظر إليها، من دون أن يكون المقصود هي الزوجيّة المتعارفة، نظراً إلى أنّ مقتضى الاحتياط عدم العقد على الصغيرة جدّاً... ولكنّ الظاهر عدم لزوم رعاية شيءٍ من الاحتياطين وكفاية العقد الانقطاعي ساعة أو ساعتين مثلاً؛ لعدم انحصار فائدة النكاح بالوطء ولا بالاستمتاع ولو بغير الوطء، بل المحرميّة بالإضافة إلى الأقرباء، مثل أُمّ الزوجة تكون من الآثار»[1].

وممّا قلنا ظهر الجواب عن الثالث أيضاً؛ فإنّ الأخبار ـ التي تدلّ على أنّ النساء مستأجرات ـ معناها أنّ أكثر الأفراد ونوعهنّ تكون كذلك، ولا منافاة بأن لا يكون بعض الأفراد كذلك. ألا ترى أنّ وجوب العدّة في الطلاق وكذا في المتعة عُلّلت بعدم اختلاط المياه وتشويش الأنساب، والحال أنّ بعضهنّ عقيم ليست فيهنّ قابلية النسل، ومع هذا تجب عليهنّ العدّة؟ ففي مسألتنا هذه أيضاً لا منافاة بأن لا تجري في بعض مصاديق المتعة الحكمة التي لأجلها شُرّعت المتعة «أي كونهنّ مستأجرات» مع هذا تترتّب على هذه المصاديق آثار المتعة، ومنها محرميّة

(١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٣.

أُمّ الزوجة الصغيرة على الزوج.

ويؤيّد ما قلنا الأخبار التي وردت على عدم تعيين حدٍّ في المتعة، وأنّ أدنى ماتحلّ به المتعة كفّ طعام، فهذه تدلّ على أنّه ليس المقصود منها كسب الأُجرة حتّى يلزم أن تكون في مقابلها العمل أو المنفعة مثل باب الإجارة؛ لأنّ كفّاً من الطعام ليس قابلاً لأن يكون أُجرة للعمل الذي كان المقصود المنحصر منه طلب الأُجرة.

قال المحقّق الآشتياني: «إنّ المنشأ بعقد التمتّع ليس تمليك منفعة ... بداهة عدم كون عقده من العقود التمليكيّة، بل المنشأ به هي العلقة الزوجيّة بين شخصين ... وما ورد في بعض النصوص من تنزيل الإمام عليه السلام المرأة المتمتّع بها منزلة المستأجرة ...إنّما المراد منه التنزيل في خصوص بعض الآثار، كخروجها عن عقد الزوجيّة بانقضاء المدّة، كما تخرج المستأجرة بانقضائها، وكعدم استحقاقها للمهر أصلاً فيما إذا امتنعت عن التمكين بالنسبة إلى تمام المدّة، وعدم استحقاقها لبعضه فيما اذا امتنعت عنه في بعضها كما لا تستحقّ المستأجرة الأُجرة فيما إذا لم تعمل العمل المستأجرة عليه.

كيف، لو كان المراد هو التنزيل في جميع الآثار لزم بطلان العقد فيما لو مات أحدهما في أثناء المدّة ورجوع المهر إلى الزوج بالنسبة الى ما بقي منها، وغير ذلك من أحكام الإجارة التي لم يلتزم بها أحد في المتعة»[1]. ومثل هذا جاء في كلام المحقّق الرشتي رحمه الله[2].

والجواب عن الرابع؛ أنّه يمكن أن يفرض محرميّة أُمّ الزوجة أيضاً من أغراض المتعة وقصدها العاقد.

وأمّا الجواب عن الخامس والسادس؛ فإنّه لا معنى لجريان أصالة الصحّة

---

(١) كتاب الإجارة، للمحقق الآشتياني: ٢٦٨ و٢٦٩.

(٢) كتاب الإجارة، للمحقق الرشتي: ٣٤٦.

واستصحاب الحكم السابق؛ لأنّ هذا الفرد من المتعة عقد نكاح فتشمله العمومات والإطلاقات، ولا معنى لأن نقول بانصراف الأدلّة عنها؛ لأنّ ملاك الانصراف هو التشكيك في الصدق، ولا خفاء في صدق عنوان العقد والنكاح على عقد الصغيرة الرضيعة، بل هي وغيرها في إطلاق المتعة عليها سواء، فلماذا لاتشمله الإطلاقات.

وأمّا ما قاله ﷺ بأنّه لابدّ من حمل العقود على العقود المعهودة في زمان الشارع ولم يثبت كون هذا العقد معهوداً، فليس عليه أيضاً دليل بل على عدمه؛ لأنّه يلزم أن نقول بعدم جواز كثيرٍ من المعاملات التي لا تكون معهودة في زمانه ﷺ، مع إطلاق العقد عليها، مثل المعاملات التي يطّلع المشتري فيها على أوصاف المبيع مع الهاتف، أو بأن تكتب في الجرائد، ومثل أخذ المأكولات من مكان ووضع الفلوس فيه مع عدم وجود البائع، والتعامل بنقد البلدان الأخرىٰ غير نقد البلد الذي وقع فيه التعامل، ومثل المعاملات المشتركة بين الدول أو الأشخاص مع البنوك بأقسامها الجديدة التي كانت شائعةً بين الناس ولم تكن شائعة في زمن الشارع ﷺ.

والحاصل: أنّ المقتضي لصحّة هذا العقد موجود والمانع فيه مفقود، ولأجل ذلك قال بصحّته المشهور من الفقهاء من المتأخّرين والمعاصرين، ولم يقل ببطلانه فيما نعلم إلّا المحقّق القمّي والسيّد الاصفهاني ﷺ.

ففي صراط النجاة للسيّد الخوئي ﷺ في سؤال الرقم ١١٢٧، سئل عنه في حالة العقد متعةً على الطفلة من أجل تحليل أُمّها، هل يكفي في المصلحة أخذ المهر أم لا؟

وأجاب ﷺ: «نعم يكفي» وتبعه تلميذه الشيخ الفقيه جواد التبريزي[1].

---

(١) صراط النجاة للسيّد الخوئي مع تعليقات الشيخ جواد التبريزي، ج٢: ٣٦٨.

وقال بصحّته أيضاً السيّد الگلپايگاني[١] والشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني[٢].

حرمة زوجة كلٍّ من الأب والإبن على الآخر

المسألة الثانية والثالثة: أنّه تحرم زوجة كلٍّ من الأب والابن على الآخر فصاعداً في الأوّل ونازلاً في الثاني تحريماً أبديّاً مطلقاً؛ أي سواء كانت الزوجة صغيرة أم كبيرة، نسباً كان أو رضاعاً، دواماً كان العقد أم متعة، تكونا مدخولين أم لم تكن كذلك. وهذا ممّا لا خلاف فيه بين الفقهاء[٣]، بل لا يبعد أن يكون من ضروريّات الدين؛ فإنّه لم ينسب إلى أحدٍ من المسلمين القول بجوازه، بل لم ينسب جوازه إلى غير المسلمين عدا ما نسب إلى المجوس.

نعم، كان الرجل يستحلّ زوجة أبيه في الجاهليّة، إلّا أنّه لم يكن بعنوان الدين.

وبالجملة: فالحكم لوضوحه لا يحتاج إلى الدليل، على أنّ الأدلّة من الكتاب والسنّة والإجماعات كثيرة جدّاً.

أمّا من الكتاب: فقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[٤]

---

(١) مجمع المسائل ٢: ١٤٣.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٣.

(٣) المقنعة: ٥٠٢، النهاية للطوسي: ٤٥١، الكافي لأبي الصلاح: ٢٨٦، غنية النزوع: ٣٣٧، المراسم العلويّة: ١٥١، السرائر ٢: ٥٢٣، المهذّب للقاضي ٢: ١٨٢، شرائع الإسلام ٢: ٢٨٧، المختصر النافع: ٢٠٢، قواعد الأحكام ٣: ٣٠، إرشاد الأذهان ٢: ٢١، جامع المقاصد ١٢: ٢٩٩، رياض المسائل ٦: ٤٥٧، مسالك الأفهام ٧: ٢٨٣، الروضة البهيّة ٥: ١٧٦، الحدائق الناضرة ٢٣: ٤٤٧ـ٤٤٨، جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٠، نهاية المرام ١: ١٣٠، مستند الشيعة ١٦: ٣٠٠، مستمسك العروة الوثقى ١٤: ١٧٨، مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٣١٦ العروة الوثقى مع التعليقات ٥: ٥٤٢، تحرير الوسيلة ٢: ٢٦٣ القول في المصاهرة مسألة ١، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٢٣.

(٤) سورة النساء ٤: ٢٢.

فإنّ الظاهر من النكاح لاسيّما إذا كان متعلّقاً للنهي هو مطلق التزويج الشامل لمجرّد العقد أيضاً، وقوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾[١].

وأمّا من السنّة فالنصوص الواردة في المقام إن لم تكن متظافرة فلا أقلّ من أنّها كثيرة جدّاً.

منها: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام أنّه قال: «لو لم تحرم على الناس أزواج النبيّ صلى الله عليه وآله لقول الله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿وَمَا كَانَ لَكُمۡ أَن تُؤۡذُواْ رَسُولَ ٱللَّهِ وَلَآ أَن تَنكِحُوٓاْ أَزۡوَٰجَهُۥ مِنۢ بَعۡدِهِۦٓ أَبَدًا...﴾[٢] حرمن على الحسن والحسين بقول الله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾. ولا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جدّه»[٣].

ومنها: موثّقة زرارة قال: قال أبو جعفر عليه السلام في حديث: «وإذا تزوّج الرجل امرأة تزويجاً حلالاً فلا تحلّ تلك المرأة لأبيه ولا لابنه»[٤]. وكذا خبر محمّد بن مسلم، وصحيحة الحلبي، ومعتبرة عمرو بن أبي المقدام[٥]، إلى غيرها من النصوص الدالّة صريحاً في عدم الجواز[٦].

وأمّا الإجماع، فادّعاه في جامع المقاصد والرياض وغيرهما[٧].

وفي نهاية المرام: «هذه الأحكام مجمع عليها بين المسلمين، فلا حاجة إلى التشاغل بأدلّتها». وكذا في الجواهر ومستند الشيعة[٨]. وفي تفصيل الشريعة:

---

(١) سورة النساء ٤: ٢٣.

(٢) سورة الأحزاب ٣٣: ٥٣.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٣١٢ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح١.

(٤) نفس المصدر والباب، ح٢.

(٥) نفس المصدر والباب، ح٨.

(٦) نفس المصدر والباب أحاديث ٥ و٦ و٧ و٩ و١٠ و١١.

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

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

«وهذه المسألة مسلّمةٌ»[١].

والحاصل: أنّ هذا الحكم ممّا لا إشكال فيه إجماعاً وكتاباً وسنّةً، بل إنّ هذا من ضروريّات الإسلام، فكان ممّا اتّفق عليه المذاهب المختلفة من الخاصّة والعامّة[٢] فلا نطيل فيه الكلام.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢١٨.

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

المبحث الرابع: عدم جواز وطء الزوجة قبل التسع

وفيه مطالب:

المطلب الأوّل: حرمة وطء الزوجة قبل التسع

لا خلاف بين الفقهاء في أنّه يحرم وطء الزوجة الصغيرة قبل إكمال التسع؛ سواء كانت دائمة أو متمتّعاً بها[١]. قال في تحرير الوسيلة: «لا يجوز وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين دواماً كان النكاح أو منقطعاً»[٢]. وكذا في تفصيل الشريعة[٣].

وتدلّ عليه أُمور:

الأوّل: الإجماع الذي ادّعاه السيوري[٤] والمحدّث الكاشاني[٥] والفاضل الاصفهاني[٦].

وقال في الجواهر: «لا يحلّ وطءُ الزوجة حتّى تبلغ تسع سنين إجماعاً بقسميه»[٧].

والظاهر أنّ هذا الإجماع لا يكون دليلاً مستقلّاً بل يكون مدركها النصوص التي سنذكرها.

---

(١) جامع المقاصد ١٢: ٣٣٠، الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٠٧، مسالك الأفهام ٧: ٦٧، نهاية المرام ١: ٦٠، كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٧٤.

(٢) تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٠ مسألة ١٢.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٣.

(٤) التنقيح الرائع ٣: ٢٥.

(٥) مفاتيح الشرائع ٢: ٢٩٠.

(٦) كشف اللثام ٧: ١٩٢.

(٧) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٤.

الثاني: النصوص، وهي العمدة:

منها: صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال: «**إذا تزوّج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتّى يأتي لها تسع سنين**»[١].

ودلالتها ظاهرة.

ومنها: موثّقة زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «**لا يدخل بالجارية حتّى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين**»[٢].

ومثلها معتبرة أبي بصير[٣]. وكلمة عشر سنين تحمل على الاستحباب؛ لأنّ الترديد في الحدّ أمر غير معقول، فلابدّ من حمل الثاني على الأفضليّة، كما قال به السيّد الخوئي[٤].

وفي الحدائق: «لعلّ المراد[٥] بالترديد لاختلافهنّ في كبر الجثّة وصغرها وقوّة

---

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

(٢) نفس المصدر والباب، ح ٢.

(٣) نفس المصدر والباب ح ٤.

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

(٥) لا يبعد صحّة ما ذهب إليه صاحب الحدائق، فإنّ الترديد في الأمور غير التعبديّة ممكن من جهة التنويع بين الأمور والمصاديق الواقعيّة. وبعبارة أخرى: إذا كان الترديد راجعاً إلى التنويع فلا بأس به حتّى في كلام الإمام عليه السلام. هذا، ولو سلّمنا عدم الترديد من الإمام عليه السلام، وقلنا بتعيين التسع من جهة كون هذا ملاكاً للبلوغ فيها، فالسؤال التي تذكر أنّه هل هذا الحدّ من الأمور التعبديّة المولوية، أم لا، بل كان إرشاداً إلى حدّ يكون عادةً قابلاً لإمكان الوطء؟ والظاهر الثاني، فإذا علمنا بعدم إمكان وطء الزوجة التي بلغت عشراً مثلاً، فلا يقول أحد من الفقهاء بجواز وطئها حتى في البالغة الرشيدة التي لأجل مرض أو عارض لا تصلح للوطء.

فالظاهر أنّ التسع يكون حدّاً عرفيّاً لهذا الأمر، والمتّبع في ذلك الرجوع إلى كلّ زوجة بحسب حالها، ولا يخفى عليك عدم وجود الملازمة بين البلوغ الشرعي وإمكان الوطء. نعم، إذا قلنا بوجود الملازمة فالأمر يختلف عمّا قلناه، وكيف كان يحتاج هذا البحث إلى تأمّل قويّ. م ج ف.

البنية وضعفها»[١] ولكن نقل الصدوق هذه الرواية بطريق موثّق، وفي ذيلها «وقال: أنا سمعته يقول: تسع أو عشر»[٢] فالترديد من الراوي لا من الإمام.

قال في تفصيل الشريعة: «ومن الواضح أنّ الترديد ليس من الإمام عليه السلام، بل من الراوي»[٣].

ومنها: خبر عمّار السجستاني قال: سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول لمولىً له: **انطلق فقل للقاضي: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «حدّ المرأة أن يدخل بها على زوجها إبنة تسع سنين»**[٤].

المطلب الثاني: حكم الدخول بالزوجة قبل التسع

اختلف الفقهاء في أنّه إذا دخل الزوج بالزوجة الصغيرة قبل التسع من غير أن يكون إفضاءٌ لها، على قولين:

الأوّل: أنّه تحرم بذلك مؤبّداً، كما هو الظاهر من كلام الشيخ رحمه الله في التهذيب حيث قال: «ومن تزوّج بصبيّةٍ فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فُرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً»[٥] وكذا في النهاية[٦]. ونسب في نهاية المرام إلى الشيخين[٧].

واستدلّ عليه في التهذيب بما رواه يعقوب بن يزيد، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع**

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٩١.

(٢) الخصال ٢: ٤٢٠.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٧٠ الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات النكاح، ح٣.

(٥) تهذيب الاحكام ٧: ٣١١.

(٦) النهاية للطوسي: ٤٥٣.

(٧) نهاية المرام: ١/ ٦١.

سنينُ فرّق بينهما ولم تحلّ له ابداً»[١] ودلالتها واضحة.

نقول: ظاهر قوله عليه السلام: «فُرّق بينهما» هو التفرقة في الوطء فقط دون بينونة العقد وانفساخه بدون الطلاق، كما قال في نكت النهاية[٢]، ولعلّ هذا هو المقصود منه في كلام الشيخ أيضاً.

قال في السرائر: «ومعنى قول الشيخ: «فرّق بينهما» أي في الوطء دون بينونة العقد وانفساخه؛ لإجماع أصحابنا على أنّ من دخل بامرأة ووطأها ولها دون تسع سنين، وأراد طلاقها طلّقها على كلّ حالٍ، ولا عدّة عليها بعد الطلاق، فإذا كانت قد بانت بوطئه لها قبل بلوغ التسع فلا حاجة إلى طلاقها»[٣]. وبه قال في المختلف[٤] وكذا في التفصيل الشريعة[٥].

ولا تنافي بين الحكمين: «بقاء العقد، وحرمة الوطء» وله نظائر في الفقه، مثل باب الظهار والإيلاء؛ فإنّه قبل الكفّارة والرجوع إلى الحاكم لا يحلّ له وطؤها بغير خلاف، وهي زوجته وعقدها باقٍ، مضافاً إلى أنّ الرواية ضعيفة مرسلة، فلا يمكن الاستناد إليها في إثبات حكم المخالف للأصل.

القول الثاني: أنّه لا تحرم مؤبّداً إلّا مع الإفضاء.

والإفضاء هو أن تصير مسلك البول ومسلك الحيض وهو مدخل الذكر واحداً، وهو المشهور بين الفقهاء، بل ظاهر الخلاف الإجماع عليه[٦].

و هذا الأمر خارج عن علم الفقه حتّى يُلزم الفقيه باستنباطها وصدور الرأي

---

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

(٢) النهاية ونكتها ٢: ٢٩٢.

(٣) السرائر لابن إدريس ٢: ٥٣٠ مع تصرّف.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٦٤.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٨.

(٦) الخلاف ٤: ٣٩٥.

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

على كلّ حال، قال المحقّق ﷺ: ولو لم يُفضها لم تحرم على الأصحّ[١].

وهذا هو الأقوى، وهو قول أكثر الفقهاء، كالعلّامة في بعض كتبه[٢]، وابن فهد[٣] والفاضل الآبي[٤] والسيوري[٥] وصاحب الجواهر[٦] والشيخ الأعظم[٧]، والشهيد[٨] والمحقّق الثانيان[٩]، والسيّد صاحب المدارك[١٠] وفخر المحقّقين[١١]. وكذا في كنز الفوائد[١٢].

وقال في تفصيل الشريعة: « إذا وطئ الزوجة قبل إكمال التسع ولم يتحقّق الإفضاء لا يترتّب عليه إلّا مجرّد الإثم »[١٣].

وتدلّ عليه أصالة بقاء الزوجيّة السليمة عمّا يصلح للمعارضة، وعدم الدليل على التحريم، سوى مرسلة يعقوب بن يزيد التي استدلّ بها الشيخ كما تقدّم، وهي كما ترى ضعيفة بالإرسال ولم تنجبر بعمل المشهور، فلا تنهض حجّةً في رفع اليد

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٧٠.

(٢) قواعد الأحكام ٣: ٣٣.

(٣) المهذّب البارع ٣: ٢١١ و٢١٢.

(٤) كشف الرموز ٢: ١٠٩.

(٥) التنقيح الرائع ٣: ٢٦.

(٦) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٨.

(٧) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٧٤.

(٨) مسالك الأفهام ٧: ٦٧.

(٩) جامع المقاصد ١٢: ٣٣٠.

(١٠) نهاية المرام ١: ٦١.

(١١) إيضاح الفوائد ٣: ٧٦.

(١٢) كنز الفوائد للسيّد الأعرجي ٢: ٣٦٧.

(١٣) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٥.

عن الأُصول القطعيّة الثابتة من حصول الحلّية بعقد النكاح والأصل بقاؤها، فلابدّ من حملها على صورة الإفضاء التي لا خلاف في كونها سبباً للتحريم المؤبّد مع بقاء الزوجيّة.

المطلب الثالث: عدم كون الإفضاء موجباً للبينونة

هل تبين الزوجة الصغيرة من الزوج بمجرّد الإفضاء، وينفسخ العقد ولا يحتاج إلى الطلاق، أو تبقى في حباله ولا تبين منه إلّا بالطلاق، فيه قولان.

الأوّل: ما ذهب إليه ابن حمزة[١]، واختاره المحقّق الثاني، حيث قال: «وقول ابن حمزة ليس ببعيد»[٢]، وعلّل بأنّ التحريم المؤبّد ينافي النكاح بحيث لا ينسجم القول بالتحريم مع بقاء الزوجيّة، ولأنّ التحريم المؤبّد يمنع النكاح سابقاً فيبطله لاحقاً، كالرضاع واللعان والقذف للزوجة الصمّاء[٣].

وأورد عليه الشيخ الأعظم بأنّ انحصار ثمرة النكاح في حلّ الاستمتاع إنّما يوجب عدم جواز ابتداء النكاح على من يحرم مؤبّداً، ولا يوجب إبطال نكاح الثابت سابقاً[٤].

الثاني: ـ وهو الأقوى ـ أنّه تبقى في حباله ولا تبين منه إلّا بطلاقٍ، صرّح به ابن الجنيد كما في المختلف[٥]، وهو ظاهر كلام المفيد أيضاً[٦]. وقال ابن إدريس: تحرم عليه مؤبّداً وكان مخيّراً بين إمساكها وتطليقها[٧].

---

(١) الوسيلة: ٢٩٢.

(٢ و ٣) جامع المقاصد ١٢: ٣٣٢.

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

(٥) مختلف الشيعة ٧: ٦٤.

(٦) المقنعة: ٧٤٧.

(٧) السرائر ٢: ٥٣٠.

وتدلّ عليه **أوّلاً**: أصالة بقاء العقد الذي ثبت أوّلاً، والتحريم لأمرٍ عارض في«الإفضاء» لا يستلزم بطلان العقد.

وثانياً: النصوص الصريحة.

منها: صحيحة حمران عن أبي عبدالله عليه السلام، لأنّه قال في ذيلها «**وإن أمسكها ولم يُطلّقها حتّى تموت فلا شيء عليه**»[1].

حيث تدلّ على أنّ له إمساكها وتطليقها، وهو يقتضي بقاء النكاح، وأنّه بمجرّد الإفضاء لا ينفسخ العقد بل يحتاج إلى الطلاق.

ومنها: خبر بريد بن معاوية، قال عليه السلام...: «**وإن أمسكها ولم يطلّقها فلا شيء عليه، إن شاء أمسك وإن شاء طلّق**»[2].

ويترتّب على القولين في المقام أُمور:

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

ب ـ لا يجوز له التزويج بأُختها على الثاني دون الأوّل.

ج ـ يحرم عليه الخامسة لو كانت رابعة على الثاني دون الأوّل.

المطلب الرابع: وجوب الدية بالإفضاء

يجب على الزوج إذا أفضى الزوجة الصغيرة، الدية؛ وهي دية النفس، ففي الحرّة نصف دية الرَجُل.

قال الصدوق رحمه الله: «ولا تتزوّج[3] امرأة حتّى تبلغ تسع سنين، فإن تَزوَّجتَها

---

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٣٨٠ الباب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(٢) نفس المصدر والباب ح ٣.

(٣) والظاهر أنّ مراده الدخول كما في النصوص.

قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيبٌ فأنت ضامن»[١]، والمراد بالضمان هو الدية كما سيأتي. وكذا في النهاية[٢].

وقال المفيد: «والرجل إذا جامع الصبيّة ولها دون تسع سنين فأفضاها كان عليه دية نفسها»[٣].

وفي الجواهر: «فلا إشكال بل ولا خلاف معتدّ به في وجوب الدية بإفضاء الزوجة قبل بلوغها التسع، بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع عليه»[٤].[٥]

وتدلّ عليه النصوص المتضافرة، وهي على طائفتين:

الطائفة الأولى: تدلّ على ثبوت الدية على الزوج:

منها: صحيحة حمران، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن رجل تزوّج جارية بكراً لم تدرك، فلمّا دخل بها اقتضّها[٦] فأفضاها؟ فقال: «**إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه، وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقلّ من ذلك بقليلٍ حين اقتضّها؛ فإنّه قد أفسدها وعطّلها على الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديتها، وإن أمسكها ولم يطلّقها حتّى تموت فلا شيء عليه**»[٧]، وهي صريحة في ثبوت الدية. وأمّا ذيلها، فظاهر في أنّه إن وقع الصلح بينهما بإمساكها إلى آخر عمرها فلا شيء عليه.

---

(١) المقنع: ٣٠٩.

(٢) النهاية للطوسي: ٤٨١.

(٣) المقنعة: ٧٤٧.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٢.

(٥) الخلاف ٤: ٣٩٥ و ج ٥: ٢٥٧.

(٦) «اقتض المرأة افترعها...، والإسم القَضّة بالكسر، وأخذ قَضّتها أي عُذرتها» لسان العرب ٥: ٢٧٥، «والعُذرة: البكارة» المعجم الوسيط: ٥٩٠.

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

ومنها: صحيحة سليمان بن خالد ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ قال: سألت أباعبدالله عليه السلام... وسألته عن رجلٍ وقع بجاريةٍ فأفضاها وكانت إذا نزلت بتلك المنزلة لم تلد؟ فقال: «**الدية كاملة**»[١]. ودلالتها واضحة.

ومنها: صحيحة التي ذكرها الصدوق رحمه الله[٢]. وكذا خبر بريد بن معاوية المتقدّمة[٣].

الطائفة الثانية: رواياتٌ تدلّ على ثبوت الضمان:

منها: صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**من وطئ امرأته قبل تسع سنين فأصابها عيبٌ فهو ضامِنٌ**»[٤].

ومنها: موثّقة إسحاق بن عمّار، عن جعفر عليه السلام «**أنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: من وطئ امرأة من قبل أن يتمّ لها تسع سنين فأعنف ضَمِنَ**»[٥].

ومنها: خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر، عن أبيه، عن عليّ عليه السلام قال: «**لا توطأ جارية لأقلّ من عشر سنين، فإن فعل فَعيِبَتْ فقد ضَمِنَ**»[٦].

وفي الوسائل: «أقول: هذا محمول على استحباب التأخير، أو على الدخول في أوّل السنة العاشرة»[٧]. والظاهر أنّ المراد بالعيب هو الإفضاء؛ فإنّه لا عيب هنا

---

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

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

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

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

(٥) وسائل الشيعة ١٩: ٢١٢ الباب ٤٤ من أبواب موجبات الضمان، ح ٤.

(٦) وسائل الشيعة ١٤: ٧١ الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٧.

(٧) وسائل الشيعة ١٤: ٧١ الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٧.

سواه غالباً.

ومنها: خبر طلحة بن زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام قال: **«من تزوّج بكراً فدخل بها في أقلّ من تسع سنين فَعيِبَتْ ضَمِنَ»**[1].

ثمّ إنّ من ملاحظة تلك الصحاح المتقدّمة في الطائفة الأُولى يتّضح المراد من الضمان في نصوص الطائفة الثانية، وأنّه هو الدية الكاملة؛ فإنّ هذه النصوص تكون مفسّرة لها، وهو ظاهر كلام الشيخ في الخلاف؛ لأنّه في ذيله «كان عليه ضمانها بديتها»[2].

وكذلك الضمان والأرش الواقعان في بعض كلمات الأصحاب يحملان على الدية[3]، ولكن بإزاء هذه النصوص الصحيحة وغيرها معتبرة السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام: **«أنّ رجلاً أفضى امرأة فقوّمها قيمة الأَمَة الصحيحة وقيمتها مفضاة، ثمّ نظر مابين ذلك فجعل من ديتها وأجبر الزوج على إمساكها»**[4].

وهذه المعتبرة تدلّ على الضمان بمقدار اختلاف قيمتها صحيحة ومفضاة، فتكون معارضة للصحاح المتقدّمة؛ حيث دلّت على ضمانه بالدية الكاملة، وهذه لا تدلّ على الدية، بل على الأرش، واللّازم حمل هذه الطائفة على التقيّة؛ لمخالفتها للنصوص الكثيرة التي كانت أصحّ سنداً منها، وموافقتها لبعض العامّة كما ذكر ذلك

---

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٧١ الباب ٤٥ من أبواب مقدّمات النكاح، ح٦.

(٢) الخلاف ٥: ٢٥٧.

(٣) قال ابن حمزة: «فإن جامعها وأفضاها حرم عليه وطؤها أبداً ووجب عليه شيئان: الأرش والإنفاق عليها». الوسيلة: ٣١٣، وقال الصدوق: «فإن تزوّجتها قبل أن تبلغ تسع سنين فأصابها عيب فأنت ضامن»، المقنع: ٣٠٩. وكذا في النهاية للطوسي: ٤٨١.

(٤) الوسائل ١٩: ٢١٢ الباب ٤٤ من أبواب موجبات الضمان، ح٣.

في الاستبصار[١]. وأيضاً ظاهر معتبرة السكوني في الكبيرة؛ حيث قال: «**افضى امرأةً**» والمرأة ظاهرة في البالغة.

المطلب الخامس: وجوب نفقتها على الزوج

يجب على الزوج إذا أفضى زوجته الصغيرة نفقتها ما دامت حيّةً.

قال ابن حمزة: «فإن جامعها وأفضاها حرم عليه وطؤها أبداً، ووجب عليه شيئان: الأرش والإنفاق عليها مدّة حياتها»[٢].

وبه قال ابن سعيد[٣]. وهذا الحكم في الجملة محلّ وفاقٍ، ولم ينقل فيه الخلاف عن أحدٍ، وظاهر كلام الشيخ في الخلاف إجماع الفرقة عليه[٤].

ويدلّ على هذا الحكم أيضاً صحيح الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوّج جارية فوقع بها فأفضاها؟ قال: «**عليه الإجراء عليها، ما دامت حيّة**»[٥].

والمراد بالإجراء، إجراء النفقة عليها. قال في تفصيل الشريعة: «الظاهر وجوب الإنفاق عليها وإن طلّقها، بل وإن تزوّجت بعد الطلاق لصحيحة الحلبي... فإنّ مقتضى إطلاق السؤال وترك الاستفصال في الجواب عدم الفرق بين صورة الطلاق وعدمه، وفي الصورة الأُولى بين ما إذا تزوّجت بعده أم لا، خصوصاً مع التعبير بـ«**مادامت حيّة**»[٦].

---

(١) الاستبصار ٤: ٢٩٥.

(٢) الوسيلة: ٣١٣.

(٣) الجامع للشرائع: ٤٢٨.

(٤) الخلاف ٤: ٣٩٥.

(٥) وسائل الشيعة ١٩: ٢١٢ الباب ٤٤ من أبواب موجبات الضمان، ح٢.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٢٨.

المطلب السادس: وجوب المهر لها

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

واعلم أنّ المهر في المفضاة حكمه في غيرها، وإنّما تعرّض الفقهاء هُنا لئلّا يتوهّم دخوله في الدية.

المطلب السابع: جواز وطئها لو اندمل الموضع

لو اندمل الموضع بعد الإفضاء وصلح للوطء يحتمل التحريم؛ للاستصحاب على القول بجريانه في الأحكام الكلّية الإلهيّة؛ لأنّه قد حُكِمَ بالتحريم للإفضاء، والأصل بقاؤه، اختاره الفاضل المقداد[١] وصاحب الجواهر[٢].

ويحتمل عَودُ الحِلّ لزوال سبب التحريم فيزول مسبّبهُ، حكاه في كشف اللثام قولاً في موضع منه وحَكَمَ بالحلّ في موضع آخر[٣]. والظاهر أنّه ليس[٤] ببعيدٍ؛ لأنّه بعد الاندمال لا دليل على حرمته، وأيضاً قد تبدّل الموضوع فلا يجري الاستصحاب، مضافاً إلى أنّ جواز وطئها حقّ طبيعيّ لها، ولا دليل على حرمته إلّا إفضاءُها، والفرض أنّه صارت صحيحة بعد اندمال الموضع فيجوز إلّا أن يقال بأنّ جواز الوطء مخالف لإطلاق رواية يعقوب بن يزيد المتقدّمة[٥]. وقد تقدّم أنّها ضعيفة مرسلة، والله هو العالم بحكمه.

---

(١) التنقيح الرائع ٣: ٢٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤٢٤.

(٣) كشف اللثام ٧: ١٩٣.

(٤) ولا يخفى أنّ الذهاب إلى الحرمة الأبديّة في صورة الإفضاء لا يلائم مع القول بجواز الوطء. م ج ف.

(٥) وسائل الشيعة: ١٤ / ٣٨١، الباب ٣٤، من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

آراء فقهاء أهل السنّة في جواز وطء الصغيرة قبل التسع

يستفاد من كلماتهم في باب النفقة والمهر والدية أنّه إذا كانت الزوجة صغيرة تطيق الوطء وتحمّلت الرجل يجوز وطؤها، ولنشير إلى شطرٍ من كلماتهم.

أ ـ الحنفيّة

قال ابن عابدين: «تجب نفقة الزوجة على زوجها... ولو كانت صغيرة تطيق الوطء، فإنّ السمينة الضخمة تحتمل الجماع ولو كانت صغيرة السنّ»[١].

وقال في باب المهر: «لأبي الصغيرة المطالبة بالمهر، وللزوج المطالبة بتسليمها إن تحمّلت الرجل»[٢].

فظاهر كلامه يدلّ على جواز وطء الصغيرة بشرط إطاقتها الوطء.

ب ـ المالكيّة

قالوا: ومن شرائط وجوب النفقة إطاقة الزوجة للوطء، ولا يشترط فيها البلوغ[٣].

وفي المدوّنة الكبرى: «قلت: أرأيت الصبيّة الصغيرة التي لم تحصن ومثلها

---

(١) الدرّ المختار ٣: ٥٧٢ ـ ٥٧٤.

(٢) المصدر نفسه ٣: ١٦١.

(٣) المغني ٩: ٢٨١ ـ ٢٨٤، الكافي في فقه أحمد ٣: ٢٢٨، كشف القناع ٥: ٥٥٣، الإقناع ٤: ١٤٢، الإنصاف ٩: ٣٩٤ ـ ٣٧٧.

يجامع إذا تزوّجها فدخل بها وجامعها، أيكون ذلك إحصاناً في قول مالك أم لا؟ قال: نعم، تحصنه ولا يحصنها»[١].

ج ـ الحنابلة

قال ابن قدامة المقدسي: «فإن كانت صغيرةً لاتحتمل الوطء فلا نفقة لها... قال الشافعي: لو قيل لها النفقة كان مذهباً... لأنّ تعذّر الوطء لم يكن بفعلها، فلم يمنع وجوب النفقة لها كالمرض»[٢].

وقال الخرقي في باب وجوب النفقة: بل القدرة على ذلك، أي على التمكين، فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء فلا نفقة لها[٣].

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

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

د ـ الشافعيّة

قال الشافعي: «إذا ملك الرجل عقدة المرأة يجامع مثلها، وإن لم تكن بالغةً فخلَت بينه وبين الدخول عليها، أو خُلّي أهلها فيما بينه وبين ذلك... وجب عليه نفقتها»[٤].

والحاصل: أنّ الحكم بوجوب النفقة على الزوجة الصغيرة دليل على جواز وطئها؛ لأنّ وجوب النفقة عندهم مشروط بتمكين الزوجة، كما سيأتي البحث عنه قريباً.

---

(١) المدوّنة الكبرى ٢: ٢٨٦.

(٢) المغني ٩: ٢٨١، الشرح الكبير ٩: ٢٥٢ ـ ٢٥٣.

(٣) المحرّر في الفقه ٢: ١١٥، الإقناع ٤: ١٤٢، كشّاف القناع ٥: ٥٥٢ ـ ٥٥٣.

(٤) الأمّ ٥: ٨٩.

المبحث الخامس: حكم نفقة الزوجة الصغيرة

منهج البحث:

للزوجين بالنسبة إلى وجوب النفقة وعدمه أربع حالاتٍ؛ لأنّهما إمّا أن يكونا كبيرين، وإمّا أن يكونا صغيرين. وإمّا أن يكون الزوج كبيراً والزوجة صغيرة، وإمّا عكس ذلك.

أمّا الأولى: فخارج عن مورد بحثنا الآن؛ لأنّ المقصود من طرح هذا المبحث بيان المسائل التي ترتبط بنفقة الصغيرة.

وأمّا الثانية: فيظهر حكمها ممّا يأتي البحث في الحالة الثالثة والرابعة.

وأمّا الثالثة: وهي ما إذا كان الزوج كبيراً والزوجة صغيرة، فنقول: لا خلاف بين الفقهاء في أنّه يشترط في وجوب نفقة الزوجة أن يكون العقد دائماً، فلا نفقة لذات العقد المنقطع إجماعاً بقسميه[1]. وهل يشترط في وجوب النفقة التمكين[2] الكامل وعدم النشوز حتّى لا يجب على الزوج نفقة زوجته الصغيرة؛ لعدم إمكان التمكين شرعاً في حقّها، أو لا يشترط في وجوبها ذلك، بل يمكن أن يجب النفقة على الزوج ولو كانت الزوجة صغيرة؟ قولان:

الأوّل: أنّ وجوب النفقة مشروط بتمكين الزوجة وعدم نشوزها.

الثاني: عقد النكاح بذاته يقتضي النفقة.

---

(١) جواهر الكلام ٣١: ٣٠٣، نهاية المرام ١: ٤٧٤، قواعد الأحكام ٣: ١٠٣، رياض المسائل ٧: ٢٥٦.

(٢) عرّفه المحقّق بأنّه التخلية بينها وبينه، بحيث لا تختصّ موضعاً ولا وقتاً، فلو بذلت نفسها في زمانٍ دون زمانٍ، أو مكانٍ دون مكانٍ آخر ممّا يسوغ فيه الاستمتاع لم يحصل التمكين، شرائع الإسلام ٢: ٣٤٧.

كون وجوب النفقة، مشروطاً بالتمكين الكامل

القول الأوّل: ما ذهب إليه المشهور ـ وهو الأقوى ـ أنّ وجوب نفقة الزوجة الكبيرة مشروط بالتمكين الكامل.

قال الشيخ ﷺ في الخلاف: «إذا كان الزوج كبيراً والزوجة صغيرةً لا يجامع مثلها لا نفقة لها»[١].

وفي المبسوط: «لأنّ النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع»[٢].

وفي النهاية: «فإن امتنعت بعد استيفاء المهر كانت ناشزاً، ولم يكن لها عليه نفقة»[٣].

وقال سلّار: «وإنّما تجب النفقة إذا مكّنت المرأة من نفسها، فإن امتنعت فلانفقة لها»[٤]. وبه قال القاضي ابن البرّاج[٥] وابن حمزة[٦] والكيدري[٧] وابن سعيد الحلّي[٨]. واختاره الفاضلان[٩] أيضاً بعد التردید والإشكال.

قال في الجواهر ـ بعد نقل كلامهما ـ: «وظاهرهما أو صريحهما بعد التأمّل الجيّد في كلامهما أنّه لا كلام في اعتبار التمكين الذي هو ضدّ النشوز، ولا يتحقّق عدم النشوز إلّا بالتمكين»[١٠].

---

(١) الخلاف ٥: ١١٣.

(٢) المبسوط للطوسي ٤: ٣١٥.

(٣) النهاية: ٤٧٥.

(٤) المراسم العلوية: ١٥٦.

(٥) المهذّب ٢: ٣٤٧.

(٦) الوسيلة: ٢٨٥.

(٧) إصباح الشيعة: ٤٤٥.

(٨) الجامع للشرائع: ٤٨٧.

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

(١٠) جواهر الكلام ٣١: ٣٠٣.

وفي الرياض: «اشتراط التمكين هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد أن يكون إجماعاً»[١]، وهكذا في الروضة، حيث قال: «فلا نفقة للصغيرة التي لم تبلغ سنّاً يجوز الاستمتاع بها بالجماع على أشهر القولين، لفقد الشرط؛ وهو التمكين من الاستمتاع»[٢].

وقال به أيضاً الشيخ الأعظم وأضاف «بأنّه تسقط النفقة بصغر الزوجة بحيث يحرم وطؤها»[٣].

وقال الإمام الخميني‌ﷺ: «الظاهر أنّه لا نفقة للزوجة الصغيرة غير القابلة للاستمتاع منها على زوجها، خصوصاً إذا كان صغيراً غير قابل للتمتّع والتلذّذ»[٤].

وقال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني بالتفصيل بين الصغيرة التي يمكن الالتذاذ والاستمتاع بها ولو باللمس والنظر، فتجب نفقتها. وبين ما إذا كانت صغيرةً جدّاً بحيث لا يترتّب على لمسها والنظر بها التذاذ أصلاً، فلا تجب نفقتها[٥].

أدلّة اشتراط وجوب النفقة بالتمكين

ما استدلّ أو يمكن أن يستدلّ به لاشتراط وجوب النفقة بتمكين الزوجة للزوج أمورٌ:

الأوّل: أنّ الله ـ تعالى ـ أمر بالمعاشرة بالمعروف: ﴿**وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[٦]

---

(١) رياض المسائل ٧: ٢٥٦.

(٢) الروضة البهيّة ٥: ٤٦٥.

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

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ٢٩٨ فصل في النفقات، مسألة ٤.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٥٧٣.

(٦) سورة النساء ٤: ١٩.

والإمساك بالمعروف: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[١] وهما لاتقتضيان النفقة مع عدم التمكين عرفاً.

وفيه: أنّ الدليل لا ينحصر في هاتين الآيتين؛ فإنّ مقتضى قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾[٢] وقوله: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾[٣] على البيان الذي تقدّم في ذيل القول الأوّل، وهكذا، فإنّ مقتضى صحيح الفضيل[٤] المتقدّم وجوبُ الإنفاق على الإطلاق.

الثاني: أنّ المهر يجب بالعقد، وهو لا يوجب عوضين مختلفين.

الثالث: أنّ النفقة مجهولة الجملة، والعقد لا يوجب مالاً مجهولاً.

وقد أورد على هذين الوجهين في المسالك، بأنّ «عدم إيجاب العقد عوضين مختلفين، وعدم إيجابه مالاً مجهولاً مجرّد دعوى أو استبعادٌ قد دلّ الدليل على خلافهما؛ فإنّ الآيات الدالّة على وجوب الإنفاق على الزوجة من غير تقييدٍ تدلّ على أنّ العقد أوجب النفقة على ذلك الوجه، وأيّ مانعٍ من إيجاب العقد أمرين مختلفين كما في شراء الدابّة والمملوك؟ فإنّ العقد يوجب الثمن كالمهر ويوجب الإنفاق المجهول من غير شرطٍ إجماعاً»[٥].

والحاصل: أنّه ليست النفقة من الأعواض الواجبة بالعقد، وإنّما العقد أفاد كونها زوجةً له والشارع أثبت النفقة للزوجة.

الرابع: ما روي أنّ النبيّ ﷺ تزوّج ودخل بعد سنتين، ولم ينفق إلّا

---

(١) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

(٢) سورة البقرة ٢: ٢٣٣.

(٣) سورة النساء ٤: ٣٤.

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

(٥) مسالك الأفهام ٨: ٤٤١.

بعد دخوله[١].

وفيه: أنّه لم يثبت ذلك.

الخامس: ما روي عن النبيّ ﷺ، أنّه قال: «**اتّقوا الله في النساء؛ فإنهنّ عوار عندكم، اتّخذتموهنّ بأمانة الله، واستحللتم فروجهنّ بكلمة الله،... ولهنّ عليكم رزقُهنّ وكسوتهنّ بالمعروف**»[٢].

بتقريب: أنّ وجوب الإنفاق مشروط بكون الزوجة في اختيار الزوج كالعارية في يد المستعير؛ فإنّه ﷺ أوجب الإنفاق من الرزق والكسوة إذا كُنّ عند الرجل، وهو يدلّ على التمكين.

وفيه: أنّ السند ضعيف، فلا مجال لملاحظة الدلالة.

السادس: أنّ مقتضى الأصل البراءة عن وجوب النفقة، وإنّما نخرج من مقتضى الأصل في صورة التمكين، فيبقى الباقي غير واجبٍ، وقد اعترف في كشف اللثام بضعف الأدلّة عدا الأصل، فقال: «وإن ضعفت أدلّته غير الأصل فهو يكفينا؛ فإنّ أدلّة الوجوب مجملة، فيقتصر من مدلولها على موضع اليقين»[٣].

ولكن قال في المسالك: «وأمّا أصالة البراءة فإنّما تكون حجّة مع عدم دليل ناقلٍ عنه، لكنّه موجود هنا بالعمومات الدالّة على وجوب نفقة الأزواج، والأصل عدم التخصيص»[٤].

السابع: السيرة العملية؛ لأنّ السيرة جارية على عدم الإنفاق في صورة عدم التمكين.

---

(١) المغني ٩: ٢٨٢، الحاوي الكبير ١٥: ٢٩.

(٢) السنن الكبرى ٥: ٨/ وج ١١/ ١٥٦، سنن ابن ماجة ٣: ٥٠٤، ح ٣٠٧٤.

(٣) كشف اللثام ٧: ٥٥٨.

(٤) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٢.

وفيه: **أوّلاً**: الإشكال في تحقّق السيرة من المتشرّعة كذلك.

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

الثامن: أنّ مقتضى أصالة احترام المال والعمل التي هي من أهمّ الأُصول النظامية العقلائيّة، أن يكون بذل المال بعوضٍ مطلقاً إلّا ما خرج بالدليل المعتبر، وهذا يشهد بأنّ الإنفاق من الزوج لابدّ أن يكون بإزاء استفادته منها، وبعد إلغاء الشارع عوضيّة سائر الاستفادات غير التمكين يتعيّن ذلك، أشار إلى هذا الوجه السيّد السبزواري[١].

وفيه: أنّه على فرض قبول جريان هذا الوجه بالنسبة إلى الزوجة الكبيرة لايجري بالنسبة إلى الزوجة الصغيرة، كما سيأتي إن شاء الله.

التاسع: الإجماع، كما ادّعاه في الجواهر والرياض[٢] ومهذّب الأحكام[٣].

قال في الجواهر: «وكيف كان، فغاية ما ذكروه دليلاً لذلك، أنّ اشتراط هذا الشرط معروف بين الأصحاب، بل كاد يكون إجماعاً، مع أنّا لم نقف على مخالفٍ فيه صريحاً ولا ظاهراً إلّا ما ربما يستفاد من تردّد المصنّف واستشكال الفاضل في القواعد، وهو بمجرّده لا يوجب المخالفة مع تصريح الأوّل بأنّ اعتباره هو الأظهر بين الأصحاب بكلمة الجمع المفيد للعموم الظاهر في الإجماع، إلى آخر كلامه زيد في علوّ مقامه»[٤].

نقول:

مضافاً إلى مخالفة بعض الفقهاء الذين سنذكرهم قريباً ـ إنّ في تحقّق الإجماع التعبّدي الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام تردّداً؛ لأنّه قد استند المجمعون إلى الوجوه

---

(١) مهذّب الأحكام ٢٥: ٢٩٠.

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

(٣) مهذّب الأحكام ٢٥: ٢٨٨.

(٤) جواهر الكلام ٣١: ٣٠٤.

التي ذكرناها وغيرها، فيكون الإجماع مدركيّاً.

مع أنّه على فرض تحقّقه يكون دليلاً لبّياً، والقدر المتيقّن منه الزوجة الكبيرة، وأمّا الزوجة الصغيرة فلا تكون داخلة في معقد الإجماع[1].

العاشر: أنّ اشتراط التمكين لوجوب النفقة كان مقتضى المرتكزات؛ لأنّ المغروس في أذهان العرفيّة ومنهم المتشرّعة هو شرطيّة التمكين لوجوب النفقة.

وفيه: ما قلنا جواباً عن السيرة.

الحادي عشر: ـ وهو العمدة ـ النصوص المشتملة على بيان حقّ الزوج على المرأة، وكون النشوز مسقطاً لوجوب النفقة:

منها: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «**جاءت امرأة إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فقالت: يارسول الله: ما حقّ الزوج على المرأة؟ فقال لها: أن تطيعه ولا تعصيه، ولا تصدّق من بيته إلّا بإذنه، ولا تصوم تطوّعاً إلّا بإذنه، ولا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب، ولا تخرج من بيتها إلّا بإذنه، وإن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماء وملائكة الأرض وملائكة الغضب وملائكة الرحمة حتّى ترجع إلى بيتها. قالت: يارسول الله صلى الله عليه وآله: من أعظم الناس حقّاً على الرجل؟ قال: والده، قالت: فمن أعظم الناس حقّاً على المرأة؟ قال: زوجها، قالت: فمالي عليه من الحقّ مثل ما له عليّ؟ قال: لا، ولا من كلّ مائة واحدة**» الحديث[2].

---

(١) إلّا أن يقال بعدم القول بالفصل بين الكبيرة والصغيرة، فلا يتوهّم أنّ النفقة ثابتة بالتمكين في الكبيرة بخلاف الصغيرة؛ فإنّها ثابتة فيها بالعقد. هذا، مضافاً إلى أنّه إذا كان معقد الإجماع مطلقاً فلا وجه لأخذ القدر المتيقّن منه، فتدبّر. م ج ف.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ١١٢ الباب ٧٩ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

ومنها: خبر العزرمي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقالت: يارسول الله ما حقّ الزوج على المرأة؟ فقال: أكثر من ذلك، قالت: فخبّرني عن شيء منه، قال: ليس لها أن تصوم إلّا بإذنه يعني تطوّعاً، ولا تخرج من بيتها بغير إذنه، وعليها أن تتطيّب بأطيب طيبها، وتلبس أحسن ثيابها، وتزيّن بأحسن زينتها، وتعرض نفسها عليه غدوة وعشيّة، وأكثر من ذلك حقوقه عليها»[1].

ومثلها خبر أبي بصير ومعتبرة علي بن جعفر[2].

ومنها: صحيحة أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا صلّت المرأة خَمْسها وصامت شهرها وحجّت بيت ربّها وأطاعت زوجها وعرفت حقّ عليّ فلتدخل من أيّ أبواب الجنان شاءت»[3].

وهذه النصوص وإن كانت خالية عن ذكر اعتبار ذلك في النفقة، إلّا أنّه قد يستفاد ذلك ممّا دلّ على نشوزها وسقوط نفقتها بخروجها من بيته بغير إذنه، كمعتبرة السكوني. عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيّما امرأةٍ خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقة لها حتّى ترجع»[4].

على هذا يكون النشوز مسقطاً باعتبار تفويته الشرط الذي هو وجوب طاعتها وعرض نفسها عليه وعدم خروجها من بيته بغير إذنه؛ لأنّ المستفاد من هذه النصوص وغيرها اعتبار الطاعة التي يكون عدمها نشوزاً في وجوب الإنفاق، والتمكين لا يكاد ينفكّ عن عدم النشوز، لاتّحاد مصداق المراد من مفهوم

---

(١) نفس المصدر والباب، ح٢.

(٢) نفس المصدر والباب، ح٣ و٥.

(٣) نفس المصدر والباب، ح٤.

(٤) نفس المصدر ١٥: ٢٣٠ الباب ٦ من أبواب النفقات، ح١.

التمكين وعدم النشوز بالنسبة إلى وجوب الإنفاق.

قال الشهيد ﷺ: «إن جعلنا النشوز مانعاً كان التمكين ملحوظاً في تحقّق معناه»[١].

والإنصاف أنّ هذه النصوص مع دلالتها على اعتبار الطاعة للزوج التي يكون عدمها نشوزاً ـ وهو مرادف مع التمكين ـ الذي لا يجب معه النفقة، لا تجري في الزوجة الصغيرة؛ لأنّ وجوب التمكين وعدم النشوز، والطاعة للزوج يتوقّف على إمكانها، وبما أنّ الصغيرة لا يتمكّن منها شرعاً وعرفاً فلا معنى لجريانها في حقّها[٢].

وبعبارة أُخرى: مضمون هذه النصوص منصرف عن الزوجة الصغيرة، ولم تكن في مقام بيان حكم نفقتها نفياً أو إثباتاً.

والحاصل: أنّ الوجوه التي ذُكرت في اشتراط التمكين لوجوب نفقة الزوجة كلّها تنطبق على الزوجة الكبيرة، فلا يثبت معها اشتراط التمكين في وجوب نفقة الصغيرة، وهو المطلوب.

اقتضاء عقد النكاح بذاته للنفقة

القول الثاني: أنّه يستفاد من كلمات بعض الفقهاء الآخرين أنّ عقد النكاح بذاته يقتضي النفقة مطلقاً، أي سواء كان تمكين الزوجة للزوج ممكناً، مثل أن تكون الزوجة كبيرة، أم لا، مثل الفرض الذي كان البحث فيه.

---

(١) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٠.

(٢) والظاهر إمكان تحقّق النشوز بالنسبة إلى الصغيرة، كالخروج من البيت من دون إذنه، وهذا يظهر سيّما بملاحظة إطلاق قول النبي ﷺ في معتبرة السكوني، حيث قال: أيّما امرأة إلخ، ولا شكّ في أنّ هذا الإطلاق يشمل الصغيرة. م ج ف.

قال ابن إدريس: «والأولى عندي أنّ على الكبير النفقة لزوجته الصغيرة، لعموم وجوب النفقة على الزوجة، ودخوله مع العلم بحالها، وهذه ليست ناشزة، والإجماع منعقد على وجوب نفقة الزوجات»[١].

وجعله الشيخ﵀ قولاً ولم يصحّحه، حيث قال: «فإن كان كبيراً وهي صغيرة لا يجامع مثلها، فهل عليه نفقتها أم لا؟

قيل فيه وجهان:

أحدهما: لها النفقة؛ لأنّ عقد النكاح يقتضي الإنفاق، فإذا تزوّج علم أنّه دخل على بصيرة من الإنفاق عليها»[٢].

وقال العلّامة﵀: «إنّما تجب النفقة بالعقد الدائم مع التمكين التامّ ـ إلى أن قال: ـ وهل تجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز، أو بالتمكين؟ فيه إشكال»[٣].

وقال المحدّث البحراني: إنّ المشهور لم يقيموا لتوقّف وجوب النفقة على التمكين دليلاً واضحاً ولا برهاناً لائحاً غير مجرّد الدعوى، مع ظهور الأدلّة على خلافه، فالأظهر هو القول المخالف للمشهور، وهو ترتّب وجوب النفقة على مجرّد الزوجيّة التي لا خلاف في حصولها بمجرّد العقد[٤].

وفي نهاية المرام: «وربما قيل بوجوب النفقة بالعقد كالمهر»[٥]، وهو ظاهر كلام ابن زهرة أيضاً[٦].

وقال السيّد الخوئي﵀: «والمشهور أنّ وجوب النفقة مشروط بعدم النشوز،

---

(١) السرائر ٢: ٦٥٥.

(٢) المبسوط ٤: ٣١٥.

(٣) قواعد الأحكام ٣: ١٠٣.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٥: ٩٩ ـ ١٠٠.

(٥) نهاية المرام ١: ٤٧٤.

(٦) غنية النزوع: ٣٥٢.

وهو التمرّد على الزوج بمنعه عن حقوقه، أو بفعل المنفّرات له عنها وإن كان مثل سبّه وشتمه، وفيه إشكال»[١]، وتبعه في مباني منهاج الصالحين[٢].

أدلّة هذا القول

وما يمكن أن يستدلّ به على وجوب النفقة بمجرّد العقد، وجوهٌ:

الأوّل: الآياتُ

منها: قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣].

قال القرطبي: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ﴾ أي الزوج، والأظهر أنّها في الزوجات في حال بقاء النكاح؛ لأنّهنّ المستحقّات للنفقة والكسوة، وقوله ـ تعالى ـ: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾، أي بالمتعارف في عرف الشرع من غير تفريط ولا إفراط[٤].

ومنها: قوله ـ تعالى ـ: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾[٥].

قال الراوندي: «القوام على الغير هو المتكفّل بأمره من نفقةٍ وكسوةٍ وغير ذلك»[٦].

وقال السيوري: «أي لهم عليهنّ قيام الولاية والسياسة، وعلّل ذلك بأمرين:

أحدهما: موهبيٌّ من الله؛ وهو أنّ الله فضّل الرجال عليهنّ بأمورٍ كثيرةٍ: من كمال العقل، وحسن التدبير، ومزيد القوّة... وغير ذلك.

---

(١) منهاج الصالحين ٢: ٢٨٧.

(٢) مباني منهاج الصالحين ١٠: ٢٩٧.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٣٣.

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

(٥) سورة النساء ٤: ٣٤.

(٦) فقه القرآن ٢: ١١٦.

وثانيهما: كسبيٌّ، وهو أنّهم ينفقون عليهنّ ويُعطوهنّ المهور... والباء في ﴿بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ﴾ وفي قوله: ﴿وَبِمَآ أَنفَقُواْ﴾ للسببيّة، و «ما» مصدريّة ـ أي بسبب تفضيل الله وبسبب إنفاقهم»[١].

ومنها: قوله ـ تعالى ـ: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ اللَّهُ﴾[٢].

فالظاهر منها أنّه يجب القيام بما تحتاج إليه المرأة من إطعام وكسوة وإدام وإسكان تبعاً لعادة أمثالها.

والحاصل: أنّ مقتضى الإطلاق المنعقد في هذه الآيات الكريمة عدم تقييد النفقة بالتمكين، فنفقة الزوجة الصغيرة واجبة على الزوج بمقتضى الزوجيّة المتحقّقة بالعقد.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الثاني: الأخبار:

منها: ما رواه الربعي بن عبدالله والفضيل بن يسار جميعاً ـ في الصحيح ـ عن أبي عبدالله عليه السلام، في قوله تعالى: ﴿وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ اللَّهُ﴾ قال: «**إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة، وإلّا فرّق بينهما**»[٣].

ومنها: صحيحة أبي بصير ـ يعني المرادي ـ قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «**من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقّاً على الإمام أن يفرّق بينهما**»[٤].

---

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

(٢) سورة الطلاق ٦٥: ٧.

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

(٤) نفس المصدر والباب، ح ٢.

ومنها: موثّقة إسحاق بن عمّار، أنّه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن حقّ المرأة على زوجها؟ قال: «**يشبع بطنها ويكسو جثّتها، وإن جهلت غفر لها**» الحديث[١].

وكذا صحيحة جميل بن درّاج[٢] وصحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج[٣] وما رواه في العلل والخصال[٤].

فالمستفاد منها أنّ نفقة الزوجة على الزوج من غير تقييد بالتمكين، وإطلاقها يشمل صورة عدم إمكان التمكين والتي كانت زوجة صغيرة.

وبعبارة أُخرى: هذه الأخبار تدلّ على وجوب النفقة على مجرّد الزوجيّة التي لا خلاف في حصولها بانعقاد عقد النكاح.

وهكذا تدلّ عليه ما روي «أنّ هند امرأة أبي سفيان جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقالت: إنّ أبا سفيان رجلٌ شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي إلّا ما آخذ منه سرّاً وهو لا يعلم، فهل عَليّ في ذلك من شيء؟ فقال صلى الله عليه وآله: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»[٥]، ودلالتها كالتي قبلها ظاهرة.

وأُجيب عن هذه الأدلّة:

أوّلاً: بأنّها مخالفةٌ للإجماع المحكيّ، بل المقطوع به جدّاً كما ادّعاه في الرياض والجواهر[٦].

وثانياً: نشكّ في شمول إطلاقات هذه الأدلّة لنفقة الزوجة الصغيرة إن لم يُدّع

---

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

(٢) نفس المصدر والباب، ح ٤.

(٣) نفس المصدر ٦: ١٦٥ الباب ١٣ من أبواب المستحقّين للزكاة، ح ١.

(٤) نفس المصدر والباب، ح ٤.

(٥) صحيح البخاري ٨: ١٤٧ الرقم ٧١٨٠، كتاب الأحكام الباب ٢٨ الجزء الثامن، صحيح مسلم ٧: ٤٧١٦ الرقم ١٧١٤، مسند أحمد ٩: ٢٨٦ الرقم ٢٤١٧٢، سنن الدارمي ٢: ١١٠، سنن النسائي ٨: ٢٤٧.

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

ظهورها أو إنصرافها إلى غير الزوجة الصغيرة.

بتعبير آخر: يمكن أن يُقال: هذه الأدلّة لا تكون في مقام بيان حكم نفقة الزوجة الصغيرة، ولا يشمل إطلاقها هذا الفرض، ولعلّه إلى ما ذكر نظر الأبدال من الفقهاء فادّعى عدم النصّ الظاهر في العموم في هذا المقام.

وثالثاً: يحتمل انصراف الأدلّة عن ذلك، وعدم تبادر الإنفاق من دون التمكين.

ورابعاً: الظاهر من الأمر بالمعاشرة بالمعروف[1] اختصاص هذا الأمر بالإنفاق بما تقتضيه العادة، وليس من مقتضياته وجوب الإنفاق إلّا بعد التمكين كما هو المشاهد من أهل العرف والعادة؛ فإنّهم ينكحون ويتزوّجون من دون إنفاقٍ إلى الزفاف، مع عدم اختلاف من الزوجين وأهلهما في المطالبة بالنفقة من طرف الزوجة وردّها من ناحية الزوج، وربما يؤخذ ذلك إجماعاً من المسلمين ويجعل مثله وفاقاً، بل وربما يلحق بالضرورة القطعيّة[2].

وخامساً: أنّه خلاف الأصل؛ لأنّ الأصل الأوّلي براءة ذمّة الزوج من وجوب نفقة زوجته، خرج منه الإنفاق حال التمكين بالإجماع، فيبقى الباقي تحت الأصل[3].

نقول: الأقرب بملاحظة ما ذكرنا من الأدلّة أن يقال: إنّ العقد بذاته يقتضي وجوب النفقة، والنشوز وعدم التمكين مانع عنه اذا كانت الزوجة دخيلة في ذلك، وبما أنّ في مسألتنا هذه لا موضوع للنشوز وعدم التمكين؛ لعدم إمكانه شرعاً وعرفاً، ولا يتصور المانع، فيكون العقد سبباً منحصراً لوجوب النفقة، ولعلّه لأجل ذلك تردّد في الشرائع في توقّف النفقة على التمكين فقط، حيث قال: «وفي وجوب

---

(١) سورة النساء ٤: الآية ١٩ ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

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

(٣) الروضة البهيّة ٥: ٤٦٧.

النفقة بالعقد أو بالتمكين تردّد»[١]. وقال الشهيد الثاني في شرحه: «ولا ريب في أنّ للنفقة تعلّقاً بالعقد والتمكين جميعاً»[٢]. وقال المحدّث البحراني: إنّ المشهور لم يقيموا لتوقّف وجوب النفقة على التمكين دليلاً واضحاً[٣]. وهكذا استشكل العلّامة[٤] والسيّدالخوئي[٥] على القول باشتراط وجوب النفقة على التمكين.

والشاهد على ما قلنا بأنّ عدم التمكين مانع، هو وجوب النفقة مع عدم إمكان التمكين من قبل الزوجة شرعاً؛ مثل أن تكون في أيّام حيضها أو سفرها للحجّ وغيره، أو وقت الإحرام والصوم؛ وهكذا النساء العجائز وشبه ذلك[٦]. هذا أوّلاً.

وثانياً: أنّه قام الإجماع والسيرة على عدم وجوب الإنفاق في صورة عدم التمكين، ولو نوقش فيهما، فالأدلّة الأُخرى ـ التي تقدّم ذكرها تدلّ على توقّف وجوب النفقة على التمكين ـ تامّة.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٣٤٧.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٠.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٥: ٩٩.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ١٠٣.

(٥) منهاج الصالحين ٢: ٢٨٧.

(٦) ولا يخفى أنّ من يقول بشرطيّة التمكين لا يعتقد بالتمكين مطلقاً وفي جميع الحالات والأزمنة، بل يقول بأنّه مع إمكان التمكين وتحقّقه في الجملة ـ بمعنى عدم وجود المانع الشرعي ـ تجب النفقة. والتحقيق في المقام أنّه لا دليل واضح على كون النفقة ثابتاً بالعقد؛ فإنّ الثابت به إنّما هو المهر فقط، ولذا لو وقع الطلاق بعد مضيّ مدّة قليلة من العقد، لكان اللّازم دفع المهر فقط دون النفقة، فيظهر أنّ موضوع النفقة بعد العقد إنّما هو المعاشرة مع الزوجة، ومن المعلوم أنّ مجرّد المعاشرة ليس دخيلاً في ذلك، بل اللّازم هو المعاشرة بالمعروف التي يكون التمكين من أركانها، فتبيّن أنّه لادليل على ثبوت النفقة بالعقد. مضافاً الى ثبوت الإجماع على كون النفقة ثابتة بالتمكين لا بمجرّد العقد، مع أنّ النشوز لا يناسب إلّا مع كون التمكين شرطاً للنفقة.

وبعبارة أُخرى: لا مناسبة بين كون العقد سبباً للنفقة من طرف، وبين كون النشوز مانعاً عنها من طرف آخر، وإنّما المناسبة فيما إذا كان التمكين شرطاً لها. ثمّ إنّ الآيات والأخبار المطلقة الدالّة على ثبوت النفقة بمجرّد الزوجيّة تقيّد بصورة التمكين، ومع عدمه من أيّ جهة كانت لا نفقة لها، والله العالم. م ج ف.

إذن نقول: إنّ الأدلّة التي تدلّ علىٰ وجوب النفقة مطلقاً تُقيَّدُ بالأخبار الدالّة على اشتراط التمكين، إلّا أنّ التمكين الكامل الذي هو شرط لوجوب النفقة إنّما هو ممّن له أهليّة ذلك، ويمكن فرض التمكين وعدم النشوز في حقّها؛ وهي الزوجة الكبيرة، فوجوب نفقتها مشروط بتمكينها في مقابل الزوج، والنصوص التي وردت بأنّ المرأة إذا خرجت من البيت بدون إذن الزوج لا نفقة لها ولعنتها الملائكة... ناظرة إلى هذه. وأمّا الزوجة الصغيرة التي لا تتمكّن من التمكين شرعاً وعرفاً، فأدلّة وجوب النفقة بالنسبة إليها مطلقةٌ، والنكاح بذاته يقتضي وجوب نفقتها فنحكم بوجوبها.

مضافاً إلى أنّ الزوج أقدم على هذا النكاح مع علمه بالحال وعدم إمكان التمكين من الزوجة، فيلزم بأداء النفقة مستنداً إلى قاعدة الإقدام أيضاً، ولعلّه لأجل ما ذكرنا قال بعض الفقهاء بوجوب نفقة الزوجة الصغيرة، والله هو العالم بحكمه.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

عدم وجوب النفقة على الزوج الصغير

الحالة الرابعة: أن تكون الزوجة كبيرةً والزوج صغيراً، فللفقهاء في هذا الفرض أيضاً قولان:

الأوّل: عدم وجوب النفقة.

الثاني: وجوبها.

أمّا القول الأوّل: فذهب إليه الشيخ في الخلاف، حيث قال: «إذا كانت الزوجة كبيرة والزوج صغيراً لا نفقة لها وإن بذلت التمكين»[1]، وتبعه في السرائر[2].

وفي المبسوط: «فأمّا إن كانت كبيرة وهو طفل فبذلت نفسها ومكّنت

(١) الخلاف ٥: ١١٣.

(٢) السرائر ٢: ٦٥٥.

منّ الاستمتاع، فهل لها نفقة أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا نفقة لها؛ لأنّ التمكين ليس بحاصل، ولا إمكان الاستمتاع، وهو الذي يقوى في نفسي.

والثاني: ـ وهو الصحيح عندهم ـ أنّ عليه النفقة؛ لأنّها تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع، وقد فعلت، وإنّما تعذّر القبض من جهته»[١].

واختاره القاضي ابن البرّاج[٢] ويحيى بن سعيد[٣]. واعترف بذلك أيضاً في كشف اللثام[٤] والرياض[٥] ونهاية المرام[٦]. وبه قال في تحرير الوسيلة[٧].

أدلّة هذا القول

وما استدلّ أو يمكن أن يستدلّ به لهذا القول وجوهٌ:

الأوّل: منع تحقّق التمكين مع عدم التمكّن؛ فإنّ التمكين شرطه الإمكان، وإلّا لم يتحقّق، ولأنّ الامتناع من جهة الفاعل أقوى من جهة القابل، فبانتفاء التمكّن ينتفي التمكين[٨].

الثاني: الشكّ في شمول أدلّة وجوب نفقة الزوجة لذلك، ضرورة ظهورها باعتبار أنّها خطابات وتكاليف لغير الصغير ولا يمكن صرفها إليه، وصرفها

---

(١) المبسوط للطوسي ٤: ٣١٦.

(٢) المهذّب ٢: ٣٤٧.

(٣) الجامع للشرائع: ٤٨٩.

(٤) كشف اللثام ٧: ٥٦٢.

(٥) رياض المسائل ٧: ٢٥٩.

(٦) نهاية المرام ١: ٤٧٥.

(٧) تحرير الوسيلة ٢: ٢٩٨ مسألة ٤.

(٨) كشف اللثام ٧: ٥٦٢.

إلى الوليّ مدفوعٌ بالأصل[١].

الثالث: البراءة من النفقة ولا مخرج عنه[٢].

الرابع: أنّه من المرتكزات في أذهان العرف أنّ الإنفاق في مقابل الاستمتاعات، وحيث إنّ الاستمتاع هنا متعذّر من قبل الزوج لصغره، فلا يجب الإنفاق عليه.

والجواب عن الأوّل: أنّا قد استفدنا من الأدلّة السابقة أنّ العقد بذاته يقتضي النفقة، وعدم التمكين والنشوز مانع عنها، وفي مسألتنا هذه لا مانع من التمكين، لأنّ عدم التمكّن؛ من ناحية الزوج لا يكون مانعاً من قبلها، ألا ترى أنّه إذا كان الزوج كبيراً ومكّنت الزوجة نفسها له، ولكن هو لا يقدر على الاستمتاع منها، لم يقل أحد بأنّه لايجب عليه النفقة؛ بدليل عدم قدرته على الاستمتاع[٣]، ففي مانحن فيه أيضاً كذلك، يعني إذا أنكح الوليّ الصغير، والحال هذه معناه أنّه أقدم على قبول نفقة زوجة طفله.

وأمّا عن الثاني: فإنّ الخطاب إلى الوليّ؛ لأنّ في المقام الوليّ أقدم على هذا مع علمه بالحال، فالتكليف متوجّه إليه ولا يعقل أن نقول: النكاح صحيح، ولا يجوز لهذه المرأة أن تزوّج نفسها بغيره ولا تكون مستحقّة للنفقة؛ لأنّ هذا ضرر على الزوجة[٤]، فيرفعه دليل لا ضرر الذي كان حاكماً على الأدلّة.

---

(١) جواهر الكلام ٣١: ٣١١.

(٢) نهاية المرام ١: ٤٧٥.

(٣) يمكن أن يقال بأنّ حقيقة التمكين متوقّفة على الزوجة فقط؛ بمعنى بذل نفسها للزوج وإن لم يتمكّن الزوج، وعلى هذا فلا مانع من أن يقال بلزوم النفقة في هذا الفرض من طرف، والذهاب إلى أنّ مجرّد العقد ليس سبباً لوجوب النفقة من طرف آخر، فتدبّر. م ج ف.

(٤) والرافع للضرر هو المهر. م ج ف

والجواب عن الثالث: أنّ المخرج هو النكاح الصحيح[١]. بتعبير أوضح: أصالة البراءة حجّة مع عدم دليلٍ ناقلٍ، لكنّه موجود هنا بالعمومات الدالّة على وجوب نفقة الأزواج، والأصل عدم التخصيص[٢].

والجواب عن الرابع: أنّ هذا أوّل الكلام، وإثباته على مدّعيه، وعلى فرض وجوده لا دليل على حجيّته، فالأقوى وجوب نفقة الزوجة الكبيرة التي لا تمتنع من تمكين نفسها، على الزوج الصغير (أي على وليّه) وإن كان هو لا يتمكّن من التمكين، وسنذكر دليله قريباً.

وجوب نفقة الزوجة على الزوج الصغير

القول الثاني: ـ وهو الحقّ ـ أنّه يجب على الزوج الصغير نفقة زوجته الكبيرة؛ بأن يؤدّي وليّه من مال الصغير أو من مال نفسه.

قال المحقّق: «أمّا لو كانت كبيرة وزوّجها صغيراً قال الشيخ ﷺ: لا نفقة لها، وفيه إشكال منشؤه تحقّق التمكين من طرفها، والأشبه وجوب الإنفاق»[٣].

وقال العلّامة: «وأمّا الزوجة الكبيرة؛ فإنّ لها النفقة إذا كانت ممكّنةً من نفسها، وبذلت التمكين عند الحاكم وإن كان الزوج صغيراً؛ لوجود المقتضي السالم عن المعارض؛ فإنّ المقتضي ـ وهو التمكين المستند إلى العقد الصحيح ـ ثابت هنا، والمانع ـ وهو الصِّغر ـ لا يصلح للمانعيّة، كما في نفقة الأقارب وهي أضعف، وإذا لم يمنع مع ضعف السبب فأولى أن لا يمنع مع قوّته»[٤].

---

(١) وهو عين المدّعى ومصادرة إلى المطلوب. م ج ف.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٥: ١٠٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٣٤٨.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٣٢١.

وتبعه الصيمري[١]. وقال الشهيد الثاني ﷺ: «فالقول بالوجوب أقوى؛ لأنّ الشارع رتّب إيجاب النفقة على أسبابٍ، فإذا حصلت وجب أن يثبت الوجوب، والمعلوم منه العقد مع بذل المرأة نفسها، أو مع عدم المنع»[٢].

واختار هذا القول الشيخ الأعظم[٣]. ودليله يعلم ممّا سبق في القول الأوّل فلانعيده.

آراء فقهاء أهل السنّة في نفقة الزوجة الصغيرة

أ ـ المالكيّة:

وهم يشترطون في وجوب النفقة شرائط: التمكين، وبلوغ الزوج، وإطاقة الزوجة للوطء[٤].

قال ابن شاس: إذا زوّجت صغيرة من بالغ فلها النفقة إن كان مثلها يوطأ ودَعَتهُ للدخول. وإن كان لا يوطأ مثلها فلا نفقة عليه.

وأمّا عكسه؛ بأن زوّجت بالغة من صغيرٍ فلا نفقة لها حتّى يبلغ الزوج؛ لأنّه يشترط في وجوب النفقة بلوغ الزوج، وإن زوّجت صغيرة من صغيرٍ فلا نفقة لها حتّى يبلغ الزوج وتطيق هي للوطء[٥].

ب ـ الحنابلة:

اشترطوا أيضاً في وجوب النفقة ثلاثة شرائط:

الأوّل: أن تكون الزوجة كبيرة واستكملت تسع سنين فأكثر.

---

(١) غاية المرام ٣: ١٨٢.

(٢) مسالك الأفهام ٨: ٤٤٤.

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

(٤) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٢٩٢.

(٥) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٣١٠ و ٢٩٧. حاشية الدسوقي ٢: ٥٠٨، شرح الزرقاني ٤: ٢٤٤، مواهب الجليل ٥: ٥٤١.

الثاني: أن يمكن وطء مثلها.

الثالث: أن تبذل التمكين التامّ من نفسها لزوجها.

على هذا إذا كانت المرأة كبيرةً ويمكن الاستمتاع بها، فمكّنت من نفسها، أو بذلت تسليمها ولم تمنع نفسها ولا منعها أولياؤها، فعلى زوجها الصبيّ نفقتها؛ لأنّه سلّمت نفسها تسليماً صحيحاً فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيراً، ولأنّ الاستمتاع بها ممكن وإنّما تعذّر من جهة الزوج، فعلى هذا يجبر الوليّ على نفقتها من مال الصبيّ؛ لأنّ النفقة على الصبيّ، وإنّما الوليّ ينوب عنه في أداء الواجبات عليه[1].

ج ـ **الشافعيّة**:

اشترطوا في وجوب النفقة على الزوج أيضاً تسليم الزوجة نفسها إليه وتمكينها له تمكيناً تامّاً من الاستمتاع، وليكن مستنداً إلى عقدٍ صحيح[2].

قال الماوردي: إنّ النفقة تجب باجتماع العقد والتمكين... ولم يخل الزوجين من أربعة أحوال:

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

الحال الثانية: أن يكون الاستمتاع ممكناً من جهة الزوج لبلوغه، وغير ممكن من جهة الزوجة لصِغرها، ففي وجوب نفقتها، عليه قولان:

الأوّل: لها النفقة؛ لأنّ المانع من الاستمتاع بها في الصغر كالمانع منه بالمرض، ونفقة المريضة واجبة، كذلك الصغيرة، ولأنّه قد تزوّجها عالماً بأنّه لا استمتاع فيها، فصار كالعاقد مع علمه بالعيوب، فلزم فيها حكم السلامة منها.

---

(١) المغني ٩: ٢٨١ و٢٨٢ و٢٨٤، الشرح الكبير ٩: ٢٥٢، الكافي في فقه أحمد ٣: ٢٢٧، المبدع ٧: ١٥٤، كشّاف القناع ٥: ٥٥٢، الإقناع ٥: ١٤٢، الإنصاف ٩: ٣٧٦ و٣٧٧، المحرّر في الفقه ٢: ١١٥.

(٢) الأمّ ٥: ٨٩ و١٠٧، مختصر المزني: ٢٣١، مغني المحتاج ٣: ٤٣٥، المجموع شرح المهذّب ١٩: ٣٤٠.

والقول الثاني: أنّه لا نفقة لها، نصّ عليه الشافعي، واختاره المزني، واستدلّا بأمرين:

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

والثاني: أنّ النفقة مستحقّة في مقابلة التمكين من الاستمتاع، فصارت بدلاً في مقابلة مبدل، وفوات المبدل موجب لسقوط البدل.

الحال الثالثة: أن يكون الاستمتاع من الزوجة ممكناً لكبرها، ومتعذّراً من جهة الزوج لصغره، وفيها أيضاً قولان..

والحال الرابعة: أن يتعذّر الاستمتاع من جهتها لصغرهما، وفيها أيضاً قولان[1] كما في الحالة السابقة.

د ـ الحنفيّة:

يشترط في وجوب النفقة عندهم تسليم المرأة نفسها إلى الزوج، بأن تخلّي بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها والاستمتاع بها حقيقة، ويتفرّع على هذا أنّه إذا كانت الزوجة صغيرة يجامع مثلها فهي كالبالغة في النفقة، وإن كانت لا يجامع مثلها فلا نفقة لها؛ لأنّ شرط الوجوب تسليم النفس، ولا يتحقّق التسليم في صغره حيث لا يجامع مثلها، فلا نفقة لها إذا كانا صغيرين، وإن كان الزوج صغيراً والمرأة كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها، ولكن إذا كان الزوج صغيراً لا مال له لم يؤخذ الأب بنفقة زوجته إلّا أن يكون ضمنها؛ لأنّ استحقاق النفقة على الزوج[2].

---

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

(٢) ردّ المختار لابن عابدين ٣: ٥٧٤، المبسوط للسرخسي ٥: ١٨٧ دار المعرفة، بيروت، تحفة الفقهاء ٢: ١٥٨، بدائع الصنائع للكاساني ٣: ٤٢٣، دار إحياء التراث العربي، الهداية ٢: ٣٢١، البناية في شرح الهداية ٥: ٤٩٨ و ٤٩٩.

المبحث السادس: حكم عدة الصغيرة في الطلاق

اختلف الفقهاء في أنّ الصبيّة التي لم تبلغ تسع سنين إذا دخل بها الزوج اشتباهاً أو فعل ذلك محرّماً، وكذا في اليائسة، هل عليهما عدّة الطلاق أم لا؟

وكذا في صورة الفسخ ووطء الشبهة الموجبين للعدّة في غير هذا الموضع على قولين:

قال السيّد المرتضى[١] وابن زهرة[٢] وابن شهرآشوب[٣]: إنّه تجب على الصغيرة العدّة في فرض المسألة.

واحتجّ السيّد المرتضى ﷺ بقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّئِي لَمْ يَحِضْنَ﴾[٤].

قال: «وهذا صريح في أنّ الآيسات من المحيض واللّائي لم يبلغن عدّتهنّ الأشهر على كلّ حالٍ».

ثمّ أورد على نفسه بأنّ في الآية شرطاً؛ وهو قوله ـ تعالى ـ: ﴿إِنِ ارْتَبْتُمْ﴾ وهو منتفٍ عنهما.

ثمّ أجاب بأنّ الشرط لا ينفع أصحابنا، لأنّه غير مطابق لما يشترطونه، وإنّما يكون نافعاً لهم لو قال ـ تعالى ـ: «إن كان مثلهنّ لاتحيض في اليائسات وفي اللّائي لم يبلغن المحيض إذا كان مثلهنّ تحيض» وإذا لم يقل ـ تعالى ـ ذلك وقال:

---

(١) الانتصار: ٣٣٤.

(٢) غنية النزوع: ٣٨٢.

(٣) متشابه القرآن ومختلفه ٢: ٢٠٠.

(٤) سورة الطلاق ٦٥: ٤.

﴿إنِ ارْتَبْتُمْ﴾، وهو غير الشرط الذي يشرطه أصحابنا، فلا منفعة لهم به.

وليس يخلو قوله ـ تعالى ـ: ﴿إنِ ارْتَبْتُمْ﴾ من أن يراد به ما قاله جمهور المفسّرين وأهل العلم بالتأويل من أنّه ـ تعالى ـ أراد به: إن كنتم مرتابين في عدّة هؤلاء النساء غير عالمين بمبلغها. ووجه المصير إلى هذا التأويل ما روي في سبب نزول هذه الآية أنّ أُبيّ بن كعب قال: يارسول الله إنّ عدداً من عدّة النساء لم تذكر في الكتاب: الصغار والكبار وأولات الأحمال، فأنزل الله: ﴿وَالَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ ـ إلى قوله: ـ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[1].

فكان سبب نزول هذه الآية الارتياب الذي ذكرناه. لا الارتياب بأنّها آيسةٌ أو غير آيسةٍ؛ لأنّه ـ تعالى ـ قد قطع في الآية على اليائس من المحيض، والمشكوك في حالها، والمرتاب في أنّها تحيض أو لا تحيض لا تكون آيسة.

ويدلّ ـ أيضاً على أنّ المراد الارتياب في العدّة ومبلغها ـ قوله: ﴿إنِ ارْتَبْتُمْ﴾ فإنّ المرجع في وقوع الحيض منها أو ارتفاعه إليها؛ وهي المصدّقة على ما تخبر به فيه، فإذا أخبرت بأنّ حيضها قد ارتفع قطع عليه، ولا معنى للارتياب مع ذلك، حيث إنّ المرجع فيه إليهنّ، فلو كانت الريبة في الآية منصرفة إلى اليأس من المحيض لكان حقّه أن يقول: «إن ارتبتنّ»؛ لأنّ المرجع إليهنّ فيه، فلمّا قال: ﴿إنِ ارْتَبْتُمْ﴾ فخاطب الرجال دون النساء، عُلِم أنّه يريد الارتياب في العدّة ومبلغها[2].

وقال ابن زهرة: «يجب أن تعتدّ بالشهور، وهو اختيار المرتضى، وبه قال جميع المخالفين، وطريقة الاحتياط تقتضي ذلك، وأيضاً قوله ـ تعالىٰ ـ: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ...﴾ وهذا نصّ، وقوله ـ تعالى ـ: ﴿إنِ ارْتَبْتُمْ﴾، معناه على ما

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ١١ / ٣٧١ دار الفكر بيروت، وج ٧: ٤١٤ دار صادر بيروت.

(٢) الانتصار: ٣٣٤ ـ ٣٣٥ مع تصرّف.

ذكره جمهور المفسّرين: إن كنتم مرتابين في عدّة هؤلاء النساء، وغير عالمين بمقدارها»[١].

جواب العلّامة والشهيد عن استدلال السيّد المرتضى

وأجاب عنه العلّامة والشهيد الثاني رحمهما الله: «بأنّه لا دلالة في الآية على ماذكره السيّد ﷺ لاشتراطها بالريبة، وهي عائدة إلى اليأس من المحيض وعدم المحيض، والقطع في علمه تعالى لا يستلزم انتفاء الريبة عندنا؛ لأنّه تعالى علّام الغيوب...

وسبب النزول لا يجب أن يكون عامّاً في الجميع، فجاز أن يقع السؤال عن الصغار والكبار الذين لم يحضن أو أيسن، مع أنّ مثلهنّ يحضن؛ فإنّه لا يمكن المحوالة في عدّتهنّ على الأقراء، فوجب السؤال، وصرف الريبة إلى العدّة والعلم بقدرها غير مناسب؛ لأنّ الأحكام الشرعيّة قبل ورود الشرع بها غير معلوم، فلايكون التعليم في هذه الصورة مشروطاً بالريبة دون غيرها؛ لعدم الأولويّة[٢]، إذ بيان الأحكام في القرآن الكريم لا يقيّد بالجهل في شيءٍ من الأحكام.

وأضاف الشهيد الثاني أنّه لو كان المراد ما ذكر السيّد ﷺ لقال: «إن جهلتم» ولم يقل ﴿إِنِ ارْتَبْتُمْ﴾؛ لأنّ سبب النزول كما ذكر يوجب ذلك؛ فإنّ أُبيّ بن كعب لم يشكّ في عدّتهنّ وإنّما جهل حكمه، وإنّما أتى بالضمير مذكّراً لكون الخطاب مع الرجال؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ﴾ ولأنّ النساء يرجعن في معرفة أحكامهنّ إلى رجالهنّ أو إلى العلماء فكان الخطاب لهم لا للنساء.

---

(١) غنية النزوع: ٣٨٢.

(٢) مختلف الشيعة ٧: ٤٦٦.

والحقّ أنّ الآية محتملة الأمرين، والاستناد إلى الآية الكريمة في الحكم غير بيّن وإن كانت الدلالة على مذهب المرتضى أوضح، والاعتماد في الحكم المشهور على الروايات الكثيرة المعتبرة الأسناد، ووجوب الجمع بينها، وبين الآية يعيّن المصير إلى ما ذكروه في الجواب ـ وإن كان خلاف الظاهر ـ مراعاةً للجمع[١].

نقول:

يحتمل في معنى الآية ﴿إنِ ارْتَبْتُمْ﴾ وجهان؛

الأوّل: ما ذكره السيّد المرتضى﵀ من أنّ المراد بالارتياب الجهل في عدّة هؤلاء النساء وعدم العلم بمبلغها.

الثاني: أن يكون الارتياب في أنّها يائسة أو غير يائسة، فيكون المراد من قوله ـ تعالىٰ ـ: ﴿وَالَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ...﴾ أي إذا يئسن من المحيض وحصلت لها صفة الآيسات، وهو انقطاع الحيض بحسب الظاهر، ولم يتحقّق كونه لكبر، ووصولها إلى حدّ اليأس منه أو لعارض، فحصل الشكّ في ذلك، فيجب عليهن العدّة بثلاثة أشهر.

قال في مجمع البيان: «﴿وَالَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إنِ ارْتَبْتُمْ﴾ فلا تدرون لكبرٍ ارتفع حيضهنّ أم لعارضٍ، فعدتهنّ ثلاثة أشهر، وهنّ اللواتي أمثالهنّ يحضن؛ لأنّهنّ لو كُنَّ في سنّ من لا تحيض لم يكن للارتياب معنى، وهذا هو المرويّ عن أئمّتنا﵈»[٢]. وقريب من هذا في الكشّاف[٣].

وقال الشيخ في معنى قوله ـ تعالىٰ ـ: ﴿وَالَّئِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إنِ ارْتَبْتُمْ﴾: «فشرط في إيجاب العدّة ثلاثة أشهر إن ارتابت، والريبة

---

(١) مسالك الأفهام ٩: ٢٣٤.

(٢) مجمع البيان ١٠: ٣٩.

(٣) الكشّاف ٤: ٥٥٧.

لاتكون إلّا فيمن تحيض مثلها. وأمّا من لا تحيض مثلها فلا ريبة عليها»[١].

وفي فقه القرآن للراوندي: «قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ...﴾ محمول على الآيسة من المحيض وفي سنّها من تحيض، وفي التي لم تحض وفي سنّها من تحيض؛ لأنّ الله ـ تعالىٰ ـ شرط فيه ذلك وقيّده بالريبة»[٢].

وفي تفصيل الشريعة «إنّ المراد من هذه الجملة الشريفة «إن أرتبتم» هو أنّ هذا القيد يدلّ على عدم ترتّب الحكم على مطلق اليائسة، بل على اليائسة المرتابة، وهي الّتي تشكّ في أنّها بلغت سنّ اليأس أم لا؟ وفي الحقيقة تشكّ في أنّ عدم الحيض، هل يكون مستنداً إلى اليأس، أو يكون لعارض من مرض أو غيره. وعليه: فمن بلغت سنّ اليأس مشخّصاً لا يكون حكمها مذكوراً في الآية الشريفة، وهكذا بالإضافة إلى قوله ـ تعالىٰ ـ: ﴿وَالَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَ﴾؛ فإنّ الظاهر ثبوت هذا القيد فيهنّ، وأنّ المراد ثبوت الريبة فيهنّ؛ بمعنى أنّ المرأة الّتي لم تر الدّم، ولكن شكّت في أنّ عدم رؤيتها هل لأجل عدم البلوغ بسنّ الحيض، أو مستند إلى عارض آخر، تكون مورداً للحكم في الآية. وأمّا المرأة غير المرتابة، وغير البالغة سنّ الحيض فلا تعرّض في الآية لحكمها.»[٣]

فالأقوى في معنى قوله ـ تعالى ـ: ﴿إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ﴾ أن يقال: إنّ الارتياب في اليأس من المحيض وعدم المحيض، لا الارتياب في حكم هؤلاء النساء؛ لأنّه ورد في بعض الأخبار ما يدلّ على ذلك، مثل:

صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: وسألته عن قول الله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ﴾ ما الريبة؟ فقال: «ما زاد على شهرٍ فهو ريبةٌ، فلتعتدّ ثلاثة أشهر،

---

(١) الخلاف للطوسي ٥: ٥٣.

(٢) فقه القرآن ٢: ١٥٤.

(٣) تفصيل الشريعه، كتاب الطلاق والمواريث: ١٠٠.

ولتترك الحيض، وما كان في الشهر لم يزد في الحيض على ثلاث حيض، فعدّتها ثلاث حيض»[١].

قال الشيخ: «الوجه فيه: أنّه إن تأخّر الدم عن عادتها أقلّ من الشهر فليس لريبة الحبل، بل ربما كان لعلّة فلتعتدّ بالأقراء، فإن تأخّر الدّم شهراً فإنّه يجوز أن يكون للحمل، فتعتدّ ثلاثة أشهرٍ ما لم تر فيها دماً»[٢].

وفي معناها صحيحة محمّد بن مسلم؛ لأنّ فيها **«والتي قد ارتفع حيضها وزعمت أنّها لم تيأس»**[٣].

وصحيحة زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: **أمران أيّهما سبق بانت منه المطلّقة، المستريبة...**[٤] ومعنى المستريبة كما في الفقيه[٥] المرأة التي تستريب الحيض.

فالظاهر أنّ المقصود من الارتياب في الآية، الارتياب بأنّها يائسة أو غير يائسة، لا الارتياب في العدّة، ولا أقلّ أنّ الآية تحتمل الأمرين، فلا يمكن الاستدلال بها على ما ذهب إليه السيّد المرتضى رحمه الله.

الروايات التي تدلّ على مذهب السيّد المرتضى وأتباعه

إنّ أهمّ الروايات التي يمكن أن يستدلّ بها لمذهب السيّد المرتضى وأتباعه ما يلي:

١ ـ رواية أبي بصير قال: **«عدّة التي لم تبلغ الحيض ثلاثة أشهر، والتي**

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

(٣) نفس المصدر والباب، ح ١.

(٤) نفس المصدر والباب، ح ٥.

(٥) الفقيه ٣: ٣٣٢، ح ١٦٠٩.

قد قعدت من المحيض ثلاثة أشهر»[١]. ودلالتها واضحة.

٢ ـ صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**عدّة المرأة التي لا تحيض، والمستحاضة التي لا تطهر، والجارية التي قد يئست ولم تدرك الحيض ثلاثة أشهر، والتي يستقيم حيضها ثلاث حيض، متى ما حاضتها فقد حلّت للأزواج**»[٢].

وفي رواية محمّد بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في الجارية التي لم تدرك الحيض: قال: «**يطلّقها زوجُها بالشهور**» الحديث[٣].

قال العلّامة: «رواية أبي بصير ضعيفة السند؛ لأنّ ابن سماعة وابن جبلة وعلي ابن أبي حمزة كلّهم منحرفون عن الحقّ، وأبو بصير لم يسندها إلى إمام، ومع ذلك فهي محمولة على ما إذا كانتا في سنّ من تحيض»[٤].

وقال الشيخ رحمه الله بعد ذكر هذا الخبر: «فهذا الخبر نحمله على من تكون مثلها تحيض؛ لأنّ الله ـ تعالى ـ شرط ذلك وقيّده بمن يرتاب بحالها. قال الله ـ تعالى ـ: ﴿**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾ فشرط في إيجاب العدّة ثلاثة أشهر أن تكون مرتابة.

وكذلك كان التقدير في قوله ـ تعالى ـ: ﴿**وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ**﴾ أي فعدّتهنّ ثلاثة أشهر، وهذا أولى ممّا قاله ابن سماعة؛ لأنّه قال: تجب العدّة على هؤلاء كلّهنّ، وإنّما تسقط عن الإماء العدّة؛ لأنّ هذا تخصيص منه في الإماء بغير دليل. والذي ذكرناه مذهب معاوية بن حكيم من متقدّمي فقهاء أصحابنا وجميع فقهائنا المتأخّرين، وهو مطابق لظاهر القرآن»[٥].

---

(١) وسائل الشيعة ١٥: ٤٠٧ الباب ٢ من أبواب العدد، ح٦.

(٢) نفس المصدر والباب، ح٨.

(٣) نفس المصدر والباب، ح ٧.

(٤) مختلف الشيعة ٧: ٤٦٦.

(٥) تهذيب الأحكام ٨: ١٣٨.

وقال المحقّق الأردبيلي: «ورواية أبي بصير ضعيفة، وصحيحة الحلبي تحمل على ما حمله الشيخ عليه رواية أبي بصير كما تقدّم.

على أنّ الصحيحة مشتملة على حكم المستحاضة، والقائل به غير ظاهر.

وعلى أنّ عدّة المسترابة ثلاثة حيض، مع أنّ عدّتها أحد الأمرين: إمّا ثلاثة أشهر أو ثلاثة أطهار، وفي متنها أيضاً شيء»[1].

ويؤيّد حمل الشيخ رواية محمّد بن حكيم عن العبد الصالح عليه السلام قال: قلت له: المرأة الشابّة التي لا تحيض ومثلها يحمل، طلّقها زوجها، قال: «عدّتها ثلاثة أشهر»[2].

وقال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: «ويمكن حمل ما تضمّن العدّة هنا على التقيّة؛ لموافقها لمذهب العامّة، وعلى الاستحباب»[3].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

إيضاح:

لم يحتجّ السيّد بهذه الأخبار؛ لأنّه لا يعتبر الأخبار الصحيحة الواردة بطريق الآحاد، فكيف بمثل هذه الأخبار، ولذا استند إلى الآية فقط.

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

عدم وجوب العدّة على الزوجة الصغيرة

القول الثاني: ـ وهو الأقوى ـ ما قال المشهور من أنّه لا تجب على الصغيرة العدّة في فرض المسألة.

---

(١) زبدة البيان ٢: ٧٥١ و ٧٥٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٥: ٤١٢ أبواب العدد الباب ٤، ح٨.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق والمواريث: ٩٥.

قال الشيخ ﷺ: «ومَن طلّق صبيّة لم تبلغ المحيض وقد كان دخل بها فعدّتها ثلاثة أشهرٍ إن كانت في سنّ من تحيض؛ وهي أن تبلغ تسع سنين، وإن صغرت عن ذلك لم يكن عليها عدّةٌ من طلاق»[١].

ذهب إلى هذا القول أكثر الأصحاب، منهم: المفيد[٢] والصدوق[٣] وسلّار[٤] وأبو الصلاح الحلبي[٥] وابن البرّاج[٦] وابن حمزة[٧] وابن إدريس[٨] ومن تأخّر[٩] عنهم، وبه قال أيضاً جماعة من المتأخّرين[١٠] ومتأخّري المتأخّرين[١١] وبعض أعلام العصر[١٢].

قال في تحرير الوسيلة: «لا عدّة على من لم يدخل بها ولا على الصغيرة؛ وهي من لم تكمل التسع وإن دخل بها، ولا على اليائسة؛ سواء بانت في ذلك كلّه بطلاق أو فسخ أو هبة مدّةٍ أو انقضائها»[١٣].

---

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

(٢) المقنعة: ٥٣٣.

(٣) المقنع: ٣٤٥.

(٤) المراسم العلويّة: ١٦٧.

(٥) الكافي: ٣١٢.

(٦) المهذّب ٢: ٣١٥.

(٧) الوسيلة: ٣٢٥.

(٨) السرائر ٢: ٧٣٣.

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

(١٠) الجامع للشرائع: ٤٧٠، إرشاد الأذهان ٢: ٤٧، إيضاح الفوائد ٣: ٣٣٧، المهذّب البارع ٣: ٤٨٨، كشف الرموز ٢: ٢٢٥، غاية المرام ٣: ٢٣٧، مسالك الأفهام ٩: ٢٣٠.

(١١) نهاية المرام ٢: ٨٨، رياض المسائل ٧: ٣٦٧، كشف اللثام ٨: ٩٢، كنز الفوائد ٢: ٥٩١، الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٣١، جواهر الكلام ٣٢: ٢٣٢.

(١٢) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٦: ٨٤، وسيلة النجاة وتعليقته ٢: ٢٨٦، منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ٢٩٧، مهذّب الأحكام ٢٦: ٧٥.

(١٣) تحرير الوسيلة ٢: ٣١٨ مسألة ١.

وفي تفصيل الشريعة: «لا عدّة عليها ـ أي على الصغيرة ـ وإن دخل بها مع الجواز أو بدونه»[١].

أدلّة عدم ثبوت العدّة للصغيرة

قد استدلّ لعدم ثبوت العدّة للصغيرة بأُمورٍ:

الأوّل: الإجماع كما ادّعاه في الرياض[٢].

وفيه: أنّه ـ مع مخالفة السيّد المرتضى ومن تبعه ـ لا يمكن الجزم بتحقّق الإجماع التعبّدي الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام، مضافاً إلى أنّه محتمل المدركيّة، فلا يكون دليلاً مستقلّاً في المسألة.

الثاني: الأصل، وفيه: أنّه مع وجود الدليل لا يجري الأصل.

الثالث: ـ وهو العمدة ـ النصوص المستفيضة، بل كما قال في الرياض والجواهر: كادت تكون متواترة:

منها: معتبرة عبد الرحمن بن الحجّاج قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «**ثلاث تتزوّجن على كلّ حال: التي لم تحض ومثلها لا تحيض**. قال: قلت: وما حدّها؟ قال: **إذا أتى لها أقلّ من تسع سنين، والتي لم يدخل بها، والتي قد يئست من المحيض ومثلها لا تحيض**. قلت: وما حدّها؟ قال: **إذا كان لها خمسون سنة**»[٣].

ومنها: الصحيحة الثانية لعبد الرحمن بن الحجّاج أو موثّقته[٤].

قال في الوسائل: والظاهر تعدّد الروايتين، والرواية الثانية مخصوصة بالقرشيّة

---

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق والمواريث: ٩٤.

(٢) رياض المسائل ٧: ٣٦٧.

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

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

والنبطيّة، والرواية الأُولى مخصوصة بغيرهما[١].

ومنها: معتبرة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «**التي لا تحبل مثلها لا عدّة عليها**»[٢].

قال الشيخ الحرّ العاملي رحمه الله في ذيلها: «هذا يدلّ على حكم الصغيرة أيضاً، وهو ظاهر».

ومنها: صحيحة زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام في الصبيّة التي لا يحيض مثلها، والتي قد يئست من المحيض، قال: «**ليس عليهما عدّة وإن دخل بهما**»[٣].

ومنها: ما رواه في الفقيه عن جميل أنّه قال في الرجل يطلّق الصبية التي لم تبلغ ولا تحمل مثلها، وقد كان دخل بها، والمرأة التي قد يئست من المحيض وارتفع طمثها ولا تلد مثلها. فقال: «**ليس عليهما عدّة**»[٤].

قال المحدّث البحراني: «يكون الخبر صحيحاً»[٥].

ورواه في الكافي[٦] والسرائر[٧] مع اختلاف يسير، والصدوق رحمه الله عبّر عنه بلفظ: «أنّه قال في الرجل»، وبالنظر إلى هذه القرائن يكون الخبر صحيحاً.

وقال المحقّق الأردبيلي: «ولا يضرّ إرسال مثل جميل في مثلها». وقال في الفقيه[٨]: «وفي رواية جميل أنّه قال في الرجل إلى آخر الرواية، وكأنّه نقل بلا واسطة عن أبي عبدالله عليه السلام»[٩].

---

(٢) نفس المصدر والباب، ح٢.

(٣) نفس المصدر والباب، ح٣.

(٤) الفقيه ٣: ٣٣١، ح١٦٠٦.

(٥) الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٣٢.

(٦) الكافي ٦: ٨٤، ح١، وسائل الشيعة ١٥: ٤٠٦، الباب ٢ من أبواب العدد، ح٣.

(٧) السرائر ٣: ٥٦٧.

(٨) الفقيه ٣: ٣٣١.

(٩) زبدة البيان ٢: ٧٥٠.

ومثلها المرسلة الثانية لجميل بن درّاج رواها في التهذيب[١] ويؤيّده أنّ المقتضي للاعتداد زال، فتزول العدّة؛ لأنّ العدّة إنّما شُرّعت لاستعلام فراغ الرحم من الحمل غالباً، وهذه الحكمة منتفية هنا قطعاً، فلا وجه لوجوب العدّة، ويشعر بهذه الحكمة رواية محمّد بن مسلم المتقدّمة.

وأيضاً أنّ غير المدخول بها لا عدّة عليها إجماعاً، فكذا الصغيرة؛ إذ الدخول هنا لا اعتبار به[٢].

وجوب عدّة الوفاة على الزوجة الصغيرة

ماسبق ذكره كان في عدّة الطلاق، وأمّا عدّة الوفاة فلا خلاف بين الفقهاء[٣] في أنّ الحرّة الحائل المتوفّى عنها زوجها تعتدّ أربعة أشهر وعشرة أيّام، صغيرة كانت أو كبيرة، مدخولاً بها أو غير مدخول بها، دائمة أو متمتّعاً بها، بالغاً كان الزوج أو غيره.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

ويدلّ على ذلك **أوّلاً**: قوله تعالى: ﴿**وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً**﴾[٤] فإنّها بإطلاقها شاملة لجميع ما ذكرنا. قال في تفصيل الشريعة: «ومقتضى إطلاقه عدم الفرق بين الموارد المذكورة حتى بالنسبة إلى الزوجة غير المدخول بها، التي لا عدّة لها في الطلاق، كما أنّه لا فرق بين

---

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٦٦، ح ٢١٩، وسائل الشيعة ١٥: ٤٠٥ الباب ٢ من أبواب العدد، ح ٢.

(٢) المهذب البارع ٣: ٤٨٨، مسالك الأفهام ٩: ٢٣١، غاية المرام ٣: ٢٣٧، كنز العرفان ٢: ٣٦٠.

(٣) المقنعة: ٥٣٤، الخلاف ٥: ٥٨، الجامع للشرائع: ٤٧١، شرائع الإسلام ٣: ٣٨، المختصر النافع: ٢٢٥، قواعد الأحكام ٣: ١٤٢، إرشاد الأذهان ٢: ٤٨، تحرير الأحكام ٤: ١٥٣، رياض المسائل ٧: ٣٧٧، مسالك الأفهام ٩: ٢٧١، جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٤، الحدائق الناضرة ٢٥: ٣٩١، منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ٢٩٧، تحرير الوسيلة ٢: ٣١٨، تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق والمواريث: ١٤٥ـ١٤٦.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٣٤.

أن يكون الزوج كبيراً أو صغيراً»[١].

وثانياً: الأخبار الواردة في المقام، وهي مستفيضة، بل كادت تكون متواترة.

منها: صحيح الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام، أنّه قال في المتوفّى عنها زوجها إذا لم يدخل بها: «**إن كان فرض لها مهراً فلها مهرها الذي فرض لها، ولها الميراث، وعدّتها أربعة أشهر وعشراً كعدّة التي دخل بها، وإن لم يكن فرض لها مهراً فلا مهر لها، وعليها العدّة ولها الميراث**»[٢].

ومنها: مرسلة عبد الرحمن بن الحجّاج، عن علي بن الحسين عليه السلام قال في المتوفّى عنها زوجها ولم يدخل بها: «**إنّ لها نصف الصداق، ولها الميراث وعليها العدّة**»[٣].

ومنها: صحيحة زرارة قال: سألت أباجعفر عليه السلام عن رجل تزوّج جارية لم تدرك لا يجامع مثلها، أوْ تزوّج رتقاء، فأُدخلت عليه، فطلّقها ساعة أُدخلت عليه؟ قال: «**هاتان ينظر إليهنّ من يوثق به من النساء، فإن كنّ كما دخلن عليه فإنّ لها نصف الصداق، الذي فرض لها، ولا عدّة عليهنّ منه. قال: فإن مات الزوج عنهنّ قبل أن يطلّق فإنّ لها الميراث ونصف الصداق، وعليهنّ العدّة أربعة أشهر وعشراً**»[٤].

وكذا الأخبار المعتبرة الأُخرىٰ[٥].

فالنصوص مع كثرتها وصحّة أسنادها، بعضها صريح في الصغيرة، وبعضها

---

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق والمواريث: ١٤٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٥: ٧٦ أبواب المهور الباب ٥٨، ح٢٢.

(٣) نفس المصدر والباب، ح٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٥: ٧٠، أبواب المهور، الباب ٥٧، ح١.

(٥) وسائل الشيعة ١٥: ٦٢ أبواب المهور الباب ٥١، ح٤، وص ٧١ الباب ٥٨، ح١، ٣، ٤، ٦، ١٢، ٢٠، ٢٢ و٢٣ و ص ٤٦٢ أبواب العدد الباب ٣٥ ح١ـ٣، و ج١٧: ٥٢٩ أبواب ميراث الأزواج، الباب ١٢ ح١.

مطلق يشمل كلّ امرأة صغيرةً كانت أو كبيرة، دخل بها أو لم يدخل بها، بالغاً كان الزوج أو غيره[١]، وحيث إنّ الصغيرة لا تكليف عليها على نحو الإلزام، فالحكم يتوجّه إلى الولّي، وهو الذي يأمر الصغيرة برعاية مسائل العدّة كما هو ظاهر.

هذا، وفي ذيل رواية الشيخ في التهذيب عن محمّد بن عمر الساباطي قال: وسألته عن المتوفّى عنها زوجها من قبل أن يدخل بها؟ قال: «**لا عدّة عليها هما سواء**»[٢]، فهذه تدلّ على عدم ثبوت العدّة على الصغيرة.

ولكن يمكن الجواب عنها، كما قال الشهيد الثاني ﷺ: «وأمّا ما رُوي في شواذّ أخبارنا من عدم وجوب العدّة على غير المدخول بها فهو ـ مع ضعف سنده ـ معارض بما هو أجود سنداً وأوفق لظاهر القرآن وإجماع المسلمين»[٣].

وتبعه سبطه السيّد العاملي[٤] وصاحب الجواهر[٥].

وقال المحدّث البحراني: «والأظهر عندي أنّها محمولة على التقيّة، كما يشير إليه ما رواه الشيخ ﷺ في التهذيبين عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبدالله ﷺ عن رجلٍ طلّق امرأته قبل أن يدخل بها، أعليها عدّة؟ قال: لا. قلت له: المتوفّى عنها زوجها قبل أن يدخل بها، أعليها عدّة؟ قال: **أمسك عن هذا**»[٦].

وكذا موثّقة عبيد بن زرارة، عن أبي عبدالله ﷺ في المتوفّى عنها زوجها ولم يدخل بها، وفي آخرها قلت: والعدّة؟ قال: «**كفّ عن هذا**»[٧].

---

(١) رياض المسائل ٧: ٣٧٦.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ١٤٤، ح ٤٩٧؛ وسائل الشيعة ١٥: ٤٦٢ أبواب العدد الباب ٣٥، ح ٤.

(٣) مسالك الأفهام ٩: ٢٧٢.

(٤) نهاية المرام ٢: ٩٩.

(٥) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٤.

(٦) تهذيب الأحكام ٨: ١٤٤، الاستبصار ٣: ٣٣٩، وسائل الشيعة ١٥: ٤٦٣ أبواب العدد الباب ٣٥، ح ٥.

(٧) وسائل الشيعة ١٥: ٧٤ أبواب المهور الباب ٥٨، ح ١١.

ولا ريب أنّ أمره عليه السلام للسائل بالكفّ والإمساك في هذين الخبرين لا وجه له إلّا التقيّة[١].

وقوّى في الجواهر وجوب عدّة الوفاة للصغيرة كالكبيرة، بأنّه فرق بين عدّة الطلاق، وعدّة الوفاة التي هي في الحقيقة لإظهار التحزّن والتفجّع على الزوج والاحترام لفراشه، ولذلك اعتبرت بالأشهر وأمر فيها بالحداد، بخلاف عدّة الطلاق المعتبر فيها الأقراء أوّلاً وبالذات[٢].

رأي فقهاء أهل السنّة في عدّة الصغيرة

ذهب جمهور فقهاء العامّة إلى أنّ عدّة الزوجة الصغيرة المتوفّى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرة أيّام؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْراً﴾[٣].

قال ابن شاس: «المتوفّى عنها زوجها عليها عدّة الوفاة... وإن كانت حائلاً، فتعتدّ الحرّة بأربعة أشهر وعشرة أيّام؛ سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخولٍ بها، صغيرةً أو كبيرةً، حرّةً أو أمةً، مؤمنةً أو كافرة»[٤]، وكذا في أسهل المدارك[٥]، والمجموع شرح المهذّب[٦] والبناية في شرح الهداية[٧] وكثيرٍ من كتبهم[٨].

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٦١ مع تصرّف ما.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٤.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٣٤.

(٤) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٢٦٧. مع تصرّف ما.

(٥) أسهل المدارك ٢: ٣١.

(٦) المجموع ١٩: ٢٢٣.

(٧) البناية في شرح الهداية ٥: ٤١٠.

(٨) المغني ٩: ١٠٦، الشرح الكبير ٩: ٨٨، بداية المجتهد ٢: ٩٥، بدائع الصنائع ٣: ٣٠٤، المبسوط للسرخسي ٦: ٥١ و٥٢، مغني المحتاج ٣: ٣٩٥، التفّ في الفتاوي: ٢١١، الهداية شرح بداية المبتدي: ٣٠٨.

وجوب الحداد على الزوجة الصغيرة

المشهور بين الفقهاء أنّه يجب على الزوجة الصغيرة ـ كالكبيرة ـ الحداد، وهو لغةً[١] المنع، وشرعاً «ترك ما فيه زينة من الثياب، والإدهان المقصود بها الزينة والتطيّب فيها أو في البدن، والتكحيل بالأسود أو بغيره ممّا فيه زينةٌ بلونه أو بغيره»[٢].

وفي تفصيل الشريعة: «والمراد منه ترك كلّ ما يعدّ زينة، وأُريد به التزيّن للزوج... ومن المعلوم اختلاف ذلك بحسب الأشخاص من جهة السنّ، ومن جهة الغنى والفقر، ومن جهة الشرف وغيره، وبحسب الأزمان والأمكنة... وأمّا مثل تنظيف البدن... وتزيين الأولاد فلا مانع منه»[٣].

قال الشيخ: «المتوفّى زوجها إذا كانت صغيرة عليها الحداد بلا خلاف، وينبغي لوليّها أن يجنّبها ما يجب على الكبيرة اجتنابه من الحداد»[٤].

وتبعه ابن البرّاج[٥] والمحقّق[٦]. وظاهر المسالك أنّ هذا الحكم اتّفاقيّ، حيث لم يشر إلى خلافٍ فيه[٧]. وقال في الجواهر: «فيستوي ذلك في الصغيرة، والكبيرة والمسلمة والذمّية، كما صرّح به غير واحدٍ، بل ظاهر المسالك المفروغيّة منه، بل عن الشيخ في الخلاف نفي الخلاف فيه»[٨].

---

(١) المصباح المنير: ١٢٤.

(٢) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٦.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق والمواريث: ١٥٤ ـ ١٥٥.

(٤) الخلاف ٥: ٧٣، المبسوط للطوسي ٥: ٢٦٥.

(٥) المهذّب ٢: ٣٣٩.

(٦) شرائع الإسلام ٣: ٣٨.

(٧) مسالك الأفهام ٩: ٢٧٨.

(٨) جواهر الكلام ٣٢: ٢٨١.

وذهب إلى هذا القول الشافعي[١] وابن قدامة[٢] وبعض الآخر من فقهاء أهل السنة[٣] أيضاً.

ويدلّ على ذلك الإجماع الذي ادّعاه في الجواهر[٤] والرياض[٥] والمسالك[٦].

وهكذا إطلاق النصوص المعتبرة:

منها: صحيحة ابن أبي يعفور، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن المتوفّى عنها زوجها؟ قال: «**لا تكتحل للزينة ولا تطيب، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً، ولاتبيت عن بيتها، وتقضي الحقوق، وتمتشط بغسلة، وتحجّ وإن كان في عدّتها**»[٧].

ومنها: خبر أبي العبّاس قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: المتوفّى عنها زوجها قال: «**لا تكتحل لزينةٍ، ولا تطيب، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً**»[٨].

ولكن استشكل فيه ابن إدريس، حيث قال: «ولي في الصغيرة نظر؛ لأنّ لزوم الحداد حكم شرعيّ وتكليف سمعيّ، والتكاليف لا تتوجّه إلّا إلى العقلاء»[٩].

وفي المختلف: «وقول ابن إدريس: لا بأس به؛ لأنّ الحداد هو ترك ما يحصل به الجمال والزينة، ولبس الثياب المزعفرات والملوّنات التي تدعو النفس إليها وتميل الطباع نحوها، وهو إنّما يؤثّر في البالغ دون الصبيّة غالباً»[١٠]. وقوّاه في

---

(١) الأمّ ٥: ٢٣٢، المجموع ١٩: ٢٦٩، المبسوط للسرخسي ٦: ٦٠.

(٢) المغني ٩: ١٦٦، الشرح الكبير ٩: ١٤٦.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد ٣: ٢١٠.

(٤) جواهر الكلام ٣٢: ٢٧٦.

(٥) رياض المسائل ٧: ٣٧٨.

(٦) مسالك الأفهام ٩: ٢٧٦.

(٧) وسائل الشيعة ١٥: ٤٥٠، الباب ٢٩ من أبواب العدد، ح ٢.

(٨) نفس المصدر والباب، ح ٣.

(٩) السرائر ٢: ٧٣٩.

(١٠) مختلف الشيعة ٧: ٤٧٧.

الحدائق[١] وكشف اللثام[٢] والجامع للشرائع[٣]. وأفتى به السيّد الخوئي[٤]. واختاره أبو حنيفة[٥]. ومال إليه في الرياض[٦].

وقال في تحرير الوسيلة: في المسألة قولان، أشهرهما الوجوب، بمعنى وجوبه على وليّ الصغيرة والمجنونة، فيجنّبهما عن التزيين مادامتا في العدة، وفيه تأمّل وإن كان أحوط[٧].

وأورد علي ابن ادريس في الجواهر بقوله: «لا يخفى على من رزقه الله فهم اللسان مساواة الأمر بالحداد؛ للأمر بالاعتداد الذي لا خلاف بين المسلمين ـ فضلاً عن المؤمنين ـ في جريانه على الصغيرة، على معنى تكليف الوليّ بالتربّص بها فيجري مثله في الحداد، ولا حاجة إلى الإشارة في النصوص إلى خصوص ذلك؛ ضرورة معلوميّة توجّه التكليف إلى الأولياء في كلّ ما يراد عدم وجوده في الخارج، نحو ما سمعته في مسّ الطفل والمجنون كتابة القرآن، وبالجملة: فالمراد التربُّص بها هذه المدّة مجرّدةً عن الزينة، وهو معنى يشمل الصغير والكبير»[٨].

والإنصاف أنّما اختاره ابن إدريس ومن تبعه في مقابل قول المشهور وجيه[٩]،

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٥: ٤٧٤.

(٢) كشف اللثام ٨: ١١٩.

(٣) الجامع للشرائع: ٤٧٢.

(٤) منهاج الصالحين ٢: ٢٩٩.

(٥) بدائع الصنائع ٣: ٣٣١، المجموع شرح المهذّب ١٩: ٢٦٩، المبسوط للسرخسي ٦: ٦٠.

(٦) رياض المسائل ٧: ٣٧٩.

(٧) تحرير الوسيلة ٢: ٣٢٢ مسألة ٦.

(٨) جواهر الكلام ٣٢: ٢٨١.

(٩) الإنصاف أنّه لا وجاهة لما ذهب إليه ابن إدريس، ولا مجال هنا للاستدلال برفع القلم؛ فإنّه بعد صحّة تزويج الصغيرة يترتّب عليه آثاره من قبيل الاعتداد للوفاة، ومن الواضح وجود الملازمة الشرعيّة بين ←

لرفع القلم عن الصغيرة، ولأجل هذا تنصرف النصوص عنها، ولا يجب على الوليّ أن يكلّفها على الحداد؛ لأنّ ماهيّة حكم وجوب الحداد على نحو تتوجّه بالمرأة فقط ولا تشمل الصبيّة، كما يشعر إليها بعض النصوص[1]، وقياس هذا بوجوب حفظ الطفل والمجنون عن مسّ كتابة القرآن مع الفارق.

وعلى فرض الشكّ يدفع عن الوليّ بالأصل، وينتج عدم وجوب شيء عليه، إلّا أن يتمّ الإجماع في المسألة وهو مشكل؛ لمخالفة بعض الفقهاء وذهابهم على عدم وجوب الحداد على الصغيرة، فلا يكون القول بوجوبه عليها كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

← الحداد وعدّة الوفاة، كما أنّه لا مجال للاستدلال برفع القلم بالنسبة إلى نفي الاعتداد.

وبالجملة: حديث الرفع دالّ على النفي بالنسبة إلى التكاليف الابتدائية، أمّا بالنسبة إلى الموضوعات التي قد أحدثها الصبيّ أو الصبيّة فلا دلالة فيه، وبما أنّ المقام من قبيل الثاني فلا يشمله الحديث، كما أنّه إذا أحرمت الصبية فتجب عليه الاجتناب عن المحرّمات إجماعاً، فتدبّر. م ج ف.

(١) سنن أبي داود ٢: ٥٠٢ ح ٢٣٠٤، سنن البيهقي ٧: ٤٣٩ـ ٤٤٠.

المبحث السابع: عدم الولاية على الطلاق

قد تقدّم أنّ للأب والجدّ وغيرهما ولاية على تزويج الصغار، وهنا سؤال؛ وهو أنّه هل كان للوليّ الولاية على الطلاق كالنكاح أم لا؟

قد صرّح الفقهاء بعدم الولاية على الطلاق، بل كان هذا إجماعيّاً بينهم؛ سواء كان الوليّ أباً أو جدّاً أو غيرهما، فلو طلّق وليّه عنه لم يصحّ.

قال الشيخ ﷺ: «والغلام إذا طلّق وكان ممّن يحسن الطلاق وقد أتى عليه عشر سنين فصاعداً جاز طلاقه، وكذلك عتقه وصدقته ووصيّته... ولا يجوز لوليّه أن يُطلّق عنه، اللّهمّ إلّا أن يكون قد بلغ وكان فاسد العقل؛ فإنّه والحال على ماذكرناه جاز طلاق الوليّ عنه»[١].

وبه قال في المهذّب[٢] والسرائر[٣]. واختاره الفاضلان[٤] وابنا سعيد[٥] وحمزة[٦] والكيدري[٧] والفاضل المقداد[٨] والشهيدان[٩]. وبه قال أيضاً جماعة من المتأخّرين[١٠].

---

(١) النهاية للطوسي: ٥١٨.

(٢) المهذّب لابن البرّاج ٢: ٢٨٨.

(٣) السرائر ٢: ٦٧٢ـ٦٧٣.

(٤) شرائع الإسلام ٣: ١٢، المختصر النافع: ٢٢١، قواعد الأحكام ٣: ١٢١، إرشاد الأذهان ٢: ٤٢.

(٥) الجامع للشرائع: ٤٦٦.

(٦) الوسيلة: ٣٢٣.

(٧) إصباح الشيعة: ٤٥٣.

(٨) التنقيح الرائع ٣: ٢٩٤.

(٩) اللمعة الدمشقيّة: ١٢٣، مسالك الأفهام ٩: ١١.

(١٠) نهاية المرام ٢: ٨، مفاتيح الشرائع ٢: ٣١٣، رياض المسائل ٧: ٢٨٥، الحدائق الناضرة ٢٥: ١٥٣، كفاية الفقه ٢: ٣١٧، تحرير الوسيلة ٢: ٣٠٩، تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق والمواريث: ١٤.

أدلّة عدم جواز طلاق الوليّ عن الصبيّ

واستدلّوا على هذا الحكم بوجوهٍ:

الأوّل: الإجماع الذي ادّعاه الشيخ في الخلاف[١]، وادّعاه أيضاً الفاضل الاصفهاني[٢] والسيّد صاحب المدارك[٣] وصاحب الجواهر[٤] وحكاه في الرياض[٥] عن جماعةٍ.

الثاني: استصحاب بقاء الزوجيّة إذا طلّقها الوليّ، كما أشار إليه في كشف اللثام[٦] والجواهر[٧] والخلاف[٨] والرياض[٩].

الثالث: أنّه لم تثبت الملازمة بين صحّة النكاح وصحّة الطلاق، فإذا جاز لوليّ الصغير تزويجه فلا يلازم جواز صحّة الطلاق عنه، كما في تفصيل الشريعة[١٠].

الرابع: وهو العمدة، النصوص:

منها: النبوي المقبول بين الفريقين، الذي قال ﷺ: «**الطلاق بيد من أخذ بالساق**»[١١] وأشار إليه المحقّق في الشرائع، حيث قال: «لاختصاص الطلاق

---

(١) الخلاف ٤: ٤٤٢ المسألة ٢٩.

(٢) كشف اللثام ٨: ٧.

(٣) نهاية المرام ٢: ٨.

(٤) جواهر الكلام ٣٢: ٥ـ٦.

(٥) رياض المسائل ٧: ٢٨٥.

(٦) كشف اللثام ٨: ٦.

(٧) جواهر الكلام ٣٢: ٥ـ٦.

(٨) الخلاف ٤: ٤٤٢ مسألة ٢٩.

(٩) رياض المسائل ٧: ٢٨٥.

(١٠) تفصيل الشريعة، كتاب الطلاق والمواريث: ١٥.

(١١) سنن ابن ماجة ٣: ٤٦٩ ح ٢٠٨١، سنن الدارقطني ٤: ٢٤ـ٢٥ ح ٣٩٤٦ـ٣٩٤٨، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٦٠، كنز العمّال ٩: ٦٤٠ ح ٢٧٧٧٠.

بمالك البضع»[١].

وقال في المسالك: أشار بهذا التعليل إلى الرواية عنه ﷺ قال: «**الطلاق بيد من أخذ بالساق**». والمبتدأ منحصر في خبره، وهو يقتضي انحصار وقوع الطلاق المعتبر في الزوج المستحقّ للوصف[٢].

وفي الجواهر: «ويدلّ بمقتضى الحصر على اختصاص الطلاق بمالك البضع على وجه ينافي الطلاق بالولاية، دون الوكالة التي هي في الحقيقة طلاق من المالك عرفاً»[٣].

ومنها: رواية فضل بن عبد الملك ـ وعبّر عنها السيّد صاحب المدارك[٤] بالصحيحة ـ قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغير؟ قال: لابأس. قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا. الحديث[٥].

ومنها: موثّقة عبيد بن زرارة[٦]، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الصبيّ

(١) شرائع الإسلام ٣: ١٢.

(٢) مسالك الأفهام ٩: ١١.

(٣) جواهر الكلام ٣٢: ٥ـ٦.

(٤) نهاية المرام ٢: ٨. واعلم أنّه عليه السلام لا يعمل إلّا بالأحاديث الصحيحة، ولم يكن في السند من يغمض عنه إلّا عبدالله بن محمّد، والظاهر هو عبدالله بن محمّد بن عيسى أخو أحمد بن محمّد بن عيسى الأشعري، بقرينة الراوي والمروي عنه وبحسب طبقته، ولم يوثّقه الرجاليون، إلّا أنّه سمعت عن الأُستاذ آية الله الزنجاني دام ظلّه أنّه معتبر، ولعلّه لكثرة رواية الأجلّاء عنه، وقال الوحيد في التعليقة: وروى عنه محمّد بن أحمد بن يحيى، ولم يستثن روايته، وفيه إشعار بالاعتماد عليه، بل لا يبعد الحكم بوثاقته. منهج المقال (الرجال الكبير): ٧٢، الطبعة الحجرية.

(٥) وسائل الشيعة ١٥: ٣٢٦ الباب ٣٣ من أبواب مقدّمات الطلاق، ح ١.

(٦) ربما يتوهّم أنّ في سندها إشكال من جهة قاسم بن عروة حيث إنّه لا توثيق له في الرجال ولكنّه موثّق من جهات: ١ ـ إنّ الشيخ المفيد عليه السلام وثّقه في كتاب المسائل الصاغانيّة، «سلسلة موثّقات الشيخ المفيد ٣: ٥٧١»، ٢ ـ وكثرة رواية الأجلّاء عنه كابن أبي عمير وابن فضّال والبرقي وحسين بن سعيد وعبّاس بن معروف وغيرهم، ٣ ـ ورواية ابن أبي عمير والبزنطي عنه.

يزوّج الصبيّة هل يتوارثان؟ قال: **إن كان أبواهما هما اللذان زوّجاهما فنعم**. قلنا: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا. ورواها الشيخ بطريق صحيح، والصدوق بطريق معتبر إلى قوله: فنعم، وزاد: قال القاسم، فإذا كان أبواهما حيّين فنعم. وكذا رواه أحمد بن محمّد بن عيسى في نوادره[1].

ومنها: صحيحة الحلبي قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوّجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: «**أمّا تزويجه فهو صحيح، وأمّا طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتّى يدرك، فيعلم أنّه كان قد طلّق، فإن أقرّ بذلك وأمضاه فهي واحدة بائنة، وهو خاطب من الخطّاب، وإن أنكر ذلك وأبى أن يمضيه فهي امرأته**» الحديث[2].

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام لأنّ في ذيلها: قلت له: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صِغَره؟ قال: «**لا**»[3].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

آراء فقهاء أهل السنّة في هذه المسألة

المشهور بينهم أيضاً أنّه لا ولاية للأولياء أباً كان أو غيره على الطلاق، ولو طلّق وليّ الصبيّ امرأته لم يصحّ، فنذكر فيما يلي شطراً من كلماتهم:

أ ـ الحنفية

في المبسوط للسرخسي: «وخلع الصبيّ وطلاقه باطلٌ؛ لأنّه ليس له قصد معتبر شرعاً، خصوصاً فيما يضرّه... ثمّ قال: وكذلك فعل أبيه عليه في الطلاق

---

(١) الكافي ٧: ١٣٢ ح٣، تهذيب الأحكام ٩: ٣٨٢ ح١٣٦٥، الفقيه ٤: ٢٢٧ ح٧٢٠، نوادر ابن عيسى: ١٣٥ ح٣٥٠، وسائل الشيعة ١٥: ٣٢٦ الباب ٣٣ من أبواب مقدّمات الطلاق، ح٢، وج٢٦: ٢٢٠، أبواب ميراث الأزواج ب١١ ح٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٥٢٨ الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٢٠٨ ـ ٢٠٩ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح، ح٨.

باطل؛ لأنّ الولاية إنّما تثبت على الصبيّ لمعنى النظر له ولتحقّق الحاجة إليه، وذلك لا يتحقّق في الطلاق والعتاق»[١] وأشار إلى هذا المعنى أيضاً في ردّ المحتار[٢].

ب ـ الشافعيّة

في المهذّب: «ولا يجوز للأب أن يطلّق امرأة الابن الصغير بعوضٍ وغير عوضٍ»[٣]، وكذلك في شرحه[٤].

وقال الماوردي: «لا يجوز لوليّ الصبيّ والمجنون من أب ولا غيره أن يطلّق عنه ولا يخالع، فإن طلّق لم يقع طلاقه ولم يصحّ خلعه...

ثمّ قال: دليلنا قول النبيّ ﷺ: الطلاق لمن أخذ بالسّاق[٥]. معناه إنّما يملك الطلاق من ملك الأخذ بالسّاق؛ يعني البضع، والوليّ لا يملك البضع فلم يملك الطلاق، ولأنّ كلّ من لم يملك البضع لم يملك بنفسه الطلاق، كالأجنبي...»[٦].

ج ـ المالكيّة

أنّهم قائلون بصحّة طلاق الوليّ إذا كان بعوضٍ، وعدم جوازه إذا طلّق عنه بغير عوضٍ.

قال ابن شاس: «أركان الخلع أربعة: العاقدان والعوضان. الأوّل: الموجب، وشرطه أن يكون مكلّفاً زوجاً، أو من أُقيم مقامه، كالأب في غير البالغ من بنيه إذا أخذ له شيئاً...»[٧] وكذا في شرح الكبير[٨].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٦: ١٧٨.

(٢) حاشية ردّ المحتار لابن عابدين ٣: ٢٣٠.

(٣) المهذّب في فقه الإمام الشافعي ٢: ٧١.

(٤) المجموع شرح المهذّب للنووي ١٨: ١٣٩.

(٥) تقدّم تخريجه في ص ١١٣.

(٦) الحاوي الكبير ١٢: ٣٧٩.

(٧) عقد الجواهر الثمينة ٢: ١٤١.

(٨) حاشية الدسوقي ٢: ٣٦٥.

وفي بداية المجتهد: «وقال مالك: يخالع الأب على ابنته الصغيرة كما ينكحها، وكذلك على ابنه الصغير؛ لأنّه عنده يطلّق عليه، والخلاف في الابن الصغير. قال الشافعي وأبو حنيفة: لا يجوز؛ لأنّه لا يطلّق عليه عندهم، والله أعلم»[١].

واستدلّ في الحاوي الكبير لهذا القول: «بأنّ طلاقه بعوضٍ كالبيع بغير عوضٍ، كالهبة، ولوليّه أن يبيع ماله وليس له أن يهبه»[٢].

د ـ الحنابلة

في مذهبهم أيضاً قولان:

أحدهما: يملك الوليّ؛ أي يملك تطليق زوجة الصغير الذي تحت ولايته، وهو قول عطاء وقتادة، لأنّ ابن عمر طلّق على ابن له معتوه. رواه أحمد.

وعن عبدالله بن عمرو أنّ المعتوه إذا عبث بأهله طلّق عليه وليّه ... ولأنّه يصحّ أن يزوّجه فيصحّ أن يطلّق عليه إذا لم يكن متّهماً، كالحاكم يفسخ للإعسار ويزوّج الصغير.

والقول الآخر: لا يملك ذلك، وهو قول أبي حنيفة والشافعي؛ لأنّ النبيّ ﷺ قال: **الطلاق لمن أخذ بالسّاق**... ولأنّه إسقاط لحقّه، فلم يملكه كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص، ولأنّ طريقة الشهوة، فلم يدخل في الولاية[٣].

وقال النووي: «لا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من زوجها بعوضٍ من مالها؛ لأنّه في خلعها يسقط حقّها من المهر والنفقة والاستمتاع»[٤].

---

(١) بداية المجتهد ٢: ٦٨.

(٢) الحاوي الكبير ١٢: ٣٧٩.

(٣) المغني ٨: ٢٢١.

(٤) المجموع شرح المهذّب ١٨: ١٣٩.

فرع

بعدما تحقّق أنّه ليس للولي أن يطلّق زوجة الصغير الذي تحت ولايته، لابدّ من ذكر فرع يناسب هذا المقام، وهو: ـ كما في المناهل ـ أنّه إذا عَقَدَ الوليّ من الأب والجدّ له على امرأةٍ بكراً كانت أو ثيّباً لولده الصغير الذي لم يبلغ، وزوّجها منه على وجه الانقطاع والتمتّع إلى مدّةٍ معيّنة، ولايةً عنه وملاحظةً لمصلحته، فلا إشكال في صحّة هذا العقد، وهل يجوز ويصحّ لهذا الوليّ أن يهب للزوجة المتمتّع بها بعض المدّة المفروضة في أثنائها قبل بلوغ الصغير ولاية عنه، حيث يرى مصلحته في ذلك أم لا؟ فيكون الإبراء وهبة المدّة كالطلاق في عدم جوازه من الوليّ.

ـ إلى أن قال: ـ لم أجد إلى الآن أحداً من أصحابنا المتقدّمين ولا من المتأخّرين ولا من متأخّريهم تعرّض لهذه المسألة من الجواز والعدم»[1].

والمسألة ذات وجهين: من عموم أدلّة الولاية المقتضي لشمولها هذا المورد، ومن أنّ الحكمة المقتضية لمشروعيّة ولاية الوليّ في الجملة يقتضي العموم قطعاً، والخروج في الطلاق لا ينافيه؛ لأنّه بسبب ورود دليل خاصّ. وأيضاً لاتّحاد طريق المسألتين؛ فإنّ طريق جواز تصرّفه في المال هو الطريق في جواز تصرّفه في أُموره.

هذه الوجوه تستدعي أنّه يجوز للوليّ أن يهب للزوجة المتمتّع بها المدّة المفروضة في أثنائها.

ولكن في قبال هذه الوجوه: أنّ الأصل عدم ثبوت ولاية الوليّ في إبراء المدّة، كما لم تثبت في الطلاق، وأنّ الأصل بقاء الزوجيّة وعدم حصول التفريق بين الزوجين بمجرّد هبة الوليّ للمدّة.

وبالجملة: ولاية الوليّ على خلاف الأصل، فيلزم فيه الاقتصار على ما قام

---

(١) المناهل: ٥٥٢.

دليل من الأدلّة الأربعة على ثبوتها، والوجوه التي تدلّ على ولاية الوليّ لم يثبت شمولها لمحلّ البحث.

قال في كشف الغطاء: «من ثبت له ولايةٌ فلابدّ فيها من الاقتصار على المورد المتيقّن والشروط المقرّرة»[١].

وقال في المناهل: «والمسألة في غاية الإشكال، فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط، وأضاف أنّ القول الأوّل هو الأقرب.

وقد حكي هذا القول عن الميرزا المهدي المشهدي والشيخ جعفر النجفي، واختاره الفاضل القمّي صاحب القوانين، محتجّاً عليه بأنّ الأصل في الوليّ صحّة تصرّفاته إلّا ما قام الدليل على المنع، ومستنده في هذا الأصل هو الاستقراء، ومن المعلوم صحّة تصرّفاته في كثيرٍ من الأمور، كالبيع والشراء والإكساء والإسكان والزرع والضرع والإجارة والمضاربة والأخذ بالشفعة والرهن وتعليم الصنائع والعلم والآداب والنكاح، واستيفاء الحقوق مثل القصاص والديات وقطع الدعاوى[٢].

وقال السيّد الخوئي: «هل يجوز لوليّ الصبيّ أن يهب المتمتّع بها المدّة؟ قولان: أظهرهما الجواز»[٣].

نقول: الأقرب ـ كما قال صاحب المناهل ـ القول الأوّل، للوجوه التي ذكرها وإن كان مقتضى الاحتياط هو القول الثاني، والله هو العالم.

تنبيه

في آخر الكلام يلزم أن نشير إلى أنّه يكون للأب والجدّ والوصيّ منهما

---

(١) كشف الغطاء ١: ٢٠٩.

(٢) هذا ما يستفاد من مطاوي كلام المناهل بطوله: ٥٥٢ وما بعدها.

(٣) منهاج الصالحين ٢: ٢٩٢.

والحاكم أنواع أُخر من الولاية على النفس، كولايتهم على تأديب الصغار وعلى إحرامهم في الحجّ وغيرها سنذكرها في الأبواب التي تناسب البحث عنها، والتي سنعقدها للتحقيق في الأحكام المذكورة إن شاء الله تعالى.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفصل الثامن

في النظر إلى الصبيّ والصبيّة ولمسهما وتقبيلهما

تمهيد

لا خلاف في أنّه لا يجوز للرجل لمس الأجنبيّة ولا النظر إليها، واستثنى جماعة الوجه والكفّين، ولا للمرأة لمس الأجنبيّ والنظر إليه سواء كان بشهوةٍ أم لا؟ وسواء كان مع خوف الفتنة أو الأمن منها[1].

---

(١) ويدلّ على حرمة النظر ـ مضافاً إلى الإجماع بل الضرورة من المذهب والدين ـ قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ * وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ ...﴾ سورة النور ٢٤: ٣٠ و٣١، وكذا النصوص الكثيرة: مثل ما رواه عليّ بن عقبة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: «**النظرة سهم من سهام إبليس مسموم، وكم من نظرةٍ أورثت حسرةً طويلة**».

وكذا ما روى عنه وعن أبيه عليهما السلام قالا: «**ما من أحد إلّا وهو يصيب حظّاً من الزنا، فزنا العينين النظر**»، الحديث وغيرهما.

وسائل الشيعة ١٤: ١٣٨ الباب ١٠٤ من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، ح ١ و٢.

وما روى عن طريق أهل السنّة أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: «**إنّ الله كتب على ابن آدم حظّه من الزنا، أدرك ذلك لا محالة، فزنا العين النظر وزنا اللسان المنطق والنفس تمنّي وتشتهي والفرج يصدّق ذلك كلّه** ←

وأمّا حكم نظر الرجل للصبيّة والصبيّ ولمسهما وتقبيلهما، وهكذا نظر الصبيّ المميّز للصّبية ولمسها وتقبيلها وبالعكس، وكذا نظر المرأة الصبيّ والصبيّة ولمسهما وتقبيلها؟ فعقدنا هذا الفصل للتحقيق فيها، (وفيه مباحث):

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

← ويكذّبه». صحيح البخاري ٧: ١٦٨ ح٦٢٤٣، صحيح مسلم ٤: ١٦٢٤ ح٢٦٥٧، وسنن أبي داود ٢: ٤٢٢ ح٢١٥٢.

المبحث الأوّل: النظر إلى جسد الصبيّة والصبيّ وعورتهما

أ ـ النظر إلى الصبيّة

الظاهر أنّه لا خلاف في جواز نظر الرجل إلى الصبيّة الصغيرة التي ليست في مظنّة الشهوة إذا لم يكن بتلذّذٍ وشهوةٍ وخوف الفتنة.

قال العلّامة في التذكرة: «الصبيّة الصغيرة التي ليست في مظنّة الشهوة يجوز للرجل النظر إليها؛ لأنّ داعي الشهوة منفيّ بالنسبة إليها، ولا فرق بين حدّ العورة وغيره، لكن لا يجوز النظر إلى فرجها.

وأمّا إن كانت في مظنّة الشهوة فلا يجوز النظر إليها»[١]. وكذا في التحرير[٢] والإيضاح[٣].

وقال المحقّق الثاني: «إن كانت صبيّة صغيرة لم تبلغ مبلغاً تكون في مظنّة الشهوة، يجوز النظر إليها؛ لانتفاء داعي الشهوة الذي هو مناط التحريم، وتجويز تغسيل الأجنبي بنت ثلاث سنين مجرّدة ينبّه لذلك»[٤].

وتبعه في المسالك[٥]. وكذا في الرياض[٦] والحدائق[٧]. وذهب إليه أيضاً

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٤، الطبعة الحجريّة.

(٢) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٤٢١.

(٣) إيضاح الفوائد ٣: ٨.

(٤) جامع المقاصد ١٢: ٣٣.

(٥) مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

(٦) رياض المسائل ٦: ٣٧١.

(٧) الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٤.

في الجواهر[١] وتفصيل الشريعة[٢] وغيرها[٣].

وقال الشيخ الأعظم: «ثمّ إنّ جواز النظر إلى الصبيّة مشروط بعدم الوصفين، أعني التلذّذ والريبة ويحرم معهما، ومع مظنّتهما يكره»[٤].

أدلّة جواز النظر إلى الصغيرة

ويمكن أن يستدلّ لإثبات هذا الحكم بأُمور:

الأوّل: عدم وجود المقتضي[٥] للحرمة؛ لأنّ قوله ـ سبحانه ـ: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ...﴾ الآية[٦] مختصّ بالبالغات، حيث إنّ التكليف لا يشمل غير البالغ[٧]، فلا يجب على الصبيّة التستّر، ومن هنا يجوز النظر إليها باعتبار أنّ حرمة النظر إلى المرأة إنّما استفيدت[٨] من وجوب التستّر عليها؛ لأنّ التستّر لا موضوعية له، وإنّما هو مقدّمة لعدم النظر إليها، وحيث إنّ وجوب التستّر

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٨٢ـ ٨٥.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٤ و ٤٦.

(٣) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٧ـ ٨٩، مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٨، مهذّب الأحكام ٢٤: ٤٧، تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٢ مسألة ٢٤.

(٤) كتاب النكاح ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٥٩.

(٥) يمكن أن يقال: إنّ المقتضي للحرمة إطلاق قوله ـ تعالى ـ: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ إلّا أن يدّعى الانصراف إلى المنظورة التي تكون بالغة، وهو ليس ببعيد. م ج ف.

(٦) سورة النور (٢٤): ٣١.

(٧) نعم، ولكنّ الكلام في تكليف البالغ بالنسبة إلى الصغيرة. م ج ف.

(٨) والظاهر أنّ الملازمة ثابتة بين وجوب التستّر وحرمة النظر لا في عكسهما، فلا يصحّ أن يقال: إذا كان التستّر غير واجب فالنظر أيضاً جايز بالملازمة، ولعلّه لأجل هذا تمسّك الشيخ الأنصاري بعدم القول بالفصل لا بالملازمة، والفرق بينهما واضح، كما أنّه أفتى أو احتاط بعض بجواز الكشف في الرجل مع عدم جواز نظر الأجنبيّة إليه فراجع. م ج ف.

غير ثابت على الصبيّة فلا بأس بالنظر إليها[١].

الثاني: الأصل، قال الشيخ الأعظم: «لو كانت المنظورة غير بالغةٍ فيجوز للرجل النظر إليها؛ للأصل»[٢].

الثالث: السيرة العمليّة القطعيّة المتّصلة ظاهراً بزمن المعصوم عليه السلام[٣].

الرابع: طوائف من الروايات:

منها: ما ورد في تغسيل الرجل والمرأة الصغيرة والصغير، كرواية أبي النمير الذي رواها المشايخ الثلاثة ـ قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: حدّثني عن الصبيّ إلى كم تغسّله النساء؟ فقال: «**إلى ثلاث سنين**»[٤].

ورواية عمّار الساباطي، عن أبي عبدالله عليه السلام، أنّه سئل عن الصبيّ تغسّله امرأةٌ؟ فقال: «**إنّما يغسّل الصبيان النساء**». وعن الصبيّة تموت ولا تصاب امرأة تغسّلها؟ قال: «**يغسّلها رجل أولى الناس بها**»[٥].

وضعف سندهما منجبرٌ بالشهرة بين الأصحاب، بل بالإجماع الذي ادّعاه في التذكرة[٦] والمنتهى[٧] والنهاية[٨].

وفي الجواهر: «بل الإجماع عليه محصّل فضلاً عن المنقول»[٩].

---

(١) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٧ـ٨٨، مستند الشيعة ١٦: ٣٤، مهذّب الأحكام ٢٤: ٤٧.

(٢) كتاب النكاح ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٥٨.

(٣) مهذّب الأحكام ٢٤: ٤٧، تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٤.

(٤) وسائل الشيعة ٢: ٧١٢ الباب ٢٣ من أبواب غسل الميّت، ح١.

(٥) وسائل الشيعة ٢: ٧١٣ الباب ٢٣ من أبواب غسل الميّت، ح٢.

(٦) تذكرة الفقهاء ١: ٣٦٧.

(٧) منتهى المطلب ١: ٤٣٦، الطبعة الحجريّة.

(٨) نهاية الإحكام في معرفة الأحكام ٢: ٢٣١.

(٩) جواهر الكلام ٤: ٧٦.

ويشهد له التتبّع في كلمات الفقهاء، إذ لم يوجد خلافٌ بين أصحابنا المتقدّمين والمتأخّرين.

ومنها: وما ورد في عدم وجوب القناع على الصغيرة، وجواز تكشّف المرأة عند الصبيّ:

١ ـ كصحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «**لا يصلح للجارية إذا حاضت إلّا أن تختمر[١] إلّا أن لا تجده**»[٢].

حيث إنّ مفهوم الشرط يدلّ على عدم وجوب الاختمار قبل البلوغ، فلا بأس بالنظر إليها؛ لأنّ وجوب التستّر عليها مقدّمة لعدم النظر إليها، فإذا لم يجب التستّر جاز النظر؛ للتلازم عرفاً بين عدم وجوب التستّر، وجواز النظر بالإضافة إلى المناط.

٢ ـ صحيحة عبد الرحمن الحجّاج قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الجارية التي لم تدرك متى ينبغي لها أن تغطّي رأسها ممّن ليس بينها وبينه محرم؟ ومتى يجب عليها أن تقنّع رأسها للصلاة؟ قال: «**لا تغطّي رأسها حتّى تحرم عليها الصلاة**»[٣].

يعني حتّى تحيض؛ فإنّها تدلّ بوضوح على عدم وجوب التستّر عليها، وجواز إبدائها لشعرها ما لم تحض، وبثبوت ذلك يثبت جواز النظر إليها بالملازمة العرفيّة كما تقدّم[٤].

---

(١) «واختمرت المرأة: أي لبست خمارها وغطّت رأسها» مجمع البحرين ١: ٥٥٣ مادّة خمر. وكذا في لسان العرب ٢: ٣١٤ خمر.

وقال في مجمع البيان ٧: ٣١٦: «والخمر: المقانع جمع خمار، وهو غطاء رأس المرأة» وكذا في الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٢: ٢٣٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ١٦٨، الباب ١٢٦ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

(٣) نفس المصدر والباب، ص ١٦٩ ح ٢.

(٤) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٧ ـ ٨٨.

قال في المستمسك: «والصحيحة وإن كانت ظاهرة في جواز تكشّف الصبيّة للبالغ، لكنّها تدلّ بالملازمة العرفيّة على جواز نظره إليها»[١].

٣ ـ صحيحة البزنطي، عن الرضاﷺ قال: «**يؤخذ الغلام بالصلاة وهو ابن سبع سنين، ولا تغطّي المرأة شعرها منه حتّى يحتلم**»[٢].

٤ ـ صحيحته الأُخرى عن الرضاﷺ قال: **لا تغطّي المرأة رأسها من الغلام حتّى يبلغ الغلام**»[٣].

قال الشيخ الأعظم: «وهاتان الروايتان وإن دلّتا على جواز تكشّف المرأة عند الصبيّ، إلّا أنّهما تدلّان على جواز نظر الرجل إلى الصبيّة، بعدم القول بالفصل»[٤].

والحاصل: أنّه إذا لم يكن نظر الرجل إلى الصغيرة بتلذّذ وشهوة وريبة، ولم يكن خوف افتتان، يجوز ذلك ولا خلاف فيه.

وظاهر بعضها أنّه يجوز النظر إليها قبل البلوغ، كما استظهره في العروة والتعليقات عليها[٥].

ولكن قال السيّد أبو الحسن الاصفهاني في الوسيلة بالاحتياط الوجوبي، بأنّه يقتصر على مواضع لم تجر العادة على سترها بالألبسة المتعارفة، مثل الوجه والكفّين وشعر الرأس والذراعين والقدمين، لا مثل الفخذ والأليين والظهر والصدر، والثديين[٦].

---

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٦ من أبواب مقدّمات النكاح، ح٣.

(٣) نفس المصدر والباب ح٤.

(٤) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٥٩.

(٥) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٤٩٧.

(٦) وسيلة النجاة ٢: ٢٣٣.

وقال في تحريرها: «الأحوط والأولى ذلك، ولا ينبغي ترك الاحتياط فيها»[١].
وكذا في تفصيل الشريعة، وزاد أنّه «وإن نوقش بل قيل: بعدم صدق العورة المضافة إلى المؤمن والمؤمنة والرجل والمرأة قبل تحقّق البلوغ»[٢]. وهذا الاحتياط حسن.

عدم جواز النظر إلى الصغيرة مع تلذّذ وشهوة

ظهر ممّا ذكرنا أنّه لا يجوز للرجل النظر إلى الصبيّة مع الشهوة والتلذّذ، ويدلّ عليه ما ذكر في تفسير قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصارِهِمْ وَ يَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ...﴾[٣] من أنّ مقتضى هذه الآية وكذا قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حافِظُونَ﴾[٤] هو حرمة جميع الاستمتاعات الجنسيّة على الإطلاق بالنسبة إلى غير الزوجة والمملوكة، فيستفاد منها أنّه لا يجوز للرجل الاستمتاع والتلذّذ بالنظر إلى الصبيّة[٥][٦].

وكذا يشمله إطلاق النصوص الكثيرة التي تدلّ على حرمة النظر إلى الأجنبية، مثل ما رواه علي بن عقبة ـ في المعتبر ـ عن أبيه، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: «النظرة سهم من سهام إبليس مسموم، وكم من نظرة أورثت

---

(١) تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٢.
(٢) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥.
(٣) سورة النور ٢٤: ٣٠.
(٤) سورة المؤمنون ٢٣: ٥.
(٥) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٠.
(٦) والإنصاف عدم تماميّة الاستدلال بهذه الآيات الشريفة، كما أنّ الاستدلال بالإطلاق الآتي غير تامّ، والحقّ أن يقال: إنّ المتيقّن من جواز النظر إلى الصغيرة هو النظر مع عدم التلذّذ والريبة، مضافاً إلى أنّ المستفاد من مذاق الشرع ذلك. م ج ف.

حسرة طويلة»[١] وغيره[٢].

مضافاً إلى أنّ ملاك الحرمة ـ وهو المفسدة وخوف الوقوع في الفتنة وابتلاء الناظر بما هو أشدّ كالزنا وغيره ـ موجود في النظر إلى الصغيرة إذا نظر إليها بتلذّذ وشهوة، ولا فرق بين الكبيرة والصغيرة في هذا.

ب: نظر المرأة إلى الصغير

الظاهر أنّه يجوز أن تنظر المرأة إلى الصبيّ الغير المميّز؛ للأصل، واختصاص أدلّة المنع بغير الأطفال بمقتضى التبادر.

وأمّا النظر إلى الصبيّ الذي يكون في سنّ التمييز ومظنّة الشهوة، فمع الالتذاذ لايجوز، والدليل عليه ما تقدّم في حرمة النظر للرجل إلى الصبيّة إن كان مع شهوة والتذاذ؛ لوحدة الملاك حيث لا تفاوت بينهما.

قال في وسيلة النجاة: «يجوز للمرأة النظر إلى الصبيّ المميّز ما لم يبلغ، ولا يجب عليها التستّر عنه ما لم يبلغ مبلغاً يترتّب على النظر منه أو إليه ثوران الشهوة»[٣].

وفي تحريرها: «على الأقوى في الترتّب الفعلي وعلى الأحوط في غيره»[٤].

وفي المستمسك: «إنّ صحيحة البجلي وإن كانت واردةً في الصبيّة، لكن يتعدّى منها إلى الصبيّ بالأولويّة، فيجوز نظر المرأة إلى الصبيّ قبل البلوغ»[٥].

---

(١) وسائل الشيعة ١٤: ١٣٨ الباب ١٠٤ من أبواب مقدّمات النكاح، ح١.

(٢) نفس المصدر ح٢ و٤ و٥.

(٣) وسيلة النجاة ٢: ٢٣٥.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٣.

(٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٩.

وفي تفصيل الشريعة: «إذا ترتّب عليه ـ أي على نظر المرأة إلى الصبيّ المميّز ـ الثوران، فإن كان الترتّب فعليّاً فلا شبهة في عدم الجواز. وأمّا إذا لم يكن الترتّب فعليّاً، بل كان النظر منهما موجباً للثوران بالقوّة، فمقتضى الاحتياط... الترك، والوجه فيه رعاية مذاق الشرع، حيث إنّ الشارع لا يرضى بذلك بعد كون المنظور إليه أجنبيّاً وإن كان صبيّاً»[١][٢].

ج: نظر الصبيّ إلى المرأة الأجنبيّة

الصبيّ إمّا يكون مميّزاً وإمّا غير مميّز، فإن كان الناظر صبيّاً غير مميّز فلا بأس أن ينظر إلى المرأة؛ بمعنى أنّه لم يحرم عليها التكشّف له.

قال في التذكرة: «الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء لا حجاب منه، لقوله ـ تعالى ـ: ﴿...أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾[٣].

وبالجملة: إذا لم يبلغ مبلغاً يحكي ما يرى فحضوره كغيبته، ويجوز له التكشّف من كلّ وجه»[٤]، ولا يجب على الوليّ منعه منه.

وبه قال المحقّق والشهيد الثانيان[٥] والفاضل الهندي[٦] والمحدّث البحراني[٧].

---

(١) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٧.

(٢) يمكن أن يقال: إنّه إن كان الملاك في الحرمة التلذّذ، فلا فرق بين المميّز وغيره، وعلى هذا فلا مجال لأخذ ثوران الشهوة وعدمه، كما لا مجال للتفصيل بين الترتّب الفعلي وغيره، والله العالم. م ج ف.

(٣) سورة النور ٢٤: ٣١.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٣ ـ ٥٧٤، الطبعة الحجريّة.

(٥) جامع المقاصد ١٢: ٣٥، مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

(٦) كشف اللثام ٧: ٣٠.

(٧) الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٤.

وكذا في الرياض[١] والجواهر[٢] والعروة مع التعليقات[٣] والوسيلة[٤] وتحريرها[٥]، وكذا في تفصيل الشريعة[٦].

وأمّا إن كان مميِّزاً، فإن كان فيه ثوران شهوةٍ وتشوّقٍ، فهو كالبالغ في النظر، فيجب على الوليّ منعه منه، وعلى الأجنبيّة التستّر عنه، وبه قطع العلّامة في التذكرة[٧]، واختاره المحقّق والشهيد الثانيان[٨]، وقوّاه في كشف اللثام[٩] والحدائق[١٠] والجواهر[١١]. ولكن أطلق في القواعد[١٢] والتحرير[١٣].

والحكم بعدم الجواز مبنيّ على أنّ ما علم مبغوضيّة وقوعه في الخارج من الشارع المقدّس على كلّ تقدير، بحيث لا يفرق الحال بين أن يكون مرتكبه بالغاً، أو غير بالغ، كالزنا وشرب الخمر واللواط ونحوها، فيجب على المكلّفين المنع من تحقّقه، وسدّ الطريق إليه، وقطع السبيل على فاعله قولاً وفعلاً، وعلى هذا فحيث إنّ من غير البعيد كون ما نحن فيه من هذا القبيل ولو بلحاظ انتهاء ذلك شيئاً فشيئاً إلى ما هو أعظم منه، باعتبار أنّ ذلك يوجب الاعتياد، ونتيجته الابتلاء به أو

---

(١) رياض المسائل ٦: ٣٧١.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٨٤.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٤٩٧.

(٤) وسيلة النجاة ٢: ٢٣٣.

(٥) تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٢، مسألة ٢٤.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٣.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٤، الطبعة الحجريّة.

(٨) جامع المقاصد ١٢: ٣٥، مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

(٩) كشف اللثام ٧: ٣٠.

(١٠) الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٤.

(١١) جواهر الكلام ٢٩: ٨٤.

(١٢) قواعد الأحكام ٣: ٧.

(١٣) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٤٢٠.

بما هو أشدّ منه بعد البلوغ، يجب على المرأة قطع السبيل على الصبيّ، وعدم السماح له بذلك، وهو لا يتحقّق عادةً إلّا بالستر، فيجب عليها ذلك[١].[٢]

وإن كان الصبيّ مع كونه مميّزاً لم يكن فيه ثوران شهوةٍ وتشوّق، ففي جواز نظره إلى الأجنبيّة ـ بمعنى أنّه لا يجب على الوليّ منعه منه ولا يجب عليها الاحتجاب منه ـ قولان:

أحدهما: الجواز كما استقربه في التذكرة حيث قال: فالأقرب جواز نظره كما ينظر الرجل إلى محارمه، كما أنّ له الدخول من غير استئذان إلّا في الأوقات الثلاثة[٣]، التي هي مظنّة التبذّل والتكشّف، وذلك قبل صلاة الفجر، وعند الظهيرة، وبعد صلاة العشاء، قال ـ سبحانه ـ: ﴿**لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاٰثَ مَرّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلاٰةِ الْفَجْرِ وَ حِينَ تَضَعُونَ ثِيٰابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَ مِنْ بَعْدِ صَلاٰةِ الْعِشٰاءِ ثَلاٰثُ عَوْرٰاتٍ**﴾[٤].

ثانيهما: المنع؛ لعموم قوله ـ تعالى ـ: ﴿**...أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلىٰ عَوْرٰاتِ النِّسٰاءِ**﴾[٥].

ففي فقه القرآن للراوندي: «يعني الصغار الذين لم يراهقوا»[٦].

وقال في الكشّاف: «لم يظهروا، إمّا من ظهر على الشيء إذا اطّلع عليه؛ أي

---

(١) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٩.

(٢) ونتيجة هذا الاستدلال أنّ التستّر في مفروض الكلام ليس واجباً نفسيّاً على المرأة، بل وجوبه من باب المقدّمة، فتدخل في بحث مقدّمة الواجب. وأيضاً يتوقّف هذا الوجوب المقدّمي على تسليم كون ترك الحرام واجباً، مع أنّ الظاهر عدم التزام القائل به، فراجع وتدبّر. م ج ف.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٤، الطبعة الحجريّة.

(٤) سورة النور ٢٤: ٥٨.

(٥) سورة النور ٢٤: ٣١.

(٦) فقه القرآن للراوندي ٢: ١٢٩.

لا يعرفون ما العورة ولا يميّزون بينها وبين غيرها. وإمّا من ظهر على فلان إذا قوى عليه... أي لم يبلغوا أوان القدرة على الوطء»[١].

وكذا في زبدة البيان[٢]. ومثل ذلك أيضاً في أحكام القرآن للجصّاص[٣].

وقال في تفسير الكبير: «الظهور على الشيء على وجهين: الأوّل: العلم به.

الثاني: الغلبة له والصولة عليه.

فعلى الوجه الأوّل يكون المعنى أو الطفل الذين لم يظهروا؛ أي لم يتصوّروا على عورات النساء ولم يدروا ما هي لصغرهم، وعلى الوجه الثاني: الطفل الذين لم يبلغوا أن يطيقوا إتيان النساء»[٤].

وبالجملة:[٥] معنى لم يظهروا أي لم يميّزوا بينها وبين غيرها، فيدخل غيره في النهي عن إبداء الزينة له، ولا أقلّ للجهل بكون المميّز هو المقصود في المقام من الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء، فيدخل في عموم النهي عن الكشف له، ويجب التستّر منه.

نفى البأس عن هذا القول في التذكرة، بل لعلّه اختاره[٦].

وذهب إليه أيضاً المحقّق والشهيد الثانيان[٧]، واستقربه في كشف اللثام[٨].

---

(١) الكشّاف ٣: ٢٣٢.

(٢) زبدة البيان: ٦٨٩.

(٣) أحكام القرآن للجصّاص ٣: ٤٦٤.

(٤) التفسير الكبير ٨: ٣٦٧.

(٥) يمكن أن يقال: إنّ الاحتمال الثاني غير مناسب مع لفظ العورات، بل المناسب له هو الاحتمال الأوّل، وعلى هذا فيكون المميّز خارجاً. م ج ف.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٤، الطبعة الحجريّة.

(٧) جامع المقاصد ١٢: ٣٦، مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

(٨) كشف اللثام ٧: ٣٠.

وقال في الرياض: «أحوطهما المنع فيمنعه الوليّ عنه»[١]، وقوّاه في المسالك[٢].

وقال المحدّث البحراني: فالمسألة بالنظر إلى ما ذكره محلّ إشكال وتوقّف، إلّا أنّه يمكن أن يُرجِّح الجواز بأنّه الأوفق، بمقتضى الأصل حتّى يقوم دليل التحريم.

وما رواه الصدوق في الفقيه، عن أحمد بن محمّد بن عيسى، عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر، عن الرضا عليه السلام قال: **يؤخذ الغلام بالصلاة وهو ابن سبع سنين، ولا تغطّي المرأة شعرها منه حتّى يحتلم**[٣].

وروى الحميري في كتاب قرب الإسناد عن أحمد بن أبي نصر، عن الرضا عليه السلام قال: **لا تغطّي المرأة رأسها من الغلام حتّى يبلغ الحلم**[٤].

والتقريب فيهما تلازم جواز كشفها الرأس له وجواز نظره لها، إذ لو حرّم عليه النظر لها لحرم عليها التكشّف له، والخبران مطلقان بالنسبة إلى من يحصل منه التلذّذ وغيره، ومع عدم تقييدهما بما ذكروه، من استثناء النظر الذي يترتّب عليه التلذّذ، فالدلالة على الفرد الآخر لا معارض لها، وبه يظهر صحّة القول بالجواز في المسألة»[٥].

نقول: ولعلّ كلامه قدس سره هو الأظهر؛ لإطلاق الصحيحتين، ولعموم رفع القلم عن الصبيّ حتّى يحتلم[٦]، إلّا أنّ الاحتياط حسن، باعتبار أنّ ذلك يوجب الاعتياد والابتلاء به أو بما هو أشدّ منه، فلا ينبغي تركه.

---

(١) رياض المسائل ٦: ٣٧١.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ٤٩.

(٣) الفقيه ٣: ٢٧٦ ح٣، وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٦، من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، ح٣.

(٤) قرب الإسناد: ١٧٠، وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٦، من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، ح٤.

(٥) الحدائق الناضرة ٢٣: ٦٥.

(٦) وسائل الشيعة ١: ٣٢ الباب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، ح١١.

إيضاح

الظاهر أنّ ما ذكرنا من حكم نظر الصبيّ إلى المرأة الأجنبيّة جارٍ بالنسبة إلى نظر الصبيّة إلى الرجل الأجنبي أيضاً؛ بمعنى أنّه إن كانت فيها ثوران الشهوة وتشوّق ويترتّب على نظرها خوف الفتنة ولو بلحاظ انتهاء ذلك شيئاً فشيئاً إلى ما هو أعظم منه باعتبار ابتلائها بما هو أشدّ منه بعد البلوغ، فهي كالبالغة في النظر إلى الأجنبي، فيجب على الوليّ منعها؛ لوحدة الملاك، وهكذا في نظر الصبيّة والصبيّ إلى أنفسهما.

د: النظر إلى عورة الصغيرة

إن كانت الصغيرة غير مميّزة فالظاهر أنّه يجوز للرجل النظر إلى عورتها، ويدلّ عليه ـ مضافاً إلى الأصل، واختصاص أدلّة المنع بغير الأطفال من البالغين والمميّزين ـ السيرة القطعيّة، وكذا جملة من النصوص المتقدّمة التي تدلّ على جواز تغسيل الرجل والمرأة الصبيّة والصبيّ المميّزين.

قال المحقّق النراقي: «إن لم يكونوا مميّزين فالظاهر الجواز؛ لإطباق الناس في الأعصار والأمصار على عدم منع هؤلاء عن كشف العورات ونظرهم إليها»[1].

وأمّا النظر إلى عورة الصغيرة إن كانت مميّزة وفي مظنّة الشهوة، فلا ينبغي الشكّ في عدم جوازه؛ لإطلاق أدلّة المنع، والأخبار المتقدّمة، إذ لا موجب لتخصيصها بالبالغ؛ فإنّ مقتضى قوله ﷺ: عورة المؤمن على المؤمن حرام[2]، هو حرمة النظر إلى عورة المؤمن من دون تقييد بكونه بالغاً، وأيضاً سائر الأدلّة التي تدلّ على عدم

---

(١) مستند الشيعة ١٦: ٣٤.

(٢) بحار الأنوار ٧٥: ٢١٤ ح٩ وج ٤٦: ١٤١ ـ ١٤٢، ووسائل الشيعة ١: ٣٦٦ الباب ٨ من أبواب آداب الحمّام، ح١.

جواز النظر إلى الصغيرة مع تلذّذ وشهوة جارية هنا بالأولويّة، وهو ظاهر.

وفي الإيضاح: «النظر إلى الصبيّة الصغيرة التي ليست في مظنّة الشهوة الأجنبيّة جائز؛ لانتفاء دواعي الشهوة، لكن لا يجوز النظر إلى فرجها»[١].

ومثل الصغيرة الصغير؛ لوحدة الملاك، فإن كان مميّزاً وفي مظنّة الشهوة لا يجوز للمرأة ولا للرجل النظر إلى عورته.

هـ: نظر المميّز إلى عورة الرجل أو المرأة

الصبيّ أو الصبيّة إن كان غير مميّزين، فيجوز لهما النظر إلى عورة الرجل أو المرأة؛ لعدم التكليف بانتفاء موضوعه الذي هو التمييز.

وأمّا إن كانا مميّزين، فالظاهر أنّه يحرم أن ينظرا إلى عورة الرجل أو المرأة، وكذا يحرم أن ينظر الصبيّ إلى عورة الصبيّة وبالعكس، فيجب على الوليّ منعهما عن ذلك.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

قال الشيخ الأعظم: «نعم، النظر إلى العورة وتكشّفها عنده مستثنى إجماعاً على الظاهر، فيجب على الوليّ منعه عن النظر إليها، ويحرم أيضاً للرجال والنساء كشفها عنده»[٢]، وبه قال الفقيه المحقّق الفاضل اللنكراني[٣].

وقال المحقّق النراقي: «أمّا مع التميّز فلا يجوز نظرهم ـ أي الصبيان ـ إلى العورة؛ للأمر باستئذان الذين لم يبلغوا الحلم في الآية[٤] عند العورات الثلاث التي كانوا يضعون فيها الساتر للعورة.

---

(١) إيضاح الفوائد ٣: ٨.

(٢) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٦١.

(٣) الأحكام الواضحة: ٣٧٣.

(٤) سورة النور ٢٤: ٥٨.

ثمّ قال: وتؤيّده الروايتان:

إحداهما: والغلام لا يقبّل المرأة إذا جاز سبع سنين[١].

والأُخرى: في الصبيّ يحجم المرأة، قال: إذا كان يحسن يصف فلا[٢].

وهل المراد بعدم الجواز هنا حرمته ووجوب الاستئذان على الصبيّ نفسه، أو الوجوب على الوليّ أمره ونهيه، أو وجوب تستّر المنظور إليه عنه؟

الظاهر هو الأوّل ولا بعد فيه؛ لأخصّية دليله عن أدلّة رفع القلم[٣] عن الصبيّ»[٤].

نقول: مقصوده‌ أنّ قوله ـ تعالى ـ: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَ حِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَ مِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ...**﴾ الآية[٥] موجب لتخصيص ما دلّ على رفع القلم عن الصبيّ، لأنّ الخطاب في الآية الكريمة وإن كان متوجّهاً إلى المكلّفين، إلّا أنّ الأمر بالاستئذان متوجّه إلى غير المكلّفين، كما هو واضح، فيتحصّل من الآية الكريمة أنّ الصبيان مكلّفون في هذا المورد بعدم النظر إلى عورة الغير ويجب عليهم ذلك، وتكون هذه الآية استثناءً وتخصيصاً لحديث رفع القلم[٦] عن الصبيان، وبها تُرفع اليد عن إطلاق دليل رفع القلم كما تُرفع إليد عنه في باب الزنا واللواط والسرقة ونحوها.

---

(١) وسائل الشيعة ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٤.

(٢) نفس المصدر: ١٧٢ الباب ١٣٠ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.

(٣) نفس المصدر ١: ٣٢ الباب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، ح ١١.

(٤) مستند الشيعة ١٦: ٣٥.

(٥) سورة النور ٢٤: ٥٨.

(٦) وسائل الشيعة ١: ٣٢ الباب ٤ من أبواب مقدّمة العبادات، ح ١١.

ويجيء في باب جنايات الأطفال زيادة توضيح في هذه المسألة.

وأورد في المستمسك عليه بأنّ الآية الشريفة ليست واردة في تحريم نظر الصبيّ إلى العورة، وإنّما في تحريم التطلّع على بعض الأفعال والأحوال التي يستقبح التطلّع عليها ويستحيى منه... فالآية الأُولى ليست واردة في النظر إلى العورة الحرام، ولا في تحريم ذلك على غير البالغ[1]. انتهى ملخّصاً.

وكذا في مباني العروة[2].

ويرد عليهما **أوّلاً**: أنّ الحكم بالاستئذان لأجل عدم النظر إلى العورة، وهو أوّل ما يتبادر من هذا الحكم، ولذا يقدّم في كلام العرف عند تعليل الاستئذان، فإذا قيل: لماذا الاستئذان؟ أُجيب بأنّه لأجل أن لا يرى عورتهما وحالات العرى والجماع، كما عن بعض المعاصرين[3].

وثانياً: أنّ إطلاقات الأخبار التي تدلّ على حرمة النظر إلى العورة شاملة للصبيّ المميّز أيضاً، وهكذا النصوص الدالّة على وجوب تستّر العورة الملازم عرفاً لحرمة النظر، وهي ما يلي:

١ ـ معتبرة حنّان بن سدير، عن أبيه، عن عليّ بن الحسين عليه السلام في حديث قال: «**ما يمنعكم من الأُزر؛ فإنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: عورة المؤمن على المؤمن حرام**»، الحديث[4].

فإنّ إطلاقها يشمل غير البالغ المميِّز، لأنّ مقتضى قوله عليه السلام: «**عورة المؤمن على المؤمن حرام**» هو حرمة نظر المؤمن إلى عورة المؤمن من دون تقييد بكونه

---

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٠.

(٢) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٨٧.

(٣) الفقه، كتاب النكاح ١: ١٨٤.

(٤) وسائل الشيعة ١: ٣٦٨ الباب ٩ من أبواب آداب الحمّام، ح ٤.

بالغاً؛ فإنّ المميّز من غير البالغين إذا أدرك وجود الله ـ تعالى ـ وآمن به، صدق عليه عنوان المؤمن، وبذلك يصبح مشمولاً لأدلّة المنع.

٢ ـ صحيحة الحلبي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يغتسل بغير إزار حيث لا يراه أحدٌ، قال: «**لا بأس**»[١].

لأنّ المنع من النظر إلى العورة كان مرتكزاً في ذهن السائل لكلّ أحدٍ. وأجاب الإمام عليه السلام بأنّه «لا بأس» ومقتضى كلامه عليه السلام **لا بأس حيث لا يراه أحدٌ**، وهذا العموم يشمل المميّز.

٣ ـ صحيحة أبي بصير قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: يغتسل الرجل بارزاً؟ فقال: «**إذا لم يَرَهُ أحدٌ فلا بأس**»[٢] ومقتضى مفهوم الشرط أنّه إذا رآه أحدٌ ففيه بأسٌ.

٤ ـ معتبرة أبي بصير، عن أبي عبدالله، عن أبيه، عن آبائه، عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «**إذا تعرّى أحدكم نظر إليه الشيطان فطمع فيه، فاستتروا**»[٣].

وكذا ما رواه الصدوق في الفقيه وثواب الأعمال[٤].

وثالثاً: أنّ هناك أفعالٌ عُلِمَ مبغوضيّة وقوعها في الخارج عند الشارع على كلّ تقديرٍ، بحيث لا يفرق الحال بين أن يكون مرتكبها بالغاً أو غير بالغ، كالزنا وشرب الخمر واللواط ونحوها، ولعلّ النظر إلى العورة كان من هذا القبيل؛ لأنّ النظر إلى العورة ممّا يستقبح ولو كان من غير بالغٍ، وأيضاً أنّ نظر الصبيّ إلى العورة

---

(١) نفس المصدر: ٣٧٠ الباب ١١ من أبواب آداب الحمّام، ح١.

(٢) نفس المصدر: ٣٧١ الباب ١١ من أبواب آداب الحمّام، ح٢.

(٣) نفس المصدر ١: ٣٦٧ الباب ٩ من أبواب آداب الحمّام، ح٢.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٤: ٥، ثواب الأعمال: ٣٦، وسائل الشيعة ١: ٢١١ ـ ٢١٢ الباب ١ من أبواب أحكام الخلوة، ح٢، ٤.

ينتهي شيئاً فشيئاً إلى ما هو أعظم منه، ونتيجته الابتلاء بما هو أشدّ من النظر، فلذلك منعه الشارع منه مطلقاً، وكَرِهَهُ الإمام عليه السلام من كلّ أحدٍ كما في صحيحة ابن أبي يعفور، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام أيتجرّد الرجل عند صبّ الماء ترى عورته؟ أو يُصبُّ عليه الماء؟ أو يرى هو عورة الناس؟ قال: «**كان أبي يكره ذلك من كلّ أحدٍ**»[١].

وفي رواية تحف العقول: «**ملعون ملعون الناظر والمنظور إليه**»[٢].

ويؤيّده ما جاء في رسالة (المحكم و المتشابه) للسيّد المرتضى رحمه الله نقلاً من تفسير النعماني بسنده... عن عليّ عليه السلام في قوله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿**قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصارِهِمْ وَ يَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذٰلِكَ أَزْكىٰ لَهُمْ**﴾[٣] معناه «**لا ينظر أحدكم إلى فرج أخيه المؤمن، أو يمكنه من النظر إلى فرجه**» الحديث[٤].

ورابعاً: أنّ المرتكز في أذهان المتشرّعة أنّه لا يجوز نظر الصبيان المميِّزين إلى عورات الكبار، بل إلى عورات أمثالهم حتّى يعدّ ذلك من المنكرات الواضحة، وأيضاً سيرة المتشرّعة هي المنع الشديد للأطفال من النظر إلى العورات[٥].

والمتحصّل من جميع ذلك أنّ نفس هذا العمل مستقبح ومبغوض عند الشارع، وكرهه الإمام عليه السلام ولو صدر من غير البالغين، ولا ينبغي أن يكون أفراد الناس كالحمر ينظر بعضهم إلى سوءة بعض، فالأظهر ما ذكره الشيخ الأعظم والمحقّق النراقي خلافاً للسيّدين الفقيهين «الحكيم والخوئي».

---

(١) وسائل الشيعة ١: ٣٦٤ الباب ٣ من أبواب آداب الحمّام، ح ٣.

(٢) نفس المصدر والباب ح ٥، تحف العقول: ٥.

(٣) سورة النور ٢٤: ٣٠.

(٤) وسائل الشيعة ١: ٢١٢ الباب ١ من أبواب أحكام الخلوة، ح ٥.

(٥) الفقه، كتاب النكاح ١: ١٨٤.

المبحث الثاني: لمس الصبيّة والصبيّ

لا خلاف في حرمة مسّ ما يحرم النظر إليه من المرأة للرجل ومن الرجل للمرأة.

قال العلّامة في التذكرة: «كلّ موضع يحرم فيه النظر فتحريم المسّ أولى؛ لأنّه أقوى وأشدّ في التلذّذ والاستمتاع من النظر، ولهذا لا يبطل الصوم بالإنزال المستند إلى النظر ويبطل لو استند إلى الملامسة»[١].

واختاره ابنه في الإيضاح[٢].

وفي جامع المقاصد: «كلّ موضع حكمنا فيه بتحريم النظر، فتحريم المسّ فيه أولى، ولو توقّف العلاج على مسّ الأجنبيّة دون نظرها، فتحريم النظر بحاله، وجواز النظر إلى وجه الأجنبيّة وكفّيها لا يبيح مسّهما؛ لأنّ المسّ أدعى إلى الفتنة وأقوى في تحريك الشهوة»[٣].

وكذا في الجواهر، ولكن زاد فيه: «بل لا أجد فيه خلافاً، بل كأنّه ضروريّ على وجه يكون محرّماً لنفسه»[٤].

وقال الشيخ الأعظم: «ثمّ اعلم أنّ المصنّف﵀ لم يتعرّض لحكم اللمس، لكنّه اكتفى عن حكمه بالحكم بحرمة النظر، حيث إنّه إذا حرم النظر حرم اللمس قطعاً،

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٧٥، الطبعة الحجريّة.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٩.

(٣) جامع المقاصد ١٢: ٤٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ١٠٠.

بل لا إشكال في حرمة اللمس وإن جاز النظر؛ للأخبار الكثيرة[١]. والظاهر أنّه ممّا لا خلاف فيه»[٢].

وكذا في تحرير الوسيلة[٣] وشرحه، وزاد «لعدم الدليل على الاستثناء ـ أي جواز النظر إلى الوجه والكفّين ـ بالإضافة إلى المَسّ أيضاً، وعليه: فلايجوز للأجنبي مصافحة الأجنبيّة المستلزمة للمسّ»[٤].

وحكم لمس الصغيرة والصغير أيضاً حكم النظر إليهما، ففي كلّ موضع يجوز النظر إلى الصغيرة كما إذا لم تكن في مظنّة الشهوة والالتذاذ يجوز لمسها، وما لايجوز كالنظر إلى الصغيرة مع تلذّذ وشهوة وريبة فلا يجوز لمسها، والدليل عليه ما تقدّم في حكم النظر إليها، وكذلك لمس المرأة الصبيّ، لوحدة الملاك وعدم التفاوت بينهما.

قال في التحرير: «المسّ كالنظر في أحكامه من المنع والإذن، ويجوز لحاجة المعالجة كالنظر»[٥].

وجاء في العروة: «غير المميّز من الصبيّ والصبيّة؛ فإنّه يجوز النظر إليهما بل اللمس»[٦].

وقال السيّد الحكيم في شرحها: «هذا في الجملة من القطعيّات... وكذلك الحكم في اللمس»[٧]، وبه قال المحقّق الفقيه الفاضل اللنكراني[٨].

---

(١) وسائل الشيعة ١٤: ١٤٢ الباب ١٠٥ من أبواب مقدّمات النكاح.

(٢) كتاب النكاح، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٠: ٦٨.

(٣) تحرير الوسيلة ٢: ٢٣١، مسألة ٢٠.

(٤) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٣٩.

(٥) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٤٢١.

(٦) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٤٩٧.

(٧) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٨ـ٣٩.

وفي مهذّب الأحكام: وأمّا اللمس، فيمكن أن يستفاد حكمه من حكم التغسيل[٩].

وقال بعض المعاصرين: عرف ممّا ذكرنا جواز اللمس من الجوانب كلّها، لمس الصبيّ والصبيّة للرجل والمرأة، ولمس الرجل والمرأة لهما بدون ريبة[١٠].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(٨) العروة الوثقى مع تعليقات الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني ٢: ٦٨٥.

(٩) مهذّب الأحكام ٢٤: ٤٧.

(١٠) الفقه، كتاب النكاح ١: ١٨١.

المبحث الثالث: تقبيل الرجل الصبيّة والمرأة للصبيّ

وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: تقبيلها قبل أن يأتي عليها ستّ سنين

يجوز للرجل تقبيل الصبيّة قبل أن يأتي عليها ستّ سنين إذا لم يكن عن شهوةٍ وفي معرض الفتنة.

قال السيّد في العروة: «لا بأس بتقبيل الرجل الصبيّة التي ليست له بمحرم، ووضعها في حجره قبل أن يأتي عليها ستّ سنين إذا لم يكن عن شهوةٍ». وبه قال جميع المحشّين عليها[١].

وفي المستمسك في ذيله: «هذا في الجملة لا إشكال فيه، وتقتضيه السيرة القطعيّة، مضافاً إلى أصل البراءة»[٢]. وكذا في مهذّب الأحكام[٣].

وجاء في مباني العروة: «لا خلاف فيه بين الأصحاب»[٤].

أدلّة هذا الحكم

ويمكن أن يستدلّ لهذا الحكم بوجوه:

الأوّل: السيرة العمليّة القطعيّة كما تقدّم.

---

(١) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٤٩٧.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤١.

(٣) مهذّب الأحكام ٢٤: ٤٨.

(٤) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٠.

الثاني: الأصل، وعدم الدليل على حرمته.

الثالث: النصوص، وهي العمدة.

١ ـ خبر زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**إذا بلغت الجارية الحرّة ستّ سنين فلا ينبغي**[١] **لك أن تقبّلها**»[٢].

٢ ـ مرفوعة زكريّا المؤمن رفعه، أنّه قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «**إذا بلغت الجارية ستّ سنين فلا يقبّلها الغلام، والغلام لا يقبّل المرأة إذا جاز سبع سنين**»[٣].

٣ ـ مرسلة علي بن عقبة، عن بعض أصحابنا قال: كان أبو الحسن الماضي عليه السلام عند محمّد بن إبراهيم والي مكّة وهو زوج فاطمة بنت أبي عبدالله عليه السلام، وكانت لمحمّد بن إبراهيم بنت يلبسها الثياب وتجيء إلى الرجل فيأخذها ويضمّها إليه، فلمّا تناهت إلى أبي الحسن عليه السلام أمسكها بيديه ممدودتين وقال: «**إذا أتت على الجارية ستّ سنين لم يجز أن يقبّلها رجل ليست هي بمحرم له ولا يضمّها إليه**»[٤].

٤ ـ خبر عبد الرحمن بن بحر، عن زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**إذا بلغت الجارية ستّ سنين فلا ينبغي لك أن تقبّلها**»[٥].

ودلالة هذه الأخبار على المدّعى واضحة؛ لأنّ مقتضى مفهوم جملة الشرطيّة جواز تقبيل الرجل الصبيّة التي لم تبلغ ستّ سنين، ويؤيّدها سائر أخبار الباب[٦]،

---

(١) وكلمة لا ينبغي وإن كانت ظاهرة في المرجوحيّة فقط، إلّا أنّ كثرة الاستعمال في الروايات في الحرمة صارت موجباً لحملها على الحرمة. م ج ف.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح٢.

(٣) نفس المصدر والباب، ح٤.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ١٧٠ و ١٧١ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح٦.

(٥) نفس المصدر ح٧.

(٦) وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح.

تمسّك ببعضها في المستمسك[١] وغيره[٢] ولكن في سندها إشكال.

قال السيّد الفقيه الخوئي: «إنّ جميع أخبار الباب لا تخلو من ضعف سنديّ أو قصور دلاليّ على سبيل منع الخلوّ»[٣].

نقول: **أوّلاً**: بعض هذه الأخبار معتبر، مثل ما رواه في الكافي بسند صحيح عن علي بن الحكم، عن عبدالله بن يحيى الكاهلي، عن أبي أحمد الكاهلي ـ وأظنّني قد حضرته ـ قال: سألته عن جارية (جويرية خ ل) ليس بيني وبينها محرم تغشاني فأحملها وأُقبّلها؟ فقال: **اذا أتى عليها ستّ سنين فلا تضعها على حجرك**. ورواه الصدوق باسناده عن عبدالله بن يحيى الكاهلي قال: سأل أحمد[٤] بن نعمان أباعبدالله عليه السلام وذكر نحوه[٥] فإنّ قوله «وأظنّني قد حضرته» مشعر على أنّ عبدالله بن يحيى الكاهلي سمع مباشرة السؤال والجواب، إلّا أنّها مضمرة.

وثانياً: أنّ الصحّة عند المتقدّمين (رض) على ما صرّح به غير واحد[٦] عبارة عن الوثوق والركون لا القطع واليقين[٧].

ولا يبعد أن يحصل لنا الوثوق والاطمئنان بصدور مضمون هذه الأحاديث

---

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤١.

(٢) مهذّب الأحكام ٢٤: ٤٨، الفقه، كتاب النكاح ١: ١٨٦.

(٣) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٢.

(٤) في الفقيه: محمّد بن النعمان.

(٥) الكافي ٥: ٥٣٣ ح ١، الفقيه ٣: ٢٧٥ ح ١٣٠٧، وسائل الشيعه ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح ح ١.

(٦) منهم: الشيخ البهائي رحمه الله، حيث قال: «كان المتعارف بين قدمائنا إطلاق الصحيح على كلّ حديث صحيح اعتضد بما يقتضي اعتمادهم عليه، أو اقترن بما يوجب الوثوق به والركون إليه». مشرق الشمسين المطبوع في ضمن الحبل المتين ص ٢٦٩.

(٧) فرائد الأصول ١: ٢٠٦.

من المعصوم عليه السلام؛ لكثرتها[١] ووحدة مضامينها، وأيضاً موافقة تلك الأخبار للسيرة القطعيّة العمليّة قرينة على صحّتها.

قال السيّد حسن الصدر: «وحَبَسَ آخرون نفوسهم على الأخذ بما يحصل به الوثوق من الكتب المعتمدة: كأُصول من أجمعت لهم العصابة... والكتب التي شاع بين السلف الوثوق بها والاعتماد عليها من كتب الإماميّة الإثنى عشريّة، ككتاب الصلاة لحريز وكتب ابني سعيد»[٢]..

وقال الشيخ البهائي في مشرق الشمسين: «وممّا يوجب الوثوق بالحديث والركون إليه أخذه من أحد الكتب التي شاع بين سلفهم الوثوق بها والاعتماد عليها؛ سواء كان مؤلّفوها من الفرقة الناجية الإماميّة، ككتاب الصلاة لحريز بن عبدالله السجستاني وكتب ابني سعيد وعلي بن مهزيار أو من غير الإماميّة، ككتاب حفص بن غياث القاضي و...»[٣].

ورواية عبد الرحمن بن بحر، عن زرارة هي التي رواها حسين بن سعيد كما في التهذيب[٤].

وثالثاً: قال في روضة المتّقين «إنّ رواية أبي أحمد الكاهلي حسن كالصحيح، وخبر زرارة من القوي كالصحيح، ومرسلة هارون بن مسلم من القوي»[٥].

ورابعاً: قال علم الهدى: «إنّه ليس كلّ ما رواه أصحابنا من الأخبار وأودعوه في كتبهم ـ وإن كان مستنداً إلى رُواة معدودين من الآحاد ـ معدوداً

---

(١) عقد في الوسائل ١٤: ١٦٧، كتاب النكاح، باباً لهذا الحكم وذكر فيه ثماني أحاديث من المشايخ الثلاثة.

(٢) نهاية الدراية في شرح الوجيزة للسيّد حسن الصدر: ٢٧٩ ـ ٢٨٠.

(٣) مشرق الشمسين المطبوع مع الحبل المتين: ٢٦٩.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٤٧٩ ـ ٤٨٠، وذكر فيه ثماني روايات متواليات عن حسين بن سعيد، وهذا قرينة ظاهراً على أنّه ذكر الشيخ قدس سره في هذه الروايات من كتاب ابن سعيد.

(٥) روضة المتّقين ٨: ٣٥٨.

في الحكم من أخبار الآحاد، بل أكثر هذه الأخبار متواترٌ موجب للعلم»[١].

وجاء في الوافي: «وقال صاحب (التهذيب) في كتاب العدّة: إنّ ما أورده في كتابي الأخبار إنّما آخذه من الأُصول المعتمدة عليها»[٢].

وفي الفقيه: «إنّ جميع ما فيه مستخرج من كتب مشهورة عليها المعوّل وإليها المرجع، مثل كتاب حريز بن عبدالله السجستاني، وكتاب عبيدالله بن علي الحلبي وكتب علي بن مهزيار الأهوازي، وكتب الحسين بن سعيد، ونوادر أحمد بن محمّد بن عيسى»[٣].

فلا وجه لما ذكره السيّد الخوئي﵀[٤] من أنّ جميع أخبار الباب ضعيفة سنداً أو دلالةً؛ لأنّ جملة من هذه النصوص ظاهرة في جواز تقبيل الرجل الصبيّة قبل ستّ سنين من غير شهوة.

وأمّا إذا كان تقبيل الرجل للصبيّة المشار إليها عن شهوة وتلذّذ فلا يجوز؛ لإجماع الفقهاء الأعلام وسيرة المتديّنين من العوام، كما في مهذّب الأحكام[٥].

وفي المستمسك: «وأمّا إذا كان عن شهوة فلما عرفت من الإجماع الارتكازي على الحرمة»[٦].

ولا ريب أنّ في ارتكاز المتشرّعة المنع من التقبيل إذا كان كذلك، وأيضاً أنّه ممّا علم بالضرورة مبغوضيّته عند الشارع.

---

(١) رسائل الشريف المرتضى ١: ٢٦ رسالة التبانيات.

(٢) كتاب الوافي ١: ٢٣.

(٣) من لا يحضره الفقيه ١: ٣.

(٤) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٢.

(٥) مهذّب الأحكام ٢٤: ٤٨.

(٦) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٢.

المطلب الثاني: تقبيلها بعد أن يأتي عليها ستّ سنين

الظاهر أنّه لا يجوز للرجل أن يقبّل الصبيّة التي ليست له بمحرم بعد أن يأتي عليها ستّ سنين، ويمكن أن يستفاد هذا الحكم من النصوص المتقدّمة وإن لم يطرح في كلمات الفقهاء، وهي ما يلي:

١ ـ قوله عليه السلام في رواية أبي أحمد الكاهلي المتقدّمة **«إذا أتى عليها ستّ سنين فلا تضعها على حجرك»**[١].

قال السيّد الخوئي في تقريب الاستدلال: «فإنّ السؤال فيها عن الحمل والتقبيل، إلّا أنّه عليه السلام قد أجاب بالنهي عن وضعها في الحجر إذا أتى عليها ستّ سنين، وهو يكشف ـ بحسب متفاهم العرفي كما هو واضح ـ عن أنّه عليه السلام إنّما أجاب عمّا هو أهون منهما، فيستفاد منها أنّه لا مانع من التقبيل والحمل ما لم تبلغ الصبيّة ستّ سنين، فإذا بلغت ذلك فلا يجوز وضعها في الحجر فضلاً عن حملها أو تقبيلها، إلّا أنّ الرواية ضعيفة بأبي أحمد الكاهلي، فلا مجال للاعتماد عليها»[٢].

نقول: والظاهر أنّ عبدالله بن يحيى الكاهلي كان حاضراً في المجلس؛ لأنّه قال: «وأظنّني قد حضرته» فالرواية معتبرة، ولا يضرّ بأنّ أبي أحمد الكاهلي لا توثيق له؛ لأنّه السائل وعبدالله يسمع، ويؤيّده ما في روضة المتّقين من أنّ هذا الحديث حسن كالصحيح[٣]، إلّا أنّ الرواية مضمرة. وكذا ما في جملة «أظنّني».

٢ ـ صحيحة عبدالله بن يحيى الكاهلي قال: سأل محمّد بن النعمان أباعبدالله عليه السلام فقال له: عندي جويرية ليس بيني وبينها رحمٌ ولها ستّ سنين، قال:

---

(١) وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح١.

(٢) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٠.

(٣) روضة المتّقين ٨: ٣٥٧.

«لاتضمها في حجرك»[١].

فإذا نهى الإمام عليه السلام عن الوضع في الحجر فالنهي عن التقبيل بطريق أولى، كما في الرواية المتقدّمة؛ ولا ريب أنّ مناط الأولويّة وعدمها هو الأهمّية عند الشارع بحسب ترتّب المفاسد عليه، ومن الواضح أنّ المفسدة التي تترتّب على التقبيل تكون ذات أهمّية أكثر من مفسدة الوضع في الحجر؛ لأنّ التلذّذ والاستمتاع في التقبيل أشدّ وثوران الشهوة فيه أكثر، فلا وجه لما ذكره في مباني العروة من أنّ الأولويّة في رواية أبي أحمد الكاهلي إنّما أُستفيدت من إعراض الإمام عليه السلام عن الجواب عن المسؤول عنه، والإجابة ببيان حكم الوضع في الحجر[٢].

٣ـ رواية علي بن عقبة؛ لأنّه جاء فيها: أنّ أبا الحسن عليه السلام قال: «إذا أتت على الجارية ستّ سنين لم يجز أن يقبّلها رجلٌ ليست هي بمحرمٍ له ولا يضمّها إليه»[٣].

وكذا سائر النصوص المتقدّمة من خبر زرارة ومرفوع زكريّا المؤمن وخبر غياث بن إبراهيم ورواية عبد الرحمن بن بحر[٤].

وظاهر هذه النصوص الحرمة؛ لأنّ في جملة منها النهي عن التقبيل والضمّ، وهو ظاهر في الحرمة، وكذلك النصوص المشتملة على كلمة «لا ينبغي»؛ فإنّها أيضاً ظاهرة في الحرمة.

ولكن في المستمسك: «إنّ المستفاد من النصوص المذكورة هو الكراهة دون الحرمة... وبعض النصوص وإن كان ظاهراً في الحرمة، لكنّه قاصر السند»[٥].

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٧٥ الباب ١٢٨، ح ٢.

(٢) مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩١.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢ و ٤ و ٥ و ٧.

(٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤١.

وتبعه في ذلك السيّد السبزواري[١].

نقول: ويظهر ممّا تقدّم أنّ جملة من النصوص تكون صحيحة.

والعجب من السيّد الخوئي، حيث قال: ليس في المقام رواية واحدة صحيحة السند، وتامّة الدلالة يمكن الاعتماد عليها لإثبات الحكم، وعليه: فمقتضى أصالة البراءة هو الجواز»[٢].

وقال المجلسي: «قوله عليه السلام: فلا تضعها. ظاهره الحرمة، وربما يحمل على الكراهة مع عدم الريبة، كما هو ظاهر خبر الثاني، والاحتياط في الترك»[٣].

وفي وسيلة النجاة وتحريرها: «الأحوط عدم تقبيلها وعدم وضعها في حجره إذا بلغت ستّ سنين»[٤].

وتبعهما في ذلك الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني[٥].

نقول: لا وجه لهذا الاحتياط ولا الحمل على الكراهة؛ لأنّه لا قصور في دلالة النصوص على الحرمة، ولم تكن هناك قرينة على الخلاف؛ وإنّما نوقش في سندها، وقد عرفت أنّه يحصل لنا الوثوق بصدور جملة من هذه النصوص من المعصوم عليه السلام، فتلك الروايات تامّة الدلالة والسند في إثبات هذا الحكم.

إيضاح

واعلم أنّ ما ذكرنا في هذا المبحث من حكم تقبيل الصبيّة في كلتا الصورتين

---

(١) مهذّب الأحكام ٢٤: ٤٨.

(٢) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ١: ٩٣.

(٣) مرآة العقول ٢٠: ٣٧١، ح١.

(٤) وسيلة النجاة ٢: ٢٣٣، تحرير الوسيلة ٢: ٢٣٢ ـ ٢٣٣.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب النكاح: ٤٥ ـ ٤٦.

يجري في الصبيّ أيضاً، لوحدة الملاك[١].

فالظاهر أنّه يجوز للمرأة تقبيل الصبيّ؛ للأصل، وعدم الدليل على حرمته، والنصوص المتقدّمة وإن وردت في الصبيّة ولكن يتعدّى منها إلى الصبيّ أيضاً، كما استفاد السيّد الحكيم[٢] من صحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج المتقدّمة[٣] في التعدّي عن نظر الرجل إلى الصبيّة إلى نظر المرأة إلى الصبيّ.

وأمّا إذا كان للصبيّ أكثر من ستّ سنين وكان تقبيلها عن شهوة والتذاذ، فلايجوز لها ذلك، والدليل عليه ما ذكرنا في تقبيل الرجل الصبيّة؛ إذ لا شكّ أنّ في ارتكاز المتشرّعة المنع منه، وأيضاً هذا ممّا علم مبغوضيّته عند الشارع.

ببيان آخر: حيث إنّ التلذّذ والاستمتاع في التقبيل أشدّ من النظر، وثوران الشهوة أكثر، فإذا لم يجز للمرأة النظر إلى الصبيّ الذي يأتي عليه ستّ سنين أو أكثر إذا كان عن شهوة والتذاذ، فلا يجوز لها تقبيله بطريق أولى.

ويؤيّده أيضاً مرفوعة زكريّا المؤمن المتقدّمة؛ فإنّ فيها «**والغلام لا يقبّل المرأة إذا جاز سبع سنين**»[٤].

أنظار فقهاء أهل السنّة في مباحث هذا الفصل

أ ـ الشافعيّة

القول الأصحّ عندهم[٥] أنّه يجوز للرجل النظر إلى صغيرة لا تشتهي.

---

(١) لا وثوق لنا بوحدة الملاك في المقام، فمع عدم الرواية الدالّة على ذلك لا وجه للتعدّي. نعم، لاينبغي ترك الاحتياط. م ج ف.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٣٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ١٦٩ الباب ١٢٦ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.

(٤) نفس المصدر: ١٧٠ الباب ١٢٧ من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٤.

(٥) نهاية المحتاج ٦: ١٨٩، منهاج الطالبين ٢: ٤١٥.

قال النووي: «الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء لا حجاب منه»[١].

وفي الوجيز: «لا يحلّ للرجل النظر إلى شيء من بدن المرأة إلّا إذا كان الناظر صبيّاً... أو كانت صبيّة»[٢]، وبه قال غيرهما[٣].

وفي مقابل هذا، قول بالتحريم؛ لأنّها من جنس الإناث[٤].

وكذا قالوا بتحريم النظر إلى فرج الصغيرة والصغير[٥].

ثمّ إنّهم وإن لم يصرّحوا بحكم لمس الصبيّة، ولكن يستظهر من كلماتهم أنّ حكم لمس الرجل الأجنبيّ للصبيّة حكم نظره إليها.

قال الرافعي: «حيث يحرم النظر يحرم المسّ بطريق الأولى؛ لأنّه أقوى في التلذّذ والاستمتاع، ولهذا لا يبطل الصوم بالإنزال بمجرّد النظر، ويبطل بالإنزال بالملامسة»[٦]. وبه قال أيضاً النووي[٧] والخطيب الشربيني[٨].

وأمّا نظر الصبيّ إلى المرأة الأجنبيّة فقد جاء في روضة الطالبين:

«أنّ أمر الصبيّ يكون في ثلاث درجات:

إحداها: أن لا يبلغ أن يحكي ما يرى.

والثانية: يبلغه ولا يكون فيه ثوران الشهوة وتشوّف.

والثالثة: أن يكون فيه ذلك.

---

(١) روضة الطالبين ٦: ١٦.

(٢) الوجيز ٢: ٦.

(٣) العزيز شرح الوجيز ٧: ٤٧٢، المجموع شرح المهذّب ١٧: ٣٠٠.

(٤) مغني المحتاج ٣: ١٣٠، حاشيتا قلوبي وعميرة: ٣/٣١٨.

(٥) أسنى المطالب ٣: ١١٠، روضة الطالبين ٦: ١٨، مغني المحتاج ٣: ١٣٠، نهاية المحتاج ٦: ١٩٠.

(٦) العزيز شرح الوجيز ٧: ٤٨٠.

(٧) روضة الطالبين ٦: ٢١.

(٨) مغني المحتاج ٣: ١٣٢.

فالأوّل: حضوره كغيبته ـ وهو كالعدم ـ ويجوز له التكشّف من كلّ وجه.

والثاني: كالمحرم، والثالث: كالبالغ.[١].

بمعنى أنّه يلزم المنظور إليها الاحتجاب منه، ويلزم الوليّ أن يمنعه من النظر، كما يلزم أن يمنعه من الزنا وسائر المحرّمات[٢].

هذا كلّه في غير المراهق. وأمّا المراهق:

فقال بعضهم: هو كالرجل البالغ الأجنبي معها، فلا يحلّ لها أن تبرز له؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿...أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ الآية[٣]، ومعناه: لم يقووا على الجماع، والمراهق يقوى على الجماع، فهو كالبالغ[٤].

وقال النووي: «لظهوره على العورات»[٥].

وقال بعضهم: المراهق مع الأجنبيّة كالبالغ من ذوي أرحامها، لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾[٦]، فأمر بالاستئذان إذا بلغوا الحلم، فدلّ على أنّه قبل أن يبلغوا الحلم يجوز دخولهم من غير استئذان[٧] إلّا في الأوقات الثلاثة التي يضعن فيها ثيابهنّ، فلابدّ من الاستئذان... فعلى هذا، فنظره كنظر البالغ إلى المحارم[٨].

ب: الحنفيّة

إنّهم قالوا: إن كانت صغيرة لا يشتهي مثلها فلابأس بالنظر إليها ومن مسّها؛

---

(١) روضة الطالبين ٦: ١٦.

(٢) روضة الطالبين ٦: ١٦.

(٣) سورة النور ٢٤: ٣١.

(٤) البيان ٩: ١٢٨، العزيز شرح الوجيز ٧: ٤٧٢.

(٥) روضة الطالبين ٦: ١٦، المجموع ١٧: ٣٠٠.

(٦) سورة النور ٢٤: ٥٩.

(٧) البيان ٩: ١٢٨، روضة الطالبين ٦: ١٦، المجموع ١٧: ٣٠٠.

(٨) العزيز شرح الوجيز ٧: ٤٧٢.

لأنّه ليس لبدنها حكم العورة، ولا في النظر والمسّ معنى خوف الفتنة، ولأنّ العادة الظاهرة ترك التكلّف بستر عورتها قبل أن تبلغ حدّ الشهوة، وأمّا النظرة إلى العورة حرام[١].

وقال ابن عابدين: «لا عورة للصغير جدّاً وكذا الصغيرة... فيباح النظر والمسّ، ثمّ قال: إذا لم يبلغ الصغير والصغيرة حدّ الشهوة يغسلها الرجال والنساء»[٢].

وقال بعض آخر: «يشترط لجواز المسّ أن يكون أحدهما مأموناً؛ لأنّ أحدهما إذا كان لا يشتهي لا يكون اللمس سبباً للوقوع في الفتنة، كالصغير؛ لأنّه لا يؤدّي إلى الانتهاء من الجانبين؛ لأنّ الكبير لا يشتهي بمسّ الصغير، ولهذا إذا مات صغير أو صغيرة تغسّله المرأة والرجل ما لم تبلغ حدّ الشهوة، وكذا يجوز النظر إلى الصغير والصغيرة والمسّ إذا كان لا يشتهي»[٣].

وأمّا بالنسبة إلى إبداء الزينة للطفل ونظره إلى النساء، قال الكاساني: «إذا كان الطفل لم يظهر على عورات النساء ولا يعرف العورة من غير العورة، فلا بأس لهنّ من إبداء الزينة لهم؛ لقول الله ـ عزّ وجلّ ـ: ﴿...أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾[٤]. وهذا مستثنى من قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ... ﴾ الآية[٥]...

وأمّا الذي يعرف التمييز بين العورة وغيرها وقرب من الحلم، فلا ينبغي للمرأة أن تبدي زينتها له، ألا ترى أنّ مثل هذا الصبيّ قد أُمر بالاستئذان في بعض

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٠: ١٥٥، الفتاوى الهندية ٥: ٣٢٩.

(٢) حاشية ردّ المحتار ١: ٤٠٧ وج ٦: ٣٦٤.

(٣) تكملة البحر الرائق ٨: ٣٥٣.

(٤، ٥) سورة النور ٢٤: ٣١.

الأوقات بقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَ الَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلاثَ مَرَّاتٍ﴾[١]»[٢].

ج: الحنابلة

قالوا: بأنّ الطفلة التي لا تصلح للنكاح لا بأس بالنظر إليها بغير شهوةٍ، ففي المغني والشرح الكبير: قال أحمد في رواية الأثرم في رجل يأخذ الصغيرة فيضعها في حجره ويقبّلها: فإن كان يجد شهوةً، فلا وإن كان بغير شهوةٍ فلا بأس[٣]. وكذا في الكافي والفروع[٤].

وقال المرداوي: «وهل هو محدود بدون السبع، أو بدون ما تشتهي غالباً؟ على وجهين»[٥].

ولا يحرم النظر إلى عورة الطفلة قبل بلوغ سبع سنوات من العمر، ولا لمسها نصّاً، ولا يجب سترها مع أمن الشهوة، وكذلك الحكم بالنسبة إلى الطفل[٦].

وأمّا إذا بلغت الطفلة حدّاً تصلح للنكاح كابنة تسع سنين؛ فإنّ عورتها مخالفة لعورة البالغة، بدليل قوله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلّا بخمار»، فدلّ على صحّة الصلاة ممّن لا تحيض وهي مكشوفة الرأس، فيحتمل أن يكون حكمها في النظر إليها حكم ذوات المحارم بالنسبة لنظر ذوي محارمهنّ إليهنّ[٧]. واللمس كالنظر فيحرم حيث يحرم النظر، بل اللمس أولى؛ لأنّه أبلغ من النظر[٨].

---

(١) سورة النور ٢٤: ٥٨.

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٢٩٦.

(٣) المغني ٧: ٤٦٢، الشرح الكبير ٧: ٣٥٧ـ٣٥٨.

(٤) الكافي ٣: ٦، الفروع ٥: ١١٢.

(٥) الإنصاف ٨: ٢٣.

(٦) كشّاف القناع ٥: ١٣، الإنصاف ٨: ٢٣، الإقناع ٣: ١٥٩.

(٧) المغني ٧: ٤٦٢، الشرح الكبير ٧: ٣٥٨، كشّاف القناع ٥: ١٣.

(٨) كشّاف القناع ٥: ١٣.

وكذا في الفروع[١].

وأمّا في مسألة إبداء الزينة للطفل ونظره إلى النساء، ذهبوا إلى أنّه إذا كان الطفل غير مميّز لم يجب على المرأة الاستتار منه في شيء، ولها إبداء زينتها له؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿...أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾[٢].

وإن كان مميّزاً غير ذي شهوة، فله أن ينظر ما فوق السرّة وتحت الركبة؛ لأنّه لا شهوة له..

وإن كان الطفل مميّزاً ذا شهوة، فحكمه حكم ذي المحرم من المرأة في النظر إليها وفي إبداء الزينة له.

وعن أحمد أنّه كالأجنبيّ؛ لأنّه كالبالغ في الشهوة، ومعنى ذلك أنّ المقارب للاحتلام يعتبر كالبالغ[٣].

ذكر في الكافي في المميّز روايتين: إحداهما: هو كالبالغ، والثانية: كذي المحرم، لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَ إِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ﴾[٤] ففرّق بينه وبين البالغ[٥].

وبحسب تتبّعنا لم نجد في مذهب المالكيّة في كلّ المباحث التي طرحناها في هذا الفصل رأي.

---

(١) الفروع ٥: ١١٢.

(٢) سورة النور ٢٤: ٣١.

(٣) المقنع: ٢٠٦، المغني ٧: ٤٥٨، الشرح الكبير ٧: ٣٤٩، المبدع ٧: ١٠، الإنصاف ٨: ٢٣، الإقناع ٣: ١٥٩، كشّاف القناع ٥: ١٢ـ١٣، الفروع ٥: ١٠٩.

(٤) سورة النور ٢٤: ٥٩.

(٥) الكافي في فقه أحمد ٣: ٦.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفصل التاسع

في ولاية الأب والجدّ على أموال الصغار

تمهيد

بحثنا في ما سبق[1] أنّ الولاية على ثلاثة أقسام:

الأوّل: الولاية على النفس؛ وهي التي تتعلّق بالنفس من قبيل الولاية على التزويج، وولاية الحضانة وولاية التأديب، والولاية على الإحرام وغيرها، وقد تقدّم البحث عن بعض هذه الأُمور في الفصول السابقة، ويأتي عن بعضها الآخر في الأبواب الآتية.

الثاني: الولاية على المال؛ وهي التي تتعلّق بأموال الصغار والمجنون والسفيه؛ لأنّ الولد الصغير كما يحتاج إلى من يقوم بإرضاعه وحضانته وكفالته، كذلك يحتاج إلى من يراعي مصلحته في أمواله بحسن إدارتها وحفظها من الضياع واستثمارها والإنفاق منها على الأُمور الضروريّة له؛ لأنّ الولد الصغير لِصغره ليس أهلاً لتقدير المصلحة، ولا يتصوّر منه الرضا الصحيح ولا القصد والاختيار، فلهذا منع

---

(١) ج١ ص٥٣٤، الفصل الأوّل من الباب الرابع.

من التصرّفات في ماله، فالحجر على الولد الصغير إنّما كان لعجزه عن التصرّف في ماله على وجه المصلحة، فكان من رحمة الشارع الحكيم أن حجر عليه، ولكن جعل الولاية في أموال الصغار إلى من يحفظها وينميها لهم.

وأمّا الثالث: وهو الولاية على استيفاء حقوق الصغار، فيأتي البحث عنه في الأبواب الآتية.

وينبغي أن نبحث هنا عن الأولياء الذين لهم الولاية مَنْ هم؟ وما الدليل على ولايتهم، وما هو الشرط في إثبات الولاية لهم؟ يعني هل إثبات الولاية للوليّ مشروطٌ بأن يكون الوليّ عادلاً، أو يكفي أن يكون فعله ذا مصلحةٍ وإن لم يكن عادلاً، أو لا ذا ولا ذاك، بل يكفي أن لا يكون في فعله مفسدةٌ؟ وهكذا.

للبحث والتحقيق عن هذه الأمور عقدنا هذا الفصل، وفيه مباحث:

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المبحث الأوّل: ثبوت ولاية الأب والجدّ على الأموال وأدلّتها

لا خلاف في ثبوت الولاية للأب والجدّ له على الطفل إلى أن يبلغ الرشد، وأنّ ولايتهما بجعل إلٰهيّ؛ أي كان كلّ واحدٍ منهما وليّاً إجباريّاً من قبل الشارع.

قال الشيخ ﷺ: «من يلي أمر الصغير والمجنون خمسة: الأب والجدّ ووصيّ الأب أو الجدّ، والإمام أو من يأمره الإمام»[١].

وقال المحقّق: «يشترط في المتعاقدين كمال العقل والاختيار، وأن يكون البائع مالكاً أو وليّاً، كالأب والجدّ للأب والحاكم وأمينه والوصيّ»[٢]. وكذا في الوسيلة[٣]. وصرّح به العلّامة في بعض كتبه[٤]. وبه قال الشهيد الأوّل[٥] ويحيى ابن سعيد[٦]، والمحقّق[٧] والشهيد[٨] الثانيان، والمحقّق الأردبيلي[٩].

واختاره جماعة من متأخّري المتأخّرين[١٠] وفقهاء العصر[١١].

---

(١) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠٠.

(٢) المختصر النافع: ١٤٦، شرائع الإسلام ٢: ١٤.

(٣) الوسيلة لابن حمزة: ٢٧٩.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥، تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤١، التبصرة: ٩٦، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.

(٥) اللمعة الدمشقيّة: ٦٢.

(٦) الجامع للشرائع: ٢٤٦ و٢٨٢.

(٧) جامع المقاصد ٥: ١٨٧ وج ٤: ٨٥.

(٨) الروضة البهيّة ٤: ١٠٥ـ١٠٦، مسالك الأفهام ٣: ١٦٤ـ١٦٦.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٠ـ٢٣٦.

(١٠) رياض المسائل ٥: ٦٣، المناهل: ١٠٥، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٠٣، شرح تبصرة المتعلّمين للمحقّق العراقي ٥: ٣٨ـ٤١، العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ١٢٦، كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥، المكاسب والبيع للنائيني ٢: ٣٣٠، حاشية الإيرواني على المكاسب: ١٥٣، جامع المسائل للفقيه المحقّق الفاضل اللنكراني ٢: ٣٠٣ـ٣٠٤.

(١١) مصباح الفقاهة ٥: ١١، منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ١٨١، كتاب البيع للإمام الخميني ﷺ ٢: ٤٣٥، إرشاد الطالب ٣: ٣.

قال في تحرير الوسيلة: «ولاية التصرّف في مال الطفل والنظر في مصالحه وشؤونه لأبيه وجدّه لأبيه، ومع فقدهما للقيّم من أحدهما... ومع فقده للحاكم الشرعي... ومع فقد الحاكم للمؤمنين مع وصف العدالة على الأحوط»[١]. وكذا في تفصيل الشريعة[٢].

وممّا ذكرنا من كلمات الفقهاء ظهر الترتيب في الولاية على الأموال عندهم أيضاً، وأنّه هو الأب والجدّ للأب وإن علا، والوصيّ[٣] من أحدهما، ثمّ الحاكم الشرعي[٤] وأمينه؛ وهو المنصوب من قبله لذلك أو لما هو أعمّ.

ولقد أجاد في الحدائق في تنقيح ترتيب الأولياء في المقام، حيث قال: «الأولياء هم ستّة على ما ذكره الأصحاب، وسبعةٌ على ما يستفاد من الأخبار ـ وبه صرّحوا أيضاً في غير هذا الموضع ـ: الأب والجدّ له ـ لا الأمّ ـ والوصي من أحدهما ـ على من لهما الولاية عليه ـ والوكيل من المالك أو ممّن له الولاية، والحاكم الشرعي حيث فقد الأربعة المتقدّمة، وأمينه؛ وهو المنصوب من قبله لذلك أو لما هو أعمّ، وعدول المؤمنين مع تعذّر الحاكم، أو تعذّر الوصول إليه»[٥].

وما استدلّ به الفقهاء أو يمكن أن يستدلّ به لإثبات ولاية الأب والجدّ على أموال الصغار أمورٌ:

الأوّل: الإجماع، قال المحقّق الأردبيلي: «كأنّه للإجماع المنقول»[٦].

---

(١) تحرير الوسيلة ٢: ١٤، كتاب الحجر مسألة ٥.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب المضاربة والحجر: ٢٩٩.

(٣) لأنّه مع بقاء الموصي لا معنى لجواز تصرّف الوصيّ.

(٤) لدلالة الحديث النبوي المنجبر بعمل الأصحاب، وهو «**السلطان وليّ من لا وليّ له**» سنن أبي داود ٢: ٣٩١ ح ٢٠٨٣، سنن الترمذي ٣: ٤٠٨ ح ١١٠٣، سنن ابن ماجة ٢: ٤٣٤ ح ١٨٧٩.

(٥) الحدائق الناضرة ١٨: ٤٠٣.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣١.

وفي التذكرة: «الولاية في مال المجنون والطفل للأب والجدّ له وإن علا... إجماعاً»[١]، وفي الرياض: «ولا خلاف في ثبوت الولاية لهؤلاء، بل الظاهر الإجماع عليه»[٢]، وبه صرّح المحقّق النائيني[٣].

وقال السيّد الخوئي: «ولاية الأب والجدّ وثبوتها لهما في الجملة على الصغير من ضروريّ الفقه ومورد الإجماع والسيرة المستمرّة القطعيّة»[٤].

وقال المحقّق العراقي: ويدلّ عليه ـ علاوةً على الإجماعات بل السيرة ـ عموم «أنت ومالك لأبيك»[٥][٦].

الثاني: السيرة المستمرّة القطعيّة، كما أشرنا إليها.

الثالث: ـ وهو العمدة ـ النصوص الكثيرة الواردة في أبواب مختلفة؛ وهي على طوائف نذكرها على الترتيب التالي:

الطائفة الأولى: تدلّ على جواز تزويج الأب والجدّ للصغار:

الأخبار الواردة في باب تزويج الأب والجدّ للصغار، وفيها الصحاح والموثّقات، وهي تدلّ بالصراحة على ثبوت ولايتهما على تزويج أولادهما الصغار، وقد سبق ذكر جملة منها[٧][٨] في إثبات ولاية الأب والجدّ على التزويج.

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجريّة، كتاب الحجر الفصل الرابع.

(٢) رياض المسائل ٥: ٦٣ و ٣٩٠.

(٣) المكاسب والبيع ٢: ٣٣٠.

(٤) مصباح الفقاهة ٥: ١١، مهذّب الأحكام ٢١: ١٢٦.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٤ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٦) شرح تبصرة المتعلّمين ٥: ٣٨.

(٧) راجع موسوعة أحكام الأطفال ١/٥٣٧

(٨) وسائل الشيعة ١٤: ٢٠٧ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، وص ٢١٧ الباب ١١ وص ٢٢٠ الباب ١٢.

وقد استدلّ في مفتاح الكرامة[١] والرياض[٢] وكذا الشيخ الأعظم[٣] بفحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح.

فقالوا: إذا صحّ ولاية الأب والجدّ على الأولاد الصغار في النكاح وكونهم سبباً في إيجاد التزويج بينهم مع كونه من أهمّ الأُمور، فلا شبهة في جواز ولايتهم ونفوذ أمرهم في سائر العقود، بالفحوى والأولويّة القطعيّة.

الطائفة الثانية: تدلّ على أنّ الولد وماله للأب:

منها: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه؟ قال: **يأكل منه ما شاء من غير سرف. وقال: في كتاب عليّ عليه السلام: إنّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلّا بإذنه، والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء، وله أن يقع على جارية ابنه إذا لم يكن الابن وقع عليها، وذكر أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لأبيك**[٤].

ومنها: معتبرة الحسين بن أبي العلاء ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: «قوته «قوت خ ل» بغير سرف إذا اضطرّ إليه. قال: فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الذي أتاه فقدّم أباه فقال له: أنت ومالك لأبيك؟ فقال: إنّما جاء بأبيه إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فقال: يارسول الله هذا أبي وقد ظلمني ميراثي من أُمّي، فأخبره الأب أنّه قد أنفقه عليه وعلى نفسه، وقال: أنت ومالك لأبيك، ولم يكن عند الرجل شيء، أو كان

---

(١) مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٦.

(٢) رياض المسائل ٥: ٣٩١.

(٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٤ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ١.

رسول الله ﷺ يحبس الأب للابن»[١]؟! ورواه الصدوق في الفقيه ومعاني الأخبار[٢] والشيخ في التهذيب والاستبصار[٣].

ومنها: صحيحة أبي حمزة الثمالي[٤].

ومنها: رواية الصدوق في عيون أخبار الرضا عليه السلام وعلل الشرائع[٥].

وكيفيّة الاستدلال بتلك الأخبار بأن يقال: حرف اللّام في كلمة «لأبيك» للاختصاص، وفيه احتمالات ثلاث:

الأوّل: أن يكون الاختصاص بنحو الملك والولد وماله ملكاً للأب.

الثاني: أن يكون الاختصاص بنحو الولاية؛ يعني أنّ ولاية الأب ثابتة على الولد وماله.

الثالث: أن يكون الاختصاص بنحو السلطنة على الانتفاع به وبماله، كما أشار إليها المحقّق الاصفهاني[٦].

أمّا الاحتمال الأوّل: فباطل قطعاً؛ لأنّه من البديهي أنّ المراد بهذه الروايات ليس ما هو الظاهر منها؛ من كون الولد وما بيده من متملّكات أبيه ليكون الابن كعبد الأب والبنت كالجارية، بداهة أنّ رقبة الولد غير مملوكة لأحدٍ، وأيضاً ليس المراد بتلك النصوص كون مال الولد للأب حقيقة بحيث يفعل ما يشاء.

وبعد تعذّر الأخذ بظاهرها لابدّ من حملها على معنى كنائيّ، كما يقال في العرف

---

(١) نفس المصدر والباب، ح٨.

(٢) الفقيه ٣: ١٠٩ ح٤٥٦، معاني الأخبار: ١٥٥ ح١.

(٣) تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٤ ح٩٦٦، الاستبصار ٣: ٤٩ ح١٦٢، الكافي ٥: ١٣٦، ح٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح٢.

(٥) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٩٦، علل الشرائع ٢: ٥٢٤ باب ٣٠٢ ح١.

(٦) حاشية المكاسب ٢: ٣٧٣.

في مورد صحّة تصرّف الغير: إنّ العبد وما في يده لمولاه، والمعنى الكنائي هو أن ينزّل الولد وما له بمنزلة الملك للأب.

فنقول: إنّ الأب مالك للولد وما له، تنزيلاً بأن يعامل معه معاملة مال نفسه وإن لم يكن مالكاً حقيقةً؛ لأنّ المتفاهم من هذا التركيب ونحوه من المخاطبات العرفيّة: أنّ المال مال الأب بحسب التنزيل لا حقيقة.

فمقتضى هذه المالكيّة التنزيليّة جواز الانتفاع بماله إذا كان فقيراً ومحتاجاً، كما هو مفاد صحيحتي محمّد بن مسلم وأبي حمزة الثمالي المتقدّمين، حيث علّل الحكم فيهما بقول رسول الله ﷺ: «**أنت ومالك لأبيك**».

فالمستفاد[1] منهما أنّ للأب السلطنة على جميع التصرّفات الراجعة إلى الولد وماله، بشرط أن لا يوجب الفساد والإسراف، ولكنّ الولد الكبير خرج منهما إمّا بالدليل، وإمّا تنصرف أدلّة الولاية عنه[2].

قال الإمام الخميني ﷺ: «يظهر من تلك الروايات ومن غيرها حدود جواز الأخذ بلا إذن من الابن، وليس المقصود من قوله ﷺ: «**أنت ومالك لأبيك**» ولاية الأب على ولده الكبير أو جواز أخذه من ماله كيفما كان ...»[3].

والحاصل: أنّه يستفاد من تلك الأخبار أنّ للأب التصرّف في مال ولده الصغير ونفسه؛ لأنّه وماله لأبيه وللجدّ وإن علا.

---

(١) والحق ما ذهب إليه الاصفهاني ﷺ من أنّ للأب جواز الانتفاع بمال ولده من غير سرف، وفيما اضطرّ إليه، ولا يستفاد من هذه الروايات ولاية التصرّف والسلطنة على جميع التصرّفات، كما أنّه لا فرق بين الأخذ من مال الولد الصغير أو الكبير. وأيضاً يستفاد منها عدم ضمان الأب فيما استفاد من ماله، وبالجملة: يستفاد منها الحكم التكليفي والوضعي معاً. م ج ف.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٧، المكاسب والبيع للمحقّق النائيني ٢: ٣٣١.

(٣) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٣٩ و ٤٤٠ مع تصرّف.

إيراد المحقّق الاصفهاني والجواب عنه

أورد المحقّق الاصفهاني على الاستدلال بتلك الأخبار في المقام بوجهين:

الأوّل: أنّ جواز اقتراض الأب من مال الصغير ينافي هذه الملكيّة التنزيليّة، إذ لو كان الولد وماله ملكاً للأب لا معنى للاقتراض؛ لأنّه لا يقترض الإنسان من ماله.

الثاني: أنّه ورد في الروايات أنّه يجوز للأب أن يُقوّم جارية ابنه أو بنته ويبيعها لنفسه، ولا يعقل أن يقوّم شخص ماله ويشتريه من نفسه، ووافقه في ذلك تلميذه المحقّق السيّد الخوئي[1].

ويمكن الجواب[2] عنهما بأن يقال: لو كان هناك ملكيّة حقيقيّة صحّ أن يقال: لا يعقل أن يقترض الإنسان من مال نفسه، أو يشتري من ماله، ولكن قلنا بأنّ للأب ملكيّة تنزيليّة لولايته على أموال الصغير، وباعتبار أنّ الأب مالك تنزيلاً يجوز له أن يُقرض من مال الصغير، وباعتبار أنّه غير مالك واقعاً يستقرض من مال الصغير، وكذلك في الجارية.

فعلىٰ هذا باعتبار أنّ الأب مالك لها تنزيلاً يقوّمها ويبيعها، وباعتبار أنّه غير مالك حقيقةً يشتريها ويملّكها؛ لأنّ الاقتراض والبيع من الأُمور الاعتباريّة وهي سهل المؤونة، فلا يرد أنّ الأب مقرض ومقترض، أو أنّه بائع ومشترٍ؛ لأنّ الأب هنا متعدّد اعتباراً ولو كان واحداً في الواقع.

---

(١) حاشية المكاسب ٢: ٣٧٤، مصباح الفقاهة ٥: ١٦.

(٢) والجواب مخدوش جدّاً، لأنّ الملكيّة التنزيليّة أثرها كون الأب بمنزلة المالك الحقيقي، وتصرّفه بمنزلة تصرّف المالك الحقيقي. وعليه: لا معنى لكونه مقرضاً ومقترضاً بالاعتبارين؛ فإنّ الاعتبار وإن كان سهل المؤونة، إلّا أنّه لا يصحّ اعتبار مناقض لاعتبار آخر، فتدبّر. م ج ف.

إيراد المحقّق الإيرواني والسيّد الخوئي والجواب عنهما

أورد المحقّق الإيرواني على الاستدلال بتلك الأخبار أيضاً، بأنّه ليس عنوان تلك الأخبار نفوذ معاملات الأب في حقّ ابنه، وإنّما عنوانها جواز استيلاء الأب على مال ابنه وأكله منه، وتصرّف الأب في أموال ابنه تصرّف الملّاك في أموالهم، لا التصرّف فيه بعنوان الولاية على الابن، فالأخبار أجنبيّة عمّا هو المدّعى في المقام[١].

وهكذا أورد السيّد الخوئي أيضاً «بأنّ هذه النصوص راجعة إلى بيان أمرٍ أخلاقيّ ناشئ من أمرٍ تكوينيّ؛ فإنّ الولد بحسب التكوين موهبة من الله ـ تعالى ـ للأب، ومقتضى ذلك أن لا يعارض في تصرّفاته ويكون منقاداً بأمره ونهيه»[٢].

وقال الأُستاذ الشيخ جواد التبريزي دام ظلّه تبعاً للسيّد الخوئي: «إنّ جواز أخذ الأب مال ابنه للإنفاق على نفسه ودفع اضطراره لا يقتضي ثبوت الولاية له بالإضافة إلى مال ولده»[٣].

والجواب عمّا ذكره المحقّق الإيرواني: أنّ مورد رواية عبيد بن زرارة ـ التي كالصحيحة بل صحيحة على الأصحّ[٤] ـ ورواية قرب الإسناد ـ وهي معتبرةٌ أيضاً لاعتبار كتاب علي بن جعفر على قول[٥] ـ هو التصرّفات الاعتباريّة، وقد استشهد

---

(١) حاشية الإيرواني على مكاسب الشيخ: ١٥٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٥: ١٦.

(٣) إرشاد الطالب ٣: ٤.

(٤) لأنّه ليس في سندها من يتأمّل فيه إلّا سهل بن زياد، والأمر فيه سهل؛ لأنّ المشهور على وثاقته.

(٥) قال الشيخ الحرّ العاملي: «إنّما ذكرنا بعض الطرق تيمّناً وتبرّكاً باتّصال السلسلة بأصحاب العصمة عليهم السلام، لالتوقّف العمل عليه؛ لتواتر الكتب وقيام القرائن على صحّتها وثبوتها. وسائل الشيعة ٢٠: ٤٩.

وأيضاً طريق الشيخ الحرّ إلى الشيخ الطوسي صحيح وطريق الشيخ إلى كتاب علي بن جعفر أيضاً صحيح. معجم رجال الحديث ١١: ٢٨٩.

الإمام عليه السلام لصحّة نكاح الجدّ بدون إذن الأب بقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك» قائلاً: «فكيف يكون هذا و هو وماله لأبيه، ولا يجوز نكاحه ؟»[1].

فمن تطبيق الإمام عليه السلام[2] هذه القاعدة في مقام إعمال الولاية دون الأخذ والانتفاع يعلم أنّ المراد بهذه القاعدة في سائر الأخبار أيضاً معنى يشمل الولاية بقرينة اتّحاد السياق[3].

فكيف يدّعي المحقّق الإيرواني أنّ مفادها هو جواز انتفاع الأب من أموال الولد فقط، ولا يدلّ على ثبوت الولاية عليه.

والحاصل: مفاد هذه النصوص ـ على كثرتها واختلافها في الإطلاق والتقييد ـ أنّ كلّ تصرّفٍ اعتبارياً كان أم خارجياً نافذ وجائز، لكن وردت في التصرّفات الخارجيّة قيودٌ فيؤخذ بها في موردها، ولا حجّة لرفع اليد عن الروايات في غير مورد القيود.

وما أورده السيّد الخوئي من أنّه حكم أخلاقيّ فهو ساقط أيضاً؛ لأنّ نفوذ التصرّف الاعتباري ولزوم الأخذ به لا يمكن أن يعلّل بأمرٍ أخلاقيّ، فلا ينبغي الإشكال في الحكم بالنسبة إلى ولاية الجدّ والأب في التصرّف في مال الطفل بالبيع والشراء وغيرهما بمفاد هذه الأخبار.

---

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٩ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ٥.

(٢) يمكن أن يقال: إنّ تطبيق الإمام عليه السلام لا يدلّ على كون القاعدة بنفسها كليّة عامّاً، وإلّا فاللازم أن يستفاد منها الاختصاص التامّ المالكي كما هو ثابت للابن، مع أنّه لم يذهب إليه أحد، وعلى هذا فالتطبيق يدلّ على دلالتها في هذا المورد، وبما أنّ القاعدة تعبّدية فلا يمكن استفادة حكم كلّي عامّ بالنسبة إلى جميع الموارد. نعم، يمكن الاستناد إلى الأولويّة، لكن مرجع هذا إلى الدليل الأوّل. وعليه: فالحقّ ما ذهب إليه المحقّق الإيرواني ومن تبعه. م ج ف.

(٣) كتاب البيع للمحقّق الفقيه الأراكي ٢: ٩.

الطائفة الثالثة: تدلّ على أنّ للأب تقويم جارية ولده لنفسه:

وردت نصوص ودلّت على أنّه يجوز للأب أن يقوّم جارية ولده ويأخذها لنفسه ثمّ يطأها، فيمكن الاستدلال بهذه الأخبار أيضاً في المقام؛ وهي ما يلي:

١ ـ صحيحة عبدالله بن سنان. قال: سألته ـ يعني أبا عبدالله عليه السلام ـ ماذا يحلّ للوالد من مال وَلَدِه؟ قال: «**أمّا إذا أنفق عليه ولده بأحسن النفقة فليس له أن يأخذ من ماله شيئاً، وإن كان لوالده جارية للولد فيها نصيب فليس له أن يطأها إلّا أن يقوّمها قيمة تصير لولده قيمتها عليه**، قال: ويعلن ذلك ـ إلى أن قال: ـ **فإن كان للرجل ولد صغار لهم جارية فأحبّ أن يفتضّها**[1] **فليقوّمها على نفسه قيمة، ثمّ ليصنع بها ما شاء، إن شاء وطأ وإن شاء باع**»[2].

٢ ـ صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام؛ لأنّ في ذيلها في كتاب عليّ عليه السلام ...: **وله أن يقع على جارية ابنه إذا لم يكن الابن وقع عليها، وذكر أنّ رسول‌الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لأبيك**[3].

٣ ـ صحيحة أبي الصباح، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون لبعض ولده جارية ووُلده صغار هل يصلح أن يطأها؟ فقال: **يقوّمها قيمة عدل ثمّ يأخذها ويكون لولده عليه ثمنها**[4].

٤ ـ صحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج، عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: قلت

---

(١) كذا في الاستبصار ٣: ٥٠، ح ١٦٣؛ وتهذيب الأحكام ٦: ٣٤٥، ح ٩٦٨. والظاهر هو الصواب، ولكن في الوسائل «يقتضيها».

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ٣، رواها في الاستبصار والوسائل عن حسين بن سعيد، عن حمّاد إلخ. ولكن في التهذيب الحسين بن حمّاد.

(٣) تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٣ ح ٩٦١، الاستبصار ٣: ٤٨ ح ١٥٧، الكافي ٥: ١٣٥ ح ٥، وسائل الشيعة ١٢: ١٩٤ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ١.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٥٤٣ الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

له: الرجل يكون لابنه جارية أله أن يطأها؟ فقال: **يقوّمها على نفسه ويشهد على نفسه بثمنها أحبّ إليّ**[١].

ونحوها صحيحة داود بن سرحان[٢] وموثّقة إسحاق بن عمّار[٣] ومكاتبة الحسن بن محبوب[٤] وصحيحة عبد الرحمن[٥].

ومفاد هذه الأخبار ـ مع قوّة سندها ـ أنّه يجوز للأب تقويم الجارية وبيعها لنفسه وتملّكها بقيمة عدل وعليه ثمنها لولده، وهذا هو معنى الولاية على أموال الصغار.

قال الشيخ ﷺ: «وما تضمّنته هذه الأخبار من أنّ للأب أن يطأ جارية ابنه إذا قوّمها على نفسه ما لم يمسّها الابن، محمول على أنّه إذا كان ولده صغاراً، ويكون الأب هو القيّم بأمرهم والناظر في أحوالهم، فيجري مجرى الوكيل، فيجوز للأب أن يقوّمها على نفسه»[٦].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الايراد على الاستدلال بهذه الأخبار والجواب عنه

أورد المحقّق الإيرواني على الاستدلال بتلك النصوص لولاية الأب والجدّ على أموال الصغار، بأنّ في بعض هذه الأخبار تقويم جارية الولد البالغ، كالرواية المتضمّنة لشكاية الولد إلى النبيّ ﷺ وتقديم عقد الجدّ بأنّها وأباها للجدّ، والاستدلال بها يقتضي ثبوت ولاية الأب على الولد البالغ وماله، ولا ريب أنّه

---

(١) نفس المصدر والباب، ح٣.

(٢) نفس المصدر والباب، ح٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٨ الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٨ الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح١.

(٥) نفس المصدر ١٣: ٣٣٧ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح٤.

(٦) الاستبصار ٣: ٥١.

لا ولاية له على ولده البالغ وماله، ووافقه في هذا الإشكال السيّد الخوئيﷺ والأُستاذ الفقيه الشيخ جواد التبريزي دام ظلّه[١].

ويمكن الجواب عنه: بأنّ دلالة هذه الأخبار وغيرها على التصرّفات المعامليّة والتصرّفات الخارجيّة للأب في أموال الصغار واضحةٌ لا شبهة فيها. وأمّا الولد البالغ وابنته البالغة كما في مكاتبة الحسن بن محبوب[٢]، فنقول:

أوّلاً: بأنّ الأخبار تنصرف[٣] عن ولاية الأب على البالغين؛ لأنّه من المعهود أنّ البالغ مكلّف ومستقلّ في نفسه وماله، ولا سلطنة للغير عليه وعلى ماله، وهو كالضروريّ.

وثانياً: لو قلنا بأنّ الأدلّة مطلقة تشمل الولاية على البالغين أيضاً، ولكن تحمل على المقيّدات ويعمل بها في غير موردها، وهو مورد ولاية الأب والجدّ على مال الطفل ونفسه، كما يستظهر هذا من بعض عبائر الإمام الخمينيﷺ[٤].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الطائفة الرابعة: تدلّ على أنّه لو اتّجر بمال الطفل ففيه الزكاة:

منها: صحيحة محمّد بن مسلم قال: قلت لأبي عبداللهﷺ: هل على مال اليتيم زكاةٌ؟ قال: «**لا، إلّا أن يتّجر به أو تعمل به**»[٥]. حيث تدلّ على جواز الاتّجار بمال الطفل، وتثبت الولاية للأب أيضاً بعدم القول بالفصل.

ومنها: صحيحة الحلبي، عن أبي عبداللهﷺ قال: قلت له: في مال اليتيم عليه

---

(١) حاشية الإبرواني على المكاسب ٢: ٣٦٣، مصباح الفقاهة ٥: ١٦، إرشاد الطالب ٣: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٨ الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

(٣) لا يخفى أنّه بعد كون مورد بعض الأخبار هو الولد البالغ فلا وجه لدعوى الانصراف. م ج ف.

(٤) كتاب البيع ٢: ٤٣٩ و ٤٤٢.

(٥) وسائل الشيعة ٦: ٥٧ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ١.

زكاة؟ فقال: «**إذا كان موضوعاً فليس عليه زكاة، فإذا عملت به فأنت له ضامن والربح لليتيم**»[١]. ودلالتها كالمتقدّمة واضحة.

ومنها: موثّقة سماعة بن مهران، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: الرجل يكون عنده مال اليتيم فيتّجر به أيضمنه؟ قال: **نعم**، قلت: **فعليه زكاة؟ فقال: لا، لعمري لا أجمع عليه خصلتين: الضمان، والزكاة**[٢].

ومنها: خبر محمّد بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن صبية صغار لهم مال بيد أبيهم أو أخيهم هل يجب على مالهم زكاة؟ فقال: «**لا يجب في مالهم زكاة حتّى يعمل به، فإذا عمل به وجبت الزكاة، فأمّا إذا كان موقوفاً فلا زكاة عليه**»[٣]. وكذا روايات سعيد بن السمّان[٤] وأبي العطارد الخيّاط[٥] ومنصور بن الصيقل[٦].

وهذه الأخبار مع أنّ فيها الصحاح والموثّقات تدلّ على جواز التصرّفات المعامليّة، كالاتّجار والبيع والشراء بمال الطفل، وأنّ هذه المعاملات صحيحةٌ نافذةٌ شرعاً، فينتج لأجل صحّة هذه التصرّفات إثبات ولاية الأب والجدّ والوصيّ وغيرهم، كأمين الحاكم وعدول المؤمنين، وحيث اقتصر في خبر محمّد بن الفضيل على جواز التصرّف للأب، فيثبت ولايته فقط، ولكن إطلاق الوارد في سائر النصوص يشمل الجدّ أيضاً وكذلك يطلق الأب على الجدّ، مضافاً إلى إمكان إثبات ولايته بعدم القول بالفصل أيضاً.

الطائفة الخامسة: تدلّ على كفاية قبض الأب في باب الوقف:

وردت في باب الوقف والهبة نصوص تدلّ على أنّ من شرائط الوقف والهبة

---

(١) نفس المصدر: ٥٤ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ١.

(٢) نفس المصدر: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٥.

(٣) (٤) (٥) (٦) نفس المصدر والباب، ح ٤، ٢، ٣، ٧.

أن يقبضه الموقوف عليه، والموهوب له، أو من يتولّى عنهم، وأنّه يكفي قبض الأب عن وُلده الصغار إذا كانوا هم الموقوف عليهم.

١ ـ صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال في الرجل يتصدّق على وُلده وقد أدركوا: «**إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذي يلي أمره**»[١].

والمراد من الصدقة على الأولاد الوقف عليهم والأب يقبضه، فيتحقّق شرط لزوم الوقف؛ لأنّ للأب ولاية على مال ولده الصغير.

٢ ـ صحيحة جميل بن درّاج قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تصدّق على ابنه بالمال أو الدار أله أن يرجع فيه؟ فقال: «**نعم، إلّا أن يكون صغيراً**»[٢]. أمّا صحّة الرجوع إلى المال؛ فلأنّ الموقوف عليه لم يقبضه، وإذا لم يُقَبِّضْهُ الموقوف عليه، أو من يتولّى عنهم لم يصحّ الوقف وكان باقياً على ما كان عليه من الملك[٣]. فيصحّ للأب الرجوع من الوقف؛ لأنّ المال الموقوف قبل القبض باق في ملكه.

وأمّا إذا كان الموقوف عليهم أولاده الصغار جاز الوقف؛ لأنّ الوالد يُقَبِّضْهُ ولاية عليهم، فلا يصحّ الرجوع وقد خرج عن يده وملكه.

٣ ـ وكذا صحيحة أُخرى لجميل[٤] ورواية عبيد بن زرارة[٥] وصحيحة ثالثة لجميل، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل وهب لابنه شيئاً هل يصلح أن يرجع فيه؟ قال: «**نعم، إلّا أن يكون صغيراً**»[٦].

---

(١) نفس المصدر ١٣: ٢٩٧ الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، ح ١.

(٢) نفس المصدر والباب، ح ٧.

(٣) النهاية للطوسي: ٥٩٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٨ الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، ح ٢.

(٥) نفس المصدر والباب، ح ٥.

(٦) نفس المصدر ١٣: ٣٣٧ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ١.

٤ ـ صحيحة علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الصدقة إذا لم تقبض هل تجوز لصاحبها؟ قال: «**إذا كان أب تصدّق بها على ولد صغير فإنّها جائزة؛ لأنّه يُقَبِّضُ لولده إذا كان صغيراً، وإذا كان ولداً كبيراً فلا يجوز له حتّى يقبض**» الحديث[١]. وكذا موثّقة داود بن الحصين[٢].

وهذه النصوص تدلّ بالصراحة على أنّ الأب هو المتولّي لأمر الصغير في الأموال.

٥ ـ وكذلك الأخبار التي تدلّ على أنّ من تصدّق على ولده الصغار بشيء ثمّ أراد أن يدخل معهم غيرهم، كصحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغار، ثمّ يبدو له أن يجعل معهم غيرهم من ولده، قال: «**لا بأس**»[٣].

وعلّل الإمام عليه السلام في صحيحة علي بن جعفر بأنّه «**يصنع الوالد بمال ولده ما أحبّ**»[٤].

وكذا مرسلة أبان[٥]، وأخبار المضاربة في مال اليتيم[٦]، وهكذا طوائف أُخرىٰ من الروايات سنذكرها في باب الوصيّة للطفل. وكذا في جواز البيع والمضاربة بماله وغيرها.

والحاصل: أنّ ولاية الأب والجدّ على أموال الصغير من ضروريّ الفقه ومورد للإجماع والشهرة، كما يطّلع عليه من تتبّع الأبواب المتفرّقة في الفقه، مثل

(١، ٢) نفس المصدر والباب، ح ٥ و ٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠١ الباب ٥ من كتاب الوقوف والصدقات، ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٣٠٢ الباب ٥ من كتاب الوقوف والصدقات، ح ٥.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٤ الباب ٤ من كتاب الهبات، ح ١.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ١ ـ ٢.

كتاب النكاح والمضاربة والحجر والزكوات والوقوف والصدقات والهبات والوصايا وغيرها، بل هذا ممّا قامت به السيرة العقلائية؛ إذ ليس ذلك مخصوصاً بالشريعة الإسلاميّة، بل جاريةٌ في غيرها من الشرائع أيضاً[١].

«الولاية على أموال الصغار عند فقهاء أهل السنّة»

أ ـ الشافعيّة

قال النووي: «يلي أمر الصبيّ... الأب ثمّ الجدّ، ثمّ وصيّهما، ثمّ القاضي، أو من ينصبه القاضي...

ولّي الصبيّ أبوه بالإجماع. قال ابن حزم: الصبيّ يشمل الصبيّة والعبد يشمل الأمة[٢]. ثمّ الجدّ أبو الأب وإن علا، كما في ولاية النكاح... ثمّ الوصيّ؛ أي المنصوب من جهة الأب أو الجدّ، أو وصيّ من تأخّر موته منهما؛ لأنّه يقوم مقامه، وشرطه العدالة، ثمّ القاضي أو من ينصبه، ويسمّى: أمينه، استدلالاً بحديث عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: **«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل، مرّتين أو ثلاث مرّات، فإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له»**[٣]. والقاضي وليّه في النكاح كما هو وليّه في المال[٤]. واختاره أيضاً الرافعي[٥] والشربيني[٦].

وقال الماوردي: «إذا كان وليّ الطفل أباً أو جدّاً، فهو يستحقّ الولاية عليه

---

(١) مصباح الفقاهة ٥: ١١.

(٢) عنه في مغني المحتاج ٢: ١٧٣.

(٣) أخرجه ابن ماجة ٢: ٤٣٤ ب١٥ ح١٨٧٩ وأبو داود ٢: ٣٩١ ح٢٠٨٣ والدارمي ٢: ٩٦ ح٢١٨٠ والبيهقي ١٠: ٢٩١ ح١٣٨٩٤ و ١٣٩٥.

(٤) المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٢١، روضة الطالبين ٣: ٤٧٥.

(٥) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٠.

(٦) مغني المحتاج ٢: ١٧٣.

بنفسه؛ لفضل حنوّه وكثرة نفقته، وانتفاء التهمة عنه في تصرّفاته، ألا ترى أنّ رسول الله ﷺ وصف حاله مع ولده فقال: الولد مَجْبَنَةٌ محزنة مجهلة. فوصفه بهذه الصفة؛ لما جُبِل عليه من محبّته»[١].

وفي هامشه حديث عبدالله بن عثمان بن خثيم[٢] قال: أخذ رسول الله ﷺ حسناً وحسيناً، فجعل هذا على هذا الفخذ، وهذا على هذا الفخذ، ثمّ أقبل على الحسن فقبّله، ثمّ أقبل على الحسين فقبّله، ثمّ قال: «اللّهمَّ إنّي أحبّهما فأحبّهما» ثمّ قال: «إنّ الولد مَجْبَنَةٌ مَبْخَلَةٌ مجهلة»[٣].

ب ـ الحنفيّة

قال الكاساني في البدائع: «وأمّا الولاية في الأصل نوعان... وأمّا الثاني: فهو ولاية الأب والجدّ أب الأب والوصيّ والقاضي، وهو نوعان أيضاً: ولاية النكاح وولاية غيره من التصرّفات... أمّا الأوّل فسبب هذا النوع من الولاية في التحقيق شيئان: أحدهما الأبوّة، والثاني القضاء؛ لأنّ الجدّ من قبل الأب أب لكن بواسطةٍ، ووصيّ الأب والجدّ استفاد الولاية منهما، لكان ذلك ولايةُ الأبوّة من حيث المعنى...

أمّا الأبوّة؛ فلأنّها داعيةٌ إلى كمال النظر في حقّ الصغير، لوفور شفقة الأب وهو قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله، والصغير عاجز عن النظر لنفسه بنفسه، وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع؛ لأنّه من باب الإعانة على البرّ، ومن باب الإحسان، ومن باب إعانة الضعيف وإغاثة اللهفان، وكلّ ذلك

---

(١) الحاوي الكبير ٧: ١٢٠.

(٢) نفس المصدر.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف ١١: ١٤٠ ح٢٠١٤٣، وابن ماجة في سننه ٤: ٢١٦ ح٣٦٦٦، والبيهقي ١٥: ٢٧٦ ح٢١٤٦٢، والحاكم ٣: ١٧٩ ح٤٧٧١، وأحمد ٦: ١٧٨ ح١٧٥٧٣، من حديث يعلى العامري.

حسن عقلاً وشرعاً..».

ثمّ شرع في بيان شرائطها، فقال: «وأمّا شرائط الوليّ فأشياء:

الشرط الأوّل: أن يكون حرّاً...

الشرط الثاني: أن يكون عاقلاً فلا ولاية للمجنون؛ لما قلنا.

ومنها: إسلام الوليّ إذا كان المولّى عليه مسلماً»[١].

ج ـ الحنابلة

إنّهم قائلون أيضاً بولاية الأب والجدّ، قال ابن قدامة في الكافي: «ويتولّى الأب مال الصبيّ والمجنون؛ لأنّها ولاية على الصغير، فقدّم فيها الأب كولاية النكاح، ثمّ وصيّه بعده؛ لأنّه نائبه، فاشبه وكيله في الحياة، ثمّ الحاكم؛ لأنّ الولاية من جهة القرابة قد سقطت...»[٢] وشبيه هذا الكلام في كشّاف القناع[٣].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

د ـ المالكيّة

وعندهم الولاية على الصغير ـ ذكراً كان أو أُنثى ـ للأب ثمّ لوصيّه أو وصيّ وصيّه، ثمّ الحاكم أو من يقوم مقامه، ولا ولاية للجدّ ولا للأُمّ ولا لغيرهم من الأقارب.

قال في عقد الجواهر: «ووليّ الصبيّ أبوه، وعند عدمه الوصي أو وصيّه، فإن لم يكن فالحاكم، ولا ولاية للجدّ ولا للأُمّ ولا لغير من ذكرنا»[٤]. وهكذا في شرح الزرقاني[٥].

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٤٩ ـ ٣٥٠.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧.

(٣) كشّاف القناع للبهوتي الحنبلي ٣: ٥٢١.

(٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢: ٦٣٠.

(٥) شرح الزرقاني لأبي الضياع ٣: ٢٩٧ ـ ٢٩٨.

المبحث الثاني: تعميم الولاية للأجداد كلّهم

وفيه مطالب:

المطلب الأوّل: عدم اختصاص الولاية بالجدّ الداني

ظاهر كلمات الفقهاء أنّ الولاية لا تختصّ بالجدّ الداني، بل تعمّ العالي أيضاً، كما صرّح به في التذكرة[١] والروضة[٢] والمسالك[٣] والكفاية[٤] والرياض[٥] وغيرها[٦]. وادّعى في المناهل[٧] أنّه لا خلاف فيه.

والوجه في ذلك، أنّ العرف يفهم من التعليل الوارد في معتبرة عبيد بن زرارة، ومعتبرة علي بن جعفر أنّ الأجداد كالجدّ القريب وكالأب في الولاية، ولا فرق بين الجدّ وجدّ الجدّ وإن علا؛ لأنّه ورد فيها «**الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضارّاً... ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ**»[٨].

وهكذا إطلاق الجدّ يشمل الجدّ العالي والداني.

قال الشيخ الأعظم: «لا خلاف ظاهراً ـ كما ادّعي ـ في أنّ الجدّ وإن علا

---

(١) التذكرة ٢: ٥٨٧، الطبعة الحجريّة.

(٢) الروضة البهيّة ٥: ١٥٠ وج٤: ١٠٥.

(٣) مسالك الأفهام ٤: ١٦١.

(٤) حكاه عنه في المناهل ص١٠٥.

(٥) رياض المسائل ٥: ٣٩٠.

(٦) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٤٢ مع تصرّف، مصباح الفقاهة ٥: ٢٨ ـ ٢٩.

(٧) المناهل: ١٠٥.

(٨) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٨ ـ ٢١٩ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح٢، ٥، ٧، ٨.

يشارك الأب في الحكم، ويدلّ عليه ما دلّ على أنّ الشخص وماله ـ الذي منه مال ابنه ـ لأبيه. وما دلّ على **أنّ الولد ووالده لجدّه**»[١].

وهكذا مقتضى قوله عليه السلام في رواية الكافي وغيره، **يجوز عليها تزويج الأب والجدّ** عدم الفرق بين الأجداد.

قال الإمام الخميني رحمه الله بعد نقل بعض الروايات المتقدّمة وتقريب الاستدلال بها ووجه الجمع بينها ما هذا نصّه: «والظاهر المتفاهم منها بحكم التعليل عدم الفرق بين الجدّ وجدّ الجدّ وإن علا... فإنّه يفهم العرف من التعليل ـ الوارد في الروايات ـ أنّ الأجداد كالجدّ القريب وكالأب في الولاية ـ إلى أن قال: ـ فإنّ جعل الولاية للأب والجدّ وإن علا ليس بجعل النبيّ صلى الله عليه وآله، بل بجعل إلهيّ، بل لا يبعد أن يكون حكم الله تبارك وتعالى بنفوذ تصرّفاتهم موضوعاً لانتزاع الولاية، لا أنّ المجعول هي بلا واسطة»[٢].

ولكن توقّف في الجواهر وقال: «في تعدّي الحكم إلى أب الجدّ وجدّ الجدّ وإن علا مع الأب نظر، ولعلّ إطلاق القائل يقتضيه. نعم، قد يتوقّف في تقديمه على من هو أدنى منه؛ لعدم انسباقه من الأب، فتأمّل جيّداً»[٣].

الإيراد على الاستدلال والجواب عنه

وربما يستشكل في صحّة هذا الاستدلال بالنبوي على ولاية جدّ الجدّ وإن علا، بأنّه يلزم منه إثبات الموضوع بالحكم، نظير الإشكال الذي في حجّية الأخبار مع الواسطة في باب حجّية الخبر الواحد.

---

(١) المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤٢.

(٢) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٤٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٦: ١٠٢.

وتقريب الإشكال: أنّ كون الابن وماله لأبيه ثبت بالنبويّ المتقدّم[١]، فكيف يمكن إثبات كون الأب وماله للجدّ. ومن جملة أموال الأب بحكم هذا النبوي ابنه وماله، وهكذا بالنسبة إلى جدّ الجدّ، فيلزم أن يتحقّق الموضوع بالحكم، ونسبة الموضوع إلى الحكم نسبة المعروض إلى العرض، فلا يعقل أن يكون الحكم موجِداً لموضوعه، لاستلزامه الدور المحال؛ لأنّ وجود الحكم يتوقّف على الموضوع، ولو توقّف الموضوع على الحكم بحسب الفرض لزوم الدور.

ويندفع هذا الإشكال بأنّ الذي لا يعقل هو إثبات الحكم موضوع شخصه لا إثبات موضوع لحكم آخر؛ فإنّ هذا بمكان من الإمكان، والمقام من هذا القبيل؛ لأنّ ثبوت كون الابن وماله للجدّ بالنبويّ، يوجب تحقّق موضوع لحكم آخر، وهو كون الأب وماله للجدّ؛ لأنّه يستفاد من النبويّ الكبرى الكلّية القابلة للانحلال عرفاً، وتترتّب هذه الكبرى الكلّية على موضوعاتٍ متعدّدة، فالابن وماله للأب بحكم النبويّ، ويثبت به موضوعٌ لحكم آخر، وهو أنّ الأب وماله ـ ومن جملة ماله مال الابن ـ للجدّ بحكم هذا النبوي أيضاً.

وهكذا جدّ الجدّ، فكلّ حكم لموضوع يوجب لتحقّق موضوع آخر ويترتّب عليه حكمه الآخر، فتكون موضوعات متعدّدة لأحكام متعدّدة، غايته أنّ الأحكام تكون من سنخ واحد، وتعدّد الأحكام إنّما ينشأ من انحلال قضيّة أنّ كلّ ابنٍ وماله لأبيه، كما هو الشأن في جميع القضايا الحقيقيّة، حيث إنّها تنحلّ إلى أحكامٍ متعدّدة حسب ما لموضوعها من الأفراد[٢].

المطلب الثاني: كون الأجداد في مرتبة واحدة

بعدما ثبت أنّ للأجداد ولاية على أموال الصغار فيمكن أن يقع سؤال، وهو أنّه هل يكونوا في مرتبة واحدة، أو تختصّ الولاية بالجدّ الأدنى، وبعده الجدّ العالي،

---

(١) في ص١٦٢.

(٢) حاشية الإيرواني على مكاسب الشيخ: ١٥٤.

وبعده الجدّ الأعلى إن كان باقياً، وهكذا؟ فيه قولان:

الأوّل: أنّه تختصّ الولاية بعد موت الأب بالجدّ الأدنى، بمعنى أنّ الأقرب يمنع الأبعد[١] كما اختاره في المسالك[٢]، وحكي أيضاً عن جامع المقاصد والكفاية[٣].

الثاني: ـ وهو الأقوى ـ أنّ الأجداد كانوا في مرتبةٍ واحدةٍ، فكلّهم أولياء بالاستقلال، ويظهر هذا من إطلاق الشرائع[٤] والمختصر النافع[٥]، واختاره في التبصرة[٦] والإرشاد[٧] والتحرير[٨] والقواعد[٩] والتذكرة[١٠] والدروس[١١] واللمعة[١٢] وكنز العرفان[١٣] والروضة البهيّة[١٤] والرياض[١٥] وغيرهم[١٦].

---

(١) الظاهر عدم الكليّة لهذه القاعدة والتتبّع يثبته، كما أنّ وجود الأب في المقام لا يمنع الجدّ الأدنى؛ بمعنى أنّ ولاية الجدّ الأدنى ليست في رتبة مؤخّرة عن ولاية الأب، بل يشتركان؛ بمعنى نفوذ تصرّف أحدهما مع فقد تصرّف الآخر. م ج ف.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ١٧١.

(٣) حكاه السيّد المجاهد في المناهل: ١٠٥، ولكن لم نعثر عليه في جامع المقاصد وكفاية الأحكام. نعم، في ج ٥: ١٨٧ هكذا: «وهل يكون للجدّ الأعلى مع وجود الأدنى ولاية؟ فيه نظر».

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٨.

(٥) المختصر النافع: ١٤٦.

(٦) تبصرة المتعلّمين: ٩٦.

(٧) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.

(٨) تحرير الأحكام ٢: ٥٤١ وج ٣: ٤٣٣.

(٩) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥.

(١٠) حكاه في المناهل: ١٠٥ عن التذكرة.

(١١) الدروس الشرعيّة ٣: ١٩٢.

(١٢) اللمعة الدمشقيّة: ٦٢.

(١٣) كنز العرفان في فقه القرآن ٢: ٢٠٩.

(١٤) الروضة البهيّة ٤: ١٠٥.

(١٥) رياض المسائل ٥: ٦٣.

(١٦) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٤٠ و٤٤٢، تحرير الوسيلة ٢: ١٤، كتاب الحجر مسألة ٥.

والوجه في ذلك: أنّ المقتضي لولايتهم حال كونها في مرتبةٍ واحدة موجود والمانع مفقود. أمّا المقتضي، فلأنّ مقتضى إطلاقات باب النكاح ـ مع التعليل المذكور في الروايات من قوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[1] ـ عدم الفرق بين الأجداد في ذلك.

وأمّا عدم المانع، فلأنّ ما توهّم من المانع ليس إلّا قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾[2].

بناءً على أن يدّعى بأنّ الآية تشمل الولاية أيضاً، ولكنّها وردت في الإرث، فلايجوز التمسّك بها في المقام كما هو ظاهر لمن تأمّل فيها وتدبّر في القرائن المحفوف بها، وممّا قلنا ظهر ما في الوجه الأوّل.

المطلب الثالث: تقارن تصرّف الأب والجدّ

قد عرفت اشتراك الأب والجدّ في الولاية، بمعنى نفوذ تصرّف أحدهما مع فقد تصرّف الآخر، أو الموافقة وعدم المعارضة، أو سبق تصرّف المتصرّف منهما. وأمّا مع التقارن، كما إذا باع أحدهما شيئاً من أموال الصغار لشخص، وباع الآخر ذلك الشيء بعينه لغير ذلك الشخص، ووقع عقدهما في آنٍ واحد، ففي تقديم تصرّف الأب أو الجدّ أو البطلان احتمالاتٌ:

الاحتمال الأوّل: أنّه يقدّم الأب. قال في كتاب الوصايا من التذكرة: «إنّ ولاية الأب مقدّمة على ولاية الجدّ، وولاية الجدّ مقدّمة على ولاية الوصيّ للأب، والوصيّ للأب والجدّ أولى من الحاكم»[3].

---

(١) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٤ـ١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١ و ٢.

(٢) سورة الأنفال ٨: ٧٥، وسورة الأحزاب ٣٣: ٦.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجريّة.

الاحتمال الثاني: أنّه يقدّم عقد الجدّ، تمسّكاً بفحوى ما دلّ على تقدّم عقده في التزويج من الإجماعات والنصوص المستفيضة، وقال في التذكرة: «حكم الجدّ أولى لو عارضه الأب»[١].

الاحتمال الثالث: بطلان كلا العقدين، تمسّكاً بقاعدة استحالة الترجيح من غير مرجّح.

ويظهر من الروضة التوقّف في ذلك، حيث قال: «لو اجتمعا، فإن اتّفقا على أمرٍ نفذ، وإن تعارضا قدّم عقد السابق، فإن اتّفقا ففي بطلانه أو ترجيح الأب أو الجدّ أوجُهٌ»[٢].

الاحتمال الرابع: أنّه يقرع بينهما[٣].

الاحتمال الخامس: أنّه يتخيّر الحاكم بينهما[٤].

قال المحدّث البحراني: «والمسألة خالية من النصّ، فمن أجل ذلك حصل التردّد فيها، والاحتمال في تقديم كلّ من الجدّ والأب على الآخر»[٥].

وقال الإمام الخميني‌ﷺ ونعم ما قال: «الأب والجدّ مستقلّان في الولاية، فينفذ تصرّف السابق منهما ولغا اللاحق، ولو اقترنا ففي تقديم الجدّ أو الأب، أو عدم الترجيح وبطلان تصرّف كليهما وجوهٌ بل أقوال، فلا يترك الاحتياط»[٦].

وكذا في تفصيل الشريعة، وزاد «أنّ الاحتياط يحصل بما فيه النفع الأكثر والغبطة الكاملة»[٧].

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجريّة، جامع المقاصد ٥: ١٨٧، مسالك الأفهام ٤: ١٦١ـ١٦٢.

(٢) الروضة البهيّة ٤: ١٠٥ـ١٠٦.

(٣، ٥) المناهل: ١٠٥.

(٥) الحدائق الناضرة ١٨: ٤٠٨.

(٦) تحرير الوسيلة ٢: ١٤ مسألة ٧.

(٧) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٢ـ٣٠٣.

آراء فقهاء أهل السنّة في مسائل هذا المبحث

أ ـ الحنفيّة

إنّهم يعتقدون بأنّ أولى الأولياء الأب، ثمّ وصيّه، ثمّ وصيّ وصيّه، ثمّ الجدّ، ثمّ وصيّه، ثمّ وصيّ وصيّه، ثمّ القاضي، ثمّ من نصبه القاضي، ويعلّل الكاساني هذا الترتيب بقوله: «وإنّما تثبت الولاية على هذا الترتيب؛ لأنّ الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرّف بأنفسهم والنظر على هذا الترتيب؛ لأنّ ذلك مبنيّ على الشفقة[1]، وشفقة الأب فوق شفقة الكلّ، وشفقة وصيّه فوق شفقة الجدّ؛ لأنّه مرضيّ الأب ومختاره، فكان خلف الأب في الشفقة، وخلف الشيء قائم مقامه كأنّه هو، وشفقة الجدّ فوق شفقة القاضي... وكذا شفقة وصيّه؛ لأنّه مرضيّ الجدّ، ثمّ قال: وليس لمن سوى هؤلاء من الأمّ والأخ والعمّ وغيرهم ولاية التصرّف على الصغير في ماله»[2].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

ب ـ الشافعيّة

إنّهم قالوا: وليّ الصبيّ أبوه، ثمّ جدّه أبو الأب، ثمّ وصيّهما، ثمّ القاضي، ولا ولاية عند الشافعيّة للأمّ في القول الأصحّ قياساً على النكاح، وفي القول الثاني لها الولاية الماليّة بعد الأب والجدّ وتقدّم على وصيّهما لكمال شفقتها[3].

---

(١) وما أدري وليت شعري كيف يكون الحكم مبنيّاً على الشفقة؛ فإنّا إذا قلنا بأنّ ثبوت الولاية للأب إنّما هو بجعل إلهيّ، فهي محدودة بما حدّده الشارع المقدّس، والترتيب تابع له أيضاً، وإذا قلنا بأنّها ليست تأسيساً شرعياً، بل سيرة العقلاء تدلّ على ذلك، فهي مجملة من هذه الجهة جدّاً، وعليه: فلا وجه للتعرّض للشفقة أصلاً، ثمّ لو أغمضنا النظر عن ذلك، فكيف يمكن أن يقال إنّ شفقة الوصيّ فوق شفقة الجدّ. م ج ف.

(٢) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٣، ردّ المحتار ٦: ١٧٤.

(٣) نهاية المحتاج ٤: ٣٧٣ ـ ٣٧٥، المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٢١.

ج ـ الحنابلة

قالوا: تثبت الولاية الماليّة للأب، ثمّ بعد الأب وصيّه، ثمّ للحاكم، فإن لم يوجد حاكم فأمينٌ يقوم به، والأُمّ وسائر العصبات لا ولاية لهم[1].

د ـ المالكيّة

ورأيهم كرأي الحنابلة[2].

فالحنفية والشافعيّة قائلون بولاية الجدّ، إلّا أنّ الشافعيّة يقدّمونه على وصيّ الأب، بخلاف الحنفيّة الذين قالوا: بأنّ ولايته متأخّرة عنه، وأمّا الحنابلة والمالكيّة لا يقولون بولاية الجدّ.

وأيضاً الشافعيّة قالوا بولاية الأُمّ في أحد قوليهم، بخلاف المذاهب الثلاث الأُخر.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) الإقناع ٢: ٢٢٣، كشّاف القناع ٣: ٥٢١، المغني ٤: ٥٢٦.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠ حاشية الدسوقي ٣: ٢٩٣.

المبحث الثالث: شرائط ولاية الأب والجدّ على أموال الصغار

وفيه مطالب:

المطلب الأوّل: اشتراط العدالة

هل يشترط في ثبوت الولاية للأب والجدّ عدالتهما، أو لا؟ أقوال:

الأوّل: أنّه يعتبر في موضوع ولاية الأب والجدّ العدالة، اختاره في الإيضاح[١]، وحكاه في مفتاح الكرامة[٢] والجواهر[٣] عن الوسيلة، ولكن لم نعثر عليه في الوسيلة. نعم، اشترط في تصرّف الوليّ كونه ثقة، وفي الوصيّ أن يكون عادلاً.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

ويظهر من القواعد التوقّف في المسألة، حيث قال: «ويشكل الأمر في الأب الفاسق»[٤]، ولكن استظهر منه المحقّق الأردبيلي القول باشتراط العدالة، حيث قال: «إنّ ظاهر أكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة في الأب والجدّ. نعم، في القواعد وشرحه إشارة إلى ذلك»[٥].

---

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٨.

(٢) مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٧.

(٣) جواهر الكلام ٢: ١٠٢.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٤.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٢. إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٧ـ٦٢٨، جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

أدلّة هذا الشرط[١]

ويمكن الاستدلال على لزوم هذا الشرط بأُمور:

الأوّل: قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَ لاٰ تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النّٰارُ وَ مٰا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللهِ مِنْ أَوْلِيٰاءَ﴾[٢].

وتقريب الاستدلال بها: أنّه بعدما نهى الله ـ عزّوجلّ ـ عن ركون الناس إلى الظالم، والمراد به الفاسق ومطلق من عصى الله بقرينة ﴿لاٰ يَنٰالُ عَهْدِي الظّٰالِمِينَ﴾[٣] فهو ـ تعالى ـ أولى بذلك، فيجب أن لا يدفع أمر ولاية مال الصغير إلى الأب الظالم؛ لأنّه ركون إليه واعتماد به، وقد نهى سبحانه عنه.

وفيه نظر، **أوّلاً**: فإنّ المراد بالركون إلى الظالم الدخول في أعوانه وجعل الظالم وليّاً على نفسه؛ حيث إنّ هذا في نفسه محرّم، والقرينة على ذلك قوله ـ تعالى ـ في آخر الآية: ﴿وَ مٰا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللهِ مِنْ أَوْلِيٰاءَ ثُمَّ لاٰ تُنْصَرُونَ﴾. ولذلك لم يلتزم أحد فيما نعلم باعتبار العدالة في الوكيل أو العامل في المضاربة أو المستعير أو الودعي ونحو ذلك، مع أنّ في جميع ذلك ركون من الموكّل والمضارب والمالك إلى الوكيل والعامل والمعير والودعي[٤].

قال الإمام الخميني‌ﷺ: «مع إمكان دعوى ظهور الآية الكريمة في الركون إلى ولاة الجور؛ فإنّ قوله ـ تعالى ـ: ﴿فَتَمَسَّكُمُ النّٰارُ وَ مٰا لَكُمْ مِنْ دُونِ اللهِ

---

(١) غير خفيّ أنّ الأدلّة الدالّة على ثبوت الولاية للأب مطلقة وغير مشروطة بالعدالة، سيّما ما ورد في تزويج الأب أو الجدّ، وأيضاً ظاهر القاعدة الكلّية وهي «أنت ومالك لأبيك» التي هي آبية عن تقييدها بالعدالة، فبناء على ذلك يحتاج التقييد إلى دليل آخر يكون بياناً عرفاً للأدلّة المطلقة. م ج ف.

(٢) سورة هود ١١: ١١٣.

(٣) سورة البقرة ٢: ١٢٤.

(٤) إرشاد الطالب ٣: ٧.

﴿مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنْصَرُونَ﴾ سياقه يشهد بأنّ الركون إليه أمر عظيم، ومن الكبائر وذو مفسدةٍ عظيمة؛ حيث أوعد عليه بالنار وعدم الأولياء والناصر لهم، وهذا يناسب الركون إليهم، حيث ورد فيهم وفي إعانتهم ما ورد في الأخبار، لا الركون والميل إلى فاسقٍ كان سبب فسقه عدم ردّ السلام الواجب»[1].

وثانياً: أنّ ذلك قياس فعل الباري المتعال بأفعال المكلّفين مع أنّه مع الفارق جدّاً؛ فإنّ أفعاله ـ تعالى ـ موافقة لصلاح النظام الكلّي التكوينيّ لا النظام التشريعي المحدود، كما أنّ جعله التشريعي لابدّ وأن يوافق صلاح النظام التشريعي العام، وهو ممّا لا تحيط به العقول المحدودة، ولهذا ترى أنّه ـ تعالى ـ نهى عن التعاون على الإثم والعدوان، ومع ذلك جميع أسباب الإثم والعدوان موجودة بإرادته وفعله، ولاشبهة في وجوب حفظ نفس المؤمن علينا وهو ـ تعالى ـ قادر على حفظها ولم يحفظها، بل وكّل ملك الموت بإماتتها.

وثالثاً: أنّ الركون كالتصديق من فعل الجنان، فإمّا أن يحمل على العمل الخارجي وترتيب الأثر له فيصير مرتبطاً بما نحن فيه.

وإمّا أن يحمل على نفس ما هو عمل الجنان والقلب من الميل والحبّ، وعليه: فلا مساس للآية بما نحن فيه؛ إذ يمكن إيكال أمرٍ إلى ظالمٍ مع النفرة عنه قلباً غاية النفرة.

ثمّ الظاهر من الآية عرفاً هو الثاني، خصوصاً بملاحظة ذيلها ﴿فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾ وملاحظة ما ورد في تفسيرها من أنّ الرجل يأتي السلطان فيحبّ بقاءه إلى أن يدخل يده في كيسه فيعطيه[2].

---

(١) كتاب البيع ٢: ٤٤٩ ـ ٤٥٠.

(٢) كتاب البيع للشيخ الأراكي ٢: ١٠.

ورابعاً: أنّ المراد من الركون في الآية الكريمة ليس الركون في الأُمور الدنيويّة، بل المراد به هو الركون في الأُمور الدينيّة[١] بقرينة ذيلها ﴿فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ﴾. حيث إنّ ذلك نتيجة الركون إلى الظالم في الأُمور الدينيّة لا في الأُمور الدنيويّة، وإلّا فلازمه عدم جواز توكيل الفاسق في الأموال الشخصيّة للبالغين الراشدين وكونه من المحرّمات الشخصيّة، فهي بديهي البطلان، ولا أنّه يجوز تأمين الفاسق وجعل الوديعة عنده[٢].

قال الشيخ الأعظم بعد حكاية اشتراط العدالة فيها: «ولعلّه أراد بنصّ القرآن آية الركون إلى الظالم... وفي دلالة الآية نظر»[٣]، ولعلّ وجه النظر بعض هذه الوجوه التي ذكرناها.

الدليل الثاني: الاستدلال بآية النبأ الدالّة على عدم الاعتناء بقول الفاسق ونبأه، وثبوت الولاية للفاسق مستلزم[٤] لقبول إخباراته وإقراراته، وهو منافٍ للآية، وأنّ بين مفاد الآية ودليل جعل الولاية تعارض العموم من وجه؛ لأنّ لازم جعل الولاية هو قبول إقراراته وإخباراته بالنسبة إلى ما تولّاه وإطلاقه يقتضي وجوب قبول قول الوليّ الفاسق، والآية الشريفة بإطلاقها تشمل الوليّ الفاسق فيتعارضان فيه، فيجب رفع اليد عن مفاد الأخبار؛ لعدم إمكان تعارضها مع الكتاب[٥].

---

(١) كما أنّ الظاهر هو الركون فيما يرتبط بظلمه، وإلّا فالركون إليه مثلاً لدفع ظالم أقوى لا إشكال فيه، فتأمّل. م ج ف.

(٢) مصباح الفقاهة ٥: ١٤.

(٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٦.

(٤) لا ملازمة بين قبول الخبر وثبوت الولاية، فيمكن ثبوت الولاية مع عدم قبول إخباراته وإقراراته، وبعبارة أخرى: الكلام في شرطيّة العدالة بالنسبة إلى نفوذ تصرّف الوليّ مع قطع النظر عن إخباره أو إقراره. م ج ف.

(٥) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٥٠ ـ ٤٥١.

الجواب عن الاستدلال بآية النبأ

أُجيب عن الاستدلال بآية النبأ في المقام بوجوهٍ:

الأوّل: ما ذكره المحقّق الاصفهاني من أنّ عدم قبول قول الفاسق وإخباراته من حيث إنّه فاسق لا ينافي قبول إقراراته وإخباراته من حيث ولايته ووكالته ونحوهما، حيث إنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به ونحوه، خصوصاً بعد الاتّفاق على ولاية الفاسق أباً كان أو جدّاً على تزويج الصغير والصغيرة، مضافاً إلى أنّ اعتبار ولاية الأب والجدّ على الصغير وماله مغاير لاعتبار ولاية غيره، بملاحظة أنّه وماله لأبيه، فهو كالولاية والسلطنة على نفسه وماله عادلاً كان أو فاسقاً، فتدبّر[1].

وأجاب عنه الإمام الخميني بأنّ ما ذكره المحقّق الاصفهاني «إنّما هو في الحكم الحيثي، كحلّية الغنم في قبال حرمة الموطوء؛ فإنّ قوله ـ تعالى ـ: ﴿أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ﴾[2] حكم حيثي للبهيمة مقابل السباع مثلاً، وليس فيه إطلاق حتّى يعارض ما دلّت على حرمة الموطوء، بخلاف الآية الشريفة؛ فإنّها كافلة لحكم فعليّ له إطلاق على فرض الدلالة، فتعارض دليل اعتبار قول الأولياء، كما أنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به لو كان مفاد روايةٍ أو معقد إجماعٍ يكشف عن الحكم على هذا العنوان، لكان مفاده معارضاً للآية الكريمة بالعموم من وجهٍ[3]، فلابدّ من الأخذ بها ورفض إطلاق الرواية أو معقد الإجماع»[4].

نقول: والظاهر أنّ ما قاله المحقّق الاصفهاني ـ جواباً عن الاستدلال بالآية

---

(١) حاشية كتاب المكاسب، للمحقّق الاصفهاني ٢: ٣٧١ ـ ٣٧٢.

(٢) سورة المائدة ٥: ١.

(٣) الظاهر أنّ من ملك شيئاً ملك الإقرار به ليس معارضاً للآية بنحو العموم من وجه، بل تخصيص أو تقييد للآية الشريفة؛ بمعنى عدم وجوب التبيين في هذا المورد، فتدبّر. م ج ف.

(٤) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٥١.

الكريمة على اشتراط العدالة في الولاية ـ وجيهٌ.

والدليل على هذا فهم العرف باختلاف الحيث في المورد؛ فإنّهم فرّقوا بين الإخبار من حيث إنّه خبر ويدلّ على واقعةٍ في الخارج، وبين الإخبار من الوليّ من حيث إعمال ولايته على مال الصغير.

الثاني: ما يستفاد من كلام الإمام الخميني ﷺ، وهو أنّه لا إطلاق[1] في الآية الكريمة بالنسبة إلى عدم قبول قول وليّ الفاسق؛ حيث إنّ ظاهر الآية ـ ولو بملاحظة التعليل الوارد فيها ـ عدم جواز الاعتماد على خبر الفاسق في الوقائع المهمّة، نحو خبر الوليد بكفر بني المصطلق؛ لأنّ الاعتماد في مثله يوجب تجهيز الجيش وقتال المرتدّين، وقتل العامّ الموجب للإصباح نادمين، أيّة ندامةٍ عظيمةٍ!!

ففي مثله لابدّ من التثبّت والتفتيش في الواقعة لا العمل بقول الواحد أو الإثنين، سيّما إذا كان فاسقاً...فالآية أجنبيّة عن الحكم بعدم قبول قول الفاسق مطلقاً[2].

الثالث: أنّ قبول إخبار الملّاك وذوي أيادي والأولياء بالتصرّفات فيما بأيديهم أو ثبوت ولايتهم عليها، ممّا جرت عليه السيرة العقلائية من دون نظرٍ إلى كونهم عدولاً، والردع عمّا جرت عليه سيرتهم يحتاج إلى النهي عنه بخصوصه، ولا يصحّ بالعموم والإطلاق، وتفصيل ذلك في الأُصول في بحث عدم كون الآيات الناهية عن اتّباع غير العلم رادعة عن العمل بأخبار الثقات. أشار إلى هذا الجواب أيضاً الإمام الخميني﴿[3] وتبعه في ذلك الأُستاذ

---

(١) والظاهر ثبوت الإطلاق؛ فإنّ كلمة النبأ مطلقة جدّاً، والتعليل بحسب المورد لا يكون مقيّداً، وإلّا فاللّازم أن يقال: إنّ التبيين واجب في مورد يكون عدمه موجباً للندامة، ولم يقل به أحد. م ج ف.

(٢) كتاب البيع للإمام الخميني﴿ ٢: ٤٥١ـ٤٥٢.

(٣) نفس المصدر ٢: ٤٥٢.

الشيخ جواد التبريزي[١].

الدليل الثالث: أنّ الفاسق سفيهٌ، خصوصاً إذا كان شارب الخمر، والسفيه لا تثبت له الولاية مطلقاً، وفيه نظر، للمنع من أنّ الفاسق سفيه[٢].

الدليل الرابع: أنّ الأصل عدم ثبوت الولاية للأب والجدّ؛ لأنّ الولاية على خلاف الأصل، فيلزم فيه الاقتصار على المتيقّن[٣]؛ وهو صورة ثبوت العدالة لهما.

وفيه نظر؛ لأنّ الأصل بقاء الولاية لهما إذا كانا عدلين ثمّ فسقا، ولا قائل بالفصل بين الصور على الظاهر، مع أنّ المثبت للولاية مقدّم على النافي لهما، كما لا يخفى[٤].

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّه لا دليل على اشتراط العدالة في ثبوت الولاية للأب والجدّ.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

إيضاح

قال المحقّق الإيرواني: «ولا مجال لتوهّم دخل العدالة على سبيل الموضوعيّة كما في المقلّد والقاضي والبيّنة وإمام الجماعة؛ لعدم الدليل عليه، بل هي طريق للحكم بوقوع تصرّفات الوليّ على طبق ما يعتبر أن يقع عليه من المصلحة أو عدم المفسدة، فلو فرض صدور التصرّف من الفاسق على طبق ما يعتبر نفذ، كما أنّه لو فرض صدور التصرّف من العادل على خلاف ما يعتبر لم ينفذ وفسق بذلك إن كان عن عمدٍ.

---

(١) إرشاد الطالب ٣: ٩.

(٢) كتاب المناهل: ١٠٦.

(٣) مع وجود الإطلاق في الأدلّة الدالّة على ثبوت الولاية لا مجال لأخذ المتيقّن. م ج ف.

(٤) كتاب المناهل: ١٠٦.

وبالجملة: الوليّ في مقدار ما هو وليّ فيه من التصرّفات تصرّفه نافذٌ.

نعم، طريق معرفة أنّ تصرّفه غير متخطّئ عن ذلك القانون للأجانب هو العدالة»[١].

ولقد أجاد الأُستاذ الشيخ جواد التبريزي في الردّ عليه، حيث قال: لا وجه لهذا الاعتبار لو كان مستند الحكم النهي عن الركون إلى الظالم. نعم، لو كان المستند آية النبأ لكان الالتزام باعتبارها طريقاً وجيهاً[٢].

عدم اشتراط العدالة في ثبوت الولاية للأب والجدّ

القول الثاني: أنّه لا يشترط في ثبوت الولاية للأب والجدّ عدالتهما، بل تثبت الولاية لهما ولو كانا فاسقين، كما يظهر من إطلاق كلام المحقّق في الشرائع والنافع[٣]. وكذلك في التبصرة[٤] والإرشاد[٥] والتحرير[٦] والقواعد[٧] والدروس[٨] واللمعة[٩] وكنز العرفان[١٠] والروضة[١١] ومجمع البرهان[١٢]. وبه قال جماعة من متأخّري

---

(١) حاشية المكاسب للايرواني ٢: ٣٦٣.

(٢) إرشاد الطالب ٣: ٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٨، المختصر النافع: ١٤٦.

(٤) تبصرة المتعلّمين: ٩٦.

(٥) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.

(٦) تحرير الاحكام ٢: ٥٤١.

(٧) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥.

(٨) الدروس الشرعية ٣: ١٩٢.

(٩) اللمعة الدمشقيّة: ٨٢.

(١٠) كنز العرفان ٢: ٤٩.

(١١) الروضة البهيّة ٤: ١٠٥.

(١٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٢.

المتأخّرين[١] وفقهاء العصر[٢].

قال العلّامة: «ويشكل الأمر في الأب الفاسق»[٣].

وقال المحقّق الثاني في توضيحه: «وجه الإشكال أنّ ولايته ثابتةٌ بأصل الشرع تابعةٌ لأبوّته، ولم يشترط الشارع في ولايته العدالة، والفرق بينه وبين الأجنبي قائم؛ لأنّ شفقته المركوزة في الجبلّة تمنعه من تضييع مصلحة أولاده، ومن حيث إنّ الفاسق لا يركن إليه وليس أهلاً للاستئمان»[٤].

أدلّة قول الثاني

ويمكن الاستدلال على عدم اعتبار العدالة في ولايتهما بأُمورٍ:

الأوّل: الأصل، قال المحقّق الأردبيلي: «إنّ ظاهر أكثر العبارات خالية عن اشتراط العدالة في الأب والجدّ... والأصل يقتضي العدم»[٥].

وحكاه أيضاً عن الكفاية في مفتاح الكرامة[٦]. وقال الشيخ الأعظم الأنصاري: «المشهور عدم اعتبار العدالة؛ للأصل والإطلاقات»[٧]، وكذا في الجواهر[٨].

---

(١) مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٧، جواهر الكلام ٢٦: ١٠٢، كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.

(٢) البيع للإمام الخميني ٢: ٤٤٤، مصباح الفقاهة ٥: ١٣، إرشاد الطالب ٣: ٥، حاشية الايرواني على المكاسب: ١٥٤، المكاسب والبيع للنائيني ٢: ٣٣٠، كتاب البيع للأراكي ٢: ٥، تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠١.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٤.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٢.

(٦) مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٧.

(٧) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.

(٨) جواهر الكلام ٢٦: ١٠٢.

وظاهر عطف الثاني على الأوّل، أنّه لا يكون المراد من الأصل هي الإطلاقات أو القاعدة المستفادة منها، بل المراد منه الأصل العملي، أي البراءة أو الاستصحاب.

وأمّا أصالة البراءة؛ فإنّ مثل حديث الرفع بناءً على شموله للأحكام الوضعيّة، فلا مانع من التمسّك به ورفع ما يحتمل شرطيّته في تأثير تصرّفات الأب والجد؛ لكونها مجهولة ويناسبه الامتنان.

قال المحقّق النائيني: «لا إشكال في أنّه عند الشكّ في جزئيّة شيء للمركّب أو شرطيّته تجري فيه البراءة الشرعيّة، ويندرج في قوله ﷺ: رفع ما لا يعلمون»[1] وبه قال المحقّق الخراساني[2].

ولكنّ المرفوع عند الشيخ ﷺ في «ما لا يعلمون» هو خصوص المؤاخذة على الأقرب والأظهر، مع إشكال وتأمّل فيه منه[3].

فيبعد أن يكون المراد من الأصل هو البراءة. وأمّا الاستصحاب، فإن كان المراد به هو الاستصحاب النعتي؛ بأن يقال: إنّ الولاية كانت في زمان ولم تكن مشروطة بالعدالة، فكذلك الحال، فلا شبهة أنّه لم يكن لذلك حالة سابقة؛ إذ ليس زمانٌ تكون الولاية ثابتةً ولم تكن مشروطة بالعدالة حتّى نستصحبها، وإن كان المراد منه أصل العدم الأزلي لسلم من إشكال عدم وجود الحالة السابقة، إلّا أنّ الشيخ الأعظم ﷺ لا يقول به[4]. فعلى هذا لا أصل لهذا الأصل الذي ذكره المحقّق الأردبيلي والسبزواري والشيخ الأعظم كما أشار إليه المحقّق الاصفهاني وتلميذه

---

(١) فوائد الأصول ٣: ٣٥٤.

(٢) كفاية الأصول: ٤١٧.

(٣، ٤) فرائد الأصول، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٥: ٢٨ ـ ٢٩، ٥٩.

السيّد الخوئي ﷺ[١].

ولعلّ المراد من الأصل هنا هو الأصل العقلائي؛ لأنّ العقلاء يلاحظون في تصرّفات الأولياء في أموال الصغار بأن يكونوا أُمناء وموثّقين لحفظ المال والتصرّف لمصلحة الطفل، ولا يعتبرون أزيد من الأمانة والوثاقة، فعدم اعتبار العدالة لهذا الأصل العقلائي، ولا يكون المراد منه الأصل العملي، كالبراءة والاستصحاب وغيرهما.

الثاني: أنّ العدالة لو كانت شرطاً في ثبوت ولايتهما لاشتهر روايةً؛ لتوفّر الدواعي عليه، وإليه أشار في جامع المقاصد بقوله:

«إنّ ولايته ثابتةٌ بمقتضى النصّ والإجماع، واشتراط العدالة فيه لا دليل عليه»[٢].

الثالث: ـ وهو العمدة ـ إطلاق النصوص. قال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: «إنّ مقتضى إطلاق أدلّة ولاية الأب والجدّ له ثبوت الولاية لهما من غير التقييد بالعدالة، كما عرفت أنّه الأحوط في المؤمنين، فثبوت فسقهما أو عروضه لا يوجب بنفسه الخروج عن الولاية، بحيث لو راعيا المصلحة الكاملة في التصرّف في أموال الطفل لكان التّصرّف بلا وجهٍ وصادراً عن غير وليّ الشرعيّ، بل تصرّفهما صحيح وصادر عمّن له الولاية»[٣].

وبالجملة: أهمّ النصوص مايلي، وهي على طوائف:

الطائفة الأولى: ما ورد في باب الوصيّة بالمضاربة بمال الولد الصغير، كموثّقة محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله ﷺ، أنّه سئل عن رجلٍ أوصى إلى رجلٍ بوُلده

---

(١) الحاشية على المكاسب للمحقّق الاصفهاني ٢: ٣٧٠، مصباح الفقاهة ٥: ١٣.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠١.

وبمال لهم، وأذِن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: «**لابأس به، من أجل أنّ أباه قد أذِن له في ذلك وهو حيّ**»[١]؛ فإنّها تدلّ على نفوذ تصرّف الوالد في مال ولده، ولها إطلاق يشمل حالتي الفسق والعدالة من جهتين:

الأُولى: من جهة ترك الاستفصال في صدرها، **الثانية**: من جهة إطلاق التعليل؛ لأنّه عليه السلام قال: «**من أجل أنّ أباه قد أذِن له في ذلك وهو حيّ**».

وكذا ترك الاستفصال في رواية خالد بن بكير أيضاً دليل على عدم اعتبار العدالة؛ فإنّ في ذيلها: «... **وأمّا فيما بينك وبين الله ـ عزّوجلّ ـ فليس عليك ضمان**»[٢].

الطائفة الثانية: ما ورد في باب الوقف على الولد الصغير، كصحيحة محمّدبن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، أنّه قال في الرجل يتصدّق على ولده وقد أدركوا: «**إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذي يلي أمره**»[٣].

إذ مفاد التعليل أنّ الوالد الذي يلي أمر الصغير يكفي قبضه في صحّة الوقف ولزومه؛ لأنّه وليّ الموقوف عليه، وهو قضيّةٌ مطلقة شاملة لحالتي الفسق والعدالة.

ومثلها معتبرة عبيد بن زرارة؛ فإنّ في ذيلها: «**لأنّ الوالد هو الذي يلي أمره...**»[٤] أي أمر الصغير.

وكذا معتبرة علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨، الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح١.

(٢) نفس المصدر والباب، ح٢.

(٣) نفس المصدر ١٣: ٢٩٧، الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، ح١.

(٤) نفس المصدر والباب، ح٥.

عن رجلٍ تصدّق على ولده بصدقةٍ، ثمّ بدا له أن يدخُل غيره فيه مع ولده، أيصلح ذلك؟ قال: «نعم، يصنع الوالد بمال ولده ما أحبّ، والهبة من الولد بمنزلة الصدقة من غيره»[1]؛ فإنّ إطلاق التعليل في قوله عليه السلام: «نعم، يصنع الوالد بمال ولده ما أحبّ» يدلّ على عدم اعتبار العدالة في ولاية الأب، ويثبت في ولاية الجدّ بعدم القول بالفصل.

الطائفة الثالثة: ما ورد في باب نكاح الأب أو الجدّ ولده الصغير، كرواية عبدالله (عبدالملك خ ل) بن الصلت قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام، عن الجارية الصغيرة يزوّجها أبوها لها أمر إذا بلغت؟ قال: لا، ليس لها مع أبيها أمرٌ، قال: وسألته عن البكر، إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمر؟ قال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تكبر (تثيب خ ل)[2].

فإنّ مقتضى إطلاق الذيل ـ أعني «ليس لها مع أبيها أمرٌ» ـ بل عمومه ـ حيث إنّه نكرةٌ في سياق النفي ـ أنّ أُمورها كلّها مسلوبةٌ[3] عنها ومفوّضة إلى أبيها، وأنّ أُمورها الراجعة إلى نفسها ومالها موكولةٌ إلى الوالد، وهذا معنى الولاية للأب، ولم يقيّد بالعدالة.

ومثلها معتبرة زرارة؛ فإنّ في ذيلها: «وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلّا بأمر وليّها»[4]؛ فإنّ الظاهر من الوليّ متولّي الأُمور كلّها في الأموال وغيرها، وهو مطلق يشمل حالتي الفسق والعدالة، كما يظهر ذلك من كلام

---

(١) نفس المصدر ١٣: ٣٠٢، الباب ٥ من كتاب الوقوف والصدقات، ح٥.

(٢) نفس المصدر ١٤: ٢٠٨ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح٣.

(٣) الظاهر أنّ الرواية تدلّ على أنّه مع تصرّف الأب ليس لها أمر، ولا تدلّ على أنّ أُمورها كلّها مسلوبة عنها. م ج ف.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٥ الباب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح٦.

الشيخ الحائري﵀[١].

الرابع: الإجماع، قال في مفتاح الكرامة: «قد حكى في نكاح التذكرة[٢] الإجماع على ولاية الفاسق في النكاح»[٣] وفحواه يشمل ولايته على الأموال بطريقٍ أولى».

والمتحصّل ممّا ذكرناه أنّه لا يشترط في ولاية الأب والجدّ عدالتهما نصّاً وفتوىً وإجماعاً، وإنّما الكلام في رفع المانع الذي ذكره فخر المحقّقين في الإيضاح، حيث قال: «والأصحّ عندي أنّه لا ولاية له ما دام فاسقاً، لأنّها ولايةٌ على من لايدفع عن نفسه ولا يعرف عن حاله، ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أميناً يقبل إقراراته وإخباراته على غيره مع نصّ القرآن على خلافه»[٤].

وحاصله يرجع إلى أنّ تولية أمره إلى الفاسق تؤول أحياناً إلى تلف مال الصغير، ولعلّ مراده من نصّ القرآن[٥] آية الركون إلى الظالم[٦]، كما في جامع المقاصد[٧]. وفي دلالة الآية نظر يظهر ممّا تقدّم.

وأمّا الوجه العقلي الذي ذكره في الإيضاح ففيه:

أوّلاً: أنّه لا يقتضي اعتبار العدالة، بل غاية ما يمكن أن يقال: هو اعتبار الوثاقة والأمانة، فربما يكون الفاسق أوثق في الأموال من بعض العدول.

وثانياً: أنّ إطلاق الأدلّة المؤيّد بالإجماع دليلٌ قطعيٌّ على عدم اشتراط

---

(١) كتاب البيع للشيخ الأراكي ٢: ٧ـ٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٩٩، الطبعة الحجريّة.

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ٢٥٧.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٦٢٨.

(٥) الظاهر أنّ مراده من نصّ القرآن آية النبأ، وهذا بقرينة المتقدّمة. م ج ف.

(٦) سورة هود ١١: ١١٣.

(٧) جامع المقاصد ١١: ٢٧٥.

العدالة، وهو حجّة قطعيّة، ولا يمكن رفع اليد عن هذه الحجّة إلّا مع قيام حجّةٍ شرعيّةٍ أو عقليّة قطعيّة التي لا يمكن دفعها، ومع وجود الاحتمال لا يصحّ الأخذ بالدليل العقلي، وفي هذا المورد لو احتملنا أنّ في ترك الولاية للأب والجدّ ـ ولو كانا فاسقين ـ مفسدة غالبة بحيث توجب تلف مال الصغير أحياناً لا دافع لهذا الاحتمال، ومعه لا يجوز رفع اليد عن تلك المطلقات الكثيرة بمثل هذه الأمور الظنّية، كما أشار إليه الإمام الخميني[١].

وأجاب المحقّق الثاني عمّا في الإيضاح أنّه «يندفع هذا المحذور بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل إذا كان للأب عليه ولاية، عَزَلَه ومَنَعَه من التصرّف في ماله وإثبات اليد عليه، وإن ظهر خلافه فولايته ثابتة، وإن لم يعلم حاله استعلم بالاجتهاد وتتبّع سلوكه وشواهد أحواله»[٢].

وقال في تفصيل الشريعة: «حيث إنّ الحكمة بل العلّة في ثبوت الولاية للأب والجدّ رعاية الغبطة والمصلحة للأطفال، بحيث لم يقع منهما تضرّر على المولّى عليه لعدم قدرته... فلو ظهر للحاكم ولو بقرائن الأحوال ثبوت الضرر منهما على الطفل المولّى عليه، يجب على الحاكم في هذه الصورة ـ وهي صورة الظهور ـ عزلهما ومنعهما من التصرّف في أمواله؛ لاستلزامه خلاف علّة ثبوت الولاية لهما»[٣].

القول الثالث: التوقّف في المسألة، قال العلّامة ﷺ: وفي اعتبار العدالة في الوصيّ خلافٌ، الأقرب ذلك، ويشكل الأمر في الأب الفاسق[٤].

---

(١) كتاب البيع ٢: ٤٤٧.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠١.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٤.

ووجه التوقّف أنّ ولاية الأب والجدّ ثبت قطعاً في الشريعة، ولا دليل على اعتبار العدالة، وفرق واضح بين الأب والجدّ والأجنبي، كالوصيّ والوكيل وغيرهما؛ لأنّ رأفتهما على الأولاد أكثر من رأفة العادل الأجنبي؛ إذ في الأب والجدّ من الشفقة الذاتية والرأفة الطبيعيّة بالنسبة إلى أولادهم ما لا ينكر ولو كان فاسقاً، وهذه الشفقة الذاتيّة تمنعُهما من تضييع مصلحتهم، ومن أنّ الفاسق لا يركن إليه للاستئمان[1].

اشتراط العدالة في الولاية على الأموال، عند بعض أهل السنّة

اشترط الشافعيّة وكذا الحنابلة في الوليّ العدالة ولو في الظاهر.

قال الشربيني من فقهاء الشافعيّة: «ولي الصبيّ أبوه... ثمّ جدّه أبو الأب وإن علا كولاية النكاح، وتكفي عدالتهما الظاهرة لوفور شفقتهما، فإن فسقا نزع القاضي المال منهما»[2].

وقال ابن قدامة بعد بيان ثبوت ولاية الأب والوصيّ على الأموال:

«من شرط ثبوت الولاية ـ على المال ـ العدالة بلا خلافٍ؛ لأنّ في تفويضها إلى الفاسق تضييعاً لماله، فلم يجز، كتفويضها إلى السفيه»[3].

وكذا في كشّاف القناع، بل الحنابلة وكذلك الشافعيّة اشترطوا في القاضي الذي تثبت له الولاية أن يكون عدلاً، فقد جاء في كشّاف القناع: ثمّ إن لم يكن أبٌ ولا وصيّه، ثبتت الولاية على الصغير للحاكم بالصفات المعتبرة؛ ومنها العدالة[4].

---

(١) اقتباس من كلام المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١١: ٢٧٦.

(٢) مغني المحتاج ٢: ١٧٣.

(٣) الكافي في فقه أحمد ٢: ١٠٧.

(٤) كشّاف القناع ٣: ٥٢١.

وفي نهاية المحتاج في فقه الشافعيّة: وليّ الصغير ولو أُنثى أبوه، ثمّ جدّه، ثمّ وصيّهما، ثمّ القاضي العدل الأمين[١].

وأمّا الحنفيّة والمالكيّة، فلم يتعرّضوا لاشتراط العدالة في الولاية على الصبيّ في أمواله.

المطلب الثاني: اشتراط المصلحة أو عدم المفسدة

هل يشترط في نفوذ تصرّفات الأب والجدّ توافقها مع المصلحة، أو يكفي عدم المفسدة، أو لا يعتبر شيء من ذلك؟ وجوهٌ بل أقوالٌ:

الأوّل: عدم اعتبار شيء من المصلحة أو عدم المفسدة، بل ينفذ ولو مع المفسدة، يدلّ على هذا الوجه إطلاق الأخبار:

١ ـ كصحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحتاج إلى مال ابنه؟ قال: **يأكل منه ما شاء من غير سرف. وقال: في كتاب عليّ عليه السلام إنّ الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً إلّا بإذنه، والوالد يأخذ من مال ابنه ماشاء**[٢]، فإنّ إطلاق قوله عليه السلام: «**والوالد يأخذ من مال ابنه ما شاء**» يشمل نفوذ تصرّفه ولو مع المفسدة.

٢ ـ ورواية سعيد بن يسار، عن أبي عبدالله عليه السلام؛ فإنّ فيها: «**نعم، يحجّ منه وينفق منه، إنّ مال الولد للوالد...**»[٣].

٣ ـ وما دلّ على أنّ الولد وماله لأبيه، كما في النبويّ المشهور المتقدّم[٤].

---

(١) نهاية المحتاج ٤: ٣٧٣ ـ ٣٧٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٤، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح١.

(٣) نفس المصدر والباب، ح٤.

(٤) نفس المصدر والباب، ح٢.

٤ ـ وما في العيون والعلل، عن محمّد بن سنان، أنّ الرضا عليه السلام، كتب إليه فيما كتب من جواب مسائله «**وعلّة تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه وليس ذلك للولد؛ لأنّ الولد موهوب للوالد في قوله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ إِناثاً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ الذُّكُورَ﴾**[1]»[2].

٥ ـ وما دلّ على ثبوت الولاية للأب والجدّ على الأولاد الصغار في النكاح؛ فإنّ إطلاق الأخبار في باب النكاح تمام، سيّما في موثّقة عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام: فإنّ في ذيلها: «**ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ**»[3]؛ لكونها مطلقةً من حيث ثبوت المصلحة في النكاح وعدم ثبوتها، ووجود المفسدة وعدمها، وتتعدّى إلى الأموال بالأولويّة القطعيّة؛ لكون النكاح أهمّ، بل تلك الأولويّة منصوصةً؛ فإنّه عليه السلام بعدما سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وآله: «**أنت ومالك لأبيك**» قالوا: بلى، قال عليه السلام: **فكيف يكون هذا وهو وماله لأبيه ولا يجوز نكاحه ؟**[4] هذا ما يمكن أن يقال في توجيه القول الأوّل.

وفيه: أنّ النصوص المتقدّمة وإن دلّت على إطلاق ولاية الأب حتّى مع المفسدة، إلّا أنّ النصوص الأُخرى دلّت على أنّه لا يراد هذا الإطلاق.

ببيان آخر: الإطلاق مقيّد بالأدلّة اللفظيّة والعقليّة، وسنذكرها في الاستدلال للوجه الثاني قريباً إن شاء الله، والذي يسهّل الخطب أنّه لا قائل بهذا القول كما صرّح به الشهيدي في حاشيته على المكاسب[5].

---

(١) سورة الشورى ٤٢: ٤٩.

(٢) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٩٦، علل الشرائع ٥٢٤ الباب ٣٠٢، وعنهما وسائل الشيعة ١٢: ١٩٧ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٨، الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العبد، ح ٢.

(٤) نفس المصدر والباب، ح ٥.

(٥) هداية الطالب: ٣٢٥.

كون نفوذ تصرّفات الأب والجدّ منوطاً بعدم المفسدة

الثاني: اعتبار عدم المفسدة في تصرّفات الأب والجدّ، اختاره في الجواهر[١]. وكذا شيخه في شرح القواعد[٢] والشيخ الأعظم الأنصاري[٣] والمحقّق النائيني[٤] والسيّد الخوئي[٥] والإمام الخميني[٦] قدّس الله أسرارهم، والشيخ الفقيه اللنكراني[٧].

ويدلّ على هذا القول وجوهٌ:

الأوّل: أنّه لا ينقدح من إطلاق أخبار ولاية الأب والجدّ في ذهن أحدٍ أنّ للوليّ أن يتصرّف في مال المولّى عليه بما يوجب فناءه وتلفه، وهذا قرينةٌ عقليّةٌ قطعيّة على أنّ إطلاق النصوص المتقدّمة؛ أي نفوذ تصرّف الوليّ وشرعيّته، حتّى في صورة المفسدة غير مراد، كما أشار إليه الإمام الخميني[٨].

الثاني: ـ وهو العمدة ـ النصوص، وهي كثيرة:

١ ـ صحيحة أبي حمزة الثمالي، عن أبي جعفر عليه السلام إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجلٍ: «**أنت ومالك لأبيك**»، ثمّ قال أبو جعفر عليه السلام: «**ما أحبّ (لا نحبّ خ ل) أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما احتاج إليه ممّا لابدّ منه، إنّ الله لا يحبّ الفساد**»[٩].

تقريب الاستدلال بها: أنّ قوله عليه السلام: «ما أحبّ» وإن كان لا يدلّ على الحرمة

---

(١) جواهر الكلام ٢٢: ٣٣٢ وج ٢٨: ٢٩٧.

(٢) شرح القواعد لكاشف الغطاء المخطوط ص ٧١، كما حكى عنه في هامش المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤٠.

(٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤٠.

(٤) المكاسب والبيع للنائيني ٢: ٣٣١.

(٥) مصباح الفقاهة ٥: ٢٠.

(٦) كتاب البيع ٢: ٤٥٦.

(٧) جامع المسائل ٢: ٣٠٣، الأحكام الواضحة: ٣١٧.

(٨) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٥٤ مع تصرّف.

(٩) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ٢.

ولكن بضميمة استشهاده عليه السلام بقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَاللهُ لاَ يُحِبُّ الْفَسَادَ﴾[١] يدلّ على الحرمة؛ إذ لا شبهة أنّ الفساد ليس على قسمين، قسم منه مكروه وقسم منه حرام، بل هو متمحّض في الحرمة، فهي تدلّ على عدم الولاية مع الفساد، ولايجوز التصرّف في ما فيه مفسدة للطفل.

بتعبير آخر: عموم التعليل في الرواية، أي استشهاده عليه السلام بقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَاللهُ لاَيُحِبُّ الْفَسَادَ﴾ يشمل المورد، فيستفاد من الرواية أنّ تصرّفات الأب والجدّ منوطة بعدم المفسدة، وهو المطلوب.

٢ ـ معتبرة الحسين بن أبي العلاء ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: **قوته (قوت خ ل) بغير سرف إذا اضطرّ إليه.** قال: فقلت له: فقول رسول الله صلى الله عليه وآله للرجل الذي أتاه فقدّم أباه فقال له: «**أنت ومالك لأبيك**»، فقال: **إنّما جاء بأبيه إلى النبيّ صلى الله عليه وآله فقال: يارسول‌الله هذا أبي وقد ظلمني ميراثي من أُمّي، فأخبره الأب أنّه قد أنفقه عليه وعلى نفسه، وقال: «أنت ومالك لأبيك»، ولم يكن عند الرجل شيء، أوَ كان رسول‌الله صلى الله عليه وآله يحبس الأب للابن**»[٢]؟!

قال المحقّق النائيني في بيان تقريب الاستدلال بها: «فإنّها أيضاً ظاهرة الدلالة على أنّ الحكم كان في حقّ الأب هو الضمان، لكن لمّا لم يكن للأب شيء يؤخذ منه للابن، وكان استنقاذ حقّ الابن منه منوطاً بحبسه، قال عليه السلام: ما كان رسول الله يحبس الأب للابن، وإلّا فلو كان صرفه في نفقته بحقّ منه لما كان حكمه الحبس ولو جاز حبس الأب للابن؛ إذ التعليل بوجود المانع مع عدم المقتضي ركيك[٣]،

---

(١) سورة البقرة ٢: ٢٠٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٧، الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح٨.

(٣) والحق أنّه لا ركاكة في ذلك وإن أصرّ عليه النائيني عليه السلام في الفقه والأصول؛ والوجه في ذلك: أنّه قد يكون الاستناد إلى وجود المانع أقرب وأوفق إلى فهم المخاطب مع عدم وجود المقتضي لذلك. م ج ف.

لاستناد عدم الشيء عند عدم المقتضي إليه دون وجود المانع، لكون المعلول مستنداً إلى أسبق علله، كما لا يخفى»[١].

٣ ـ صحيحة أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون لبعض ولده جارية وولده صغار هل يصلح أن يطأها؟ فقال: «**يقوّمها قيمة عدل ثمّ يأخذها ويكون لولده عليه ثمنها**»[٢].

والظاهر من هذه الرواية أنّ الوالد له التصرّف الاعتباري بالبيع والشراء وغيرهما في مال ابنه الصغير، لكن لا بما يوجب الفساد؛ لأنّ القيمة العادلة هي التي لا فساد فيها[٣]، ولو كانت تصرّفات الوليّ نافذةً في حقّ الطفل مطلقاً لم يكن وجهٌ للتقويم بقيمة عادلة، بل كانت القيمة النازلة أيضاً وافية.

ومثلها صحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج[٤]، ورواية داود بن سرحان[٥].

٤ ـ موثّقة عبيد بن زرارة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجلٍ، ويريد جدّها أن يزوّجها من رجلٍ آخر، فقال: «**الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضارّاً...**»[٦]؛ فانّها تدلّ مفهوماً على عدم الولاية للجدّ مع الضرر، فيكون مقيّداً للإطلاقات، كما أشار إليه المحقّق الاصفهاني[٧].

واستشكل عليه السيّد الخوئي، بـ«أنّ المفهوم وإن كان موجوداً، ولكنّه عدم الولاية مع الضرر ـ أي لا يدلّ على عدم الولاية للجدّ مع الضرر ـ بل المراد به نفي

---

(١) المكاسب والبيع ٢: ٣٣١.

(٢) وسائل الشيعة ١٤: ٥٤٣ الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.

(٣) بل فيها المصلحة. م ج ف.

(٤) وسائل الشيعة ١٤: ٥٤٣ الباب ٤٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.

(٥) نفس المصدر والباب، ح ٤.

(٦) نفس المصدر ١٤: ٢١٨ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٢.

(٧) حاشية المكاسب للمحقّق الاصفهاني ٢: ٣٧٣.

أولويّة الجدّ وتقديمه على الأب عند الضرر، وهذا غير مربوط بالرواية، فلا يكون ذلك مقيّداً للإطلاقات في باب النكاح»[١].

نقول: لعلّ اعتبار عدم الضرر لأصل الولاية لا لأولويّة نكاح الجدّ، ويبعد أن يكون للجدّ ولاية مع الضرر، ولكن عقد الأب يقدّم عليه.

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّه يكفي في تصرّفات الأب والجدّ عدم المفسدة.

إلّا أنّه قال في الجواهر: «إنّ الأحوط فيهما ـ أي في ولاية الأبوين ـ وفي غيرهما مراعاة المصلحة، كما اعترف به الأُستاذ في شرحه، حيث إنّه بعد أن ذكر الاكتفاء بعدم المفسدة قال: والاقتصار على ما ذكره الفقهاء وتنزيل الروايات أوفق في النظر وأسلم من الخطر»[٢].

وهو حسن لما يستفاد من الأدلّة التي سنذكرها للقول الثالث قريباً.

تصرّفات الوليّ مشروطٌ بالمصلحة

القول الثالث: أنّه يعتبر في تصرّفات الوليّ ملاحظة المصلحة زائداً عن اعتبار عدم المفسدة.

وقبل بيان ذلك لابدّ وأن يعلم أنّه يجوز تصرّف الوليّ لأنفسهم في مال الطفل وإن لم يكن فيه المصلحة، ومن هنا يجوز قرض الوليّ من مال الطفل وتقويم جاريته على نفسه مع عدم وجود المصلحة في ذلك للطفل بوجهٍ، وهذا بالنسبة إلى نفس الأولياء ممّا لا شبهة في جوازه، وأمّا اعتبار المصلحة في غير ما يرجع إلى شؤونهم، فهو محلّ النزاع[٣]، فقد صرّح الشيخ في المبسوط بلزومها، حيث قال: «من يلي أمر

---

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٢١.

(٢) جواهر الكلام ٢٢: ٣٣٢ ـ ٣٣٣.

(٣) مصباح الفقاهة ٥: ١٨ ـ ١٩ مع تصرّف يسير.

الصغير والمجنون خمسة: الأب والجدّ، ووصيّ الأب أو الجدّ، والإمام أو من يأمره الإمام... فكلّ هؤلاء الخمسة لا يصحّ تصرّفهم إلّا على وجه الاحتياط والحظّ للصغير المولّى عليه؛ لأنّهم إنّما نصبوا لذلك، فإذا تصرّف على وجهٍ لا حظّ له فيه كان باطلاً؛ لأنّه خالف ما نصب له»[١].

وقال ابن إدريس: «ولا يجوز للوليّ والوصيّ أن يتصرّف في المال المذكور ـ أي مال الطفل ـ إلّا بما يكون فيه صلاح المال، ويعود نفعه إلى الطفل دون المتصرّف فيه، وهذا هو الذي يقتضيه أصل المذهب»[٢].

وفي القواعد: وإنّما يصحّ بيع من له الولاية مع المصلحة للمولّى عليه[٣]، وصرّح بذلك أيضاً المحقّق[٤] والشهيدان[٥] والمحقّق الثاني[٦] وغيرهم[٧].

وفي مفتاح الكرامة بعد نقل كلمات الأصحاب: «والمحصّل من مجموع كلامهم وما يقتضيه أصول المذهب أنّه يجوز لوليّ الطفل مطلقاً الرهن والارتهان مع كمال الاحتياط بمراعاة المصلحة»[٨].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

أدلّة اعتبار المصلحة في تصرّفات الأب والجدّ

قد استدلّ على اعتبار المصلحة في تصرّفات الأب والجدّ بوجوهٍ خمسة:

---

(١) المبسوط ٢: ٢٠٠.

(٢) السرائر ١: ٤٤١.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٧٨، ٧٩ و ١٧١.

(٥) اللمعة الدمشقيّة ١: ٨٠، الدروس الشرعيّة ٣: ٣١٨ و ٤٠٣، مسالك الأفهام ٣: ١٦٦، وج ٤: ٣٣ ـ ٣٥، وج ٥: ١٣٦.

(٦) جامع المقاصد ٥: ٧٢.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٤: ١٤، وج ٦: ٧٧، كفاية الأحكام: ٨٩، ١٠٨، ٢٢٠، رياض المسائل ٥: ٣٥٨.

(٨) مفتاح الكرامة ٥: ١١١.

الأوّل: أنّ حكمة جعل الولاية للأب والجدّ تقتضي ذلك؛ لأنّ جعل الولاية لأجل أن يتصرّف في أموالهم بما فيه المصلحة من التجارة والاستنماء والحفظ والإجارة وغيرها وإلّا فمجرّد التصرّفات اللغوية بلا وجود ثمرةٍ فيه لا يجوز قطعاً.

وبالجملة: أنّ حكمة جعل الولاية للأب والجدّ بحسب الطبع هي جلب المنافع للطفل ودفع المضار عنه، وإلّا فلا يجوز التصرّف في ماله ولو لم يكن فيه مفسدةٌ، كما أشار إليه السيّد الخوئي ﷺ، ولكن استشكل هو ﷺ عليه بأنّ «هذا وإن كان بحسب نفسه تماماً، ولكن لا يتمّ في جميع الموارد؛ لإمكان أن يكون الصلاح في ذلك الجعل راجعاً إلى الوليّ.

وبعبارة أخرى: تارةً يلاحظ في جعل الولاية للأب والجدّ صلاح المولّى عليه فيجري فيه ذلك الحكمة، وأُخرى يلاحظ حال الوليّ، فلا شبهة أنّا نحتمل الثاني أيضاً، فإذن لا دافع للإطلاقات الدالّة على جعل الولاية لهما عليه حتّى في صورة عدم المصلحة في تصرّفهم»[1].

نقول: هذا الاحتمال ضعيفٌ[2]؛ لأنّه يبعد من حكمة البارئ تعالى أن يجعل الولاية على أموال الطفل لأجل المصلحة الراجعة إلى غيره، لا للطفل.

الثاني: دعوى الإجماع.

في مفتاح الكرامة ـ عند قول العلّامة: وإنّما يصحّ بيع من له الولاية مع المصلحة للمولّى عليه ـ: «هذا الحكم إجماعي على الظاهر. وقد نسبه المصنّف إلى الأصحاب فيما حكي عنه»[3].

---

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٢٢ مع تصرّف.

(٢) لا ضعف في هذا الاحتمال، سيّما مع ما ورد من أنّ الولد وماله لأبيه، فاحتمل أن يكون لحاظ حال الوليّ لا ينافي لحاظ حال المولّى عليه أيضاً، وبالجملة: ثبوت الولاية ليس مختصّاً لحال المولّى عليه فقط. م ج ف.

(٣) مفتاح الكرامة ٤: ٢١٧.

وفي التذكرة: «الضابط في تصرّف المتولّي لأموال اليتامى والمجانين اعتبار الغبطة، وكون التصرّف على وجه النظر والمصلحة»[١].

واستظهر السيّد العاملي﵀ منه بأنّه لا خلاف فيه بين المسلمين، حيث قال: وظاهره أنّه ممّا لاخلاف فيه بين المسلمين، وأنّه لا فرق في ذلك بين الأب والجدّ، والوصيّ والحاكم وأمينه[٢].

ولقد أجاد السيّد الخوئي﵀ في الردّ على هذا الإجماع بـ«أنّ المحصّل منه غير حاصل، والمنقول منه ليس بحجّة؛ لمخالفة جملة من الأعاظم في ذلك، بل لمحتمل استناده إلى الوجوه المذكورة هنا؛ لعدم الجعل في صورة عدم المصلحة، فلا يكون هنا إجماع تعبّدي كاشف عن رأي الحجّة»[٣].

الثالث: قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[٤] التي هي العمدة في المقام.

وتقريب الاستدلال بها: أنّ «الأحسن» إمّا أريد منه التفضيل، أو المجرّد عنه، وعلى الأوّل لا ريب في الدلالة، بل قضيّتها لزوم مراعاة الأصلح، وعلى الثاني، فالظاهر أنّ المراد من الحسن ما فيه المصلحة لا ما لا مفسدة فيه[٥].

بتعبير آخر: أنّ المراد بالأحسن: إمّا الأحسن من جميع الوجوه أو من تركه، ومع عدم المصلحة لا يكون أحسن بشيءٍ من المعنيين[٦].

---

(١) تذكرة الفقهاء، كتاب الحجر ٢: ٨٠، الطبعة الحجريّة.

(٢) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٠.

(٣) مصباح الفقاهة ٥: ٢٢.

(٤) سورة الإسراء ١٧: ٣٤، سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٥) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، مع تصرّف يسير: ٣٢٥.

(٦) عوائد الأيّام: ٥٦٠.

والحاصل: أنّ التصرّف الخالي عن المصلحة في مال اليتيم ليس تصرّفاً حسناً فيحرم؛ للنهي عن التقرّب إليه، حيث إنّ التقرّب إلى ماله بلا مصلحةٍ فيه ليس بأحسن، فلا يجوز. وحينئذٍ لو كان إطلاق اليتيم على من ماتت أُمّه صحيحاً ـ كما أنّه ليس ببعيد ـ فتشمل الآية لكلّ من الأب والجدّ، وإلّا فتختصّ بالجدّ ويتمّ في الأب بعدم القول بالفصل، إذن نرفع اليد عن الإطلاقات الدالّة على ثبوت الولاية للأب والجدّ مطلقاً حتّى مع عدم المصلحة.

وفي مجمع البيان: «والمراد بالقرب التصرّف فيه، وإنّما خصّ مال اليتيم بالذكر لأنّه لا يستطيع الدفاع عن نفسه ولا عن ماله، فيكون الطمع في ماله أشدّ، ويد الرغبة إليه أمدّ، فأكّد سبحانه النهي عن التصرّف في ماله وإن كان ذلك واجباً في مال كلّ واحد ﴿إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ أي بالخصلة أو الطريقة الحُسنى»[1].

وقال الشيخ في التبيان: «الآية نهي من الله ـ تعالى ـ لجميع المكلّفين أن يقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي أحسن، وهو أن يحفظوا عليه ويثمروه، أو ينفقوا عليه بالمعروف على ما لا يشكّ أنّه أصلح له. فأمّا لغير ذلك، فلا يجوز لأحدٍ التصرّف فيه»[2].

وقال المحقّق الأردبيلي في معنى الآية: «أي لا تقربوا من مال اليتيم؛ بأن تتصرّفوا وتفعلوا فيه فعلاً، فلا تدنوا إليه بفعلة أصلاً إلّا بالفعلة التي هي أحسن ما يفعل بماله بحسب ما يقتضيه عقل العقلاء، كحفظه وتعمير ما هو خراب منه، وتنميته وتثميره، أو أحسن من تركه. وبالجملة: هو الذي يجده العقل السليم حسناً وأولى من تركه، وهو مقتضى أكثر عقول العقلاء»[3].

---

(١) مجمع البيان ٤: ١٨٣.

(٢) تفسير التبيان ٦: ٤٧٦.

(٣) زبدة البيان ٢: ٥٠١.

مناقشة الشيخ الأعظم على الاستدلال بالآية والجواب عنه

واستشكل الشيخ الأعظم على الاستدلال بالآية الكريمة بوجوهٍ:

الأوّل: أنّه لا دلالة للآية الكريمة على اشتراط المصلحة، وأشار إليه بقوله: «فلو سلّم دلالتها»[١].

وقال المحقّق الإيرواني في توضيح هذا الإيراد: «لعلّ منشأ عدم الدلالة هو انصرافها إلى تصرّف الأجانب دون الجدّ، ويمكن التشكيك في صدق اليتيم مع حياة الجدّ، مع أنّ «أحسن» أريد منه معنى الحسن دون التفضيل، والتصرّف غير المشتمل على المفسدة حسنٌ»[٢].

وفيه نظر؛ لمنع هذا الانصراف؛ لأنّ الظاهر من «أحسن» هو التفضيل؛ لأنّه صيغة أفعل التفضيل، ولا موجب لرفع اليد عن هذا الظهور، وأنّه خروج عن ظاهر اللفظ هيئةً ومادّةً من دون قيام قرينة عليه[٣].

الثاني: أنّ الآية بحكم السياق عامّةٌ لجميع الأفراد؛ سواء كان[٤] أباً أو جدّاً أو غيرهما؛ لأنّ الآية تنهى عن التقرّب لمال اليتيم، وهذا النهي لكلّ أحدٍ، وتخصّص بالروايات الدالّة على جعل الولاية للجدّ ولو مع عدم المصلحة، أشار إلى ذلك بقوله: «فهي مخصّصةٌ بما دلّ على ولاية الجدّ وسلطنته».

فمفاد الآية يكون هكذا: أنّ التقرّب إلى مال اليتيم بغير التي هي «أحسن»

---

(١) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤١.

(٢) حاشية الإيرواني على مكاسب الشيخ: ١٥٤.

(٣) يمكن أن يقال: إنّ القرينة على ذلك عدم وجود ضابطة خاصّة للتفضيل، فكلّ شيء يُعدّ أحسن يتصوّر شيء أحسن منه، إلّا أن يقال بأنّ ذلك عرفي موكول إلى تشخيص العرف. م ج ف

(٤) التشكيك في صدق اليتيم مع حياة الجدّ موجب لعدم كون الخطاب عاماً لجميع الأفراد ولا أقلّ الشكّ في عمومية الخطاب. م ج ف

حرام لكلّ أحدٍ إلّا للجدّ، وليس بينهما عموم من وجهٍ حتّى يعمل بقواعده، لانحصار الموضوع في روايات الولاية بالجدّ فقط. وأمّا في الآية، فموضوعها عامّ يشمل كلّ أحدٍ وتخصّص بالروايات؛ لأنّ ما دلّ على ولاية الجدّ في النكاح معلّلاً بأنّ البنت وأباها للجدّ[١]. وقوله ﷺ: «أنت ومالك لأبيك»[٢]، خصوصاً استشهاد الإمام عليه السلام به في مضيّ نكاح الجدّ بدون إذن الأب؛ ردّاً على من أنكر ذلك وحكم ببطلان ذلك من العامّة في مجلس بعض الأمراء[٣]، وغير ذلك، يدلّ على ذلك.

والحاصل: أنّ المستفاد من هذه النصوص ولاية الجدّ على نكاح المولّى عليه ولو مع عدم المصلحة والمفسدة، ويثبت ذلك في الأموال بالأولويّة[٤].

نقول: إنّ نسبة الآية الكريمة وأخبار ولاية الجدّ إن لوحظ مع المستثنىٰ منه فقط عامّ وخاصّ مطلق، كما ادّعاه الشيخ الأعظم رحمه الله.

وأمّا إن لوحظ مجموع الآية من المستثنىٰ والمستثنىٰ منه، فمفادها ظاهراً أنّ التقرّب بمال اليتيم لا يجوز إلّا أن يكون ذلك التصرّف على الوجه الأحسن.

ولا يخفى أنّ التصرّف الأحسن هو الذي كان على الطريقة الشرعيّة أو العقلائية وذا مصلحةٍ لليتيم، ولا ريب أنّ تصرّف الأجانب لا يكون كذلك غالباً بمقتضى الضرورة والإجماع والأخبار الدالّة على عدم جواز التصرّف في مال الغير إلّا بإذنه[٥]، فعلى هذا تكون تصرّفات الأجانب خارجةً عن مفاد الآية قطعاً.

---

(١) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٩ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٨.

(٢) نفس المصدر ١٢: ١٩٥ ـ ١٩٧ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ١، ٢، ٨ و ٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٤: ٢١٨ الباب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٥.

(٤) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤١ مع تصرّف وتوضيح.

(٥) وسائل الشيعة ٣: ٤٢٥ ح ٣ و ٦: ٣٣٧ ح ٦ وج ١٩: ٣ ح ٣ فإنّه ورد فيها «لا يحلّ لمؤمنٍ مال أخيه إلّا عن طيب نفس منه» و«لا يحلّ لأحدٍ أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه».

وكذلك تصرّفات الأولياء[١] إذا لم تكن لمصلحة الطفل؛ لأنّه لا تكون مثل هذه التصرّفات تصرّفاً بالأحسن، فالآية الكريمة لا تشمل عموم المكلّفين، بل هي خطاب للأولياء، والنسبة بين الآية والأخبار هي الإطلاق والتقييد، والآية مقيّدة للأخبار.

على هذا لابدّ أن يكون تصرّفات الجدّ في مال الطفل على الوجه الأحسن ولمصلحة الطفل.

مضافاً إلى أنّه لا إطلاق للأخبار؛ لعدم كونها في مقام البيان من حيث كيفيّة إعمال هذه الولاية؛ لأنّ ولاية الأمر بمعنى ولاية البيع والشراء والعتق والشهادة والأخذ والإعطاء وغير ذلك، ولم يؤخذ في الأخبار كيفيّة إعمال هذه الأُمور، بل كانت في مقام إثبات أصل الولاية، ولا مساس لها بكيفيّة إعمالها، فلو قام دليلٌ على اعتبار المصلحة لا يكون تقييداً للأخبار، كما أشار إلى ذلك الشيخ الفقيه الحائري[٢].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

وبعبارةٍ أُخرى: يمكن منع تحقّق الإطلاقات حتىّ في باب النكاح؛ إذ الولاية للأب والجدّ على الأولاد لأجل حفظهم عن وقوعهم بالمضرّات بمالها من الرأفة الطبيعيّة لأولادهم؛ بأن يعاملوا معاملة أنفسهم في حفظه وعدم التصرّفات المتلفة فيه، فأصل جعل الولاية لهذا الموضوع مشعر بهذه الحكمة والعلّة، فلو أوجبت الولاية توجّه الضرر إليهم، أو[٣] عدم المصلحة، فمن الأوّل يمكن القول بعدم جعل

---

(١) ولا يخفى أنّ لزوم كون التصرّف بالتي هي أحسن، لا يوجب تضييق الخطاب؛ فإنّ الخطاب بعدم جواز التقرّب عامّ يشمل الجميع. نعم، بما أنّ الموضوع هو اليتيم فالخطاب لا يشمل من لا يكون يتيماً، كمن كان له أب أو جدّ. م ج ف.

(٢) كتاب البيع للشيخ الفقيه الأراكي ٢: ١١.

(٣) هذا بالنسبة إلى توجّه الضرر صحيح. أمّا بالنسبة إلى عدم المصلحة، فقد مرّ احتمال لحاظ الوليّ دون المولّى عليه فقط، فلا يستفاد من أصل جعل الولاية اشتراط المصلحة. م ج ف.

الولاية، وخروجه عن مورد الروايات تخصّصاً، بل هذا هو المتعيّن؛ إذ لا يمكن القول بولاية الأب والجدّ على الأولاد كيف شاءا، إذن فليس هنا إطلاق أصلاً من الأوّل فضلاً عن احتياجه إلى المقيّد[١].

الثالث: وأشار إليه بقوله: «مع أنّه لو سلّمنا عدم التخصيص وجب الاقتصار عليه في حكم الجدّ دون الأب»[٢].

وفيه ما قلنا في الجواب عن الإيراد الثاني فلا نعيد.

وأمّا دعوى الشيخ الأعظم بأنّ عدم القول بالفصل ممنوعة[٣].

ففيها **أوّلاً**: أنّ اليتيم يطلق على من فقد الأمّ أيضاً، كما ادّعاه بعضهم[٤].

وثانياً: كما قال في مجمع البيان: «وإنّما خصّ مال اليتيم بالذكر؛ لأنّه لا يستطيع الدفاع عن نفسه ولا عن ماله، فيكون الطمع في ماله أشدّ ويد الرغبة إليه أمدّ»[٥] وإلّا كان رعاية مفاد الآية لازماً في مال كلّ صغير.

وثالثاً: يمكن إدخال غير الرشيد فيه إلى أن يرشد؛ لاحتمال أن يكون معنى ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ يبلغ رشده، أي يبلغ ويرشد، كما صرّح به المحقّق الأردبيلي[٦].

فإذن لا نحتاج إلى القول بالفصل، والآية تشمل الأب والجدّ.

والمتحصّل من جميع ما ذكرنا: أنّ نفوذ تصرّفات الأب والجدّ منوطة برعاية المصلحة للطفل، وهذا ما يقتضيه بناء العقلاء، فاعتبار المصلحة في تصرّف الأب

---

(١) يستفاد هذا من مصباح الفقاهة للسيّد الخوئي ﷺ ٥: ١٨ ـ ٢١.

(٢) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٤١.

(٣) نفس المصدر ١٦: ٥٤٢.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ١: ٢١٥.

(٥) مجمع البيان ٤: ١٨٣.

(٦) زبدة البيان ٢: ٥٠١.

والجدّ أمر عقلائي، والأدلّة الشرعيّة دليلٌ لإمضائه، كما أشار إليه أيضاً المحقّق الأردبيلي ﷺ[١].

الوجه الرابع: ما قاله المحقّق الشهيدي: «من أنّ الأصل عدم تسلّط أحدٍ على مال أحدٍ إلّا مع اليقين بخلافه، وهو صورة وجود المصلحة؛ إذ ليس في المقام إطلاق يدلّ على عدم اعتبارها»[٢].

الوجه الخامس: ما أشار هو ﷺ إليه أيضاً بقوله: «إنّ الظاهر من أدلّة ولاية عدول المؤمنين كما يأتي اعتبار المصلحة في ولايتهم، ومناط الاعتبار هنا ـ وهو قصور الصغير عن التميّز بين صلاحه وفساده ـ موجود[٣] في المقام، مع عدم دليلٍ يدلّ على عدم اعتبارها في المقام»[٤].

اشتراط إحراز المصلحة أو عدم المفسدة

بعد الفراغ عن اعتبار المصلحة، أو كفاية عدم المفسدة في نفوذ تصرّفات الأب والجدّ، يلزم أن نبيّن ما هو المدار في المصلحة وعدم المفسدة، فهل يكون هذا الشرط في عالم الإحراز، فلو أحرز عدم المفسدة في مورد فباع مال الطفل فانكشف وجود المفسدة فلا يبطل البيع وينفذ التصرّف.

أو أنّها شرط في الواقع، فلو كان في موردٍ مفسدة واقعيّة فلم يحرز فأقدم على البيع فيكون باطلاً، أو أنّها معاً من الشرائط؟

الظاهر هو الوجه الأخير، لأنّ من المقيّدات للإطلاقات صحيحة الثمالي

---

(١) نفس المصدر.

(٢) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب: ٣٢٥.

(٣) قد مرّ إمكان الفرق بين الأب والجدّ من طرف، وبين سائر الأولياء من طرف آخر. مج ف.

(٤) هداية الطالب إلى أسرار المكاسب: ٣٢٥.

المتقدّمة[١]؛ فإنّها اعتبرت عدم الفساد في تصرّفات الأب والجدّ في مال الطفل، وهو كالمعصية[٢] قائم بأمرين: أحدهما: الوجود الواقعي، وثانيهما: إحرازه، أي تنجّزه.

كما أنّ سفر المعصية يتحقّق بأمرين: أحدهما: أن يسافر لأجل الغرض المعلوم كونه معصية، والثاني: علم المسافر بذلك وتنجّز التكليف في حقّه، فلو سافرت المرأة بدون رضاية الزوج، فبان أنّها مطلّقة فلا يكون سفرها معصيةً، أو سافرت بزعم أنّها مطلّقة فبان خلافها، فليس سفرها سفر معصيةٍ أيضاً، وإنّما يكون سفر معصيةٍ مع اجتماع الأمرين، وكذلك فيما نحن فيه أنّ التصرّف لابدّ أن يكون عن مصلحةٍ، أو عدم المفسدة فيه، ولا يتحقّق هذا إلّا بأمرين:

الأوّل: وجود المصلحة الواقعيّة، أو عدم المفسدة كذلك.

الثاني: العلم بذلك وتنجّزه في حقّه.

على هذا يكون المقيّد للإطلاقات المثبتة للولاية للأب والجدّ خصوص كون تصرّفهم مفسداً لحال اليتيم مع العلم به، وما لم يتنجّز فلا مانع من التمسّك بالإطلاقات والحكم بثبوت الولاية لهما، ولكنّ السيّد الخوئي قال في منهاجه: «والمدار في كون التصرّف مشتملاً على المصلحة أو عدم المفسدة على كونه كذلك في نظر العقلاء، لا بالنظر إلى علم الغيب، فلو تصرّف الوليّ باعتقاد المصلحة فتبيّن انّه ليس كذلك في نظر العقلاء بطل التصرّف، ولو تبيّن أنّه ليس كذلك بالنظر إلى علم الغيب صحّ إذا كانت فيه مصلحة بنظر العقلاء»[٣].

---

(١) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٥ الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

(٢) قياس المقام بالمعصية مع الفارق جدّاً، والظاهر في الشرائط كلّها كونها شرطاً واقعيّاً فقط، والزائد يحتاج إلى دليل خاصّ، والمستفاد من ظواهر الأدلّة أيضاً ذلك، وبعبارة أخرى: كون الشرط علميّاً يشبه جدّاً بعدم الشرطيّة. م ج ف.

(٣) منهاج الصالحين ٢: ٢١ مسألة ٨٠.

آراء جمهور أهل السنّة في مسائل هذا البحث

اعتبر جمهور الفقهاء من الشافعيّة والحنابلة والمالكيّة أن يكون تصرّف الأب والجدّ في أموال الصبيّ موافقاً للمصلحة.

قال ابن قدامة: «وليس لوليّه التصرّف في ماله بما لا حظّ له فيه، كالعتق والهبة والتبرّعات والمحاباة؛ لقول الله ـ تعالى ـ: ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[1]. وقوله ﷺ: لا ضرر ولا ضرار[2] من المسند، وفي هذه إضرار، فلا يملكه»[3].

وفي مغني المحتاج: «ويتصرّف له الوليّ بالمصلحة وجوباً؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا...﴾. وقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَ اللهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾[4]. وقضيّة كلامه كأصله أنّ التصرّف الذي لا خير فيه ولا شرّ ممنوع منه؛ إذ لا مصلحة فيه، وهو كذلك كما صرّح به الشيخ أبو محمّد والماوردي»[5].

وقال الرافعي: «رهن الوليّ مال الصبيّ والمجنون والمحجور عليه بانسفه، وارتهانه لهم مشترط بالمصلحة والاحتياط، فمن صوّر الرهن على وجه المصلحة أن يشتري للطفل ما يساوي مائتين بمائة نسيئة، ويرهن به ما يساوي مائة من ماله فيجوز...

ومنها: إذا كان الزمان زمان نهب، أو وقع حَريق، وخاف الوليّ على ماله، فله

---

(١) سورة الإسراء ١٧: ٣٤، وسورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٢) يأتي تخريجه قريباً.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٥) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢: ١٧٤.

أن يشتري عقاراً ويرهن بالثمن شيئاً من ماله...

ومنها: أن يستقرض الوليّ له لحاجته إلى النفقة أو الكسوة أو توفية ما يلزمه، أو لإصلاح ضياعه»[١].

وفي المغني: «قال القاضي ليس لوليّه رهن ماله إلّا بشرطين: أحدهما: أن يكون عند ثقةٍ، الثاني: أن يكون له فيه حظّ»[٢]. وكذا في كشّاف القناع[٣].

وقال ابن شاس: «ولا يتصرّف الوليّ إلّا على ما يقتضيه حسن النظر»[٤].

ويظهر من كلمات بعض الحنفيّة أنّهم اكتفوا بلزوم عدم المفسدة في تصرّفات الوليّ.

ففي البدائع: «وأمّا الذي يرجع إلى المولّى فيه، فهو أن لا يكون من التصرّفات الضارّة بالمُولّى عليه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: **لا ضرر ولا ضرار في الإسلام**[٥].

وقال عليه الصلاة والسلام: **من لم يرحم صغيرنا ـ ويعرف حقّ كبيرنا ـ فليس منّا**[٦]. والإضرار بالصغير ليس من المرحمة في شيء، فليس له أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوضٍ؛ لأنّه إزالة ملكه من غير عوضٍ، فكان ضرراً محضاً»[٧].

---

(١) العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٦٩.

(٢) المغني ٤: ٣٩٧.

(٣) كشّاف القناع ٣: ٥٢١.

(٤) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠.

(٥) مسند أحمد بن حنبل ١: ٦٧٢ ح٢٨٦٧، سنن ابن ماجة ٣: ١١٧ ح٢٣٤٠ و ٢٣٤١، السنن الكبرى للبيهقي ٨: ٤٣٦ ح١١٥٧١ وج٩: ١٢٣ ح١٢٠٩٨ و ١٢٠٩٩، المعجم الأوسط ٦: ٩١ ح٥١٨٩، مجمع الزوائد ٤: ١١٠.

(٦) سنن أبي داود ٥: ١٤٧ الرقم ٤٩٤٣، سنن الترمذي ٤: ٣٢١ ح١٩٢٤.

(٧) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٠.

المبحث الرابع: ولاية الوصيّ على أموال الصغار

وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: ولاية الوصيّ وأدلّتها

المشهور بين الفقهاء من المتقدّمين والمتأخّرين، بل الإجماع بينهم ثبوت الولاية على الصغار في أموالهم لوصيّ الأب والجدّ مع فقدهما.

قال الشيخ ﷺ: «من يلي أمر الصغير والمجنون خمسة... ووصي الأب أو الجدّ»[١].

وفي الوسيلة: «لا يجوز التصرّف في مال اليتيم إلّا لأحد ثلاثة: أوّلها: الوليّ وهو الجدّ، ثمّ الوصيّ وهو الذي ينصبه أبوه»[٢].

وبه قال المحقّق[٣] والعلّامة[٤] والشهيد[٥] ويحيى بن سعيد[٦] والمحقّق[٧] والشهيد الثانيان[٨] والمحقّق الأردبيلي[٩]، وجماعة من متأخّري المتأخّرين[١٠]

---

(١) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠٠.

(٢) الوسيلة لابن حمزة: ٢٧٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٩، المختصر النافع: ١٤٦.

(٤) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤١. تبصرة المتعلّمين: ٩٦، إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠، قواعد الأحكام ٢: ١٣٥.

(٥) اللمعة الدمشقيّة: ٦٢.

(٦) الجامع للشرائع: ٢٤٦.

(٧) جامع المقاصد ٥: ١٨٧ و ٤: ٨٦.

(٨) الروضة البهيّة ٤: ١٠٦، مسالك الأفهام ٣: ١٦٥.

(٩) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٤.

(١٠) رياض المسائل ٥: ٣٩١، مفتاح الكرامة ٤: ١٨٤ و ٢١٣ وج ٥: ٢٥٥ ـ ٢٥٦، المناهل: ١٠٥، شرح تبصرة المتعلّمين ٥: ٤١.

وفقهاء العصر[١].

جاء في الحدائق: «والوصيّ من أحدهما على من لهما الولاية عليه»[٢].

أدلّة ولاية الوصي على أموال الصغار

استدلّوا على إثبات ولاية الوصيّ على أموال الصغار بوجوهٍ:

الأوّل: الإجماع، كما ادّعاه في الرياض[٣] ومهذّب الأحكام[٤].

وفيه: أنّه مدركيّ. ولعلّ مستندهم الوجوه الآتية:

الثاني: السيرة المستمرّة بين المتشرّعة[٥].

الثالث: قاعدة أنّ كلّ ما جاز فعله حال الحياة، جازت الوصيّة به بعد الممات إلّا ما خرج بالدليل، ولا دليل على الخروج في المقام[٦].

وفي تماميّة هذه القاعدة إشكالٌ سيأتي قريباً.

الرابع: شمول دليل الولاية له، بدعوى أنّه غير مختصٍّ بتصرّفاته في حياته، وعمومه لما يكون متأخّراً عن وفاته أيضاً[٧].

الخامس: إطلاقات أدلّة نفوذ الوصيّة ودعوى شمولها لوصيّتهما بالاتّجار بمال الصبيّ بعد موتهما؛ فإنّ مقتضاها صحّة مثل هذه الوصيّة ونفوذها[٨].

---

(١) العروة الوثقى والتعليقات عليها ٥: ٢٦٤ و ٢٦٣، مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٤٤٦، مباني العروة الوثقى، كتاب المضاربة ٣: ٢١٢، مهذّب الأحكام ٢١: ١٢٦، وسيلة النجاة ٢: ١٠٠، تحرير الوسيلة ٢: ١٤، تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٢٩٩.

(٢) الحدائق الناضرة ١٨: ٤٠٣.

(٣) رياض المسائل ٥: ٦٣.

(٤ـ٦) مهذّب الأحكام ٢١: ١٢٦.

(٧ و ٨) مباني العروة للسيّد الخوئي، كتاب المضاربة ٣: ٢١٢.

(٨) نفس المصدر.

واستشكل السيّد الخوئي ﷺ على الدليل الرابع، بأنّه لا إطلاق ولا عموم يشمل تصرّف الأب والجدّ بعد موتهما، بل لهما التصرّف في مال الصغير ما داما حيّين، وأمّا بعد موتهما فلا ولاية لهما عليه في شيء[١]، وما ذكره جيّد.

وأورد أيضاً على الدليل الخامس بأنّه «لا يوجد في أدلّة الوصيّة إطلاق يشمل الوصيّة التي لا ترجع إلى الميّت وأمواله؛ فإنّها وبأجمعها واردة في الوصايا الراجعة إلى الميّت نفسه وأمواله، ومن هنا لا تنفذ إلّا في الثلث ممّا يملك. وأمّا الزائد عنه فهو وصيّةٌ في مال الغير على ما دلّت عليه النصوص»[٢].

هذا كلّه ما تقتضيه القواعد ومع قطع النظر عن النصوص الخاصّة.

السادس: ـ وهو العمدة ـ النصوص:

منها: ما روى في الكافي والتهذيب، عن أحمد بن محمّد، عن علي بن الحسن، عن الحسن بن يونس (يوسف خ ل)، عن مثنى بن الوليد، عن محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله ﷺ أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم؟ فقال: «لا بأس به من أجل أنّ أباه[٣] قد أذِنَ في ذلك وهو حيّ»[٤].

ثمّ إنّ في الفقيه: علي بن الحسين الميثمي[٥] بدلاً من علي بن الحسن على ما في الكافي[٦] والتهذيب[٧] والوسائل، وهو ابن فضّال الذي يروي عنه أحمد بن محمّد،

(١ ـ ٢) نفس المصدر: ٢١٢ ـ ٢١٣.

(٣) كذا في الكافي والتهذيب والفقيه والوسائل، ولكن في الوسائل ١٩: ٤٢٧ طبع مؤسسة آل البيت ﷺ «أنّ أباهم» ولعلّه هو الصواب.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٥) الفقيه ٤: ١٩٦، ح ٥٩٠ تحقيق السيّد الخرسان، ولكن في الفقيه ٤: ٢٢٧ تحقيق علي أكبر الغفاري: علي بن الحسن الميثمي، وكذا في روضة المتّقين ١١: ١٣٠.

(٦) الكافي ٧: ٦٢ ح ١٩.

(٧) تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٦، ح ٩٢١.

وهو من سهو نسخة الخرسان جزماً؛ إذ لا وجود لعليّ بن الحسين الميثمي لا في الروايات ولا في كتب الرجال. نعم، روى في بعض الموارد عن عليّ بن الحسن الميثمي[١] إلّا أنّه غلط، والصحيح عليّ بن الحسن التيمي.

ثمّ إنّ صاحب الوسائل قد جعل المرويّ عنه لعليّ بن الحسن هو الحسن بن عليّ بن يونس، وجعل كلمة «يوسف» نسخة بدل ليونس، وهو من الغلط جزماً، فإنّ الحسن بن عليّ بن يونس لا وجود له في الروايات وكتب الرجال أيضاً، فالصحيح هو الحسن بن عليّ بن يوسف ـ على ما في الكافي والفقيه والتهذيب ـ وهو ابن بقاح الثقة[٢].

وكيف كان، فالرواية معتبرة من حيث السند. وأمّا من حيث الدلالة، فهي واضحة الدلالة؛ لأنّه قال: «لا بأس به» أي لابأس بأن يعمل الوصيّ بمال الصغير.

قال الإمام الخميني: «دلّت بتعليلها على أنّ إذن الأب موجب لصحّة المعاملات الواقعة على مال الصغير؛ سواء كان في حال حياته؛ بأن يوكّل من يعمل ذلك؛ أو كان بعد مماته بالإيصاء والإجازة»[٣].

ومنها: صحيحة العيص بن القاسم ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ عن أبي عبدالله قال: سألته عن اليتيمة متى يدفع إليها مالها؟ قال: **إذا علمت أنّها لاتُفسِدُ ولا تضيّع**. فسألته إن كانت قد تزوّجت؟ فقال: **إذا تزوّجت فقد**

---

(١) قال السيّد الخوئي: أحمد بن محمد العاصمي، فقد روى عن علي بن الحسن، وعلي بن الحسن فضّال، وعلي بن الحسن التيملي، وعلي بن الحسن التيمي، وعلي بن الحسن السلمي، وعلي بن الحسن الميثمي، وجميع هذه العناوين منطبقة على شخص واحد. معجم رجال الحديث ٢: ٣٣٣ الرقم ٩٤٧.

(٢) مباني العروة، كتاب المضاربة ٣: ٢١٧.

(٣) كتاب البيع ٢: ٤٣٦.

انقطع ملك الوصي عنها[١] فإنّ ذيل الرواية صريح في ولاية الوصي[٢].

ومنها: صحيحة عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله ـ عزّ وجلّ ـ: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ قال: «المعروف هو القوت، وإنّما عنى الوصيّ أو القيّم في أموالهم وما يصلحهم»[٣].

ويؤيّده خبر أسباط بن سالم[٤] وخالد بن بكر[٥] الطويل.

ومنها: معتبرة أبي الربيع قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم وهو وصيّه، أيصلح له أن يعمل به؟

قال: نعم، كما يعمل بمال غيره والربح بينهما، قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: لا إذا كان ناظراً له[٦]. والدلالة ظاهرة.

فتحصّل ممّا ذكرنا أنّ ولاية الوصيّ ثابتة إجماعاً ونصّاً وفتوىً.

آراء فقهاء أهل السنّة في ولاية الوصيّ على أموال الصغار

تثبت الولاية على أموال الصغار للوصي عند جمهور الفقهاء

أ ـ الشافعيّة

قال المزني: «قال الشافعي: وأحبّ أن يتّجر الوصيّ بأموال من يلي ولا ضمان عليه، وقد اتّجر عمر بمال يتيم، وابضَعَت عائشة بأموال بني محمّد بن أبي بكر في

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٢ الباب ٤٥ من كتاب الوصايا، ح١.

(٢) وأيضاً يستفاد من هذه الرواية وهكذا الآتية أنّ الوصيّ له الولاية على مال الأطفال؛ سواء أوصى بذلك الموصي أم لا. وسواء جعله وصيّاً عليهم أم لا. م ج ف.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح١.

(٤) نفس المصدر ١٢: ١٩٠ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح١.

(٥) نفس المصدر ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب الوصايا، ح٢.

(٦) وسائل الشيعة ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح٦.

البحر وهم أيتام»[١].

وأضاف الماوردي، بأنّ هذا كان إجماعاً، ولأنّ الوليّ يقوم في مال اليتيم مقام البالغ الرشيد في مال نفسه، فلمّا كان من أفعال الرشيد أن يتّجر بماله، كان الوليّ في مال اليتيم مندوباً إلى أن يتّجر بماله، ولأنّ الوليّ مندوب إلى أن يثمر ماله من يلي عليه، والتجارة من أقوى الأسباب في تثمير المال، ولما روي أنّ رسول الله ﷺ قال: «**ابتغوا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة**»[٢]،[٣].

وفي مغني المحتاج: «وليّ الصبيّ أبوه ثمّ جدّه ثمّ وصيّهما ثمّ القاضي»[٤].

وفي المهذّب في فقه الشافعي: «وإن لم يكن أب ولا جدّ نظر فيه الوصيّ؛ لأنّه نائب عن الأب والجدّ، فقدّم على غيره»[٥]. وكذا في روضة الطالبين[٦] والمجموع[٧].

ب ـ الحنابلة

قال في الكافي: «ويتولّى الأب مال الصبيّ والمجنون؛ لأنّها ولايةٌ على الصغير فقدّم فيها الأب كولاية النكاح، ثمّ وصيّه بعده؛ لأنّه نائبه»[٨].

وقال ابن قدامة: «إنّ لوليّ اليتيم أن يضارب بماله وأن يدفعه إلى من يضارب له به، ويجعل له نصيباً من الربح أباً كان أو وصيّاً، أو حاكماً أو أمين حاكمٍ، وهو أولى

---

(١) مختصر المزني: ٨٩.

(٢) الموطّأ: ١٥٢ ح٥٨٦، الأمّ ١: ٣٠، المصنّف لعبد الرزّاق ٤: ٦٦ ح٦٩٨٢، المعجم الأوسط ٢: ٦ ح١٠٠٢، سنن الدارقطني ٢: ٩٦ ح١٩٥٨، السنن الكبرى للبيهقي ٨: ٢٩٥ ـ ٢٩٦ ح١١١٤٣ ـ ١١١٤٥، كنز العمّال ١٥: ١٧٧ ح٤٠٤٨٤ و ٤٠٤٨٥.

(٣) الحاوي الكبير ٦: ٤٤٣ ـ ٤٤٤.

(٤) مغني المحتاج ٢: ١٧٣.

(٥) المهذّب في فقه الإمام الشافعي ٢: ١٢٦.

(٦) روضة الطالبين ٣: ٤٧٥.

(٧) المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٢١.

(٨) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧، كشّاف القناع ٣: ٥٢١.

من تركه، وممّن رأى ذلك ابن عمرو النخعي والحسن بن صالح ومالك والشافعي ثمّ ـ بعدما نقل الخلاف عن الحسن ـ قال: والذي عليه الجمهور أولى؛ لما روى عبدالله بن عمرو بن العاص أنّ النبيّ ﷺ قال: **من ولي يتيماً له مال فليتّجر له، ولايتركه حتّى تأكله الصدقة»**[1][2].

ج ـ الحنفية

قال في البدائع في سبب تحقّق ولاية الوصيّ: «ووصيّ الأب قائم مقامه؛ لأنّه رضيه واختاره، فالظاهر أنّه ما اختاره من بين سائر الناس إلّا لعلمه بأنّ شفقته على ورثته مثل شفقته عليهم، ولولا ذلك لما ارتضاه من بين سائر الناس، فكان الوصيّ خلفاً عن الأب، وخلف الشيء قائم مقامه كأنّه هو، والجدّ له كمال الرأي ووفور الشفقة، إلّا أنّ شفقته دون شفقة الأب، فلا جرم تأخّرت ولايته عن ولاية الأب، وولاية وصيّه ووصيّ وصيّه أيضاً؛ لأنّ تلك ولاية الأب من حيث المعنى على ما ذكرنا، ووصيّ الجدّ قائم مقامه؛ لأنّه استفاد الولاية من جهته، وكذا وصيّ وصيّه»[3].

وقال في المبسوط: «ويجوز لوصيّ اليتيم أن يوكّل في كلّ ما يجوز له أن يعمله بنفسه من أُمور اليتيم»[4].

وقال في باب الوصايا: «وللوصيّ أن يتّجر بنفسه بمال اليتيم ويدفعه مضاربةً ويشارك به لهم... لأنّ الموصي جعله قائماً مقامه في التصرّف في المال...»[5].

---

(١) سنن الترمذي ٣: ٣٢ ح ٦٤٠، سنن الدارقطني ٢: ٩٥ ح ١٩٥١، كنز العمّال ١٥: ١٧٧ ح ٤٠٨٦.

(٢) المغني ٤: ٢٩٣.

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٤٩.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٩: ٣٠.

(٥) نفس المصدر ٢٨: ٢٨.

وقال في باب القصاص: «وعفو الأب والوصيّ عن قصاصٍ واجبٍ للصغير باطل؛ لأنّه فوّض إليهما استيفاء حقّه شرعاً لا إسقاطه»[١].

د ـ المالكيّة

قال ابن شاس: «ووليّ الصبيّ أبوه وعند عدمه الوصيّ أو وصيّه، فإن لم يكن فالحاكم»[٢].

وفي شرح الزرقاني: «ثمّ يلي أبا المحجور وصيّه؛ أي الذي أوصاه الأب قبل موته على ولده؛ لأنّه نائبه، فإن مات فوصيّه الذي أوصاه ذلك الوصيّ قبل موته»[٣] وكذا في بداية المجتهد[٤] والذخيرة[٥].

وفي حاشية الخرشي: «وإن لم يوجد الأب فوصيّه يقوم مقامه وينظر في مصالح اليتيم من بيع وغيره»[٦].

وفي الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: «ولا بأس بالتجارة في مال اليتيم، ولا ضمان على الوصيّ...»[٧].

المطلب الثاني: في بيان شرائطها:

الأوّل: أنّه يشترط في تصرّفات الوصيّ في أموال الصغار مراعاة المصلحة والنظر والغبطة؛ للأدلّة التي ذكرنا في ولاية الأب والجدّ، ولا يجوز له التصرّف

---

(١) نفس المصدر ٢٦: ١٦١.

(٢) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠.

(٣) شرح الزرقاني لأبي الضياء ٣: ٢٩٨.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد ٢: ٢٨٠ ـ ٢٨١.

(٥) الذخيرة لابن إدريس القرافي ٧: ١٦٢ ـ ١٦٣.

(٦) حاشية الخرشي لعبد الله بن الخرشي ٦: ٢٤٣.

(٧) الكافي في فقه أهل المدينة للمالكي، لابن عبد البرّ: ٤٢٣.

في مال الصغير بما لا حظّ فيه، كالعتق والهبة والتبرّعات وغيرها، والبيع والشراء بغبنٍ فاحشٍ.

الثاني: قال في المناهل: «هل يشترط في ثبوت ولاية الوصيّ لأحد الأبوين وجعله وصيّاً على الصغير، أو لا؟ بل يكفي مجرّد صدق كونه وصيّاً ولو كان وصيّاً على الثلث فقط؟ يظهر من إطلاق عبارات الأصحاب الثاني، ولكن قد يدّعى انصراف الإطلاقات المذكورة إلى صورة جعله وصيّاً على الصغير، فيلزم الرجوع في غيرها إلى حكم الأصل وهو عدم ثبوت الولاية، فالاحتمال الثاني هو الأقرب»[1].

اشتراط تصرّفات الوصيّ للمصلحة عند أهل السنّة

يظهر من كلمات فقهاء أهل السنّة التي ذكرناها في نقل آرائهم في ولاية الوصيّ: أنّهم قائلون بولاية وصيّ الوصيّ أيضاً كالوصيّ، فراجع.

وهم أيضاً قائلون بأنّه يشترط في تصرّفات الوصيّ أن تكون موافقة للمصلحة.

قال ابن قدامة[2] من فقهاء الحنابلة: «وليس لوليّه التصرّف في ماله بما لا حظّ له... لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[3]. وقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[4] وبمثل ذلك قال ابن شاس من فقهاء المالكيّة[5].

وفي المبسوط: «الوصيّ يعطي مال اليتيم مضاربةً، وإن شاء أبضعه، وإن شاء

---

(١) المناهل: ١٠٦.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧، الشرح الكبير ٤: ٥١٩.

(٣) سورة الإسراء ١٧: ٣٤؛ سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٤) تقدّم في آخر المبحث الثالث.

(٥) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠.

اتّجر إلى غير ذلك وكان خيراً لليتيم فَعل، لقوله تعالى: ﴿قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ...﴾[١] وقال ﷺ: ابتغوا في أموال اليتامى خيراً كيلا تأكلها الصدقة[٢]. يعني النفقة...»[٣].

وفي مغني المحتاج: «ويتصرّف له الوليّ بالمصلحة وجوباً؛ لقوله تعالى... وقضيّة كلامه كأصله أنّ التصرّف الذي لا خير فيه ولا شرّ ممنوع منه؛ إذ لا مصلحة فيه...»[٤].

واشترط بعض فقهاء أهل السنّة في ولاية الوصيّ أن يكون عادلاً.

قال ابن قدامة: «ومن شرط ثبوت الولاية العدالة بلا خلافٍ؛ لأنّ في تفويضها إلى الفاسق تضييعاً لماله، فلم يجز، كتفويضها إلى السفيه»[٥].

وقال النووي: «ثمّ الوصيّ أي المنصوب من جهة الأب أو الجدّ، أو وصيّ من تأخّر موته منهما؛ لأنّه يقوم مقامه وشرطه العدالة»[٦] وكذا في مغني المحتاج[٧].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) سورة البقرة (٢): ٢٢٠.
(٢) تقدّم عن قريب.
(٣) المبسوط للسرخسي ٢٢: ١٩ ـ ٢٠.
(٤) مغني المحتاج ٢: ١٧٤.
(٥) الكافي في فقه أحمد ٢: ١٠٧.
(٦) المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٢١.
(٧) مغني المحتاج ٢: ١٧٥.

المبحث الخامس: نفوذ تصرفات الوكيل على أموال الصغار

لا خلاف في ولاية الوكيل من قبل الأب أو الجدّ على أموال الصغار.

قال المحقّق في الشرائع: «وللأب والجدّ أن يوكّلا عن الولد الصغير...»[١].

وفي التذكرة «كلّ من صحّ تصرّفه في شيء تدخله النيابة صحّ أن يوكّل فيه»[٢]. وكذا في التحرير[٣] والقواعد[٤] والإرشاد[٥] وجامع المقاصد[٦] ومجمع الفائدة والبرهان[٧] ومفتاح الكرامة[٨].

وقال المحدث البحراني: «والوكيل من المالك أو ممّن له الولاية»[٩].

وفي الرياض: «أو وكيلاً عن المالك أو من له الولاية حيث يجوز له التوكيل»[١٠].

وقال في تحرير الوسيلة: «يجوز للولي كالأب والجدّ للصغير أن يوكّل غيره فيما يتعلّق بالمولّى عليه ممّا له الولاية عليه»[١١].

---

(١) شرائع الاسلام ٢: ١٩٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ١١٥، الطبعة الحجرية.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٢٩.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٣٥١.

(٥) إرشاد الأذهان ١: ٤١٥.

(٦) جامع المقاصد ٨: ١٨٩.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٤٩٠ و٤٩٤.

(٨) مفتاح الكرامة ٧: ٥٣٤ وج ٥: ٢٦٧.

(٩) الحدائق الناظرة ١٨: ٤٠٣.

(١٠) رياض المسائل ٥: ٦٣.

(١١) تحرير الوسيلة ٢: ٤٢ مسألة ١٨.

وبالجملة يستفاد من كلمات الفقهاء أنّه كُلّ ما تعلّق غرض الشارع بإيقاعه مباشرةً لا يصحّ التوكيل فيه. وأمّا إذا لم يكن كذلك فإنّه يصحّ فيه التوكيل، فعلى هذا يجوز للأولياء كالأب والجدّ والوصيّ لهما والحاكم أنْ يوكّلوا غيرهم فيما يتعلّق بالمولّى عليهم ممّا لهم الولاية عليه؛ لأنّ الغرض من جعل الولاية لهم حفظ أنفسهم وأموالهم من التلف والضرر، وإعانتهم فيما يحتاجون إليه في أُمورهم، وهذا يمكن أن يصدر من الأولياء ومن غيرهم.

والدليل على إثبات ولاية الوكيل على أموال الصغار ما ذكرناه لإثبات ولايته على النكاح[1]؛ كعموم بعض النصوص، مثل:

معتبرة معاوية بن وهب وجابر بن يزيد جميعاً، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال: **«من وكّل رجلاً على إمضاء أمر من الأُمور فالوكالة ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها»**[2].

وحيث إنّ جواز التصرّف في مال الصبيّ هو أمر من الأُمور، فالوكالة فيه ثابتة.

والحاصل: أنّه لا تفاوت بين البابين، فلا نتعرّض لبيان الأدلّة مراعاة للاختصار، والحمدلله ربّ العالمين.

---

(١) راجع الفصل السادس من هذا الباب.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٨٥ الباب ١ من كتاب الوكالة، ح ١.

الفصل العاشر

في ولاية الحاكم، والقاضي وعدول المؤمنين على أموال الصغار

وفيه مباحث:

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المبحث الأوّل: ولاية الحاكم

لا شبهة في أنّ للحاكم الذي هو الفقيه الجامع للشرائط جواز التصرّف في أموال الغيّب والقصّر، والظاهر أنّه لا خلاف في أصل ولايته على أموالهم، بل الإجماع عليه، فيجوز بيع مال الصغير ونحوه بشرط المصلحة من الحاكم أو أمينه عند عدم الأب والجدّ ووصيّهما.

إنّما الكلام في أنّ جواز تصرّفه هذا، هل يكون من جهة النيابة العامّة الثابتة للفقيه عن الإمام عليه السلام كما هو المشهور، أو لكون هذا التصرّف من شؤون القضاء الثابتة له بلا خلافٍ، أو من باب أُمور الحسبة؟.

قال الشيخ رحمه الله في المبسوط: «من ولّي مال اليتيم جاز له أنْ يتّجر فيه للصبي

نظراً له؛ سواءٌ كان أباً أو جدّاً أو وصيّاً أو حاكماً أو أميناً لحاكم»[١]. وهكذا في النهاية[٢]. ومثل هذا في السرائر[٣].

وقال المحقّق ﷺ: «الولاية في مال الطفل والمجنون، للأب والجدّ للأب، فإن لم يكونا فللوصيّ، فإن لم يكن فللحاكم»[٤].

وكذا في المختصر النافع[٥]. وبه قال بنو حمزة[٦] وزهرة[٧] وإدريس[٨] وسعيد[٩]، والفاضل الآبي[١٠]، والعلّامة في أكثر كتبه[١١]، والشهيد الأوّل[١٢].

وقال الشهيد الثاني: «إنّ الأمور المفتقرة إلى الولاية إمّا أن تكون أطفالاً، أو وصايا وحقوقاً وديوناً. فإن كان الأوّل فالولاية فيهم لأبيه، ثمّ لجدّه لأبيه، ثمّ لمن يليه من الأجداد على ترتيب الولاية، الأقرب منهم إلى الميّت فالأقرب، فإن عدم الجميع فوصيّ الأب، ثمّ وصيّ الجدّ وهكذا، فإن عُدِم الجميع فالحاكم، والولاية في الباقي غير الأطفال للوصي ثمّ الحاكم، والمراد به السلطان العادل، أو نائبه الخاص أو العامّ مع تعذّر الأوّلين؛ وهو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى العدل. وإنّما

---

(١) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٢.

(٢) النهاية للطوسي: ٣٦١.

(٣) السرائر ٣: ١٩٤ وج ٢: ٢١١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٠٢ـ١٠٣.

(٥) المختصر النافع: ١٤٦ و ١٧٠.

(٦) الوسيلة: ٢٧٩.

(٧) غنية النزوع: ٢٠٧.

(٨) السرائر ٢: ٢١١.

(٩) الجامع للشرائع: ٢٤٦.

(١٠) كشف الرموز ١: ٥٥٤.

(١١) إرشاد الأذهان ١: ٣٦٠ و ٣٩٧.

(١٢) الدروس الشرعية ٣: ١٩٢.

كان حاكماً عامّاً لأنّه منصوب من قبل الإمام لا بخصوص ذلك الشخص، بل بعموم قولهم عليهم السلام: «**أنظروا إلى من كان منكم قد روى حديثنا**»[١]»[٢].

وقال المحقّق الكركي في رسالة صلاة الجمعة:

«اتّفق أصحابنا رضوان الله عليهم على أنّ الفقيه العدل الإمامي الجامع لشرائط الفتوى المعبّر عنه بالمجتهد في الأحكام الشرعيّة نائب من قبل أئمّة الهدى صلوات الله وسلامه عليهم في حال الغيبة في جميع ما للنيابة فيه مدخل... وله أن يبيع مال الممتنع من أداء الحقّ إن أُحتيج إليه، ويلي أموال الغيّاب والأطفال والسفهاء والمفلّسين، ويتصرّف على المحجور عليهم، إلى آخر ما يثبت للحاكم المنصوب من قبل الإمام عليه السلام»[٣].

وقريب من هذه العبارات جاء في كلمات بعض آخر من المتأخّرين[٤]، ومتأخّري المتأخّرين[٥]. وهكذا بعض فقهاء العصر[٦].

ويمكن أن يدّعى أنّ ولاية الفقهاء الجامعين للشرائط على أموال اليتامى من ضروريّات فقه الإماميّة:

جاء في الجواهر: «بالجملة: فالمسألة من الواضحات التي لا تحتاج إلى أدلّة»[٧].

---

(١) الكافي ٧: ٤١٢ ح ٥، تهذيب الأحكام ٦: ٢١٨ ح ٥١٤.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤ ـ ٢٦٥.

(٣) رسائل المحقّق الكركي ١: ١٤٢.

(٤) غاية المراد ٢: ٢١ و ٢٠٤، اللمعة الدمشقيّة: ٦٢، جامع المقاصد ٤: ٨٥، زبدة البيان: ٥٠١، كفاية الأحكام: ١١٣، جامع الشتات ٢: ٤٦٤ ـ ٤٦٧.

(٥) عوائد الأيّام: ٥٥٥، مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٦، الحدائق الناظرة ١٨: ٣٢٢، رياض المسائل ٥: ٦٣.

(٦) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٢٣ و ٦٧٣ ـ ٦٧٥، منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ٢٢ و ٢١٠، الأحكام الواضحة للشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: ٣١٧.

(٧) جواهر الكلام ٢١: ٣٩٧.

وقال الإمام الخميني ﷺ: «ولاية الفقيه ـ بعد تصوّر أطراف القضيّة ـ ليست أمراً نظريّاً يحتاج إلى برهانٍ»[١].

أدلّة ولاية الحاكم على أموال الصغار

يدلّ على ولاية الحاكم على أموال الصغار أُمور:

الأوّل: الإجماع القطعي كما تقدّم في كلام المحقّق الكركي.

قال صاحب الرياض ـ بعد ذكر من لهم الولاية على أموال الصغار من الأب والجدّ والحاكم الشرعي وأمينه المنصوب من قبله، وبيان مراتبهم في ذلك ـ: «ولا خلاف في ثبوت الولاية لهؤلاء، بل الظاهر الإجماع عليه، وهو الحُجّة»[٢]، ونقله أيضاً المحقّق الأردبيلي[٣]. وادّعاه في الجواهر[٤].

وقال المحقّق القمّي: «والدليل لولاية الحاكم الإجماع المنقول وعموم النيابة التي تستفاد من مثل المقبولة وغيرها»[٥].

وقال الفاضل النراقي: «وحكاية الإجماع وعدم الخلاف فيه مستفيضة»[٦].

وجاء في العناوين للسيّد المراغي: «ونقل الإجماع في كلامهم على هذا المعنى لعلّه مستفيضٌ في كلامهم»[٧].

---

(١) كتاب البيع ٢: ٤٦٧.

(٢) رياض المسائل ٥: ٦٣.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٢.

(٤) جواهر الكلام ١٥: ٤٢٢.

(٥) جامع الشتات ٢: ٤٦٥.

(٦) عوائد الأيّام: ٥٥٥.

(٧) العناوين ٢: ٥٦٣.

الثاني: قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَ لاٰ تَقْرَبُوا مٰالَ اَلْيَتِيمِ إِلاّٰ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[١].

وتقريب الاستدلال بها: أنّ الآية إمّا خطاب إلى الأولياء، كقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ﴾[٢]. فالخطاب فيها متوجّه إلى الوصيّ والحاكم وأمينه ولعلّ إلى الجدّ لولا انصرافها عنه؛ لأنّها في مورد اليتيم.

وإمّا خطاب لجميع المكلّفين، كما يشهد له سياق الآيات المتقدّمة عليها والمتأخّرة عنها.

وعلى كلا التقديرين تكون الآية بلحاظ الاستثناء دليلاً على جواز التصرّف المقرون بمصلحة الصغير، فتدلّ على جواز قرب ماله بالتي هي أحسن لكلّ أحدٍ من الناس، والقدر المتيقّن منه الفقهاء فيجوز لهم قطعاً، وكذلك يجوز قرب غيرهم مع إذن الفقيه، وأمّا بدون إذنه فجواز قرب مال اليتيم لا يستفاد من الآية[٣]؛ لجواز أن يكون الأحسن كونه مع إذن الفقيه الذي بيده مجاري الأمور، وهو المرجع في الحوادث والحجّة والحاكم والقاضي من جانب الإمام، وأمين الرسول، وكافل الأيتام، وأعلم بوجوه التصرّف، بل يظهر منه عدم جواز قرب الغير بدون إذنه، كما صرّح بذلك الفاضل النراقي ﷺ[٤].

---

(١) سورة الأنعام ٦: ١٥٢؛ سورة الإسراء ١٧: ٣٤.

(٢) سورة النساء ٤: ٦.

(٣) الحقّ أنّ الآية الشريفة لا تدلّ على من له الولاية على التصرّف، وبعبارة أُخرى: لا تعيّن الأولياء، بل تدلّ على أنّ من له الولاية الثابتة بدليل آخر لا يجوز له التصرّف إلّا بالّتي هي أحسن، أو تدلّ على أنّ جميع المكلّفين إذا أرادوا التصرّف ولو من جهة اشتراء مال اليتيم لا يجوز إلّا بالأحسن، فالمشتري لمال اليتيم مخاطب أيضاً مع أنّه ليس وليّاً، وبناءً على ذلك لا تدلّ الآية الشريفة على أنّ الفقيه له التصرّف في مال اليتيم ولاية. نعم لا تدلّ على الحكم التكليفي فقط كما ذهب إليه السيّد الخوئي، بل تدلّ على عدم جواز التصرّف تكليفاً ووضعاً إلّا بالّتي هي أحسن، فالآية لا تدلّ على الولاية، بل تدلّ على التصرّفات بالنحو الّذي ذكر. م ج ف.

(٤) عوائد الأيّام: ٥٥٥ مع تصرّف.

إيراد المحقّق الخوئي على الاستدلال بالآية والجواب عنه

أورد عليه السيّد الخوئي بأنّ دلالة الآية على ثبوت الولاية ممنوعٌ، وقال في توضيحه: «إنّ ظاهر الآية هو النهي تكليفاً في التسلّط على مال اليتيم وتملّكه وأكله بالباطل».

ثمّ قال: «والمراد بالّتي ليس هو التقرّب وإلّا لما كان وجه للتأنيث، بل هي إشارة إلى الطريقة الوسطى الإسلاميّة، أو إلى الشريعة الواضحة المحمّدية، كما عبّر عن ذلك في آية أُخرىٰ بالمعروف، ونهى عن أكل مال اليتيم إلّا بالمعروف، وعليه: فتكون الآية نظير آية التجارة نهياً عن أكل المال بالباطل إلّا بالطريقة الوسطى وبالأسباب الشرعيّة، فلا تكون مربوطاً بالبيع والشراء وبجهة الولاية»[1].

وفي كلامه نظر؛ لأنّه لو كان مفادّ آية النهي عن قرب مال اليتيم مثل آية النهي عن التجارة بالباطل كما قال، يصير معناها[2] بلحاظ الاستثناء ﴿حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ هكذا، إذا بلغ اليتيم أشدّه فيجوز قرب ماله بغير التي هي أحسن وغير الطريقة الإسلاميّة، وبلوغ اليتيم أشدّه يبيح قرب ماله ويجوز أكله وتملّكه بغير الأحسن، وفساده ظاهر، ومعنى القرب ـ كما جاء في التفاسير ـ التصرّف فيه وحفظه وتثميره والاتّجار به.

قال الشيخ: «في الآية نهي من الله ـ تعالى ـ لجميع المكلّفين أن يقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي أحسن، وهو أن يحفظوا عليه ويثمروه، أو ينفقوا عليه بالمعروف على ما لا يشكّ أنّه أصلح له، فأمّا لغير ذلك فلا يجوز لأحدٍ التصرّف فيه...»[3].

---

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٢٧ و ٧٧ و ٧٩.

(٢) هذا المعنى ممنوع جدّاً؛ فإنّ الآية بلحاظ الاستثناء تدلّ على أنّ اليتيم إذا بلغ أشدّه فيجوز دفع ماله إليه حتّى يتصرّف فيه بأيّ نحو شاء وأراد، وبعبارة أخرى: جواز القرب وعدم جوازه مختصّ بزمان عدم البلوغ، وإلّا فبعده لا معنى للقرب أصلاً، وهذا يستفاد من الكشّاف أيضاً. م ج ف.

(٣) التبيان في تفسير القرآن ٦: ٤٧٦.

وكذا في مجمع البيان[١].

وفي الكشّاف: «ولا تقربوا مال اليتيم إلّا بالتي هي أحسن، إلّا بالخصلة التي هي أحسن ما يفعل بمال اليتيم، وهي حفظه وتثميره، والمعنى احفظوا عليه حتّى يبلغ أشدّه فادفعوا إليه بالقسط»[٢].

ونحو هذا كلام القرطبي في الجامع لأحكام القرآن[٣].

وفي الدرّ المنثور: «أخرج أبو حاتم عن عطيّة في قوله: ﴿وَ لاٰ تَقْرَبُوا مٰالَ الْيَتِيمِ﴾ الآية، قال: طلب التجارة فيه والربح فيه»[٤].

على هذا لا وجه لما ذكره﵀ في دلالة الآية من أنّ مدلولها هو النهي تكليفاً في القرب بمال اليتيم، وتملّكه وأكله بالباطل وعلى غير وجه الشرعيّة، وكونها نظير آية التجارة.

وظهر ممّا ذكرنا أيضاً ما في كلام المحقّق الايرواني﵀ من «أنّ الآية بصدد بيان ما يجوز من التصرّف وما لا يجوز، لا ضابط من له التصرّف ممّن ليس له، فهي مهملة من هذه الحيثيّة»[٥]؛ لأنّه لا إهمال في الآية الكريمة، بل هي ظاهرة بلحاظ الاستثناء في جواز التصرّف المقرون بمصلحة الغير، وحيث إنّ مورد الآية هو اليتيم الذي لا وليّ له، فللحاكم وأمينه أو المأذون من قبله أو الوصيّ للجدّ أو الأب جواز التصرّف، وحيث إنّ الضرورة والإجماع قائم بأنّه لا يجوز التصرّف في مال اليتيم إلّا من هؤلاء الخمسة المذكورة.

---

(١) مجمع البيان ٤: ١٨٣.

(٢) الكشّاف ٢: ٧٩.

(٣) الجامع لأحكام القرآن ٧: ١٣٤.

(٤) الدرّ المنثور ٣: ٥٥.

(٥) حاشية الايرواني على المكاسب: ١٥٩.

فيستفاد من الآية بضميمة الإجماع والضرورة ولاية الحاكم، وهو المطلوب.

الثالث: سيرة المتشرّعة وارتكازهم

قال السيّد السبزواري: «وسيرة المتشرّعة بالرجوع إلى المجتهدين فيها؛ أي في أُمور الأيتام والمجانين والأوقاف التي لا متولّي لها...» ثمّ قال:

«إنّ ولاية الفقيه الجامع للشرائط في مثل هذه الأُمور الدينيّة من مرتكزات المتشرّعة، بل من فطريات أهل كلّ مذهب وملّة الرجوع فيها إلى علماء مذهبهم، وأنّ للعلماء نحو ولايةٍ في مثل هذه الأُمور... وفي مثل هذا الأمر الارتكازي للمتشرّعة لا يحتاج إلى ورود التعبّد من الشارع، بل يكفي مجرّد عدم الردع في هذه الأُمور العامّة الابتلاء في جميع الأعصار والأزمان. فلا وجه بعد ذلك للتمسّك بأصالة عدم الولاية؛ لأنّها ثابتةٌ بنظر العرف، وما ورد من الترغيب في الرجوع إلى الفقهاء ورد في مورد هذا النظر العرفي، فيؤكّده ويثبّته، فأصل ولاية الفقيه في الجملة ممّا لا ينبغي أن يبحث عنه»[1].

الرابع[2]: القاعدة الثابتة من بعض الأخبار ومن مذاق الشريعة؛ وهي أنّه لاشكّ في أنّ الصغير ممنوع عن التصرّف في ماله شرعاً، إجماعاً ونصّاً، كتاباً وسنّةً، فإمّا لم يُنصب من جانب الله سبحانه أحد لحفظ أمواله وإصلاحه والتصرّف فيه فيما يصلحه، أو نصب.

والأوّل غير جائز على الحكيم ـ تعالى ـ المتقن عقلاً، كما صرّح به في رواية العلل من أنّه «**لو لم يجعل لهم إماماً قيّماً أميناً حافظاً مستودعاً لدرست الملّة، وذهب الدين، وغيّرت السنن والأحكام**ـ إلى أن قال: ـ **وكان في ذلك فساد**

---

(١) مهذّب الأحكام ١: ١١٥.

(٢) هذا الوجه وكذا الوجه السابق لا تدلّ على ثبوت الولاية، بل غايتهما الثبوت من باب الحسبة لا الولاية، والفرق بينهما واضح جدّاً. م ج ف.

الخلق أجمعين»[١].

ويدلّ عليه أيضاً استفاضة الأخبار بأنّ الشارع لم يدع شيئاً ممّا تحتاج إليه الأُمّة إلّا بيّنه لهم[٢].

ولا شكّ أنّ هذا أشدّ ما يحتاجون إليه، بل يبطله في الأكثر نفي الضرر والضرار، فتعيّن الثاني، وهذا المنصوب إمّا أن يكون معيّناً أولا على التعيين؛ أي كلّ من كان، والمردّد لا على التعيين لا ماهيّة له ولا هويّة. وعلى التعيين إمّا يكون هو الفقيه أو الثقة العدل، وعلى كلا التقديرين يكون الفقيه منصوباً، فهو المتيقّن والباقي مشكوك، أشار إلى هذا الوجه الفاضل النراقي﵀[٣].

الخامس: ـ وهو العمدة ـ الأخبار الكثيرة

منها: صحيحة إسماعيل بن بزيع قال: مات رجل من أصحابنا ولم يوص فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصيّر عبد الحميد القيّم بماله، وكان الرجل خلّف ورثةً صغاراً ومتاعاً وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلمّا أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهنّ؛ إذ لم يكن الميّت صيّر إليه وصيّته، وكان قيامه فيها بأمر القاضي؛ لأنّهنّ فروج. قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر﵇ وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي إلى أحدٍ ويخلّف جواري فيقيّم القاضي رجلاً منّا فيبيعهُنّ، أو قال: يقوم بذلك رجل منّا فيضعف قلبه لأنّهنّ فروج، فما ترى في ذلك؟

قال: فقال: «**إذا كان القيّم به مثلك و**[٤]**مثل عبد الحميد فلا بأس**»[٥].

---

(١) علل الشرائع ١: ٢٥٣ ـ ٢٥٤.

(٢) الكافي ١: ٥٩ ح٢ و ٤.

(٣) عوائد الأيّام: ٥٥٥ ـ ٥٥٦.

(٤) في نسخة من التهذيب «أو».

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح٢.

قال المحقّق العراقي: «صحيحة ابن بزيع خير شاهد على ثبوت هذه التولية العامّة»[١].

والمهمّ في فقه الحديث هو بيان جهة المماثلة وأنّها في أيّ شيء؟ فقد جعل الشيخ الأعظم‌ﷺ موارد الاحتمالات في المماثلة أربعة، حيث قال: «إنّ المراد من المماثلة: إمّا المماثلة في التشيّع، أو في الوثاقة وملاحظة مصلحة اليتيم وإن لم يكن شيعيّاً، أو في الفقاهة؛ بأن يكون من نوّاب الإمام‌ﷺ عموماً في القضاء بين المسلمين، أو في العدالة»[٢].

أمّا احتمال التماثل في التشيّع فبعيدٌ جدّاً؛ إذ الظاهر من الرواية أنّ التشيّع مفروض الوجود ومفروغ عنه، وإنّما السؤال من جهة أنّ نصب القاضي يجوّز التصرّف للقيّم أم لا؟ مع عدم كون القاضي شيعيّاً ولا فقيهاً في مذهبنا ولا عدلاً، بل ولا ثقةً على الظاهر، وذلك لأنّ فرض السائل كون الرجل من أصحابنا وجعل القاضي عبد الحميد قيّماً.

وأمّا احتمال المماثلة في الفقاهة لكون محمّد بن إسماعيل بن بزيع من فقهاء الشيعة؛ لأنّه من مشايخ فضل بن شاذان، وكذلك عبد الحميد على بعض الوجوه، فمعنى الرواية يكون هكذا: إن كان القيّم مثلك ومثل عبد الحميد فقيهاً فلا بأس، وتدلّ على ولاية الفقيه على أموال اليتامىٰ، وسيأتي زياد توضيح في ذلك قريباً.

قال السيّد الخوئيﷺ: «ربما يقال: إنّ عبد الحميد هذا محتمل بين اثنين: أحدهما ثقة لم تثبت فقاهته وهو ابن سالم، والآخر فقيهٌ لم يثبت وثاقته وهو ابن سعيد، فحينئذٍ تكون الرواية مجملة من حيث اعتبار الفقاهة، ولكنّ الظاهر أنّ

---

(١) شرح تبصرة المتعلّمين، كتاب القضاء: ٢٤٠.

(٢) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٥.

المراد منه هو عبد الحميد بن سالم كما صرّح به في الرواية، حيث قال: وجعل عبدالحميد بن سالم القيّم بماله كما في التهذيب في باب الزيادة من الوصيّة، وأنّ توثيقه لم ينحصر بهذه الرواية، بل ظاهر عبارة النجاشي في ابنه محمّد بن عبد الحميد بن سالم هو ذلك مع إثبات كتاب له، فيكون فقيهاً»[١].

ومقصوده‌ﷺ ما قال النجاشي في ترجمة ابنه محمّد بن عبد الحميد، وهذا نصّه: «روى عبد الحميد، عن أبي الحسن موسى‌ﷺ، وكان ثقةً من أصحابنا الكوفيّين، له كتاب النوادر»[٢]. فيستفاد من هذا أنّ التوثيق للأب لا للابن؛ لأنّه إذا كان الراوي صاحب كتابٍ أو أصل يستظهر بل يستفاد أنّه فقيهٌ، كما أشار إليه المحقّق الاصفهاني[٣].

وقال المحقّق التستري بعد نقل ما قال النجاشي في ترجمة الرجل:

أقول: التحقيق أنّه ظاهر في الرجوع إلى هذا؛ لقوله: «وكان» بالوصل؛ فإنّه ظاهر في العطف على قوله: «روى» ولو أراد قطع الكلام عن الأب لقال: «كان» بالفصل، كما في قوله بعده: «له كتاب»[٤].

مضافاً إلى أنّه يمكن إثبات فقاهته من حيث إنّه جعل قريناً لمثل ابن بزيع، الذي هو من الفقهاء ومن مشايخ الفضل بن شاذان كما تقدّم. وأمّا لو كان هو عبد الحميد ابن سعيد؛ لأنّ في نسخة الكافي وبعض نسخ التهذيب لم تكن كلمة «ابن سالم» موجودة[٥]، كما قال الشيخ التستري أيضاً نقلاً عن الوحيد: «لم يجد

---

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٦١.

(٢) رجال النجاشي: ٣٣٩ الرقم ٩٠٦.

(٣) حاشية المكاسب ٢: ٤٠٦.

(٤) قاموس الرجال ٦: ٦٦ الرقم ٣٩٥٨.

(٥) الكافي ٥: ٢٠٩، وفيه «فصيّر عبدالحميد القيّم بماله».

في نسخته من التهذيب لفظة «بن سالم» فلعلّ المراد بعبد الحميد فيه عبد الحميد ابن سعيد الآتي؛ لأنّ هذا من أصحاب الصادق والكاظم عليهما السلام، والمسؤول عنه الجواد عليه السلام»[١].

قال النجاشي: وأمّا وثاقته فمن وجهين: من جهة هذه الرواية، كما قال التستري في ترجمته. «فكونه من أصحاب الجواد عليه السلام في غاية القرب، وحينئذٍ فيدلّ الخبر على وثاقته»[٢].

ومن جهة رواية صفوان عنه، وهو ممّن أجمعت العصابة على تصحيح ما يصحّ عنه، قال الشيخ في العدّة: «ولأجل ذلك سوّت الطائفة بين ما يرويه محمّد بن أبي عمير، وصفوان بن يحيى، وأحمد بن محمّد بن أبي نصر، وغيرهم من الثقات الذين عرفوا بأنّهم لا يروون ولا يرسلون إلّا عمّن يوثق به»[٣].

مضافاً إلىٰ أنّه قيل: إنّهما واحد، وأنّه نسب تارةً: إلى أبيه، وأُخرى: إلى جدّه؛ لتوصيف كليهما بأنّه مولى بجيلة كوفيّ وكليهما بالعطّار، فهو فقيهٌ موثّق، والله العالم[٤].

الإيراد على الاستدلال بالصحيحة والجواب عنه

قال الشيخ الأعظم الأنصاري ـ بعد ذكر الصحيحة وبيان الاحتمالات في المماثلة ـ: «والاحتمال الثالث ـ أي الفقاهة ـ منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو مع تعذّره، وهذا بخلاف الاحتمالات الأُخر ـ إلى أن

---

(١) قاموس الرجال ٦: ٦٧.

(٢) رجال النجاشي: ٢٤٦.

(٣) العدّة في الأصول ١: ١٥٤.

(٤) حاشية المكاسب للمحقّق الاصفهاني ٢: ٤٠٦، تنقيح المقال ٢: ١٣٥ مع تصرّف.

قال: ـ فيجب الأخذ في مخالفة الأصل بالأخصّ منها؛ وهو العَدل»[١].

وقال المحقّق النائيني في توضيح هذا الإيراد: «وعلى هذا الاحتمال ـ أي المماثلة في الفقاهة ـ تخرج الصحيحة عن الدلالة على ولاية غير الفقيه، لكنّه بعيد في نفسه؛ لاقتضائه بمفهومه ثبوت البأس مع عدم كون المتصدّي فقيهاً، مع أنّ مفروض مورد السؤال هو الأمر الذي يجب القيام به من غير الفقيه عند عدم الفقيه ـ إلى أن قال: ـ فالمتعيّن هو أحد الاحتمالين من الثاني أو الثالث، وحيث لا ترجيح لأحدهما على الآخر فلا جرم يجب الأخذ بالمتيقّن منهما وهو العدالة»[٢].

والمتحصّل من هذا الإيراد: أنّ هذا المفهوم «هو مفهوم الشرط، ويستفاد منه أنّه لو لم يكن القيّم فقيهاً ففيه البأس، وهذا ينافي كون التصرّف في مال اليتيم والقيام بأمره من الأمور التي لا تسقط بتعذّر إذن الفقيه، ونعلم قطعاً بولاية عدول المؤمنين عند تعذّر الوصول إلى الفقيه، مع أنّ إطلاق ذلك المفهوم يمنع عن ذلك.

وأجاب نفسه ﷺ بأنّه يمكن أن يكون المفروض في مورد الرواية صورة التمكّن من الرجوع إلى الفقيه، وأنّ البأس كان في تصدّي غيره لأجل التمكّن من تصدّيه...»[٣].

وأظهر منه ما أجاب عنه السيّد الخوئي ﷺ بوجهين:

أوّلاً: النقض بإرادة المماثلة في العدالة؛ إذ المحذور المذكور وارد على هذا أيضاً، للعلم بوصول النوبة إلى المؤمنين الفاسقين مع تعذّر العدل منهم العياذ بالله، مع أنّ المفهوم ينفي جواز توليتهم على ذلك.

وثانياً: أنّه قد حقّق في محلّه أنّ أصالة عدم التقييد وظهور الإطلاق إنّما يتّبع

---

(١) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٥.

(٢ـ٣) المكاسب والبيع للنائيني ٢: ٣٣٩ و ٣٤٠.

فيما إذا كان الشكّ في أصل المراد، فبمقتضى ظهور الكلام وإطلاقه نستكشف مراد المتكلّم ويحتجّ به له وعليه. وهذا بخلاف ما إذا علم المراد من الخارج وكان الشكّ في كيفيّة ذلك المراد من المفهوم، فلا يجوز حينئذٍ التمسّك بأصالة عدم التقييد في بيان كيفيّة المراد حتّى يتوهّم أنّ إطلاق المفهوم ينفي وصول النوبة إلى المؤمنين العادلين، فليس المورد مورداً للتمسّك بأصالة عدم التقييد أصلاً، كما هو واضح[١]. إذن فلامجال لإشكال المصنّف؛ إذ هو مفروض التمسّك بأصالة عدم التقييد، وقد عرفت عدم وصول النوبة إليها[٢].

ثمّ قال ﷺ: «والتحقيق أنّ الظاهر إرادة المماثلة من الرواية من[٣] جميع الجهات حتّى في العربيّة والكوفيّة، ولكن نرفع اليد عن ذلك في الأمور التي نقطع بعدم مدخليّتها في الحكم بنحو، كالعربيّة والكوفيّة ونحوهما، ويبقى الباقي تحت الإطلاق، بل كلّما نشكّ في خروجه ودخوله من جهة مدخليّته وعدمه، وإنّما الخارج ما نعلم بعدم دخالته في الحكم، إذن فلا وجه لاعتبار العدالة فقط من جهة أخذ القدر المتيقّن.

وعليه: فلابدّ من اعتبار الفقاهة والوثاقة والعدالة وجميع الخصوصيّات المحسّنة التي تحتمل دخالتها في الحكم في الولاية المجعولة في الرواية، فافهم»[٤].

---

(١) والحق أنّ التمسّك في المفهوم في ما نحن فيه إنّما هو بالنسبة إلى أصل المراد، وليس التمسّك بأصالة الإطلاق لإثبات كيفيّة المراد، فالمفهوم بالإطلاق يدلّ على نفي ولاية غير الفقيه حتّى عدول المؤمنين. نعم، لا استبعاد في ذلك بعد إمكان تقييده بالأدلّة الأخرى. م ج ف.

(٢) مصباح الفقاهة ٥: ٦٠.

(٣) لا ريب عندي في عدم إرادة المماثلة في جميع الجهات؛ فإنّه مضافاً إلى ندرتها غاية الندرة أنّ العرف لا يفهم من العبارة ذلك المعنى؛ فإنّ التعبير بالمثل عند العرف هو من كان شبيهاً أو قريباً إليه في رعاية المصلحة وحفظ الأمانة، وعدم تضييع حقوق الأيتام. م ج ف.

(٤) مصباح الفقاهة ٥: ٦٠ ـ ٦١.

ومنها: صحيحة ابن رئاب ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام، عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً، وترك مماليك له غلماناً وجواري ولم يوص، فما ترىٰ فيمن يشتري منهم الجارية فيتّخذها أُمّ ولد؟ وما ترى في بيعهم؟ فقال: **إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجوراً فيهم**. قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتّخذها أُمّ ولد؟ قال: **لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم، وليس لهم أن يرجعوا عمّا صنع القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم**[1].

ومورد الرواية هو اليتيم الذي لا أب له ولا وصيّ، وكذا الجدّ على الظاهر، وفي هذا المورد قال الإمام عليه السلام: «**إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم وباع عليهم ونظر لهم**». فهذه الصحيحة ظاهرةٌ في أنّ الحاكم ينصب فرداً قيّماً وناظراً لهؤلاء الصغار؛ لأنّ جعل القيمومة منحصر بالحاكم، فهي تدلّ على ثبوت الولاية لغير الأب والوصيّ والجدّ، حيث انتفت هذه الثلاثة في مورد الرواية. أمّا الأب والوصيّ، فصريح الرواية انتفاؤهما. وأمّا الجدّ؛ فلأنّه لو كان، لكان هو المتولّي لأمرهم ويذكره الإمام عليه السلام، فتدلّ الصحيحة على إثبات الولاية لغير هؤلاء الثلاثة، والحاكم منهم، وهو المطلوب، وسيأتي أنّها تدلّ على ولاية عدول المؤمنين أيضاً.

ومنها: ما أرسله في الفقيه قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: «**قال رسول الله صلى الله عليه وآله: اللّهمَّ ارحم خلفائي، قيل: يارسول الله ومَنْ خلفاؤك؟ قال: الذين يأتون من بعدي، يروون حديثي وسنّتي**»[2].

ورواه في عيون الأخبار بطرقٍ ثلاثة، رجال كلّ طريقٍ يغاير طريق الآخر

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٢) الفقيه ٤: ٣٥٢ الرقم ٩١٥، وسائل الشيعة ١٨: ٦٥ الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، ح ٥٠.

وفيها: «اللّهمّ ارحم خلفائي ثلاث مرّات»[١].

وفي معاني الأخبار بسند رابع[٢].

وكذلك في الأمالي وزاد في آخرها: «ثمّ يعلّمونها أُمّتي»[٣].

وذكرها في مستدرك الوسائل نقلاً عن صحيفة الرضا عليه السلام[٤].

وكذا في عوالي اللئالي وزاد في آخرها: «أولئك رفقائي في الجنّة»[٥].

وذكره في البحار نقلاً عن منية المريد مع تفاوتٍ يسير[٦]. ومثله ما نقل عن الراوندي[٧].

قال الإمام الخميني: «هي روايةٌ معتمدةٌ لكثرة طرقها، بل لو كانت مرسلةً لكانت من مراسيل الصدوق التي لا تقصر عن مراسيل مثل ابن أبي عمير؛ فإنّ مرسلات الصدوق على قسمين: أحدهما: ما أُرسل ونسب إلى المعصوم عليه السلام بنحو الجزم، كقوله: قال أمير المؤمنين عليه السلام كذا. وثانيهما: ما قال: روى عنه عليه السلام مثلاً، والقسم الأوّل من المراسيل المعتمدة المقبولة»[٨].

وأمّا تقريب الاستدلال بها: بأن يُقال: إنّ معنى الخلافة عن رسول الله صلى الله عليه وآله أمر معهود من أوّل الإسلام ليس فيه إبهام، والخلافة لو لم تكن ظاهرةً في الولاية والحكومة فلا أقلّ من أنّها القدر المتيقّن منها[٩]، ومنها: الولاية على أموال الصغار.

---

(١) عيون أخبار الرضا ٢: ٣٧ الرقم ٩٤.

(٢) معاني الأخبار: ٣٧٤ـ٣٧٥.

(٣) الأمالي للصدوق: ٢٤٧ الرقم ٢٦٦.

(٤) مستدرك الوسائل ١٧: ٢٨٧ الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، ح ١٠.

(٥) عوالي اللئالي ٤: ٦٤.

(٦) بحار الأنوار ٢: ٢٥ كتاب العلم الباب ٨ ح ٨٣.

(٧) مستدرك الوسائل ١٧: ٣٠٠ الباب ٨ من أبواب صفات القاضي، ح ٤٨.

(٨) كتاب البيع ٢: ٤٦٨.

(٩) نفس المصدر.

بتعبيرٍ آخر: الخلافة بقول مطلق كما ورد في الروايات تفيد استخلاف الخليفة في كلّ ما كان للمستخلف «بالكسر». ففي المقام يستفاد منها أنّ للفقيه ما كان للنبيّ ﷺ من الشؤون في أُمور المسلمين، ومنها الولاية على أموال الصغار. نعم، لا يكون له ما استثني من هذا الإطلاق، كالجهاد ابتداءً وتزويج الصغار وغيرهما.

وأورد السيّد الخوئي ﷺ على الاستدلال بالرواية بـ «أنّ الظاهر من ذلك خليفتهم في نقل الرواية والحديث[1]، كما قال ﷺ: يروون حديثي وسنّتي، لا أنّ المراد من الخلافة الخلافة في التصرّف في أموال الناس وأنفسهم»[2]. ويستفاد ذلك أيضاً من كلام المحقّق الاصفهاني[3] والعراقي[4].

وقال المحقّق الايرواني بعد بيان أنّ الخلافة مقولةٌ بالتشكيك: «والإضافة تفيد العموم في حقّ كلّ من هو خليفة في جهةٍ أو[5] في جهاتٍ، والذين يأتون بعده ويروون حديثه يشمل الأئمّة الذين هم خلفاؤه في كلّ الجهات والعلماء والرواة الذين لا يعلم حدّ خلافتهم، فلعلّ خلافتهم مختصّةٌ بنشر الأحكام وإبلاغها كما يناسبه لفظ يروونَ حديثي...»[6].

وفي كلامهم نظر؛ لأنّ الخلافة لنقل الرواية والسنّة لا معنى لها؛ لأنّه ﷺ لم يكن

---

(١) ويبعّده التعبير بقوله من بعدي؛ فإنّ الخلافة في نقل الرواية والحديث كانت من زمن النبي ﷺ لا من بعده. هذا، مضافاً إلى أنّ اللازم تفسير كلمة الخلفاء مع قطع النظر عن ذيل الرواية بمعنى أنّه لو صدر من لسان الرسول ﷺ هذه العبارة فقط، لكان معناه الخلافة في جميع الأُمور ومن يقوم مقامه في كل الشؤون إلّا ما استثنى. م ج ف.

(٢) مصباح الفقاهة ٥: ٤٤.

(٣) حاشية المكاسب للاصفهاني ٢: ٣٨٦.

(٤) كتاب القضاء للعراقي: ١٦.

(٥) والخليفة في جهة من الجهات لا يُعدّ عند العرف خليفة؛ فإنّ الخلافة متقوّم لأكثر من جهة واحدة لو لم نقل بوجود غالب الجهات، فتدبّر. م ج ف.

(٦) حاشية المكاسب للايرواني: ١٥٦.

راوياً لرواياته حتّى يكون الخليفة قائماً مقامه في ذلك، وقوله ﷺ: «الذين يأتون من بعدي، يروون حديثي وسنّتي» يكون معرّفاً للخلفاء، ولا يكون في مقام تحديد معنى الخلافة حتّى تكون الخلافة في رواية الحديث والسنّة، هذا أوّلاً.

وثانياً: على ما في الرواية أضاف ﷺ الخلفاء إلى نفسه، فقال: اللّهمّ ارحم خلفائي، والإضافة ـ كما قال المحقّق الايرواني نفسه ـ تفيد العموم، فيستفاد منها أنّ كلّ ما كان له ﷺ من الولاية كان لخلفائه إلّا ما استثني، وهذا المعنى هو ما قلنا في تقريب الاستدلال بأنّ الخلافة بقول مطلق تفيد استخلاف الخليفة في كلّ ما كان للمستخلف «بكسر اللام».

وعلى هذا لا معنى للقول: بأنّ الظاهر من الحديث خليفتهم في نقل الرواية والحديث، أو يقال: حيث لا يعلم حدّ خلافة الفقهاء، فخلافتهم مختصّةٌ بنشر الأحكام وإبلاغها.

قال في الجواهر: «ودعوى اختصاص ولايته بالأحكام الشرعيّة، يدفعها معلوميّة تولّيه كثيراً من الأمور التي لا ترجع للأحكام، كحفظه لمال الأطفال والمجانين والغائبين، وغير ذلك ممّا هو محرّر في محلّه، ويمكن تحصيل الإجماع عليه من الفقهاء؛ فإنّهم لا يزالون يذكرون ولايته في مقاماتٍ عديدةٍ لا دليل عليها سوى الإطلاقات»[1].

وقال الإمام الخميني ﷺ: «وتوهّم أنّ المراد من الخلفاء خصوص الأئمّة ﷺ في غاية الوهن؛ فإنّ التعبير عن الأئمّة ﷺ برواة الأحاديث غير معهود، بل هم خزّان علمه تعالى، ولهم صفات جميلة إلى ما شاء الله[2] لا يناسب للإيعاز

---

(١) جواهر الكلام ١٥: ٤٢٢.

(٢) ورد في حقّهم أنّهم الراسخون في العلم وعالمون بتأويله، أصول الكافي ١: ٢٧٠ ب٢٢، وخزنة علم الله وعيبة وحي الله. نفس المصدر: ٢٤٩ ب١١، وهم شجرة النبوّة وبيت الرحمة ومعدن العلم ومختلف الملائكة. نفس المصدر: ٢٧٩ ب٣١.

إلى مقامهم عليهم السلام «أنّهم رواة الأحاديث» بل لو كان المقصود من الخلفاء أشخاصهم المعلومين لقال: عليّ وأولاده المعصومون عليهم السلام لا العنوان العامّ الشامل لجميع العلماء»[1].

ومنها: الرواية المتقدّمة التي ذكرها في تحف العقول عن سيّد الشهداء، عن أمير المؤمنين عليه السلام.

وهي وإن كانت مرسلة، لكن اعتمد على الكتاب صاحب الوسائل رحمه الله، ومتنها موافق للاعتبار والعقل. والرّواية طويلة نذكر بعض فقراتها الّتي دلّت على ما كنّا بصدد إثباته في المقام قال عليه السلام: «ثمّ أنتم أيّتها العصابة، عصابة بالعلم مشهورة، وبالخير مذكورة، وبالنصيحة معروفة، وبالله في أنفس الناس مهابة، يهابكم الشريف، ويكرمكم الضعيف، ويؤثركم من لا فضل لكم عليه ولا يَد لكم عنده، تشفعون في الحوائج اذا امتنعت من طلّابها، وتمشون في الطريق بهيئة الملوك، وكرامة الأكابر، أليس كلّ ذلك إنّما نلتموه بما يرجى عندكم من القيام بحقّ الله وإن كنتم عن أكثر حقّه تقصّرون، فاستخففتم بحقّ الأئمة. فأمّا حق الضعفاء فضيّعتم، وأمّا حقّكم بزعمكم فطلبتم، فلا مالاً بذلتموه... لقد خشيت عليكم أيّها المتمنّون على الله أن تحلّ بكم نقمة من نقماته... وأنتم بالله في عباده تكرمون، وقد ترون عهود الله منقوضة فلا تفزعون، وأنتم لبعض ذمم آبائكم تفزعون، وذمّة رسول الله صلى الله عليه وآله محقورة... كلّ ذلك ممّا أمركم الله به من النهي والتناهي وأنتم عنه غافلون، وأنتم أعظم النّاس مصيبةً لما غلبتم عليه من منازل العلماء لو كنتم تشعرون، ذلك بأنّ مجاري الأُمور والأحكام على أيدي العلماء بالله، الأُمناء على حلاله وحرامه، فأنتم المسلوبون تلك المنزلة، وما سلبتم ذلك إلّا بتفرّقكم عن

---

(١) كتاب البيع ٢: ٤٦٩.

الحقّ، الحديث»[١].

ومدلول الجملة الأخيرة هو ثبوت الولاية العامّة؛ لأنّ الأُمور جمع محلّى باللّام، فيستفاد منها العموم، وأنّ الأُمور التي من شأنها الجريان عن نظر الإمام مفوّضةٌ إلى العلماء، ومنها: رعاية شؤون القاصرين في أموالهم وأنفسهم.

وأورد عليه المحقّق النائيني بأنّ قوله عليه السلام: «مجاري الأُمور بيد العلماء» الدالّ بإطلاقه على الولاية العامّة «فمن المحتمل قريباً كون العلماء فيها هم الأئمّة عليهم السلام ـ إلى أن قال: ـ فإنّ فيه قرائن تدلّ على أنّ المراد من العلماء فيه: هم الأئمّة عليهم السلام؛ فإنّهم هم الأُمناء على حلال الله وحرامه»[٢].

وقال المحقّق العراقي: «ومثل هذا العنوان ربما كان مختصّاً بالأئمّة»[٣].

وتبعهما السيّد الخوئي في ذلك[٤]. وهكذا قال به أيضاً المحقّق الايرواني[٥]، والمحقّق الاصفهاني[٦]. وقال الفاضل الغفاري: «يعني به المعصومين عليهم السلام؛ لقوله عليه السلام: نحن العلماء»[٧].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

ولقد أجاد الإمام الخميني رحمه الله في الجواب عنهم، حيث قال: «وأنت إذا تدبّرت فيها صدراً وذيلاً ترى أنّ وجهة الكلام لا تختصّ بعصر دون عصر، وبمصرٍ دون مصر، بل كلام صادر لضرب دستور كلّي للعلماء قاطبةً في كلّ عصرٍ، ومصر للحثّ على القيام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في مقابل

---

(١) تحف العقول: ٢٣٧ ـ ٢٣٨.

(٢) منية الطالب ٢: ٢٣٣ ـ ٢٣٤.

(٣) شرح تبصرة المتعلّمين ٥: ٤١.

(٤) مصباح الفقاهة ٥: ٤٣.

(٥) حاشية المكاسب للايرواني: ١٥٦.

(٦) حاشية المكاسب للاصفهاني ٢: ٣٨٨.

(٧) ذكره في هامش تحف العقول: ٢٣٨.

الظَلَمة، وتعييرهم على تركها طمعاً في الظَلَمة أو خوفاً منهم ـ إلى أن قال: ـ والعدول عن لفظ «الأئمّة» إلى «العلماء بالله، الأُمناء على حلاله وحرامه» لعلّه لتعميم الحكم بالنسبة إلى جميع العلماء العدول الذين هم أُمناء الله على حلاله وحرامه، بل انطباق هذا العنوان على غير الأئمّة أظهر؛ إذ توصيفهم عليهم السلام بذلك يحتاج إلى القرينة»[1].

نقول: وفي الرواية قرائن قطعيّة دلّت على أنّها صدرت خطاباً للعلماء، وفيها جمل لا تكون مناسبة لمقام أهل البيت والأئمّة المعصومين عليهم السلام، مثل ما قال عليه السلام: **«أنتم أيّتها العصابة عصابةٌ بالعلم مشهورة، وبالخير مذكورة... وبالله في أنفس الناس مهابةٌ... تشفعون في الحوائج»**.

هذه الجملات لا تكون خطاباً للناس كلّهم؛ لأنّ كلّ الناس لا يكونون بالعلم مشهورين، وبالخير مذكورين، وهكذا.

ومثل ما قال عليه السلام: **«فأمّا حقّ الضعفاء فضيّعتم، وأمّا حقّكم بزعمكم فطلبتم... لقد خشيت عليكم أيّها المتمنّون على الله أن تحلّ بكم نقمةٌ من نقماته... وأنتم أعظم الناس مصيبةً لما غلبتم عليه من منازل العُلماء لو كنتم تشعرون...»**.

لا ريب في أنّ هذه الجمل تكون خطاباً للعلماء خاصّة، الذين لا يقومون بوظيفتهم من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر و...

فإذا قال الإمام عليه السلام عقيب هذه الجملات: **«ذلك بأنّ مجاري الأُمور والأحكام على أيدي العلماء بالله، الأُمناء على حلاله وحرامه»** لا يحتمل أن يكون المقصود منها الأئمّة عليهم السلام، وهذا ظاهر لمن تدبّر في هذه الرواية الشريفة.

---

(١) كتاب البيع ٢: ٤٨٧.

والحاصل: أنّ الإمام عليه السلام قسّم العلماء على قسمين: قسم منهم لا يقومون بوظيفتهم فهم أعظم الناس مصيبةً، وقسم آخر قاموا على طريق الحقّ وهم الذين تكون مجاري الأُمور والأحكام بأيديهم، ويكونون الأُمناء على حلال الله وحرامه.

على هذا يمكن استفادة مرجعيّة الفقيه في الأُمور منها، كما أنّه يستكشف ذلك من منع الإمام عليه السلام من التحاكم إلى قضاة العامّة وإرجاع الشيعة إلى فقهائنا، كما في مقبولة عمر بن حنظلة[1] ومشهورة أو صحيحة أبي خديجة[2]؛ إذ من مثلهما ربما يستفاد كون الفقيه حاكماً في قبال حكّامهم، وأنّ له من الشأن ما لهم من الولاية على الأُمور.

إذن تستفاد الولاية المطلقة للفقهاء في عصر الغيبة من عموم التنزيل وإطلاقه، حيث إنّ الشارع قد جعل الفقيه الجامع للشرائط قاضياً وحاكماً كما في مقبولة عمر بن حنظلة ومشهورة أو صحيحة أبي خديجة؛ فإنّ مقتضى الإطلاق فيهما أن يترتّب الآثار المرغوبة من القضاة والحكّام بأجمعها على الرواة والفقهاء، ومن تلك الآثار تصدّيهم لنصب القيّم والوليّ على القصّر من الصغار والمجانين وغيرهما.

وذلك لأنّه لا شبهة في أنّ القضاة المنصوبين من قبل العامّة والخلفاء كانوا يتصدّون لتلك الوظائف، كما لا يخفى على من لاحظ أحوالهم وعرف سيرهم وسلوكهم، ويشهد لذلك صحيحة ابن بزيع المتقدّمة؛ لأنّها صريحة في أنّ القضاة كانوا يتصدّون لنصب القيّم، فإذن تدلّ الروايتان على أنّ المجتهد الجامع للشرائط قد جعل قاضياً في الشريعة، فتدلّان بإطلاقهما على أنّ الآثار الثابتة للقضاة والحكّام

---

(١) وسائل الشيعة ١٨: ٩٩، الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٤، الباب ١ من أبواب صفات القاضي، ح ٥.

بأجمعها مترتّبةٌ على الفقيه؛ فإنّ ذلك مقتضى جعل المجتهد قاضياً في مقابل قضاتهم وحكّامهم.

فتحصّل من الأخبار المتقدّمة وكذلك من رواياتٍ كثيرةٍ أُخرى أنّ الفقيه بيده مجاري الأُمور وهو المرجع في الحوادث، والحجّة والحاكم والقاضي من جانب الإمام عليه السلام وأمين الرسول وخليفته، وكافل الأيتام، وحصن الإسلام، ووارث الأنبياء وبمنزلتهم، فثبوت ولاية الفقهاء الجامعين للشرائط في أموال اليتامى قطعيٌّ لا شبهة فيها.

قال الشهيد في مسألة وجوب دفع الزكاة إلى الإمام: «وكذا يجب دفعها إلى الفقيه الشرعي في حال الغيبة لو طلبها بنفسه أو وكيله؛ لأنّه نائب للإمام كالساعي بل أقوى»[1].

وبيّن صاحب الجواهر دليل أقوائيّته بقوله: «لنيابته عنه في جميع ما كان للإمام، والساعي إنّما هو وكيل للإمام عليه السلام في عمل مخصوص ـ إلى أن قال: ـ إطلاق أدلّة حكومته ـ أي الفقيه ـ خصوصاً رواية النصب[2] التي وردت عن صاحب الأمر عليه السلام ـ روحي وأرواح العالمين له الفداء ـ يصيّره من أُولي الأمر الذين أوجب الله علينا طاعتهم. نعم، من المعلوم اختصاصه في كلّ ما له في الشرع مدخليّةٌ حكماً أو موضوعاً»[3].

وقال السيّد السبزواري: «بعد سدّ الرجوع إلى أبواب حكّام الجور وقضاتهم والأخذ منهم، وعدم الميل إليهم بنحو شديد أكيد، مع عموم الابتلاء للاحتياج إلى ولاية الفقيه الجامع للشرائط، فهل يتصوّر أن يهمل الشارع هذه الجهة بالنسبة

---

(١) الروضة البهيّة ٢: ٥٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ١٠١ الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح٩.

(٣) جواهر الكلام ١٥: ٤٢٢.

إلى أُمّته ويذرهم حيارى؟! فالتشكيك في ولاية الفقيه فيما تبسط يده بالنسبة إليها ممّا لاينبغي»[١].

ثمّ إنّ الشيخ الأعظم وإن استشكل في ثبوت الولاية العامّة للفقيه في كتاب المكاسب، حيث قال: «وبالجملة: فإقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه كالإمام عليه السلام إلّا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد»[٢].

وقال في موضع آخر: «والمسألة لا تخلو عن إشكال وإن كان الحكم به مشهوريّاً»[٣].

ولكن مال رحمه الله في كتاب الزكاة إلى ثبوت النيابة العامّة للفقيه؛ حيث قال: «ولو طلبها الفقيه فمقتضى أدلّة النيابة العامّة وجوب الدفع؛ لأنّ منعه ردّ عليه، والرادّ عليه رادٌّ على الله تعالى، كما في مقبولة عمر بن حنظلة المتقدّمة. ولقوله عليه السلام في التوقيع الشريف الوارد في وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواة الأحاديث، قال: فإنّهم حجّتي عليكم وأنا حجّة الله»[٤].

وقال أيضاً في كتاب الخمس: «وربما أمكن القول بوجوب الدفع إلى المجتهد؛ نظراً إلى عموم نيابته، وكونه حجّة الإمام على الرعيّة وأميناً عنه وخليفةً له، كما استفيد ذلك كلّه من الأخبار.

لكنّ الإنصاف: أنّ ظاهر تلك الأدلّة ولاية الفقيه عن الإمام عليه السلام على الأُمور العامّة»[٥].

---

(١) مهذّب الأحكام ١: ١١٦.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٥٣.

(٣) نفس المصدر ١٦: ٥٥٧.

(٤) كتاب الزكاة، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٠: ٣٥٦.

(٥) كتاب الخمس، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١١: ٣٣٧.

جواز التصرّف في أموال الصغار حسبةً

ثمّ لو تنزّلنا عن ذلك وقلنا: إنّ الأخبار المستدلّ بها على الولاية المطلقة للفقيه قاصرة السند أو الدلالة، كما قال به جماعة[١]، ولكن لأجل أنّ بعض الأُمور الراجعة إلى الولاية ممّا لا مناص أن تتحقّق في الخارج، وهي المعبّر عنها بالأُمور الحسبيّة[٢]، كبيع مال اليتيم عند اقتضاء الضرورة له، أو تزويج الصغير أو الصغيرة مع اقتضاء المصلحة وغيرهما؛ لأنّه علم من الشارع مطلوبيّة وجودها، والجزم بعدم رضا الشارع بتركها، فلابدّ من أن يتصدّى شخص لإقامة تلك الأُمور، هذا من ناحية.

ومن ناحيةٍ أُخرى: الأئمّة عليهم السلام منعوا الشيعة عن الرجوع إلى قضاة الجور مطلقاً، فيكون الفقيه الجامع للشرائط مرجعاً لهذه الأُمور؛ لأنّه القدر المتيقّن ممّن يحتمل له الولاية في تلك الأُمور[٣]؛ لعدم احتمال أن يرخّص الشارع فيها لغير الفقيه، كما لايحتمل أن يهملها، مع التمكّن من الرجوع إلى الفقيه لا يجوز الرجوع فيها إلى الغير.

ببيان آخر: لا يجوز تعطيل تلك الأُمور أو تأخيرها؛ لاستلزامه تفويت مال الصغار أو الغائب، أو انتهاك عرضهم، ويكون الفقيه هو المرجع فيها؛ لأنّه القدر المتيقّن ممّن يحتمل أن يكون له الولاية في تلك الأُمور.

نعم، إذا لم يمكن الرجوع إليه في مورد يكون العدول من المؤمنين مرجعاً

---

(١) منية الطالب ٣: ٢٣٤ ـ ٢٣٧، شرح تبصرة المتعلّمين كتاب القضاء ٥: ١٦، التنقيح في شرح العروة، كتاب الاجتهاد والتقليد: ٤١٩ ـ ٤٢٧، مصباح الفقيه ٥: ٤٩، حاشية المكاسب للايرواني: ١٥٦ ـ ١٥٧.

(٢) تقدّم ذكر معنى الحسبة والدليل عليها في ولاية الحاكم على تزويج الصغار ج١: ٦٨٧.

(٣) إذا جعلناها من الأمور الحسبية يمكن أن يقال بأنّ الفقيه أولى بالتصرف من غيره، والظاهر عدم وجود دليل على التعيّن في هذا الفرض، فافهم. م ج ف.

ويجوز لهم التصرّف، وسنذكر مبحثاً لبيان مسائلها قريباً إن شاء الله.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّ إثبات الولاية للفقيه في الجملة في عصر الغيبة قطعيٌّ.

قال المحقّق النائيني: «ولا إشكال في ثبوت منصب القضاء والإفتاء للفقيه في عصر الغيبة، وهكذا ما يكون من توابع القضاء، كأخذ المدّعى به من المحكوم عليه، وحبس الغريم المماطل والتصرّف في بعض الأُمور الحسبيّة، كحفظ مال الغائب والصغير ونحو ذلك»[١].

وقال المحقّق العراقي: «ويجوز التصرّف المزبور بشرط المصلحة من الحاكم وأمينه عند عدم الأب والجدّ أو من هو بمنزلتهما؛ نظراً إلى كون مثل هذا الشأن من وظائف قُضاة الجور الثابتة لقضاتنا؛ لظهور المقبولة المعروفة علاوة عن تحقّق مقدّمات الحسبة في بعض المقامات؛ للجزم بعدم رضا الشارع بتلف المال، ولابدّية كون حفظه بنظر الرئيس، فيكون للفقيه قدر متيقّن في هذا المقدار، بل ومع عدمه ربما تنتهي النوبة إلى عدول المؤمنين؛ للنصّ بعدم البأس مع قيام العدل في مورده»[٢]، وتبعهما في ذلك السيّد المحقّق الخوئي[٣] والحكيم[٤].

ثمّ لو قلنا بثبوت تصدّي الحاكم من باب الحسبة، فلابدّ من الاقتصار فيها على القدر المتيقّن، ولا يستفاد منها أنّ للفقيه ولايةً مطلقةً في عصر الغيبة، كالولاية الثابتة للنبيّ ﷺ والأئمّة عليهم السلام حتّى يتمكّن من التصرّف في غير مورد الضرورة وعدم مساس الحاجة إلى وقوعها، ولو عبّرنا عنه بالولاية فهي ولاية جزئيّة تثبت في موردٍ خاصّ؛ أعني الأُمور الحسبيّة التي لابدّ من تحقّقها في الخارج، ولذا قال

---

(١) منية الطالب ٢: ٢٣٢.

(٢) شرح تبصرة المتعلّمين ٥: ٤٠.

(٣) التنقيح في شرح العروة الوثقى ١: ٤٢٣.

(٤) مستمسك العروة الوثقى ١: ١٠٦.

المحقّق العراقي: «ولكنّ المقدار الثابت في ذلك هي التصرّفات المقتضية لحفظ مال اليتيم عن التلف، وإلّا ففي دلالتها على جواز نقلها لمحض الأنفعيّة إشكال»[١].

ولاية الحاكم على أموال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّة

أ ـ الحنفيّة

إنّهم قالوا: وليّ الصغير في باب الأموال أبوه، ثمّ من بعد موته يكون الوليّ من أوصى به الأب، ثمّ من بعد موت وصيّ الأب يكون الوليّ من أوصى به وصيّ الأب، ثمّ من بعد هؤلاء الثلاثة يكون الوليّ الجدّ لأب وإن علا، ثمّ وصيّ الجدّ، ثمّ وصيّ وصيّ الجدّ، ثمّ الوالي؛ وهو الذي يليه تقليد القضاة، ثمّ القاضي أو وصيّه الذي يقيمه، فأيّهما يتصرّف تصحّ تصرّفاته[٢].

ب ـ الشافعيّة

قال القفّال: «تثبت الولاية في مال الصغير والمجنون للأب ثمّ الجدّ، فإن عدما فالسلطان»[٣]، وفي المجموع شرح المهذّب: «وللناظر في مال الصبيّ أن يتّجر في ماله؛ سواء كان الناظر أباً أو جدّاً أو وصيّاً أو سلطاناً أو أميناً من قبل الحاكم»[٤].

وجاء في المهذّب للشيرازي: «وينظر في ماله الأب ثمّ الجدّ... وإن لم يكن وصيٌّ نظر السلطان؛ لأنّ الولاية من جهة القرابة قد سقطت، فَثَبَتَتْ للسلطان»[٥].

---

(١) شرح تبصرة المتعلّمين ٥: ٤٠.

(٢) حاشية ردّ المحتار ٦: ١٧٤ مع اختلاف يسير، الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٤، تبيين الحقائق ٥: ٢٢٠.

(٣) حلية العلماء ٤: ٥٢٥.

(٤) المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٢٤.

(٥) المهذّب في فقه الشافعي ١: ٣٢٨.

ج ـ المالكيّة

قالوا: وليّ الصبيّ أبوه ثمّ الوصيّ وإن تسلسل، وعند فقدهما فالحاكم؛ أي يأتي بعد الأب وصيّه وإن تسلسل؛ بأن أوصى الوصيّ غيره، ثمّ أوصى ذلك آخر وهلمّ جرّاً، ثمّ بعد فقدهما... الحاكم أو من يقوم مقامه كالقاضي[١].

د ـ مذهب الحنابلة

فقد جاء في المغني لابن قدامة: «ولا ينظر في مال الصبيّ والمجنون ما داما في الحجر إلّا الأب أو وصيّه بعده، أو الحاكم عند عدمهما»[٢].

وكذا في شرح الكبير[٣] وكشف القناع[٤] والإقناع[٥] والإنصاف[٦] والكافي في فقه أحمد[٧].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) تبيين المسالك ٣: ٥٢٥، مواهب الجليل والتاج والإكليل ٦: ٦٤٩ ـ ٦٥٥، حاشية الخرشي ٦: ٢٣٤ ومابعدها، الشرح الكبير، المطبوع في حاشية الدسوقي للدردير ٣: ٢٩٩ ـ ٣٠٠ والشرح الصغير، المطبوع مع بلغة السالك ٣: ٢٤٦.

(٢) المغني ٤: ٥٢٦.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٤: ٥١٨.

(٤) كشّاف القناع ٣: ٥٢١.

(٥) الإقناع ٢: ٢٢٣.

(٦) الإنصاف ٥: ٣٢٣ ـ ٣٢٤.

(٧) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧.

المبحث الثاني:
اعتبار المصلحة في تصرّفات الحاكم وأمينه

هل يشترط أن يكون تصرّف الحاكم في مال اليتيم مقروناً بالمصلحة والغبطة، أو بالأصلح، أو يكفي عدم المفسدة فقط، أو لا يشترط شيءٌ من ذلك؟ فيه أقوال:

الأوّل: اعتبار المصلحة فقط.

الثاني: اعتبار الأصلحيّة.

الثالث: عدم اعتبار المصلحة.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

اعتبار المصلحة في تصرّفات الحاكم

الظاهر من كلمات الفقهاء، بل الإجماع منهم على أنّ تصرّفات الحاكم في أموال الغيّب والقصّر والمجانين منوطة بالغبطة والمصلحة، ولا يجوز أن تكون على غير وجه النظر والمصلحة، فضلاً عمّا إذا كان فيه المفسدة والضرر.

قال الشيخ في المبسوط: «من يلي أمر الصغير والمجنون خمسة: الأب والجدّ، ووصيّ الأب أو الجدّ، والإمام أو من يأمره الإمام».

ثمّ قال: «فكلّ هؤلاء الخمسة لا يصحّ تصرّفهم إلّا على وجه الاحتياط، والحظّ للصغير المولّى عليه؛ لأنّهم إنّما نصبوا لذلك، فإذا تصرّف على وجه لا حظّ له فيه كان باطلاً؛ لأنّه خالف ما نصب له»[1].

---

(١) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠٠.

وكذا في موضع آخر منه[١]، وبمثل ذلك في النهاية[٢]، وبه قال ابن حمزة[٣].

وفي السرائر: الوليّ نصب لمصالح اليتيم واستيفاء حقوقه. ثمّ قال: لا يجوز له ـ أي للوليّ مثل الأب والجدّ والوصيّ والحاكم ـ التصرّف إلّا فيما فيه مصلحة لهم[٤].

وبه قال الكيدري[٥] ويحيى بن سعيد الحلّي[٦]. وجاء في التذكرة للعلّامة: «الضابط في تصرّف المتولّي لأموال اليتامى والمجانين اعتبار الغبطة، وكون التصرّف على وجه النظر والمصلحة، فللوليّ أن يتّجر بمال اليتيم ويضارب به، ويدفعه إلى من يضارب له به ويجعل له نصيباً من الربح، ويستحبّ له ذلك؛ سواء كان الوليّ أباً، أو جدّاً له، أو وصيّاً، أو حاكماً أو أمين حاكم»[٧].

واستظهر في مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة نفي الخلاف في ذلك بين المسلمين[٨].

وفي المبسوط[٩] والشرائع[١٠] والإرشاد[١١] وغيرها[١٢]: أنّه يجوز لوليّ الطفل أخذ الرهن له إذا باع ماله نسيئة، أو أقرض ماله إذا كان له فيه الحظّ.

---

(١) نفس المصدر: ١٦٢.

(٢) النهاية للطوسي: ٣٦١.

(٣) الوسيلة: ٢٧٩ ـ ٢٨٠.

(٤) السرائر ٢: ٢١٣.

(٥) إصباح الشيعة: ٢٩٦.

(٦) الجامع للشرائع: ٢٨١.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجرية.

(٨) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٠.

(٩) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠٠ ـ ٢٠١.

(١٠) شرائع الإسلام ٢: ٧٨ ـ ٧٩.

(١١) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢.

(١٢) مختلف الشيعة ٥: ٦٦ و ٣: ١٣٤.

وكذلك يجوز لوليّ الطفل رهن ماله إذا ألجأته الحاجة إلى الاستدانة له مع مراعاة المصلحة في ذلك.

ومثله ما في الدروس[١] واللمعة[٢] والروضة[٣] والكفاية[٤] من أنّه يجوز للولي أخذ الرهن لليتيم إذا باع ماله نسيئةً، أو خاف على المال من غرق أو حرق أو نهب، وكذلك رهن ماله إذا استقرض لليتيم بحسب المصلحة.

والمتحصّل من مجموع كلماتهم وما يقتضيه أُصول المذهب: أنّه يجوز لوليّ الطفل مطلق التصرّفات في مال اليتيم مع كمال الاحتياط بمراعاة المصلحة.

وبه قال جمع من متأخّري المتأخّرين[٥] وبعض أعلام المعاصرين[٦].

أدلّة هذا الحكم

ويمكن الاستدلال لاعتبار المصلحة في تصرّف الحاكم بأُمور:

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الأوّل: الآيات ـ:

منها: عموم قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾[٧] بالتقريب المتقدّم في أدلّة اعتبار المصلحة في تصرّفات الأب والجدّ

---

(١) الدروس الشرعيّة ٣: ٣١٨.

(٢) اللمعة الدمشقيّة: ٨٠.

(٣) الروضة البهيّة ٤: ٧٣ ـ ٧٤.

(٤) كفاية الأحكام: ١٠٨.

(٥) شرح تبصرة المتعلّمين ٥: ٤٠، عوائد الأيام: ٥٦٠، كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٣ ـ ٥٨٠، منية الطالب ٢: ٢٤٣.

(٦) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٥٢٦ وما بعدها، مصباح الفقاهة ٥: ٧٩ ومابعدها.

(٧) سورة الأنعام ٦: ١٥٢؛ سورة الإسراء ١٧: ٣٤.

فلا نعيده.

ومنها: قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامىٰ قُلْ إِصْلاَحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَ اللهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾[1].

قال الشيخ في التبيان: «المخالطة مجامعة يتعذّر معها التمييز، كمخالطة الخلّ للماء، والماء للماء وما أشبه ذلك ـ إلى أن قال: ـ ومعنى الآية الإذن لهم فيما كانوا متحرّجين منه من مخالطة الأيتام في الأموال من المأكل والمشرب والمسكن ونحو ذلك، فأذن الله لهم في ذلك إذا تحرّوا الإصلاح بالتوفير على الأيتام»[2].

وفي المجمع: «قال ابن عبّاس لمّا أنزل الله: ﴿وَ لاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ﴾ الآية، و ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامىٰ ظُلْماً﴾ انطلق كلّ من كان عنده يتيم فعزل طعامه من طعامه، وشرابه من شرابه، واشتدّ ذلك عليهم فسألوا عنه، فنزلت هذه الآية، ولابدّ من إضمار في الكلام؛ لأنّ السؤال لم يقع عن أشخاص اليتامى ولا ورد الجواب عنها، فالمعنى يسألونك عن القيام على اليتامى والتصرّف في أموال اليتامى قل يا محمّد ﴿إِصْلاَحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾ يعني إصلاح لأموالهم من غير أُجرة، ولا أخذ عوض منهم خير وأعظم أجراً ﴿وَ إِنْ تُخَالِطُوهُمْ﴾ أي تشاركوهم في أموالهم وتخلطوها بأموالكم فتصيبوا من أموالهم عوضاً عن قيامكم بأمورهم...

﴿وَ اللهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ معناه والله يعلم من كان غرضه من مخالطة اليتامى إفساد مالهم أو إصلاح مالهم»[3].

وقال الجصّاص في أحكام القرآن بعد قوله ـ تعالى ـ: ﴿قُلْ إِصْلاَحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾: «فيه الدلالة على جواز خلط ماله بماله، وجواز التصرّف فيه بالبيع والشراء

---

(١) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٢) تفسير التبيان ٢: ٢١٥.

(٣) مجمع البيان ٢: ٨٣ـ٨٥.

إذا كان ذلك صلاحاً ـ إلى أن قال: ـ إنّما عنى بالمضمرين من قوله ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ﴾ القُوّام على الأيتام الكافلين لهم»[١].

وقال بعض آخر: «دلّت هذه الآية على جواز التصرّف في أموال اليتامى على وجه الإصلاح»[٢].

والحاصل: أنّ الآية تدلّ على جواز التصرّف في أموال الصغار وغيرها ممّا يتعلّق بهم إذا كان على وجه المصلحة.

الثاني: النصوص ـ:

منها: صحيحة ابن رئاب المتقدّمة عن أبي الحسن موسىؑ قال فيها: «**إن كان لهم وليٌّ يقوم بأمرهم وباع عليهم ونظر لهم**». الحديث[٣].

لأنّ معنى النظر لهم ملاحظة نفعهم ومصلحتهم، وكذلك مفهوم الشرط في قولهؑ: «**لا بأس إذا باع عليهم القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم**» يدلّ على ثبوت البأس الذي هو العذاب إذا لم يكن البيع فيما يصلحهم، ولا فرق بين أن يكون «**فيما يصلحهم**» متعلّقاً «بباع» و «صنع» أو أن يكون متعلّقاً «**بالناظر**»؛ لأنّ المفهوم يتبع المنطوق في جميع القيود المعتبرة فيه، وإنّما التفاوت بينهما بالسلب والإيجاب، ويكفي في انتفاء الحكم انتفاء أحد القيود المأخوذة في المنطوق. والسرّ في ذلك: أنّ المفهوم تابع للمنطوق موضوعاً ومحمولاً ونسبةً، إلّا أنّ المنطوق قضيّة موجبة أو سالبة والمفهوم عكس ذلك[٤].

---

(١) أحكام القرآن للجصّاص ١: ٤٥٢.

(٢) شرح تفسير آيات الأحكام لمحمّد علي السايس ١: ١٢٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح١.

(٤) فوائد الأصول ٢: ٤٨٥.

فلا وجه لما ذكره الفاضل النراقي ﷺ من الإشكال على الاستدلال بالرواية والجواب عنه[١].

ولقد أجاد الإمام الخميني ﷺ في مقام الاستدلال بالرواية، حيث قال: «ضرورة ظهور عناية واضحة في ذلك بتكراره في قوله ﷺ: باع عليهم ونظر لهم. الظاهر في مراعاة صلاحهم، وفي قوله ﷺ: **القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم**. الظاهر في أنّ القيمومة لا تكفي للصحّة والنفوذ، بل لابدّ منها ومن مراعاة المصلحة، ويظهر منه أنّ القيّم موظّف بالنظر فيما يصلحهم»[٢].

ثمّ إنّ هذه الصحيحة تشمل من عدا الأب ووصيّه من سائر الأولياء، كالفقيه والقيّم من قبله أو عدول المؤمنين.

ومنها: حسنة عبدالله بن يحيى الكاهلي قال: قيل لأبي عبدالله ﷺ: إنّا ندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعه خادم لهم؛ فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم، وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم، فما ترى في ذلك؟ فقال «**إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا**» وقال ﷺ: **﴿بَلِ الْإِنسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾**[٣]. **فأنتم لا يخفى عليكم، وقد قال الله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾**[٤]»[٥].

والظاهر أنّ السؤال عن جواز الدخول في بيت اليتيم والتصرّف في ماله، فأجاب ﷺ بأنّ المجوّز للدخول والتصرّف في أموالهم هو كونه منفعة لهم، كما لو كان

---

(١) عوائد الأيّام: ٥٦١.

(٢) كتاب البيع ٢: ٥٣٤.

(٣) سورة القيامة ٧٥: ١٤.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٣ الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، ح١.

في دخوله جلب أنظار المحسنين إلى الأيتام، أو كان معه شخص من أهل الإحسان يريد جلب نظره إليهم، أو يدخل عليهم الشخص المتشخّص بحيث يوجب ذلك عدم جرأة الناس عليهم، أو دخل داره وأراد إهداء هديّة نافعة لهم عرفاً أو غير ذلك.

والحاصل: أنّ من أراد الدخول في بيت اليتيم والتصرّف في ماله إن كان في دخوله منفعة لليتيم جاز، وإلّا فلا.

وليست الرواية سؤالاً وجواباً ناظرة إلى عوض التصرّفات فضلاً عن عوض المثل، ولا ناظرة إلى الضمان فيما أتلف أو تصرّف فيه، بل هي ناظرة إلى المنافع الغالبة المترتّبة على الدخول في بيت اليتيم، ولعلّ ذلك لمراعاة حال الأيتام والكفيل لهم والواردين على الكفيل؛ فإنّ في المنع مطلقاً ضيقاً على الكفيل والواردين عليه، وفي التجويز مطلقاً تصرّفاً في مال الأيتام بلا وجه وضرراً عليهم، فأجاز الشارع الأقدس الدخول في بيتهم بشرط كونه منفعة لهم، بحيث يقال عرفاً: إنّ دخول فلان كان بنفع اليتيم[1].

وممّا ذكرنا يظهر أنّه لا وجه لما ذكره الشيخ الأعظم من «أنّ المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرّفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك»[2].

وتبعه في ذلك المحقّق الاصفهاني، حيث قال «الغرض من الرواية أنّه إن كان لدخولكم وقعودكم وأكلكم ما يصل إلى اليتيم ـ لا أنّه لا يتعقّبه شيء ـ فلا بأس، وإن لم يتعقّبه شيء كان ضرراً محضاً فلا يجوز، كما أنّه إذا لم يتعقّبه ما يوازيه بل أقلّ

(١) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٥٣٤ ـ ٥٣٥ مع تصرّف.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٧.

منه كان بالإضافة إلى ما بقي ضرراً»[١].

وبالجملة: لا وجه لما ذكرهما؛ لأنّه كما تقدّم آنفاً ليست الرواية في مقام بيان الضمان فيما أتلف أو تصرّف فيه، وأنّه لا تكون المنفعة عوض هذه التصرّفات فضلاً على عوض المثل، بل الرواية ناظرة إلى المنفعة المترتّبة على الدخول في بيت الأيتام، وأنّ قوله عليه السلام: «إن كان في دخولكم منفعة عليهم» إنّما هو لمراعاة حال اليتيم وحصول النفع له.

ولا شبهة في أنّ من أتلف من مال اليتيم عشرة دنانير، ثمّ عقب ذلك بإهداء دينار له لا يقال عند العرف: إنّ في دخوله على اليتيم منفعة له، وكذا لو عقّبه بمثل ذلك ففي أمثال المقام لابدّ من الرجوع إلى العرف، لا التحليلات العقليّة الموجبة للخروج عن فهم الأخبار.

والحاصل: أنّ عموم الرواية تشمل الفقيه والقيّم من قبله كما هو ظاهر.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

توهّم التعارض والجواب عنه

ثمّ إنّه ربما يتوهّم أنّ بين مفهومي صدر الرواية وذيلها تعارضاً ـ كما نقله الشيخ الأعظم عن بعض معاصريه ـ وأنّ الصدر دالّ على إناطة الجواز بالنفع، والذيل دالّ على إناطة الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرّف غير نافع ولا مضرّ[٢].

فمقتضى مفهوم الجملة الشرطيّة الأولى: «إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس» أنّه لا يجوز مع عدم المنفعة ولو لم يكن ضرر، ومقتضى مفهوم الجملة

---

(١) الحاشية على المكاسب للاصفهاني ٢: ٤٣٠.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٧ ـ ٥٧٨.

الشرطيّة الثانية: «وإن كان فيه ضرر فلا» أنّه يجوز مع عدم الضرر وإن لم تكن منفعة.

وأجاب عنه بـ«أنّ المراد من المنفعة ما يوازي عوض ما يتصرّفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل: أن لا يصل إلى الأيتام مايوازي ذلك، فلا تنافي بين الصدر والذيل»[1] حيث أراد أن يُدخِل ما لا نفع فيه ولا ضرر في قسم ما يوازي ومشمولاً للمنفعة.

وبهذا فسّر كلام الشيخ المحقّق الاصفهاني، لكنّه قال بعد هذا التفسير: «لاتنافي بين صدر الرواية وذيلها؛ لكون الشرطيّة في كلّ منهما مسوقةً على ما هو الغالب من حصول الضرر أو النفع من دخول بيت اليتيم، لندرة الموازاة والمساواة بين ما يتلف عن مال اليتيم بالأكل وما يؤدّي بإزائه، فحينئذٍ لا معارضة بينهما»[2].

واستشكل عليه المحقّق الحائري:

أوّلاً: بأنّه مخالفٌ لما أراده الشيخ الأعظم، وهو بصدد تفسير كلامه وتوضيح مراده؛ لأنّه ـ على ما فسّره هو ـ يلزم أن تكون الرواية ساكتة عن الفرض المزبور، ومراد الشيخ على ما صرّح به أنّه يشمل صدر الرواية لهذا الفرض.

وثانياً: أنّ ما ذكره المحقّق الاصفهاني من كون ندرة فرض الموازاة موجباً لخروجه عن كلتا الشرطيتين، ففيه: أنّ ندرة الوجود إن صار بمثابة يوجب انصراف لفظ المنفعة إلى غيره، كان ما ذكره تامّاً، ولكن من المعلوم عدم كونه كذلك..».

---

(١) نفس المصدر، مع تصرّف.

(٢) الحاشية على المكاسب للاصفهاني ٢: ٤٣٠ مع تصرّف.

ثمّ قال: «الحقّ في رفع هذا التعارض أن يُقال: المتفاهم عرفاً من أمثال هذه القضايا أنّ الأصل هو ما ابتدأ به المتكلّم في صدر الكلام، وما عقّبه في الذكر(الذيل ظ)[1] بمثابة التفريع على الجملة الأُولى مقتصراً على بعض الأفراد لنكتة، إمّا لكونه أخفى، أو الاهتمام بذكره، أو غير ذلك»[2] انتهى كلامه.

ولقد أجاد فيما أفاد: فالمستفاد من الرواية أنّ وجود النفع ملاك الجواز، وذكر الضرر في طرف الحرمة لكونه أعلى الأفراد.

وأجاب عنه الإمام الخميني بما يقرب ذلك، حيث قال: «وممّا ذكرناه من أنّ كلامه سيق لمراعاة حال الأيتام، يظهر عدم التنافي بين مفهومي الشرطيتين؛ فإنّ القرينة في المقام قائمة على أنّ المراد من النفع أمر زائد على ما أتلف على اليتيم زيادة يقال معها عرفاً: إنّ في دخوله منفعة، فعلى هذا يكون الميزان الشرطيّة الأُولى ومفهومها، فذكر الثانية بيان مصداق من المفهوم، ولعلّ ما ذكر جارٍ في غير المقام أيضاً، فتحمل الشرطيّة الثانية على بيان مصداق من مفهوم الأُولى في جميع الموارد إلّا في ما دلّ الدليل على خلافه، ولو لم يسلم في سائر المقامات ففي المقام لابدّ من تسليمه، لقيام القرينة عليه»[3].

فرعان

الأوّل: أنّ هذه الإجازة للدخول في بيت الأيتام مختصّة بمثل مورد الرواية من الدخول على من تكفّل الأيتام واختلط بهم، كما ورد في الروايات[4] الواردة

---

(١) جاء في المصدر: «في الذكر» ولكن الظاهر «في الذيل» صحيح.

(٢) كتاب البيع للأراكي ٢: ٤٣ ـ ٤٤.

(٣) كتاب البيع ٢: ٥٣٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

في تفسير قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾[١].

فأجاز الشارع الأقدس للكفيل الاختلاط بالأيتام في الأكل والشرب ونحوهما، وأجاز للداخل على الكفيل الاختلاط بهم مع حصول النفع لهم. وأمّا إجازة الدخول لغير هذا المورد فمشكل[٢].

الثاني: لا يصحّ إلحاق التصرّفات الاعتباريّة والمعامليّة بالتصرّفات الخارجيّة الواردة في صحيحة الكاهلي، بدعوى الأولويّة.

بتقريب: أنّه لو جاز التصرّف الذي هو لانتفاع المتصرّف دون اليتيم بمجرّد عدم الضرر والمفسدة، لجاز معه التصرّف الراجع إلى اليتيم بالأولويّة، حيث إنّه ليس فيه إلّا تحمّل كلفة اليتيم كما ذهب إليه المحقّق الاصفهاني[٣]؛ فإنّه مضافاً إلى أنّ تلك الأولويّات الظنّية على فرضها لا يعتمد عليها في الفقه، دعوى الأولويّة غير تامّة، وإلحاق المشابه بالمشابه قياس باطل، أشار إلى الفرعين الإمام الخميني ﷺ[٤].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

ومنها: رواية عليّ بن المغيرة قال: قلت لأبي عبدالله ﷺ: إنّ لي ابنة أخ يتيمة فربما أُهدي لها الشيء فآكل منه ثمّ أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي فأقول: يا ربّ هذا بذا، فقال ﷺ: «لا بأس»[٥].

لأنّ الغالب كون التصرّف في الطعام المُهدى إليها وإعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من الطعام المهدى إليها هو المطبوخ وشبهه ممّا لا يمكن حفظه

---

(١) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٢) وهذا خلاف ما يستفاد من إطلاق بعض الروايات السابقة، كحسنة عبدالله بن يحيى الكاهلي، فراجع. م ج ف.

(٣) حاشية المحقّق الاصفهاني على المكاسب ٢: ٤٣١.

(٤) كتاب البيع ٢: ٥٣٦ ـ ٥٣٧.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٤ الباب ٧١ من أبواب ما يكتسب به، ح٢.

في مدّة طويلة سيّما في مثل ذلك الزمان.

وبالجملة: مورد هذه الرواية أيضاً غير المعاملات والتصرّفات الاعتباريّة.

ومنها: ما روي في الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام أنّه قال: «**لأيسر القبيلة ـ وهو فقيهها وعالمها ـ أن يتصرّف لليتيم في ماله فيما يراه حظّاً وصلاحاً، وليس عليه خسران ولا ربح، والربح والخسران لليتيم وعليه، وبالله التوفيق**»[1].

ويشعر بذلك أيضاً ما نقل علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لمّا نزلت ﴿**إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَ سَيَصْلَوْنَ سَعِيراً**﴾[2] أخرج كلّ من كان عنده يتيم، وسألوا رسول الله صلى الله عليه وآله في إخراجهم، فأنزل الله: ﴿**وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَ اللهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ**﴾»[3][4].

وهكذا ما ذكره العياشي في تفسيره عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن قول الله في اليتامى: ﴿**وَ إِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ**﴾ قال: «**يكون لهم التمر واللبن، ويكون لك مثله على قدر ما يكفيك ويكفيهم، ولا يخفى على الله المفسد من المصلح**»[5].

الأمر الثالث: أنّ الحكمة في جعل الولاية على اليتيم ليس إلّا جلب المنفعة للطفل ورعاية مصالحه واستيفاء حقوقه[6] ودفع الضرر عنه، وإلّا

---

(١) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٣٣٣.

(٢) سورة النساء ٤: ١٠.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٤ ـ ٥) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٩ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به ح٥، و٣.

(٦) السرائر ٢: ٢١٣.

تكون لغواً.

قال الشهيد ﷺ: «هل يجب على الوليّ مراعاة المصلحة في مال المولّى عليه، أو يكتفى بنفي المفسدة؟ يحتمل الأوّل؛ لأنّه منصوب لها»[١].

وفيه: أنّه أوّل المسألة، ولو سلّم ذلك فلا مجال للنزاع[٢].

الأمر الرابع: دعوى الإجماع من غير واحد، قال في التذكرة: «الضابط في تصرّف المتولّي لأموال اليتامى والمجانين اعتبار الغبطة، وكون التصرّف على وجه النظر والمصلحة.

فللوليّ أن يتّجر بمال اليتيم ويضارب به، ويدفعه إلى من يضارب له به ويجعل له نصيباً من الربح... ولا نعلم فيه خلافاً إلّا ما روي عن الحسن البصري كراهة ذلك»[٣].

واستظهر في مفتاح الكرامة منه الإجماع تبعاً لشيخه في الحاشية على القواعد[٤]، حيث قال: «وظاهره أنّه ممّا لا خلاف فيه بين المسلمين، وأنّه لا فرق في ذلك بين الأب والجدّ، والوصيّ، والحاكم وأمينه»[٥].

وفي موضع آخر: «وهذا الحكم إجماعيّ على الظاهر»[٦].

وقال الشيخ الأعظم في مقام قبول هذا الإجماع: «وليس ببعيدٍ»[٧].

---

(١) القواعد والفوائد ١: ٣٥٢ القاعدة ١٣٣.

(٢) جامع الشتات ٢: ٤٥٦، حاشية المكاسب للايرواني: ١٦١.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجريّة.

(٤) حاشية القواعد لكاشف الغطاء (مخطوط) الورقة ٧١ ذيل قول العلّامة: «مع المصلحة للمولّى عليه، وفيه: وظاهرهم الإجماع على ذلك» نقلاً عن هامش كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٩.

(٥) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٠.

(٦) نفس المصدر ٤: ٢١٧.

(٧) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٩.

وحكاه أيضاً المحقّق الاصفهاني[١] والسيّد الخوئي[٢].

الأمر الخامس: الأصل، قال الشهيد ﷺ: «لأصالة بقاء الملك على حاله»[٣].

وبه قال في نضد القواعد[٤].

وقال الشيخ الأعظم: «ويدلّ عليه... أصالة عدم الولاية لأحدٍ على أحدٍ»[٥].

وفي نهج الفقاهة: «المشهور المدّعى عليه الإجماع ظاهراً أو صريحاً في كلام غير واحد، اعتبار المصلحة في التصرّف في مال اليتيم وإن كان المتصرّف أباً أو جدّاً، فهل يعتبر ذلك في تصرّف الحاكم أو العدل أو الثقة، أو يكفي عدم المفسدة؟ مقتضى الأصل الأوّل»[٦].

وقال المحقّق الحائري ﷺ: وإن قلنا بأنّ الثابت ـ في المقام ـ هو الولاية، فالمرجع ـ عند الشكّ في تحقّق الشرط ـ أصالة عدم الولاية. لا يقال: إنّ هذا الأصل محكوم بإطلاق ﴿وَ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ ونحوه ـ لأنّا نعلم بأنّ إطلاق ﴿وَ أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ وشبهه قد قيّد بطيب نفس المالك أو من يقوم مقامه، والشكّ في ولاية هذا المتصدّي عند عدم مراعاة المصلحة، فاستصحاب عدم ولايته منقّح للموضوع، وهو مقدّم على أصالة العموم أو الإطلاق[٧]. وبه قال الإمام الخميني ﷺ[٨].

---

(١) حاشية كتاب المكاسب للاصفهاني ٢: ٤٢٩.

(٢) مصباح الفقاهة ٥: ٧٥.

(٣) القواعد والفوائد ١: ٣٥٢ القاعدة ٣٣.

(٤) نضد القواعد: ٣٧٨.

(٥) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٤.

(٦) نهج الفقاهة: ٣٠٩.

(٧) كتاب البيع للأراكي ٢: ٣٧.

(٨) كتاب البيع ٢: ٥٢٦.

نقول: لا شكّ في جريان هذا الأصل، ولكنّه ليس دليلاً لاعتبار المصلحة؛ لكونه مثبتاً إلّا أن يقال بخفاء الواسطة.

اعتبار الأصلحيّة في تصرّفات الحاكم

القول الثاني: وجوب مراعاة الأصلحيّة وعدم الاكتفاء بالمصلحة.

قال الشهيد: «هل يتحرّى الأصلح، أو يكتفى بمطلق المصلحة؟ فيه وجهان: نعم، لمثل ما قلناه»[1]؛ أي يجب تحرّي الأصلح لمثل ما تقدّم في وجوب مراعاة المصلحة من الوجوه الثلاثة».

قال المحقّق الاصفهاني في تقريبه: «إنّ ترك الأصلح واختيار ما فيه المصلحة، ترك رعاية المصلحة الزائدة العائدة إلى اليتيم بلا وجه، مع أنّه منصوب لرعاية حاله وإصلاح ماله. وأنّه مع الشكّ في نفوذ ما فيه المصلحة مع إمكان لزوم البيع بما هو أصلح، فالأصل عدم نفوذه.

وأنّ اختيار ما فيه المصلحة مع تساويه مع الأصلح في أصل طبيعة المصلحة ليس إلّا لأجل فقده للزيادة، والعدم لا يعقل أن يكون غاية للوجودي، بخلاف اختيار الأصلح؛ فإنّه معمول للمصلحة الزائدة التي هي أمر وجوديّ»[2].

وفي جميع هذه الوجوه إشكال؛ لأنّ جعل الولاية للحاكم لرعاية المصلحة في معاملاته الواردة على مال اليتيم أوّل الكلام، فلعلّه منصوبٌ لحفظ ماله[3] لا لتحصيل المنفعة، كما أشار إليه المحقّق القمّي[4]. وتبعه في ذلك

---

(١) القواعد والفوائد ١: ٣٥٢ قاعدة ١٣٣، نضد القواعد: ٣٧٨ـ٣٧٩.

(٢) الحاشية على المكاسب للاصفهاني ٢: ٤٣٣ـ٤٣٤.

(٣) هذا الفرض لعلّه خارج عن محلّ الكلام؛ فإنّه في فرض التصرّف قد وقع النزاع في الاشتراط، فتدبّر. م ج ف.

(٤) جامع الشتات ٢: ٤٥٦.

المحقّق الاصفهاني[١].

وأمّا أصالة عدم نفوذه؛ فإنّها مسلّمة، إلّا أنّها ليست دليلاً على اعتبار الأصلحيّة كما هو ظاهرٌ؛ لأنّها بالنسبة إليه مثبتةٌ.

وأمّا عدم وقوع العدميّات غاية للوجودي؛ فإنّه وإن كان كذلك، إلّا أنّه لا يجب أن تكون غاية الأمر الوجودي راجعةً إلى المولّى عليه دائماً، فلعلّها تكون راجعةً إلى الوليّ، كسهولة حفظ المال وغيره.

فهذه الوجوه التي ذكرها الشهيد ﷺ لمراعاة الأصلح لا تخلو عن إشكال[٢] بل منع، والقول بوجوب مراعاة الأصلحيّة في تصرّف الوليّ لا دليل عليه **أوّلاً**.

وثانياً: أنّه ممّا لا يتناهى في بعض الأوقات كما أشار إليه الشهيد ﷺ[٣] والمحقّق القمّي[٤]؛ لأنّ الأصلح لا آخر له، وكلّ تصرّف يفرض كونه صلاحاً يمكن أن يكون تصرّف آخر أصلح وأحسن منه، أشار إليه في الجواهر، حيث قال: «لو قلنا بوجوب مراعاة الأصلحيّة التي لا أصلح منها يقتضي ذلك تعطيل مال الطفل؛ إذ ما من حسن إلّا و هناك أحسن منه، وغاية ما يعتبر في تصرّف الوليّ أن يكون مقروناً بالصلاح والحسن بما يعدّه أهل العرف مصلحة لليتيم»[٥].

وقال الشيخ الأعظم ﷺ: «الظاهر أنّ فعل الأصلح في مقابل ترك التصرّف رأساً غير لازم؛ لعدم الدليل عليه»[٦].

---

(١) حاشية المكاسب، للمحقّق الاصفهاني ٢: ٤٣٣.

(٢) حاشية المكاسب للمحقّق الاصفهاني ٢: ٤٣٤ مع زيادةٍ وتصرّف.

(٣) القواعد والفوائد ١: ٣٥٢.

(٤) جامع الشتات ٢: ٤٥٧.

(٥) جواهر الكلام ٢٥: ١٦١ مع تصرّفٍ يسيرٍ.

(٦) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٩.

مضافاً إلى أنّ حسنة الكاهلي وخبر ابن المغيرة المتقدّمين[١] تدلّان على عدم لزوم مراعاة الأصلح؛ لأنّ قوله عليه السلام في حسنة الكاهلي: «إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس» يدلّ بإطلاقه على اعتبار المصلحة والمنفعة، لا على اعتبار الأنفعيّة والأصلحيّة.

وكذلك قوله عليه السلام: «لا بأس» في خبر ابن المغيرة، فترك الاستفصال عن زيادة العوض يدلّ على عدم اعتبارها، فمقتضى إطلاق الخبرين عدم لزوم مراعاة الأصلح، وكذا صحيحة منصور بن حازم[٢]؛ فإنّ مقتضاها جواز استقراض الوليّ من مال اليتيم بلا اعتبار الأصلحيّة، ومثلها معتبرة البزنطي[٣]... وكذا روايات جواز مخالطة اليتيم التي لم تشترط فيها الأصلحيّة[٤].

ومع ذلك كلّه قال الشهيد رحمه الله: «لو ظهر في الحال الأصلح والمصلحة لم يجز العدول عن الأصلح»[٥]. وبه قال أيضاً المحقّق الحائري[٦] والسيّد الحكيم[٧].

وقال الشيخ الأعظم: «إذا دار الأمر بين أفعالٍ بعضها أصلح من بعض فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه»[٨].

واستشكله أيضاً في الجواهر، حيث قال: «إنّ في الاكتفاء بالفرد الأدنى مع تيسّر الفرد الأعلى مطلقاً إشكالاً، إن لم يكن منعاً»[٩].

---

(١) في ص٣٦٤ و ٣٦٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٢ الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، ح١.

(٣) نفس المصدر، ح٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

(٥) القواعد والفوائد ١: ٣٥٢ القاعدة ١٣٣.

(٦) كتاب البيع للأراكي ٢: ٤٠.

(٧) نهج الفقاهة: ٣١٢ـ٣١٣.

(٨) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٨٠.

(٩) جواهر الكلام ٢٥: ١٦١.

نقول: وما قالوا وجيه؛ لأنّ الاحتياط حسن في كلّ حال، إلّا أنّه لا دليل عليه وجوباً كما أثبتناه.

عدم اعتبار المصلحة في تصرّفات الحاكم

القول الثالث: أنّه لا يجب على الحاكم رعاية المصلحة في تصرّفاته في أموال الصغار، وهكذا رعاية الأصلحيّة، بل يكتفى بمجرّد عدم المفسدة.

جاء في مصباح الفقاهة: «ربما قيل: إنّ المناط عدم الضرر فقط وإن لم يكن فيه نفعٌ»[١].

وقال الشيخ الأعظم: «نعم، ربما يظهر من بعض الروايات أنّ مناط حرمة التصرّف هو الضرر، لا أنّ مناط الجواز هو النفع»[٢].

وتردّد فيه في الجواهر في باب التجارة، حيث قال: «بل لا يمكن استقصاء أفراد ولاية الحاكم وأمينه؛ لأنّ التحقيق عمومها في كلّ ما احتيج فيه إلى ولاية في مال أو غيره؛ إذ هو وليّ من لا وليّ له، ولها تولية طرفي العقد في الاقتراض وغيره من التصرّفات التي فيها المصلحة أو لا مفسدة فيها»[٣].

ولكنّه ﷺ اختار في غيره اعتبار المصلحة.

أدلّة هذا القول

ويمكن أن يستدلّ لهذا القول بروايات:

منها: حسنة الكاهلي المتقدّمة[٤]؛ واستظهر منها الشيخ الأعظم ﷺ «أنّ المراد

---

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٧٩.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٧.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣٣٤.

(٤) في ص٢٦٤.

من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرّفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك»[١]. وتقدّم ما فيه من الإشكال ولا نعيده.

ومنها: رواية علي بن المغيرة المتقدّمة[٢]؛ فإنّ فيها: فأقول: ياربّ هذا بذا فقال عليه السلام: «لا بأس». وقد ظهر جوابها أيضاً ممّا تقدّم.

وأيضاً أنّ الغالب كون التصرّف في الطعام المُهدى إلىٰ اليتيمة وإعطاء العوض بعد ذلك أصلح؛ إذ الظاهر من الطعام المُهدى إليها هو المطبوخ وشبهه.

وربما يتوهّم أنّ روايات باب جواز الاختلاط[٣] بأموال الأيتام تدلّ على عدم اعتبار المصلحة، بل يكتفى بمجرّد عدم المفسدة؛ لأنّ المراد بالمصلح عدم المفسد، لكنّه توهّم غير وجيه؛ لأنّ نفس كون الأيتام في بيوت من يكفلهم ـ مختلطين بهم غير ممتازين في المأكل والمشرب عنهم وعن أطفالهم بحيث لا يمسّوا ألم اليتم ـ مصلحة، بل مصالح كثيرة ربما تترجّح على المصالح المادّية، فإجازة الاختلاط والأكل في مأدبة واحدة كالإخوان والآباء والأولاد إجازة لأمرٍ ذي مصلحة ومنفعة، فلا وجه لتوهّم أنّ هذه الأخبار تدلّ على عدم اعتبار المصلحة والمنفعة، كما أشار إليه الإمام الخميني قدس سره[٤].

اعتبار المصلحة في ولاية الحاكم عند فقهاء أهل السنّة

اتّفق الفقهاء من المذاهب الأربعة على أنّه يشترط أن يكون تصرّف الحاكم

---

(١) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٧٧.

(٢) في ص ٢٦٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨، الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به.

(٤) كتاب البيع ٢: ٥٣٧ ـ ٥٣٨.

في مال اليتيم مقروناً بالمصلحة والاحتياط، فنذكر شطراً من كلماتهم:

أ ـ الشافعيّة

قال في المهذّب: «ولا يتصرّف الناظر في ماله إلّا على النظر والاحتياط، ولا يتصرّف إلّا فيما فيه حظّ واغتباط، فأمّا ما لا حظّ فيه كالعتق والهبة والمحاباة فلا يملكه؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[1]، ولقوله ﷺ: لا ضرر ولا ضرار[2]. وفي هذه التصرّفات إضرار بالصبيّ، فوجب أن لا يملكه، ويجوز أن يتّجر في ماله؛ لما روي... أنّ النبيّ ﷺ قال: **من ولي يتيماً له مال فليتّجر له بماله ولا يتركه حتّى تأكله الصدقة**»[3][4].

وجاء في شرحه: «فالناظر هو الحافظ، والنظر هو الحفظ، وهو مأخوذ من النظر الذي هو التأمّل والتفكّر في أمر التدبير، أو من الشفقة...»[5].

ب ـ المالكيّة

قال في عقد الجواهر الثمينة: «ولا يتصرّف الوليّ إلّا على ما يقتضيه حسن النظر»[6].

وكذا في المدوّنة الكبرى[7].

ج ـ الحنابلة

فقد جاء في الكافي في فقه أحمد: «وليس لوليّه التصرّف في ماله بما لا حظّ له

---

(١) سورة الأنعام ٦: ١٥٢؛ سورة الإسراء ١٧: ٣٤.

(٢) تقدّم في ص٢١٨.

(٣) سنن الدارقطني ٢: ٩٥ ح ١٩٥١، سنن الترمذي ٣: ٣٢ ح ٦٤٠.

(٤) المهذّب في فقه الشافعي ١: ٣٢٨.

(٥) المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٢٣.

(٦) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠.

(٧) المدوّنة الكبرى ٥: ٢٨٣.

فيه، كالعتق والهبة والتبرّعات»[١].

ثمّ استدلّ بالآية والرواية المتقدّمتان اللّتان استدلّ بهما في المهذّب.

وفي الإنصاف: «ولا يجوز لوليّهما ـ أي وليّ الصبيّ والمجنون ـ أن يتصرّف في مالهما إلّا على وجه الحظّ لهما»[٢].

د ـ الحنفيّة

إنّهم قالوا أيضاً باشتراط رعاية المصلحة في تصرّفات الولي، سواء كان الوليّ أباً أو جدّاً أو وصيّاً أو حاكماً، كما جاء في بعض كتبهم[٣].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٧.

(٢) الإنصاف ٥: ٣٢٥.

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١، ردّ المحتار ٦: ١٧٧، الشرح الكبير لابن قدامة ٤: ٥١٩، الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٧ وما بعده.

المبحث الثالث: ولاية القضاة

تمهيد

بحثنا في ما سبق عن ولاية الحاكم من حيث إنّه فقيهٌ جامع للشرائط الذي له شؤون مختلفة، ومن جملتها الولاية على أموال الغيّب والقصّر والمجانين، والآن نبحث عن ولاية القضاة من جهة أنّهم منصوبون من قبل الحاكم، ويمكن فرضهم فقهاء أيضاً مع كونهم واجدين لبعض الشرائط لا الكلّ، مثل أن يكونوا مجتهدين في باب القضاء فقط، أو لا يكونوا أعلم على نحو الإطلاق الذي هو شرط للمرجعيّة في الفتوى.

على هذا تتفاوت الولاية فيها وإن كان دليل إثباتها واحداً، وكذا شرائطها، ولأجل هذا عنون الفقهاء مبحث الولاية هذا في بابين: في باب ولاية الفقيه، وباب القضاء معاً، ونحن نتّبع آثارهم، فنقول:

الظاهر أنّه لا خلاف بين الفقهاء في أنّ للقاضي أيضاً ولاية على أموال الغيّب والقصّر والسفهاء والمجانين، وقد صرّح بعضهم بذلك.

قال الشهيد في المسالك: «ومبدؤه ـ أي القضاء ـ الرئاسة العامّة في أُمور الدين والدنيا... وله ولايةٌ على كلّ مولّى عليه مع فقد وليّه، ومع وجوده في مواضع يأتي بعضها إن شاء الله..»[1].

وبمثل ذلك قال في الرياض[2] والجواهر[3].

---

(١) مسالك الأفهام ١٣: ٣٢٥ـ٣٢٦.

(٢) رياض المسائل ٩: ٢٣٣.

(٣) جواهر الكلام ٤٠: ١٠.

ويستفاد ذلك أيضاً من كلماتهم في تعريف القضاء، فقد عرّفه الشهيد ﷺ في الدروس: «بأنّه ولايةٌ شرعيّةٌ على الحكم في المصالح العامّة من قبل الإمام»[١] وقال به أيضاً المحقّق الآشتياني ﷺ[٢].

ويستفاد هذا أيضاً من كلماتهم في بيان وظائف القاضي، بتعبيرٍ آخر: قد بيّنوا للقاضي شؤوناً مختلفةً، ومنها: ـ التي لا خلاف فيها ـ الولاية على أموال الغيّب والقصّر و...

قال الشيخ في مبحث نظارة القاضي في أمر الأطفال والأوصياء:

«وإنّما قلنا: يقدّم النظر في أمر الأطفال والمجانين؛ لأنّ هؤلاء لا يعبّرون عن نفوسهم ولا يمكنهم المطالبة بحقوقهم.... وكان النظر في أمر من لا يمكنه المطالبة بحقّه أولى...»[٣].

وفي الشرائع: «ثمّ يسأل ـ أي القاضي ـ عن الأوصياء على الأيتام، ويعتمد معهم ما يجب من تضمينٍ أو إنفاذٍ أو إسقاط ولايةٍ، إمّا لبلوغ اليتيم، أو لظهور خيانةٍ، أو ضمّ مشارفٍ إن ظهر من الوصيّ عجز.

ثمّ ينظر في أُمناء الحاكم الحافظين لأموال الأيتام الذين يليهم الحاكم»[٤].

وفي القواعد: «ثمّ بعد ذلك ينظر ـ القاضي ـ في الأوصياء وأموال الأطفال والمجانين، ويعتمد معهم ما يجب من تضمينٍ أو إنفاذٍ أو إسقاط ولايةٍ، إمّا لبلوغٍ ورشدٍ، أو ظهور خيانةٍ، أو ضمّ مشارفٍ إن ظهر عجزٌ، ثمّ ينظر في أُمناء الحكم الحافظين لأموال الأيتام والمجانين...»[٥].

---

(١) الدروس الشرعية ٢: ٦٥.

(٢) كتاب القضاء: ٢.

(٣) المبسوط للطوسي ٨: ٩٥.

(٤) شرائع الإسلام ٤: ٧٣.

(٥) قواعد الأحكام ٣: ٤٢٧.

وهكذا قال أيضاً في إرشاد الأذهان[١] والدروس[٢] والمسالك[٣] ومجمع الفائدة[٤] والجواهر[٥] والرياض[٦].

وجاء في كتاب القضاء للشيخ ضياء الدين العراقي:

«قال الفقهاء رضوان الله عليهم: من مسؤوليّة مقام القضاء، القيام بالحكم بين الناس وفصل خصوماتهم، وتعقيب المجرمين ... وهكذا النظر في القسمة ونصب القيّم على الأوقاف العامّة والأيتام والقصّر...»[٧] وشبه هذا في موضع آخر[٨].

وقال الشيخ الأعظم الأنصاري: «ومنه يظهر كون الفقيه مرجعاً في الأمور العامّة، مثل الموقوفات وأموال اليتامىٰ والمجانين والغيّب؛ لأنّ هذا كلّه من وظيفة القاضي عرفاً»[٩].

وبه صرّح أيضاً فقهاء العصر[١٠]. قال في تحرير الوسيلة: «لو رَفَعَ الطفل المميّز ظلامته إلى القاضي، فإن كان له وليّ أحضره لطرح الدعوىٰ، وإلّا فأحضر المدّعى عليه ولاية أو نصب قيّماً له، أو وكّل وكيلاً في الدعوىٰ أو تكفّل بنفسه»[١١] وبه قال في تفصيل الشريعة[١٢].

---

(١) إرشاد الأذهان ٢: ١٣٩.

(٢) الدروس الشرعيّة ٢: ٧١.

(٣) مسالك الافهام ١٣: ٣٧٠ ـ ٣٧١.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٣٦ ـ ٣٧.

(٥) جواهر الكلام ٤٠: ٧٥.

(٦) رياض المسائل ٩: ٢٥٤.

(٧ ـ ٨) كتاب القضاء للشيخ ضياء الدين العراقي: ٢٤٠ و ١٨.

(٩) القضاء والشهادات، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٢: ٤٩.

(١٠) التنقيح في شرح العروة الوثقى، الاجتهاد والتقليد ١: ٤٢٠، كتاب القضاء للسيّد الگلپايگاني ١: ١٤٨.

(١١) تحرير الوسيلة ٢: ٣٩٠ في شروط سماع الدعوى مسألة ١.

(١٢) تفصيل الشريعة، القضاء والشهادات: ٧٩.

فالمتحصّل ممّا ذكرنا من كلماتهم بطوله أنّه لا خلاف بينهم على أنّ من شؤون القضاء للقاضي الولاية على أموال القصّر والأيتام الذين لم يجعل الأب أو الجدّ لهم وصيّاً، أو جعلا ومات، أو ثبت عدم توثيقه وائتمانه في حفظ الأموال، فإذا كان كذلك جاز للقاضي التصرّف في أموال الأيتام بالحفظ والبيع والشراء والإجارة والرهن، وغير ذلك ممّا فيه حظٌّ للأيتام ومصلحةٌ لهم ولأموالهم، بالمباشرة أو بالتوكيل.

أدلّة ولاية القضاة على أموال الصغار

تدلّ على هذه الولاية أُمورٌ، وقبل بيانها نذكر مقدّمة، فنقول:

لا شكّ في أنّ القضاء من مناصب النبيّ وأوصيائه ﷺ[1]، ويشترط في جوازه عن غيرهم إذنهم في ذلك صريحاً أو بالعموم، وهذا حكمٌ مسلّمٌ إجماعيّ، بل هو من ضروريّات الفقه.

قال الشيخ في النهاية: «وأمّا الحكم بين الناس والقضاء بين المختلفين، فلايجوز أيضاً إلّا لمن أذِن له سلطان الحقّ في ذلك، وقد فوّضوا ذلك إلى فقهاء شيعتهم في حالٍ لا يتمكّنون فيه من تولّيه بنفوسهم...»[2].

وفي الشرائع: «يشترط في ثبوت الولاية إذن الإمام ﷺ أو من فوّض إليه الإمام»[3]. وكذا في المسالك[4]، وصرّح في الرياض بأنّه لا يجوز لأحدٍ التصرّف فيه إلّا بإذنه ـ أي الإمام ـ قطعاً[5].

---

(١) كتاب القضاء للمحقّق الآشتياني: ٣.

(٢) النهاية: ٣٠١.

(٣) شرائع الإسلام ٤: ٦٨.

(٤) مسالك الأفهام ١٣: ٣٣١.

(٥) رياض المسائل ٩: ٢٤٤.

وقال المحقّق الأردبيلي في المقام: «أمّا اشتراط إذن الإمام، أو إذن من نصبه مع إمكانه، فكأنّه إجماعيّ»[١].

والظاهر أنّ مستنده مثل رواية سليمان بن خالد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: **«اتّقوا الحكومة؛ فإنّ الحكومة إنّما هي للإمام العالم بالقضاء، العادل في المسلمين، لنبيّ (كنبيٍّ خ ل) أو وصيّ نبيٍّ»**[٢].

وكذا في الجواهر، وأضاف بأنّه «لا خلاف عندنا، بل الإجماع بقسميه عليه»[٣]. وبه قال الشيخ الأعظم الأنصاري في كتاب القضاء[٤] والشيخ ضياء الدّين العراقي[٥] والسيّد الگلبايگاني[٦]. وكذا في تحرير الوسيلة[٧] وشرحها[٨].

وبعد هذا نقول: إذا كانت ولاية الحاكم والقاضي على القضاء مشروطة بإذن الإمام عليه السلام أو من نصبه، ففي زمان الحضور مؤدّى الولاية وتوسعتها أو تضييقها تابعةٌ لإذنهم عليهم السلام صريحاً وبنحو خاصّ؛ يعني إن كان الإذن دلّ على جواز تصرّفهم في أموال الأيتام والغيّب و... فيتّبع، كما أجاز أمير المؤمنين عليه السلام ذلك في عهده إلى مالك الأشتر عليه الرحمة، وإلّا فلا، وهذا لا كلام فيه.

وأمّا في زمان الغيبة، فلأجل أنّ الفقهاء الجامعين للشرائط كانوا مأذونين من قِبل الأئمّة عليهم السلام للقضاوة بطريق العامّ، فدائرة ولايتهم ـ ومن جملتها الولاية

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ١٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٨: ٧ الباب ٣ من أبواب صفات القاضي، ح ٣.

(٣) جواهر الكلام ٤٠: ٢٣.

(٤) كتاب القضاء والشهادات، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٢: ٤٥.

(٥) كتاب القضاء: ٢٣٦.

(٦) كتاب القضاء: ٥٣.

(٧) تحرير الوسيلة ٢: ٣٨٤.

(٨) تفصيل الشريعة، كتاب القضاء والشهادات: ١٦ وما بعدها.

على أموال الصغار ـ تابعةٌ لما استفدنا من الإذن العامّ الذي دلّت عليه الروايات الواردة في المقام. وبالجملة: فالمتّبع ما يظهر من دليل النصب، وكذا تدلّ عليها دلائل أُخرى أيضاً نذكرها على الترتيب التالي:

منها: الرواية المتقدّمة التي اشتهرت بمقبولة ابن حنظلة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دَيْنٍ أو ميراث فتحاكما إلى السلطان وإلى القضاة أيحلّ ذلك؟

قال: **من تحاكم إليهم في حقٍّ أو باطل فإنّما تحاكم إلى الطاغوت... وقد أمر الله أن يُكفر به، قال الله ـ تعالىٰ ـ: ﴿يُرِيدُونَ أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ وَ قَدْ أُمِرُوا أَنْ يَكْفُرُوا بِهِ﴾**[1] قلت: فكيف يصنعان؟ قال: **ينظران من كان منكم ممّن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف أحكامنا، فليرضوا به حكماً؛ فإنّي قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنّما استخفّ بحكم الله، وعلينا ردّ، والرادّ علينا الرادّ على الله**»[2].

ومنها: مشهورة أبي خديجة المتقدّمة أيضاً عن الصادق عليه السلام قال: «**إيّاكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجلٍ منكم يعلم شيئاً من قضايانا (قضائنا خ ل) فاجعلوه بينكم؛ فإنّي قد جعلته قاضياً، فتحاكموا إليه**»[3].

ودلالتها على ما كنّا في طريق إثباته ـ أي ولاية القضاة على أموال القصّر والغيّب ـ واضحة لا سترة عليها، حيث إنّ المتبادر عرفاً من لفظ الحاكم هو

---

(١) سورة النساء ٤: ٦٠.

(٢) الكافي ١: ٦٧ باب اختلاف الحديث ح ١٠، ووسائل الشيعة ١٨: ٩٨ الباب ١١ من أبواب صفات القاضي، ح ١. إلّا أنّه جاء فيه وما أمر الله أن يكفر به.

(٣) نفس المصدر ١٨: ٤ الباب ١ من أبواب صفات القاضي، ح ٥.

المتسلّط على الإطلاق، فهو نظير قول السلطان لأهل بلدةٍ: جعلت فلاناً حاكماً عليكم، حيث يفهم منه تسلّطه على الرعيّة في جميع ما له دخل في أوامر السلطان جزئيّاً أو كُليّاً، ومنها جواز التصرّف في أموال الصغار، ويؤيّده العدول عن لفظ الحَكَم إلى الحاكم مع أنّ الأنسب بالسياق حيث قال «**فليرضوا به حكماً**» أن يقول: **فإنّي قد جعلته عليكم حكماً**.

وكذا المتبادر من لفظ القاضي عرفاً من يرجع إليه وينفذ حكمه وإلزامه في جميع الحوادث الشرعيّة، كما هو معلوم من حال القضاة، سيّما الموجودين في أعصار الأئمّة عليهم السلام من قضاة الجور[1].

بتعبيرٍ آخر حيث إنّ عمل القاضي في تلك الأعصار لم يكن منحصراً في القضاء وفصل الخصومات فقط، بل كان هو المرجع أيضاً في الأُمور الحسبيّة التي لا مناص عن إجرائها، التي منها حفظ أموال اليتامى والتصرّف فيها على نحو المصلحة، ولا يجوز إهمالها وليس لها مسؤول خاصّ، وكذلك المتعارف في أعصارنا أيضاً كما تراه، فيستكشف من إرجاع الإمام عليه السلام الشيعة إلى القضاة المنصوبين من قبلهم أو من قبل من نصبهم، ثبوت ولايتهم فيها، بل يجب عليهم القيام بتلك الأُمور؛ لأنّه بعد أن سدّ الإمام عليه السلام باب الرجوع إلى أبواب حكّام الجور وقضاتهم والأخذ منهم بنحو شديد أكيد مع عموم الابتلاء، فهل يتصوّر أن يُهمل هذه الجهة بالنسبة إلى الشيعة ويذرهم حيارى؟ هذا لا يتفوّه به عاقل، وهو أدلّ دليلٍ على إثبات ولاية القضاة في تلك الأُمور، وهو المطلوب.

جاء في كتاب القضاء للشيخ ضياء الدّين العراقي رحمه الله:

«قال الفقهاء رضوان الله عليهم: من مسؤوليّة مقام القضاء القيام بالحكم بين

---

(١) القضاء والشهادات، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢٢: ٤٨ ـ ٤٩ مع تصرّف يسير.

الناس ـ إلى أن قال: ـ ونصب القيّم على الأوقاف العامّة والأيتام والقصّر... وما شاكل من الأُمور العامّة، كلّ ذلك بدليل قيام القضاة بها أيّام حكومة الجور، قياماً كان من شأنهم القيام بها حسب أنظار المتشرّعة من المسلمين، وحيث نهينا عن مراجعتهم في هذه الشؤون؛ لأنّه رجوع إلى الطاغوت، وأُمرنا بالرجوع فيها إلى فقهائنا الأبرار، كان اللّازم بدلالة الالتزام هو الرجوع إليهم في كافّة الشؤون المذكورة، وبالتالي فلقضاة العدل تولّي هذه الشؤون جميعاً»[1].

ومنها: صحيحة ابن بزيع[2] المتقدّمة أيضاً، بالتقريب الذي استفدنا من المقبولة والمشهورة، وحاصله: أنّ النهي عن مراجعة أولئك في هذه الشؤون يستدعي جواز الرجوع فيها جميعاً إلى قضاة العدل، فهي وظيفتهم ويجب عليهم القيام بها.

ومنها: خبر إسماعيل بن سعد الأشعري، قال: سألت الرضاﷺ عن الرجل يموت بغير وصيّة وله ولد صغار وكبار، أيحلّ شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك؟ فإن تولّاه قاضٍ قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة، أيطيب الشراء منه، أم لا؟

فقال: **«إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك»**[3].

يظهر من هذا الخبر أنّ التصدّي لأُمور الصغار في تلك الأعصار كان من شؤون القضاة، ويدلّ على ولايتهم أيضاً إن كان المراد بقولهﷺ: «وقام عدل» هو العدل من القضاة، وأمّا إن كان المقصود منه مطلق العدل، فيدلّ عليها أيضاً بالأولويّة.

---

(١) شرح تبصرة المتعلّمين، كتاب القضاء: ٢٤٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٩ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح١.

وتدلّ عليها أيضاً أدلّة الحسبة التي ذكرناها دليلاً على ولاية الحاكم بالتقريب المتقدّم.

ولاية القضاة على أموال الأيتام عند فقهاء أهل السنّة

اتّفق فقهاء أهل السنّة على أنّه إذا لم يكن للصغير وليّ من الأب والجدّ والوصيّ لهما، كان للقضاة المنصوبين من قِبل الحاكم ولايةٌ على أموال القصّر والغيّب والمجانين والسفهاء، فنذكر شطراً من كلماتهم:

أ ـ الحنابلة

قال الماوردي في الأحكام السلطانيّة: «ولا تخلو ولاية القاضي من عموم أو خصوص، فإن كانت ولايته عامّة مطلقة التصرّف في جميع ما تضمّنته فنظره مشتمل على عشرة أحكام.... الثالث: ثبوت الولاية على من كان ممنوع التصرّف بجنونٍ أو صِغرٍ، والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس حفظاً للأموال على مستحقّيها». وبه قال القاضي أبو يعلى أيضاً[1]. وكذا في غيره[2].

ب ـ المالكيّة

فقد جاء في تبيين المسالك: «ثمّ بعد فقدهما ـ أي فقد الأب والوصيّ ـ يأتي الحاكم أو من يقوم مقامه كالقاضي»[3].

ج ـ الشافعيّة

جاء في المنهاج: «وليّ الصبيّ أبوه ثمّ جدّه، ثمّ وصيّهما، ثمّ القاضي»[4].

---

(١) الأحكام السلطانيّة للقاضي أبي يعلى ١: ٧٠، وللماوردي ٢: ٦٦.

(٢) الإنصاف ٥: ٣٢٣ ـ ٣٢٤، كشف القناع ٣: ٥٢١، الإقناع ٢: ٢٢٣.

(٣) تبيين المسالك ٣: ٥٢٥ نقلاً عن الشرح الصغير.

(٤) منهاج الطالبين ٢: ١٢٦.

وأضاف في شرحه الخطيب الشربيني: «أو أمينه[١] لخبر، السلطان وليّ مَن لا وليّ له»[٢].

ومثل هذا في نهاية المحتاج[٣] وأسنى المطالب[٤] والمجموع شرح المهذّب[٥] وغيرها[٦].

د ـ الحنفيّة

قالوا: أولى الأولياء بالولاية الماليّة على الصغار الأب، ثمّ وصيّه، ثمّ وصيّ وصيّه، ثمّ الجدّ الصحيح ـ أبو الأب ـ وإن علا، ثمّ وصيّه، ثمّ وصيّ وصيّه، ثمّ القاضي، ثمّ من نصبه القاضي وهو وصيّ القاضي»[٧]. وقريب من هذا في حاشية ردّ المحتار[٨] وأحكام الصغار[٩] والبحر الرائق[١٠] وغيرها[١١].

تذكرةٌ

يشترط في نفوذ تصرّفات القاضي في أموال الغيّب والقصّر رعاية الاحتياط، وأن يكون التصرّف مصلحةً لهم، فلا يجوز لهم الإقدام على أمرٍ

---

(١) مغني المحتاج ٢: ١٧٣.

(٢) مسند أحمد بن حنبل ١: ٥٤ ح ٢٢٦٠، سنن أبي داود ٢: ٣٩٢ ذ ح ٢٠٨٣، سنن الترمذي ٣: ٤٠٨ ذ ح ١١٠٣.

(٣) نهاية المحتاج ٤: ٣٧٤.

(٤) أسنى المطالب ٢: ٢١١ و ٢١٤.

(٥) المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٢١.

(٦) الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٦.

(٧) المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم ١٠: ٣١٧.

(٨) حاشية ردّ المحتار ٦: ١٧٤.

(٩) أحكام الصغار: ٤٢ ـ ٤٣ و ١٩٢.

(١٠) تكملة البحر الرائق ٨: ١٤٣.

(١١) بدائع الصنائع ٤: ٣٤٩ و ٣٥٣.

يكون ضرراً عليهم أو مفسدةً لهم، أو لم يكن فيه لهم مصلحة، ويدلّ على لزومها ما ذكرنا في البحث عن اشتراط تصرّفات الحاكم بها أيضاً، فلا نعيده حفظاً للاختصار.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المبحث الرابع: ولاية عدول المؤمنين

هل يكون لعدول المؤمنين ولاية على أموال الصغار أم لا؟ فيه أقوال:

الأوّل: ثبوت الولاية لهم.

الثاني: عدم ثبوتها.

الثالث: التردّد فيها.

المشهور بين الفقهاء بل الظاهر أنّه لا خلاف بينهم في ثبوت ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام عند فقد الأولياء من الأب والجدّ والوصيّ لهما، والحاكم وأمينه، وإن اختلفت تعبيراتهم في من له هذه الولاية، فعبّر بعضهم بالمؤمنين على نحو الإطلاق.

قال الشيخ في النهاية: «فإن لم يكن السلطان الذي يتولّى ذلك أو يأمر به، جاز لبعض المؤمنين أن ينظر في ذلك من قبل نفسه، ويستعمل فيه الأمانة ويؤدّيها من غير إضرارٍ بالورثة، ويكون ما يفعله صحيحاً ماضياً»[1].

وبمثل ذلك قال العلّامة في المختلف[2]. والقاضي ابن البرّاج في المهذّب[3] والشيخ الأعظم في المكاسب[4]. وهو الظاهر أيضاً من كلام الشهيد في القواعد[5].

وبعض آخر عبّر بالمؤمنين الثقات: قال في الشرائع: «وكذا لو مات إنسان

---

(١) النهاية: ٦٠٨.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٧ ـ ٣٥٩.

(٣) المهذّب ٢: ١١٨.

(٤) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦١.

(٥) القواعد والفوائد ١: ٤٠٦ قاعدة ١٤٨.

ولا وصيّ له، كان للحاكم النظر في تركته، ولو لم يكن هناك حاكم جاز أن يتولّاه من المؤمنين من يوثق به»[١]. وهكذا في المسالك[٢] ومجمع الفائدة[٣] والجواهر[٤].

وعبّر ثالث بصلحاء المؤمنين:

كما قال في الجامع للشرائع: «فإن مات ذو الأطفال ولم يوص تولّاهم الحاكم، فإن تعذّر فبعض صلحاء المؤمنين»[٥].

وعبّر رابعٌ بالعدول من المؤمنين:

كما قال في الدروس: «ولو فقد الحاكم أو تعذّر مراجعته جاز لآحاد المؤمنين العدول التصرّف بما فيه صلاح؛ لأنّه من باب التعاون على البرّ والتقوى، ولشمول ولاية الإيمان»[٦] وكذا في جامع الشتات[٧] وبلغة الفقيه[٨] والرياض[٩] وجامع المقاصد[١٠] والبيع للإمام الخميني[١١] ومصباح الفقاهة[١٢] وتفصيل الشريعة[١٣].

وعبّر خامس بالعدل الموثّق:

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٥.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٢.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

(٥) الجامع للشرائع: ٤٩٢.

(٦) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٩.

(٧) جامع الشتات ٤: ٣٣٤.

(٨) بلغة الفقيه ٣: ٢٩٠.

(٩) رياض المسائل ٦: ٢٩٣.

(١٠) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦.

(١١) البيع ٢: ٥٠١.

(١٢) مصباح الفقاهة ٥: ٦٢.

(١٣) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٢٩٩.

كما في الحدائق؛ فإنّه عبّر في أوّل كلامه في بيان طرح المسألة بالعدول من المؤمنين، ولكن بعد ذكر أخبار الباب والاستدلال بها على مختاره قال: «وبالجملة فإنّ الروايات المذكورة ظاهرةٌ في جواز قيام العدل الثقة بذلك، وأنّه بهذه الأخبار مأذون في الدخول؛ سواء وجد الإمام أم لا، ولا يبعد القول بجواز تولية ذلك أيضاً مع وجود الفقيه الجامع للشرائط وإن كان ظاهر الأصحاب خلاف ذلك»[1].

وسادس عبّر بالموثّق فقط:

كما هو المستفاد من كلام المحقّق الاصفهاني في حاشيته[2] على مكاسب الشيخ الأعظم ﷺ، والمحقّق الخوانساري في جامع المدارك[3].

وحيث إنّه لا تفاوت بين العادل الموثّق والمؤمن العادل؛ لأجل أنّ غير المؤمن فاسق[4] قطعاً، فمن عبّر في المقام بالعدل الثقة مقصوده هو المؤمن العادل، وكذا المقصود من صلحاء المؤمنين هم العدول من المؤمنين؛ لأنّ الفاسق ليس بعادلٍ.

وليس مقصود من عبّر بالمؤمنين صرف من كان على اعتقاد حقٍّ وإن كان غير موثّق في عمله وقوله، وظهر منه الفسق، بل المقصود من المؤمنين هم العدول والثقات قطعاً وإن لم يذكر في بعض الكلمات صفة العدالة أو الثقة.

وبما أنّ العدل كان أخصّ مفهوماً من الثقة كما يستفاد من كلام بعضهم[5].

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٩ و ٥٩٢.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ٢: ٤٠٨.

(٣) جامع المدارك ٤: ٩٢.

(٤) هذا الأمر وإن كان صحيحاً بحسب الكبرى الكليّة، إلّا أنّ انطباقها على المقام غير معلوم، فبملاحظة الأدلّة السابقة وأيضاً الحكمة الموجودة في تولّي أمور الأيتام، لا يبعد أن يقال: إنّه لا فرق بين المؤمن بحسب اصطلاحنا وغير المؤمن، وعلى هذا لا يصحّ أن يقال إنّ غير المؤمن فاسق قطعاً، وإلّا فلا معنى لقيام الفسّاق من المؤمنين مقام العدول، فتدبّر. م ج ف.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٤.

فيمكن أن نلخّص كلماتهم في المقام في قولين:

١ ـ ولاية المؤمنين العدول.

٢ ـ ولاية المؤمنين الثقات.

وقبل بيان أدلّة إثبات ولاية المؤمن العادل في المقام يلزم أن نذكر أمرين:

الأوّل: أنّه يستثنى من موضع الخلاف ما كان ضرورياً من أُمور الطفل من الأكل والشرب والألبسة وحفظه من التلف، وهكذا حفظ أمواله إن كانت في معرض التلف؛ فإنّه يجب كفاية على كلّ مسلم فضلاً على المؤمن العادل.

قال في المسالك: «ويستثنى من موضع الخلاف ما يضطرّ إليه الأطفال والدوابّ من المؤنة وصيانة المال المشرف على التلف؛ فإنّ ذلك ونحوه واجب على الكفاية على جميع المسلمين، فضلاً عن العدول منهم، حتّى لو فرض عدم ترك مورثهم مالاً فمؤنة الأطفال ونحوهم من العاجزين عن التكسّب واجب على المسلمين من أموالهم كفاية، كإعانة كلّ محتاج وإطعام كلّ جائع يضطرّ إليه، فمن مال المحتاج أولى. وحيث يجوز لأحدٍ فعل ذلك فالمراد به معناه الأعمّ، والمراد منه الوجوب؛ لما ذكرناه من أنّه من فروض الكفايات»[1].

وهكذا في جامع المقاصد[2] والحدائق[3] والجواهر[4].

الثاني: المقصود في كلماتهم بثبوت الولاية للمؤمن العادل إن لم يكن هناك حاكم، عدم وجوده في البلد الذي سكن فيه الصغير وفي ناحيته وإن وجد في غيره، إذا توقّفت مراجعته على مشقّةٍ لا تتحمّل عادةً، ويجب مع وجوده بعيداً الاقتصار

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٦.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٧.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

على ما لا بدّ منه، وتأخير ما يسع تأخيره إلى أن يمكن مراجعته، كما أشار إليه في المسالك[١].

أدلّة هذا الحكم

تدلّ على ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام أُمورٌ:

الأوّل: الآيات، كقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾[٢]، فإنّ عمومها يشمل المورد. وقوله: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾[٣]. وقوله: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾[٤]، كما استدلّ بها الشهيد في الدروس[٥] والعلّامة في المختلف[٦]. وكذا في جامع المقاصد[٧] والرياض[٨].

ولقد أجاد المحقّق الاصفهاني في الإيراد على الاستدلال بها، حيث قال: «لوكان كذلك فلا موجب لاختصاصه بالفقيه مع تيسّر التصدّي منه؛ لأنّ المفروض أنّه معروف وإعانة على البرّ والتقوى، وإحسان على أيّ تقديرٍ، وإذا احتمل اختصاصه بالفقيه فلا يقع معروفاً ولا إعانةً على البرّ والتقوى، ولا إحساناً إلّا إذا صدر من الفقيه، ففي صورة الشكّ تكون الشبهة مصداقيّة، ولا مجال للاستدلال بالعامّ معها»[٩].

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٦.

(٢) سورة التوبة ٩: ٧١.

(٣) سورة المائدة ٦: ٢.

(٤) سورة التوبة ٩: ٩١.

(٥) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٩.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٩.

(٧) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦.

(٨) رياض المسائل ٦: ٢٩٣.

(٩) حاشية المكاسب للمحقّق الاصفهاني ٢: ٤٠١.

الثاني: الضرورة تقتضي ذلك[١].

الثالث: حكم العقل بذلك، كما في حفظ مال اليتيم من التلف[٢].

قال المحقّق النائيني: «فمع وجود العدل لا شبهة أنّ المتيقّن نفوذ خصوص مايقوم به. نعم، مع تعذّره يقوم الفسّاق من المؤمنين بعد عدم احتمال تعطيله؛ لكونه ضرورياً، وممّا يستقلّ العقل بلزوم وجوده»[٣].

ولا يخفى أنّ الأخيرين يختصّان بحال الضرورة فقط، فلا تثبت في غيرها.

الرابع: جريان السيرة العقلائيّة بضميمة عدم ردع الشارع عنها[٤].

ولا يخفى أنّ هذا دليل لبيّ، والقدر المتيقّن منها ما كان في مورد الضرورة، فلا تثبت في غيرها أيضاً.

الخامس: الإجماع الذي ادّعاه في الرياض بقوله: «بل لعلّها إجماع في الحقيقة»[٥].

والظاهر أنّ هذا الإجماع مدركيّ ولا يكون دليلاً مستقلّاً.

السادس: الأصل الثابت من بعض الأخبار، بالتقريب الذي ذكرناه في الاستدلال به على ولاية الفقيه فراجع، إلّا أنّه يلزم في المقام فرض عدم وجود الفقيه؛ لأنّه في حال كونه موجوداً فهو القدر المتيقّن. وأمّا في حال عدم الفقيه، فيكون العادل أو الثقة هو المنصوب للقيام بأُمور الأيتام.

السابع: ـ وهو العمدة ـ النصوص

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٩.

(٢) منهاج الفقاهة ٤: ٣٠٦.

(٣) منية الطالب ٢: ٢٤٣.

(٤) منهاج الفقاهة ٤: ٣٠٦.

(٥) رياض المسائل ٦: ٢٩٣.

منها: صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدّمة؛ لأنّه قال عليه السلام فيها: «**إذا كان القيّم به مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس**»[١] بالتقريب الذي ذكره الشيخ الأعظم، أنّه بناءً على أنّ المراد من المماثلة: إمّا المماثلة في التشيّع، أو في الوثاقة، أو في الفقاهة، أو في العدالة، والاحتمال في الفقاهة منافٍ لإطلاق المفهوم الدالّ على ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو مع تعذّره، وهذا بخلاف الاحتمالات الأُخر؛ فإنّ البأس ثابت للفاسق أو الخائن أو المخالف وإنْ تعذّر غيرهم، فتعيّن أحدها الدائر بينها، فيجب الأخذ من مخالفة الأصل بالأخصّ منها؛ وهو العدل[٢].

وقريب من هذا في بلغة الفقيه[٣].

ولكن قلنا فيما تقدّم: إنّ هذا التقريب ليس بتامٍّ، واستدللنا بها على ولاية الحاكم، فراجع.

ومنها: صحيحة علي بن رئاب المتقدّمة؛ فإنّه قال عليه السلام فيها: «**إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم...**»[٤] بناءً على أنّ المراد بالوليّ فيها إنّما هو أحد عدول المؤمنين؛ لأنّ انتفاء الوصيّ ظاهر من الخبر، وانتفاء الحاكم الشرعي الذي هو أحد الأولياء أيضاً ظاهر؛ إذ ليس في وقته عليه السلام حاكم شرعيّ أصالة سواه، واحتمال الجدّ بعيد من سياق الخبر، كما استدلّ به في الحدائق[٥].

ولكن عدل عن نظره الشريف في كتاب الوصايا، حيث قال: «أمّا صحيحة علي بن رئاب فالوليّ فيها مجمل يجب حمله على ما يدلّ عليه غيرها من الحاكم

---

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح٢.

(٢) كتاب المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٥ مع تصرّف يسير.

(٣) بلغة الفقيه ٣: ٢٩١ ـ ٢٩٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح١.

(٥) الحدائق الناضرة ١٨: ٣٢٤، كتاب البيع ٢: ٥٣٤.

الشرعي، أو عدول المؤمنين»[١].

وقال الإمام الخميني ﷺ: «ثمّ إنّها تشمل من عدا الأب خاصّة، أو من عدا الأب ووصيّه من سائر الأولياء، جدّاً كان أو وصيّه القيّم عليهم، أو فقيهاً أو القيّم من قِبَله، أو عدول المؤمنين لو قلنا بولايتهم»[٢].

ولكنّ الإنصاف أنّها لا تدلّ على ولاية عدول المؤمنين؛ لأنّه ـ كما قلنا في الاستدلال بها على ولاية الحاكم ـ يكون جواز جعل القيمومة والناظر الذي يستفاد من قوله ﷺ: **إذا باع عليهم القيّم لهم الناظر... منحصراً بالحاكم**[٣]، وليس ذلك لعدول المؤمنين، ولا أقلّ نشكّ فيه.

ومنها: موثّقة سماعة قال: سألته عن رجلٍ مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصيّةٍ، وله خدم ومماليك وعقد، كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث؟ قال: «**إن قام رجلٌ ثقةٌ قاسمهم ذلك كلّه فلا بأس**»[٤].

ودلالتها ظاهرةٌ لا سترة عليها، حيث إنّ الإمام ﷺ رتّب الحكم على جواز تقسيم أموال الصغار الذي يستفاد من قوله ﷺ: «**فلا بأس**» على قيام الثقة بذلك، والمعلوم من السياق عدم وجود الجدّ للصغار، وهكذا لم يكن المقصود من الثقة الحاكم الثقة، بل كان أحد المؤمنين، وهو المطلوب.

قال الشيخ الأعظم ﷺ: «بناءً على أنّ المراد من يوثق به ويطمئنّ بفعله عرفاً وإن لم يكن فيه ملكة العدالة»[٥].

---

(١) نفس المصدر: ٢٢ / ٥٩٢.

(٢) كتاب البيع ٢: ٥٣٤.

(٣) مضافاً إلى أنّ كلمة ولّي ظاهرة في شخص معيّن، مع أنّ الولاية لعدول المؤمنين ليست منحصرة بفرد معيّن. م ج ف.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٥) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٧.

ولكنّ الظاهر أنّ المراد من الثقة غير ما اصطلح عليه الرجاليون في معنى الوثاقة، بل المقصود من الثقة في الروايات هي التي تكون ملازمة للعدالة، بل أخصّ منها، إذ ربما يكون العادل غير ثقة في فعله؛ لعدم التفاته بفعله لبلهٍ ونحوه، كما قد ورد في بعض الروايات الدالّة على اعتبار العدالة في إمام الجماعة، بأنّه إذا كان ثقة ترضون دينه، وفي بعض الروايات: أنّ فلاناً ثقة في دينه ودنياه[1].

ومنها: صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعري: قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل مات بغير وصيّةٍ وترك أولاداً ذكراناً غلماناً صغاراً وترك جواري ومماليك، هل يستقيم أن تباع الجواري؟ قال: «**نعم**».

وعن الرجل يموت بغير وصيّةٍ وله ولد صغار وكبار، أيحلّ شراءُ شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولّى القاضي بيع ذلك، فإن تولّاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة، أيطيب الشراء منه أم لا؟ فقال: «**إذا كان الأكابر من ولده معه في البيع، فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع، وقام عدل في ذلك**»[2] فإنّها دلّت على جواز الشراء من أموال الصغار إذا قام عدل في ذلك، ومفهومها عدم الجواز إذا لم يقم به عدل.

قال الإمام الخميني رحمه الله: «لا يحتمل في الصحيحة إجازة شخصيّة؛ لأنّ الظاهر من السؤال والجواب هو التكليف الكلّي، وأمّا احتمال النصب بالنسبة إلى نفس الصغير فلا وجه له، لا فيها ولا في غيرها من الروايات، كما أنّه لا ظهور لها ولا لغيرها إلّا في أصل الجواز، لا النصب بالنسبة إلى المال أيضاً لو كان للنصب وجه صحّة بالنسبة إليه.

---

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٦٢ مع تصرّف.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع، ح١.

نعم، يحتمل فيها كغيرها أن يكون الجواز حكماً شرعيّاً، وأن يكون إجازة من الإمام عليه السلام، وقد مرّ أن لا ظهور لكلامه في بيان الحكم الإلهي في مثل المقام الذي كان له ولاية أمره، بل هو محتمل، كما أنّ الإجازة السلطانية أيضاً محتملة[١].

ثمّ إنّ في قوله عليه السلام: «**إذا كان الأكابر من ولده معه**» إلخ احتمالين:

أحدهما: رجوع ضمير «معه» إلى القاضي الذي تراضوا به، ويكون المراد أنّ القاضي المذكور إذا باع بمحضر عدل لا بأس به، فتدلّ على لزوم نظارة العدل في البيع، أمّا جواز استقلاله لذلك فلا، إلّا أن يقال: إنّ القاضي الجائر لا دخالة لفعله في الصحّة، فهي ناشئة من نظر العدل محضاً، فتدلّ الرواية التزاماً على الصحّة لو أوقعه بنفسه، وله وجه لو دلّت على أنّ العدل رضي بذلك، وهو محلّ تأمّل.

ثانيهما: رجوع الضمير إلى المشتري، ويكون المراد إلغاء عمل القاضي، وتوقّف الصحّة في قسمة الأكابر على رضاهم، وفي قسمة الصغير على قيام العدل في البيع؛ أي يكون البيع برضا الكبير والعدل، فتدلّ على أنّ فعل العدل نافذ في حصّة الصغير، فتتمّ الدلالة، وهذا أوفق بمناسبة الحكم والموضوع»[٢].

وما قيل: من أنّها تدلّ على اعتبار العدالة بالنسبة إلى المشتري، والكلام إنّما هو في وظيفة المتصدّي للبيع نفسه[٣].

ففيه: أنّ الظاهر من عنوان «**قام عدل في ذلك**» اشتراط العدالة فيمن تصدّى للبيع لا من اشترىٰ، هذا أوّلاً، وثانياً: على فرض اشتراطها في المشتري، نقول: جعل العدالة شرطاً للشراء مستلزم لجعلها شرطاً للبيع، وإلّا فجعل جواز البيع

---

(١) ولا يخفى أنّ لازم هذا الاحتمال، كون ولاية عدول المؤمنين مشروطة بإذن الإمام عليه السلام أو من يقوم مقامه مع أنّ ظاهر الفتاوى خلاف ذلك. م ج ف

(٢) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٥٠٦ ـ ٥٠٧.

(٣) منهاج الفقاهة ٤: ٣١٣.

للفاسق من غير أن يجوّز لأحدٍ الشراء منه لغو.

فتحصّل ممّا ذكرنا: أنّه يستفاد من الروايات أنّه جعل الشارع الولاية على أموال الصغار للمؤمنين العدول، كما ذهب إليه المشهور.

قال في الحدائق: «لا يخفى أنّ الظاهر من هذه الأخبار باعتبار ضمّ بعضها إلى بعض، وحمل مطلقها على مقيّدها ومجملها على مفصّلها، هو ما صرّح به الأكثر؛ فإنّها هو الأقرب منها والأظهر ـ إلى أن قال ـ: وبالجملة: فإنّ الروايات المذكورة ظاهرةٌ في جواز قيام العدل الثقة بذلك، وأنّه بهذه الأخبار مأذون في الدخول»[1].

وقال السيّد الفقيه الخوانساري: «يستفاد من بعضها جواز التصدّي للعدل وللثقة من بعض آخر ـ إلى أن قال: ـ فاللازم تحقّق أحد الوصفين من العدالة والوثاقة، والوثاقة إن كان المراد منها الوثاقة في الدين تكون ملازمةً للعدالة»[2].

وبالجملة: فإنّ النسبة بين الوثاقة والعدالة وإن كانت عموماً من وجهٍ مفهوماً فإمّا أن نقول: إنّ المراد من الوثاقة في الروايات الوثاقة في الدين، فتكون ملازمة للعدل، أو نقول: العدالة هي الأخصّ من الوثاقة وفي الدوران بين الخاصّ والعامّ، الخاصّ هو المتيقّن، فتثبت ولاية العادل على كلا الصورتين، وهو المطلوب.

الثامن: دليل الحسبة بالتقريب الذي تقدّم في الاستدلال بها على ولاية الفقيه، ولكن مع فرض عدم الفقيه أيضاً، كما ذكرنا في الاستدلال بالأصل الثابت بالأخبار.

قال المحقّق النائيني ﷺ: «الأمور التي يعلم من الشرع مطلوبيّتها في جميع الأزمان، ولم يؤخذ في دليلها صدورها من شخص خاصّ، فمع وجود الفقيه هو

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٢.

(٢) جامع المدارك ٤: ٩٢.

المتعيّن للقيام بها: إمّا لثبوت ولايته عليها بالأدلّة العامّة، أو لكونه هو المتيقّن من بين المسلمين، أو لئلّا يلزم الهرج والمرج، فيعتبر قيام الفقيه به مباشرة أو إذنه أو استنابته، ومع تعذّره فيقوم به سائر المسلمين، ولمّا كان العدل أولى بالحفظ والإصلاح، فمع وجوده هو المتعيّن»[١].

ومثل ذلك ما قال الإمام الخميني ﷺ[٢].

عدم ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام

القول الثاني: عدم ثبوت ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام.

قال في السرائر ـ بعد نقل كلام الشيخ ﷺ في الخلاف والنهاية ـ: «والذي يقتضيه المذهب أنّه إذا لم يكن سلطان يتولّى ذلك، فالأمر فيه إلى فقهاء شيعته ﷺ من ذوي الرأي والصلاح؛ فإنّهم ﷺ قد ولّوهم هذه الأُمور، فلا يجوز لمن ليس بفقيهٍ تولّي ذلك بحال، فإن تولّاه فإنّه لا يمضي شيء ممّا يفعله؛ لأنّه ليس له ذلك بحال»[٣].

والوجه فيه: أنّ إثبات اليد على مال الطفل والتصرّف فيه بالبيع والشراء وغيرهما موقوف على الإذن الشرعي وهو منتفٍ[٤].

وقد ظهر الجواب عنه ممّا ذكرنا في الاستدلال على القول الأوّل، مع احتمال حمله على ما يوافق قول المشهور؛ بأن يكون المقصود منه المنع من ولايتهم إذا كان الحاكم الشرعي موجوداً.

---

(١) منية الطالب ٢: ٢٤١.

(٢) كتاب البيع ٢: ٥٠١.

(٣) السرائر ٣: ١٩٣ ـ ١٩٤.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٥.

قال في الجواهر: «وظنّي أنّه لا يخالف فيه ابن إدريس وإن نفى الولاية عنهم، لكن مراده نفيها على حسب ولاية الأب والجدّ والحاكم لا مطلقاً، وحينئذٍ يرتفع النزاع»[١].

وظهر ممّا ذكرنا الجواب عن القول الثالث، أي الترديد في المسألة، وهو ما اختاره في الشرائع حيث قال: «وفي هذا تردّد»[٢].

جاء في الرياض: «وخلاف الحلّي كتردّد الماتن في الشرائع شاذّ غير ملتفتٍ إليه، مع احتمال عبارة الأوّل ما يوافق الجماعة بإرادته المنع عن ولايتهم إذا كان هناك حاكم الشريعة»[٣].

يجوز لعدول المؤمنين نصب القيّم للأيتام

بعدما ثبت أنّ لعدول المؤمنين ـ عند فقد الأولياء من الأب والجدّ والوصيّ لهما والحاكم ـ ولاية على أموال الصغار، وقع البحث في أنّه هل يكون ولايتهم كولاية الآباء والأجداد والحاكم، فيجوز لهم نصب غيرهم وعزلهم أم لم يكن كذلك، بل المقصود من ولايتهم أنّه يجب عليهم حفظ أموال الصغار وبيعها أو الشراء لهم إذا اقتضت المصلحة ذلك، والتعبير بالولاية تسامح.

بتعبير آخر: يجب عليهم أو يستحبّ فعل ذلك وهو حكم تكليفي، بخلاف ولاية الحاكم فإنّها مجعولة؟

فيه، قولان:

ذهب إلى الثاني الإمام الخميني ﷺ، حيث قال: «يحتمل أن يكون المراد

---

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٣) رياض المسائل ٦: ٢٩٣.

من قوله عليه السلام: «فصيّر» إلخ ـ في صحيحة محمّد بن إسماعيل بن بزيع ـ الإقامة بأمر البيع؛ أي جعله متصدّياً للبيع، فقوله عليه السلام: «لا بأس به» إجازة لمثلها في البيع، لا نَصب وَجَعْل ولايةٍ منه حتّى يكون مثلها وليّاً ـ كالفقيه ـ ليكون له نَصْب غيره وعَزْله، ولا يكون التصدّي من قبيل الحسبيات حتّى لا يجوز التصدّي إلّا مع الضرورة.

نعم، من ترك الاستفصال في المورد يمكن استفادة جواز تصدّي البيع ولو لم يصل إلى حدّ الضرورة، لكن لا يلزم منه الولاية بالمعنى المذكور، فغاية الأمر استفادة جواز التصرّف لمثلها، لا الولاية على الصغير أو على أُموره.

وكذلك الأمر على الشقّ الثاني من السؤال؛ وهو قوله: أو قال: يقوم بذلك رجل منّا ـ إلى أن قال: ـ وكيف كان، لا يستفاد منه أيضاً النصب وجعل الولاية، بل غاية الأمر دلالته على جواز التصرّف بيعاً وشراءً ونحوهما لمثلها ولو لم يبلغ حدّ الضرورة»[1].

وفي مهذّب الأحكام: «هل يكون ما ثبت لعدول المؤمنين بعد فقد الفقيه هو الولاية من سنخ ولاية الفقيه. وبعبارةٍ أُخرى: ما هو الثابت له هو الحكم الوضعي، أو مجرّد الحكم التكليفي من الوجوب والندب؟ الحقّ هو الأخير؛ لأنّه المتيقّن من الأدلّة، وغيره يحتاج إلى عنايةٍ، وهي مفقودة.

نعم، في مثل بيع أموال القصّر ونحو ذلك يلزمها السلطة فعلاً فيصحّ تعبير الولاية من هذه الجهة، فهي تابعة للحكم التكليفي في جملةٍ من الموارد، ولعلّ تعبير الفقهاء بالولاية من هذه الجهة أيضاً»[2].

---

(١) كتاب البيع ٢: ٥٠٣ و ٥٠٤.

(٢) مهذّب الأحكام ١٦: ٣٨٠ ـ ٣٨١.

ولكنّ الحقّ هو[١] الأوّل، وهو الظاهر من كلام المشهور أيضاً؛ لأنّ المستفاد من الروايات أنّهم وليّ كالآباء والأجداد والحاكم ويجوز لهم القيام بأُمور الصغار. فإنّ الظاهر من قوله عليه السلام: «**لا بأس بذلك إذا باع، عليهم القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم**»[٢] في صحيحة علي بن رئاب المتقدّمة. وكذا ظاهر قوله عليه السلام: «**إذا كان القيّم به مثلك**»[٣] في صحيحة ابن بزيع، أنّه يجوز له القيام بأُمور الأيتام بنفسه أو بنصب غيره وهو الناظر فيه، وكذا له عزله إذا خالف عمّا هو الحقّ.

نعم، من قال بأنّه لا يستفاد من الأدلّة ولاية عدول المؤمنين، بل يجب أو يندب لهم الدخول في أُمور الأيتام من باب الحسبة والتعاون والإحسان مباشرةً، فلا يجوز لهم نصب الغير أو عزله.

عدم ثبوت الولاية على أموال الصغار للفسّاق

إذا تعذّر العدول فهل تثبت الولاية لغيرهم من الفسّاق، فيكون واجباً كفائيّاً على كلّ من يقدر عليه وإن كان فاسقاً؟ أم لا.

قال في الجواهر: «لا يبعد ثبوت ولاية الفاسق مع عدم العدل»[٤].

وفي بلغة الفقيه: «الظاهر جواز توليته ـ الفاسق ـ مع المصلحة ومراعاة

---

(١) الحقّ ما ذهب إليه السيّد الإمام الخميني قدس سره؛ فإنّ التعبير بالقيمومة وحتّى التعبير بالولاية لا تدلّ إلّا على ثبوت الولاية وهو لا يلازم جواز نصب من يقوم مقامه أو عزله، بل هو تابع لدليل الولاية، وفيما نحن فيه لا يستفاد من الأدلّة ذلك، فتدبّر. م ج ف.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٤ الباب ٨٨ من كتاب الوصايا، ح١.

(٣) نفس المصدر ١٢: ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه ح٢.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

الغبطة، توصّلاً إلى ما يريد الشارع إيجاده للمصلحة المترتّبة على وجوده، كتجهيز الميّت الواجب كفايةً على كلّ من يتمكّن منه مع عدم وليّ له مطلقاً، حتّى الحاكم وعدول المؤمنين»[1].

والظاهر أنّه لا يمكن إثبات الولاية للفسّاق وإن تعذّر وجود العدول، وذلك لأجل أنّه ثبت بالأدلّة القطعيّة عدم جواز التصرّف في مال الغير إلّا بإذنه.

فإذا فرض احتياج ذلك المال إلى التصرّف ولم يكن الإذن من صاحبه، فدار الأمر بين أن يتصرّف كلّ شخص أعمّ من الفاسق والعادل، أو خصوص العادل، أو غيره بإذنه، فالمتيقّن هو الثاني، ومجرّد الشكّ في ذلك يكفي في عدم الجواز وضعاً وتكليفاً، لإطباق الأدلّة على عدم الجواز، والخارج منها قطعاً هي صورة الإذن من العدول، أو تصدّيهم بنفسهم على التصرّف.

نعم، قد يكون شيء مفروض المطلوبيّة للشارع غير مضاف إلى أحدٍ، فيجب على الفسّاق كالمؤمنين تكليفاً الإقدام بذلك من باب الحسبة.

قال الشيخ الأعظم ﷺ: «نعم، لو فرض المعروف على وجهٍ يستقلّ العقل بحسنه مطلقاً، كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التصرّف في مال الغير بغير إذنه، صحّ المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة، أو فرض على وجهٍ يفهم من دليله جواز تصدّيه لكلّ أحدٍ»[2].

والظاهر أنّ من قال بالولاية للفسّاق فمقصوده في هذا المورد الخاصّ.

قال في الجواهر: «لا يبعد ثبوت ولاية الفاسق مع عدم العدل، وإن كان الظاهر تقييدها بما إذا كان المقام مقام الحسبة لا مطلقاً»[3].

---

(١) بلغة الفقيه ٣: ٢٩٤.

(٢) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

آراء مذاهب أهل السنّة في المسألة

أ ـ الشافعيّة

جاء في نهاية المحتاج: «قال الجرجاني: وإذا لم يوجد أحدٌ من الأولياء المذكورين فعلى المسلمين النظر في مال محجورهم وتولّي حفظه لهم ـ إلى أن قال: ـ ويؤخذ من كلام الجرجاني السابق ـ مع ما مرّ ـ أنّه لو لم يوجد إلّا قاضٍ فاسقٍ أو غير أمينٍ كانت الولاية للمسلمين أي لصلحائهم، وهو متّجهٌ»[١].

ب ـ المالكيّة

إنّهم قالوا: تثبت هذه الولاية ـ أي الولاية على المال ـ للأب ثمّ لوصيّه ثمّ للقاضي أو من يقيمه ثمّ لجماعة المسلمين إن لم يوجد قاضٍ[٢].

ج ـ الحنابلة

قال في كشّاف القناع: «فإن لم يوجد حاكم بالصفات المعتبرة فأمين يقوم به، أي باليتيم»[٣]. وكذا في الإنصاف[٤] والإقناع[٥].

د ـ الحنفيّة

بحسب تتبّعنا لم نظفر في كلماتهم من قال بهذه الولاية، بل الظاهر منهم عدم جعل الولاية في المقام.

قال في البدائع: «فأولى الأولياء الأب، ثمّ وصيّه، ثمّ وصيّ وصيّه، ثمّ الجدّ ثمّ

---

(١) نهاية المحتاج ٤: ٣٧٤ ـ ٣٧٥.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلّته ٧: ٧٥٠، الفقه على المذاهب الأربعة ٢: ٣٥٦.

(٣) كشّاف القناع ٣: ٥٢١.

(٤) الإنصاف ٥: ٣٢٤.

(٥) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل ٢: ٢٢٣.

وصيّه، ثمّ القاضي ثمّ من نصبه القاضي؛ وهو وصيّ القاضي ـ إلى أن قال: ـ وليس لمن سوى هؤلاء من الأُمّ والأخ والعمّ وغيرهم ولاية التصرّف على الصغير في ماله»[1]. وهكذا في غيره[2].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٣.

(٢) حاشية ردّ المحتار على الدرّ المختار ٦: ١٧٤، المفصل في أحكام المرأة ١٠: ٣١٧.

المبحث الخامس: شرائط ولاية عدول المؤمنين

لمّا أثبتنا الولاية لعدول المؤمنين، ينبغي أن نذكر الأمور التي كانت شروطاً لها، وهي ما يلي:

الأوّل: رعاية المصلحة.

قد ذكرنا أقوالهم عند البحث عن اشتراط المصلحة في ولاية الحاكم فراجع؛ إذ لافرق في هذا بين الحاكم وغيره من الأولياء.

قال في التذكرة: «الضابط في تصرّف المتولّي لأموال اليتامىٰ والمجانين اعتبار الغبطة وكون التصرّف على وجه النظر والمصلحة، فللوليّ أن يتّجر بمال اليتيم ويضارب به ويدفعه إلى من يضارب له به، ويجعل له نصيباً من الربح، ويستحبّ له ذلك، سواء كان الوليّ أباً أو جدّاً له أو وصيّاً، أو حاكماً أو أمين حاكم»[1].

واستظهر في مفتاح الكرامة من هذا نفي الخلاف في ذلك بين المسلمين[2].

ونقل المحقّق الاصفهاني أيضاً في ذلك دعوى الإجماع من غير واحدٍ[3].

على كلّ حال تدلّ على اشتراط لزوم رعاية المصلحة من جانب عدول المؤمنين في تصرّفاتهم في المقام الأدلّة التي ذكرناها دليلاً على اشتراطها في تصرّفات الحاكم، فراجع.

قال المحقّق النائيني في المقام: «يستفاد من مجموع الأدلّة أنّ ولاية الفقيه والعدل ومطلق المؤمن ليس كولاية الأب والجدّ حتّى يكون لهم التصرّف مطلقاً،

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجريّة.

(٢) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٠.

(٣) حاشية المكاسب للمحقّق الاصفهاني ٢: ٤٢٩.

بل الظاهر منها إناطة جواز التصرّف بما كان صلاحاً لليتيم»[١].

الأمر الثاني: فقد الحاكم.

هل يشترط في ولاية العدول من المؤمنين فقد الإمام أو الحاكم، أم أنّهم مأذونون ولو مع وجود الفقيه الجامع للشرائط؟ قولان:

الأوّل: الظاهر من كلمات كثيرهم أنّه يشترط في ولايتهم فقد الحاكم؛ لأنّهم قيّدوا ولايتهم بتعذّر الفقيه.

قال المحقّق النراقي: «وحكايات الإجماع على اختصاص جواز التصرّف من العدول أو العدل بصورة فقد الفقيه»[٢].

وفي بلغة الفقيه: «ضرورة تقدّمهم عليهم إن وجدوا، نصّاً وفتوىً بل ضرورة»[٣].

وفي مهذّب الأحكام: «هذا الترتيب ـ أي تقديم ولاية الحاكم على عدول المؤمنين ـ من ضروريّات فقه الإماميّة»[٤].

واستدلّوا لهذا القول بوجوه:

الأوّل: كونها ضرورة فقهيّة كما ادّعاها في البلغة ومهذّب الأحكام[٥]، والظاهر عدم ثبوتها، بل أقصى ما يمكن أن يُقال: إنّ هذا هو المشهور بين الفقهاء.

الثاني: عدم كون تصرّفهم أحسن في صورة إمكان الوصول إلى الفقيه.

الثالث: الاستدلال بما في الفقه الرضوي: «**روي أنّ لأيسر القبيلة وهو فقيهها وعالمها أن يتصرّف لليتيم في ماله فيما يراه حظّاً وصلاحاً، وليس عليه خسران**

---

(١) منية الطالب في شرح المكاسب ج٢: ٢٤٣.

(٢) عوائد الأيّام: ٥٥٩.

(٣ و ٤) بلغة الفقيه ٣: ٢٩٠ ـ ٢٩١.

(٥) مهذّب الأحكام ١٦: ٣٨٠.

ولا له ربح، والربح والخسران لليتيم وعليه»[١].

ذكرهما المحقّق النراقي في العوائد[٢].

والجواب عن الثاني: أنّ إطلاق الروايات يحكم بأنّ التصرّف من غير الفقيه أيضاً يكون أحسن.

وأمّا عن الثالث ـ مضافاً إلى ضعف سندها بالإرسال ـ: لم يثبت عدم جواز التصرّف من غير الفقيه بدليل آخر.

الرابع: كونها موجبةً للهرج والمرج.

جاء في مهذّب الأحكام: «أنّ موضوع ما يتصدّيه المؤمنون إنّما هو ما علم بتشريعه وترغيب الشارع إليه مطلقاً، لكنّه جعلها مربوطة بإذن الفقيه دفعاً للهرج والمرج»[٣].

والجواب عنه: أنّ تصرّفهم منوط برعاية المصلحة، وهذا يوجب المنع عن الهرج والمرج، وتحققهما في بعض الأحوال خارج عن الفرض.

ببيان آخر: هذا الدليل أخصّ من المدّعى؛ لأنّ ولايتهم لا توجب الهرج والمرج مطلقاً، بل يمكن تحقّقهما في بعض الأحوال.

الخامس: ما ادّعاه بعض بأنّ مقتضى إطلاق نصوص الباب وإن كان إثبات ولايتهم مطلقاً، إلّا أنّه من جهة كونها من مناصب القضاة، وقد جعل الشارع الفقيه قاضياً وحاكماً، فمع وجوده لابدّ من تصدّيه لذلك[٤].

والجواب عنه: أنّ إطلاق الروايات دليل على إذن الشارع في ذلك لغير الفقيه

---

(١) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٣٣٣.

(٢) عوائد الأيّام: ٥٥٩.

(٣) مهذّب الأحكام ١٦: ٣٨٠.

(٤) منهاج الفقاهة ٤: ٣١٥ مع تصرّف يسير.

أيضاً، والفرض أنّه لا دليل للمنع عن غيره، فالحكم بأنّ هذا كان من مناصب المختصّة للقضاة لا دليل عليه، وهو ظاهر.

عدم اشتراط ولاية عدول المؤمنين بتعذّر الإذن من الفقيه

القول الثاني: ـ وهو الحقّ ـ أنّه لا يشترط في ولاية عدول المؤمنين تعذّر الإذن من الفقيه، بل لهم ولاية ولو مع وجوده.

قال المحقّق الأردبيلي: «الظاهر ثبوت ذلك ـ أي الولاية على أموال الأيتام ـ لمن يوثق بدينه وأمانته بعد تعذّر ذلك كلّه ـ إلى أن قال: ـ من غير قيد تعذّر الحاكم ولا شكّ أنّه أولى مع إمكانه، وإلّا فالظاهر أنّ لغيره ذلك»[١].

وكذا في الحدائق[٢]. وقال به أيضاً المحقّق الاصفهاني[٣] والسيّد الخوانساري[٤] والسيّد الخوئي[٥].

ويدلّ على هذا الحكم وجوه:

الأوّل: أنّها من الأمور التي يمكن قيام آحاد المؤمنين بها، كصلاة الميّت وبيع مال اليتيم ونحوهما، فهذه لم يثبت اختصاصها بالإمام عليه السلام بما هو رئيس المسلمين حتّى يقوم الفقيه مقامه[٦].

نقول: هذه وإن لم تكن من الأمور التي لا يقوم بها إلّا الإمام عليه السلام أو نائبه، إلّا أنّ التصرّف في مال الغير يحتاج إلى مجوّز شرعيّ.

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٣٢.

(٢) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٢.

(٣) حاشية المكاسب للمحقّق الاصفهاني ٢: ٤٠١ ـ ٤٠٢.

(٤) جامع المدارك ٤: ٩٢ ـ ٩٣.

(٥) مصباح الفقاهة ٥: ٦٢.

(٦) حاشية المكاسب للمحقّق الاصفهاني ٢: ٤٠١ ـ ٤٠٢.

الثاني: نتيجة حمل المطلق على المقيّد في روايات الباب يقتضي ذلك.

قال الإمام الخميني ﷺ: «مقتضى خلافة الفقهاء ووراثتهم حصر الولاية بهم ونفي ثبوتها لغيرهم، ولازم حصرها بهم حصر كلّ ما هو من شؤون الولاية بهم، ومنها: التصرّف والتصدّي لأمر الصغار، فيقع التعارض بينهما، وبين ما دلّ على ثبوت ذلك للعدل.

لكنّ الذي يسهّل الخطب أنّ بين الدليلين عموماً مطلقاً؛ لأنّ الثابت للفقيه كلّ التصرّفات الثابتة للوالي، ومنها: التصرّف في مال الأيتام، ولازم الحصر نفي جميع ذلك عن غيره، وما دلّ على ثبوت التصرّف الخاصّ للعدل يخصّص عموم الحصر أو يقيّد إطلاقه، كما أنّ عموم ولاية الفقيه مخصّص بأدلّة ولاية الأب والجدّ، فكما أنّ عموم ولايته أو إطلاقها قابل للتخصيص والتقييد، كذلك إطلاق الحصر أو عمومه، ففي المقام ثبت الولاية للفقيه وجاز التصرّف للعادل، بناءً على ثبوت الحكم للعدل في زمان الغيبة»[1].

الثالث: ـ وهو العمدة ـ إطلاق النصوص.

فإنّ الظاهر منها جواز قيام العدل لإدارة شؤون الأيتام، وكفاية ما يحتاجون إليها ولو مع وجود الفقيه وعدم تعذّر الإذن منه؛ لأنّ المفروض أنّها مطلوبة للشارع غير مضافٍ إلى شخص، ويتّضح هذا بأدنى تأمّل؛ لأنّ المعصومين ﷺ كانوا موجودين في زمن وقوع السؤال، ومع هذا لم يقيّدوا ولاية العدول بالإذن منهم ﷺ.

قال في الحدائق: «وبالجملة: فإنّ الروايات المذكورة ظاهرة في جواز العدل الثقة بذلك، وأنّه بهذه الأخبار مأذون في الدخول؛ سواء وجد الإمام أم لا؟

---

(١) كتاب البيع ٢: ٥١٣ و ٥١٤.

ولا يبعد القول بجواز تولية ذلك أيضاً مع وجود الفقيه الجامع للشرائط»[١].

وقال السيّد الخوئي ﷺ: «والظاهر أنّ الذي يستفاد من الروايات هو جواز ولاية عدول المؤمنين في خصوص مال اليتيم توسعةً ولو مع التمكّن من الإذن من الإمام أو الفقيه؛ إذ العادة جارية بعدم التمكّن في جميع النقاط حتّى القرىٰ»[٢].

نقول: ومع ذلك كلّه فالأولى رعاية الاحتياط والإذن من الفقيه إذا لم يتعذّر ذلك.

الأمر الثالث: عدم المزاحمة بين تصرّف العدلين.

هل يشترط في جواز تصرّف العدل في أموال الصغار عدم المزاحمة من عدل آخر؟ قولان:

الأوّل: لا يشترط ذلك، بل يجوز له التصرّف ولو مع مزاحمة الآخر.

قال الشيخ الأعظم ﷺ: «ثمّ إنّه حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين، فالظاهر أنّه على وجه التكليف الوجوبي أو الندبي، لا على وجه النيابة من حاكم الشرع فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام ﷺ، فمجرّد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر ومزاحمته بالبيع ونحوه ـ إلى أن قال: ـ وبالجملة: فالظاهر أنّ حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الأب والجدّ، من حيث جواز التصرّف لكلّ منهما ما لم يتصرّف الآخر»[٣].

ومحصّل كلامه: أنّ الولاية الثابتة لعدول المؤمنين ليست إلّا على وجه الجواز أو الوجوب أو الندب التكليفي، لا على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلاً عن كونه على وجه النصب من الإمام ﷺ، فمجرّد وضع أحدهم يده على مال اليتيم لا يمنع الآخر عن تصرّفاته، نظير الأب والجدّ؛ حيث يجوز لكلّ منهما أن يتصرّف

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٥: ٦٢ـ٦٣.

(٣) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٦٩ـ٥٧٠.

فيما وضع الآخر يده عليه[١]. وبه قال المحقّق النائيني ﷺ[٢].

وقال بعضهم في توجيه هذا الحكم: أنّ الأصل يقتضي ذلك بعد عدم الدليل على الحرمة[٣].

والجواب عنه: أنّه لا شبهة في نفوذ تصرّفهم من البيع والشراء وغيرهما من أقسام التصرّفات عند فقد الحكّام، وليس معنى الولاية إلّا ذلك ـ التي ثبت من قبل الإمام ـ وإلّا فمجرّد الحكم التكليفي فهو من الأُمور الحسبية غير المربوطة بباب الولاية. إذن فولاية العدول كولاية الفقيه، فكما لا يجوز المزاحمة للفقيه إذا وضع يده على مال اليتيم لا يجوز مزاحمة العدل المؤمن أيضاً، وإذا كان كذلك فالأصل لا يقتضي الجواز؛ لأنّه لا دليل عليه في الفرض، بل على خلافه[٤].

قال المحقّق الايرواني في توجيه كلام الشيخ الأعظم ﷺ: «الظاهر أنّ مقصوده ليس ما هو ظاهر العبارة، كما يشهد له تفريع جواز مزاحمة غير المتصدّي للمتصدّي؛ فإنّ ذلك ليس متفرّعاً على كون جواز تصرّفهم جوازاً تكليفيّاً، بل متفرّع على ثبوت الولاية للعنوان العامّ، أعني عنوان المؤمن المنطبق على كلّ فرد فرد ابتداءً... وبالجملة جواز المزاحمة وعدم تعيّن الولاية بالشروع في التصرّف من مقتضيات كون الولاية بعنوان عام؛ أعني عنوان المؤمن وعنوان الأب بالمعنى الشامل للجدّ وعنوان الفقيه»[٥].

نقول: بعد كون ولايتهم كولاية الفقيه؛ فإنّهما يشتركان في الحكم، فكما

---

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٦٤.

(٢) منية الطالب ٢: ٢٤٣.

(٣) مهذّب الأحكام ١٦: ٣٨٣.

(٤) اقتبسنا ذلك من مصباح الفقاهة ٥: ٦٤ ـ ٦٥.

(٥) حاشية الايرواني على المكاسب: ١٥٩ الطبعة الحجريّة.

لا يجوز مزاحمة الفقيه في التصرّف، كذلك لا يجوز للعدول أيضاً.

القول الثاني: ـ وهو الحقّ ـ أنّه يشترط في نفوذ تصرّف العدول عدم مزاحمة عدل آخر، فبمجرّد وضع أحدهم يده على مال اليتيم لا يجوز للآخر التصرّف فيه؛ لأنّ الأصل الأوّلي عدم جواز التصرّف لأحدٍ في مال غيره، وبعد القطع بجوازه في مال اليتيم للحكّام ولعدول المؤمنين في الجملة، فالمتيقّن منه هو عدم جواز تصرّف الثاني فيه بعد وضع الأوّل يده عليه أو تصرّفه فيه، كما قال السيّد الخوئي ﷺ[1].

تذكرةٌ

واعلم أنّه على ما تتبّعنا في كلمات فقهاء أهل السنّة لم نجد مبحثاً مستقلّاً منهم بحثوا فيه عن شرائط إعمال ولاية المؤمنين، أو الأمين، أو العدول من المؤمنين، أو جماعة من المسلمين على اختلاف تعبيراتهم في هذه المسألة، ولكن يستفاد من كلماتهم ـ التي ذكروها في بيان شرائط الأولياء على نحو مطلق ـ أنّه يشترط في صحّة هذه الولاية رعاية الاحتياط والمصلحة للمولّى عليه، مثل ما كان شرطاً عندهم في إعمال ولاية الأب والجدّ والحاكم وغيرهم، فراجع كلماتهم التي نقلنا عنهم في ذيل البحث عن اعتبار المصلحة في ولاية الحاكم على أموال الصغار، فلانعيدها مراعاة للاختصار.

وهكذا يستفاد من كلماتهم في ترتيب الأولياء أنّ ولاية الحاكم وأمينه مقدّم على المؤمنين، وشرطوا في صحّة ولاية المؤمنين فقد الحاكم وأمينه؛ أي ما دام الحاكم وأمينه موجوداً لا يجوز لغيرهم التصرّف في أموال الأيتام، فلا معنى للبحث في أنّه هل يكون تصرّف المؤمنين منوطاً بالإذن من الحاكم أو لا؟ فراجع كلماتهم في البحث عن ترتيب الأولياء على التزويج والمال، والحمد لله ربّ العالمين.

---

(١) مصباح الفقاهة ٥: ٦٦.

الباب الخامس

في بيان موارد تصرّف الأولياء

تمهيد

اتّضح في الباب الرابع ثبوت ولاية الأولياء في النفوس وأموال الصغار، ويتفرّع على ذلك صحّة تصرّفاتهم في كثير من الأُمور، وتنقسم هذه التصرّفات باختلاف مواردها على أنواع:

الأوّل: العقود المعاوضيّة التمليكيّة؛ سواء تعلّقت بالأعيان، أو بالمنافع كالبيع والإجارة ونحوهما.

الثاني: العقود التمليكيّة غير المعاوضيّة، كالهبة والصدقة والوقف وغيرها.

الثالث: العقود الإذنيّة، كالوديعة والعارية والوكالة. وهذه الثلاثة كُلّها تصرفّات اعتباريّة.

الرابع: التصرّفات التي تعلّقت بنفس مال الصغير عيناً، كبناء عقاره، وحفظ ماله وتثميره، والزراعة له ورعي مواشيه، والإنفاق عليه من ماله وغيرها، وكلّ هذه الأربعة تكون من شؤون ولاية الأولياء على أموال الصغار.

الخامس: التصرّفات التي تترتّب لأجل ولايتهم على النفوس، كاستيفاء حقوقهم، وأخذ الشفعة لهم، وقبول الهبة والصدقة والوقف والوصيّة لهم وغير ذلك، ولبيان أحكام هذه التصرّفات عقدنا هذا الباب، وفيه فصول:

الأوّل: البيع والشراء والمصالحة بمال الصبيّ.

الثاني: الأُمور التي هي من شؤون الاتّجار.

الثالث: إجارة الوليّ الصبيّ أو ماله.

الرابع: استيفاء حقوق الطفل.

الخامس: الوصيّة بالولاية.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الفصل الأوّل

في البيع والشراء والاتّجار والمصالحة بمال الصبيّ

وفيه مباحث:

المبحث الأوّل: البيع والشراء والاتّجار بمال الصبيّ

الظاهر أنّه لا خلاف بين الفقهاء في أنّه يجوز للوليّ البيع والشراء بمال الصبيّ إن كان في ذلك مصلحة له.

جاء في المبسوط: «من ولّي مال اليتيم جاز له أن يتّجر فيه للصبيّ نظراً له؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو وصيّاً، أو حاكماً أو أميناً لحاكم»[1].

وقال ابن زهرة السيّد أبو المكارم: «من شرائط صحّة البيع ثبوت الولاية في المعقود عليه، ثمّ قال: واشترطنا ثبوت الولاية احترازاً من بيع من ليس بمالكٍ للمبيع ولا في حكم المالك له، وهم ستّة: الأب والجدّ ووصيّهما، والحاكم وأمينه والوكيل»[2]. وبه قال سلّار[3] وابن حمزة[4] والكيدري[5].

---

(١) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٢.

(٢) غنية النزوع: ٢٠٧.

(٣) المراسم: ١٧٣.

(٤) الوسيلة: ٢٣٦.

(٥) إصباح الشيعة: ١٩٧.

وفي الشرائع في شرائط المتعاقدين: «وأن يكون البائع مالكاً أو ممّن له أن يبيع عن المالك كالأب والجدّ للأب، والوكيل، والوصيّ، والحاكم وأمينه»[١].

وبه قال العلّامة في جملة من كتبه[٢] والشهيد[٣] والمحقّق الأردبيلي[٤]. وبه قال أيضاً جماعة من المتأخّرين ومتأخّريهم[٥].

وجاء في مفتاح الكرامة: «اشتراط كون البائع أحد هذه السبعة ممّا طفحت[٦] به عبارات الأصحاب، كالشيخ الطوسي وأبي المكارم والحلّي ومن تأخّر عنهم إلّا من شذّ»[٧].

وقال الشيخ الأعظم: «ومن شروط المتعاقدين: أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع»[٨].

والظاهر من هذه الجملة أنّ المدّعى من الواضحات التي لا مجال للبحث فيها والاستدلال لها[٩].

جاء في مجمع الفائدة والبرهان: «الظاهر أنّه لا خلاف ولا نزاع في جواز البيع

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٤، المختصر النافع: ١٤٦.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٨٩ـ ٩٠، تذكرة الفقهاء ١٠: ١٤، نهاية الإحكام ٢: ٤٧٧، تبصرة المتعلّمين: ٩٦، تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٢٧٦.

(٣) الدروس الشرعيّة ٣: ١٩٢.

(٤) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٥٧.

(٥) جامع المقاصد ٤: ٨٧، رياض المسائل ٥: ٦٣، الحدائق الناضرة ١٨: ٤٠٣، مسالك الأفهام ٣: ١٦٤، الروضة البهيّة ٣: ٢٤١، جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٢ و ٣٢٤، المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥، المكاسب والبيع للنائيني ٢: ٣٣٠، الحاشية على المكاسب للاصفهاني ٢: ٣٧٢، كتاب البيع للأراكي ٢: ٣، كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٣٥، مصباح الفقاهة ٥: ١١، منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ١٩.

(٦) «طفح: طفح الإناء طفوحاً، إذا امتلأ حتّى يفيض». الصحاح للجوهري ١: ٣٤٤.

(٧) مفتاح الكرامة ٤: ١٨٤.

(٨) المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٣٤٥.

(٩) مباني منهاج الصالحين ٧: ٤٠٩.

والشراء وسائر التصرّفات للأطفال والمجانين والسفهاء المتّصل جنونهم وسفههم إلى البلوغ، من الأب والجدّ للأب، لا للأُمّ، ومن وصيّ أحدهما مع عدمهما، ثمّ من الحاكم أو الذي يعيّنه لهم»[١].

وفي تحرير الوسيلة: «يجوز للأب والجدّ للأب ـ وإن علا ـ أن يتصرّفا في مال الصغير بالبيع والشراء والإجارة وغيرها»[٢].

وبه قال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني[٣].

أدلّة جواز البيع والشراء بمال الطفل

ويمكن الاستدلال لهذا الحكم ـ مضافاً إلى الأدلّة التي تثبت بها ولاية الوليّ على أموال الصغار بنحو العامّ، التي بحثنا عنها في الباب الرابع ـ بوجوهٍ:

الأوّل: الإجماع الذي ادّعاه في الرياض[٤] والجواهر[٥] والمكاسب[٦].

الثاني: النصوص المستفيضة.

قال الشيخ الأعظم: «يدلّ عليه قبل الإجماع الأخبار المستفيضة المصرّحة في موارد كثيرة»[٧].

منها: صحيحة علي بن رئاب ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجلٍ بيني وبينه قرابة مات وترك أولاداً صغاراً، وترك

---

(١) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ١٥٧.

(٢) تحرير الوسيلة ١: ٤٠١ في شرائط المتعاقدين مسألة ١٨.

(٣) الأحكام الواضحة للشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: ٣١٧.

(٤) رياض المسائل ٥: ٦٣.

(٥) جواهر الكلام ٢٢: ٢٧٢.

(٦) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.

(٧) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ٥٣٥.

مماليك غلماناً وجواري ولم يوصِ، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتّخذها أُمّ ولد؟ وما ترى في بيعهم؟

قال: فقال: «**إن كان لهم وليّ يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم وكان مأجوراً فيهم**».

قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتّخذها أُمّ ولد؟

فقال: «**لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم، فليس لهم أن يرجعوا فيما صنع القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم**»[1].

والظاهر أنّ ترك الوصيّة إنّما هو بالنسبة إلى الجواري والغلمان، والمراد من القيّم والوليّ من نصبه الأب؛ فإنّ نَصْبَ قضاة الجور لا أثر له، ونَصْبُه عليه السلام ونَصْبُ فقيهٍ منّا مفروض العدم.

ومنها: صحيحة ربعي بن عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: **في رجل عنده مال اليتيم، فقال: «إن كان محتاجاً وليس له مال فلا يمسّ ماله، وإن هو اتّجر به فالربح لليتيم وهو ضامن»**[2].

وهذه الرواية تدلّ على أحكام؛ وهي جواز الاتّجار بمال اليتيم، وكون الربح لليتيم، وكون الوليّ ضامناً إن تلف المال.

ومنها: معتبرة أو صحيحة محمّد بن مسلم ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم، وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: «**لا بأس به من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك وهو حيّ**»[3].

---

(١) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٩ الباب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح١.

(٢) نفس المصدر ١٢: ١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح٣.

(٣) نفس المصدر ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا، ح١.

←

وقال الإمام الخميني﵀ بعد نقل الحديث: «دلّت بتعليلها على أنّ إذن الأب موجب لصحّة المعاملات الواقعة على مال الصغير؛ سواء كان في حال حياته ـ بأن يُوكّل من يعمل ذلك ـ أو كان بعد مماته بالإيصاء والإجازة، فيظهر منه أنّ له التصرّف بالبيع والشراء ونحوهما، وأنّه وليّ الطفل وأنّ تصرّفاته نافذة؛ سواء كانت فيما ملكه الطفل حال حياته، أو فيما انتقل إليه بعد مماته»[1].

وبالجملة: هذه النصوص تدلّ على جواز تصرّف الأب في حال حياته بالبيع والشراء والاتّجار في مال الصبيّ وتفويضه إلى الوصي بعد موته.

وكذلك غيرها من الأخبار المستفيضة في موارد كثيرة[2].

آراء فقهاء أهل السنّة في هذه المسألة

أ ـ الحنفيّة

فقد جاء في بدائع الصنائع: «وله ـ أي الوليّ ـ أن يبيع ماله بأكثر من قيمته

← وسند هذه الرواية إمّا صحيحة أو معتبرة؛ لأنّ أحمد بن محمّد هو أحمد بن محمّد العاصمي الكوفي وهو ثقة، وعليّ بن الحسن هو ابن فضّال بقرينة الراوي والمروي عنه، والحسن بن علي هو ابن يوسف كما في الفقيه ٤: ٢١٠ ح ٥٩٠ والتهذيب ٩: ٢٣٦ ح ٩٢١، والكافي ٧: ٦٢ ح ١٩. وأمّا مثنّى بن الوليد، فهو ثقة؛ لأنّه قال الكشّي: «قال محمّد بن مسعود: قال عليّ بن الحسن «ابن فضّال» سلّام والمثنى بن الوليد والمثنّى بن عبد السلام كلّهم حنّاطون كوفيّون لا بأس بهم». رجال الكشّي: ٣٣٨ الرقم ٦٢٣. وأيضاً يروي عنه الأجلاء كالبزنطي وابن فضّال وعبدالله بن مسكان وحسن بن محبوب. جامع الرواة ٢: ٤٠.

(١) كتاب البيع ٢: ٤٣٦.

(٢) وسائل الشيعة ٦: ٥٤ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٥، قال﵇ فيه: «إذا اتّجر به فزكّه». وح ١٠، وفيه: «لا زكاة عليه إلّا أن يعمل به». وص ٥٧ الباب ٢ من تلك الأبواب ح ١؛ فإنّه قال﵇ في جواب السائل الذي سأل بأنّه هل على مال اليتيم زكاة؟ «لا، إلّا أن يتّجر به أو تعمل به» وح ٢؛ فإنّ فيه قول الإمام﵇: «ليس في مال اليتيم زكاة إلّا أن يتّجر به فإن اتّجر به، فالربح لليتيم، وإن وضع فعلى الذي يتّجر به». وهكذا ح ٣ ـ ٨ من هذا الباب. وهكذا الوسائل ١٢: ١٩٠ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ١ ـ ٥.

ويشتري له شيئاً بأقلّ من قيمته؛ لما قلناه[١].

وله أن يبيعه بمثل قيمته وبأقلّ من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادةً، وله أن يشتري له شيئاً بمثل قيمته وبأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادةً»[٢].

وقال في موضع آخر: «إنّ الأب أو الجدّ إذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته أو بأقلّ جاز. ولو فعل الوصيّ ذلك لا يجوز عند محمد أصلاً، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف إن كان خيراً لليتيم جاز، وإلّا فلا»[٣].

وبه قال الزيلعي الحنفي[٤].

ب ـ الشافعيّة

وجاء في المهذّب للشيرازي: «يجوز أن يتّجر في ماله؛ لما روى عبدالله بن عمرو بن العاص أنّ النبيّ ﷺ قال: **ألا من ولّي يتيماً له مال فليتّجر له بماله ولا يتركه حتّى تأكله الصدقة**»[٥]،[٦].

ثمّ قال في موضع آخر: «إن أراد أن يبيع ماله بماله، فإن كان أباً أو جدّاً جاز ذلك؛ لأنّهما لا يتّهمان في ذلك لكمال شفقتهما، وإن كان غيرهما لم يجز؛ لما روي أنّ النبيّ ﷺ قال: **لا يشتري الوصيّ من مال اليتيم**[٧]. ولأنّه متّهم في طلب الحظّ

---

(١) أي لأنّه نفع محض له فيملك الوليّ.

(٢ ـ ٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١ و ٣٥٢.

(٤) تبيين الحقائق ٥: ٢٢١.

(٥) الأموال لأبي عبيد: ٥٤٧ ح ١٢٩٩، وفيه: **فليتّجر له فيه**. سنن الترمذي ٣: ٣٢ ح ٦٤٠، شرح السنّة ٤: ٣٦ ح ١٥٨٩ وفيهما: **فليتّجر فيه**، سنن الدارقطني ٢: ٩٥ ح ٩١٥١، وفيه: **فليتّجر له**. السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٥٢٤ ح ٧٤٣٣ وفيه: **فليتّجر له فيه**.

(٦) المهذّب للشيرازي ١: ٣٢٨.

(٧) قال النووي: «قال ابن حجر في تلخيص الحبير: لم أجد هذا الحديث». المجموع ١٤: ١٣٧، وكذا في هامش العزيز شرح المهذّب ٥: ٨١.

له في بيع ماله من نفسه، فلم يجعل ذلك إليه»[١].

وقال النووي: «وللناظر في مال الصبيّ أن يتّجر في ماله؛ سواء كان الناظر أباً، أو جدّاً، أو وصيّاً، أو سلطاناً، أو أميناً من قبل الحاكم»[٢].

وقريب من هذا ماجاء في كلام الماوردي[٣] والخطيب الشربيني[٤] وغيرهما[٥].

ج ـ المالكيّة

قالوا: إنّ للأب بيع مال ولده المحجور عليه مطلقاً عقاراً كان أو منقولاً، ولا يتعقّب بحال ولا يطلب منه بيان سبب البيع؛ لأنّ تصرّفه محمول على المصلحة[٦].

وأمّا الوصيّ، فلا يبيع عقار محجوره إلّا لسببٍ يقتضي بيعه؛ كنفقةٍ ووفاء دينٍ لم يوجد لهما غير العقار، أو كون بيعه غبطةً؛ بأن زيد في ثمنه الثلث فأكثر، أو كونه يؤخذ عليه توظيفٌ؛ أي تجبى عليه جباية، أو كون غلّته قليلة، فيباع ويشترى من ثمنه عقار أكثر غلّة، أو لخوفٍ عليه من ظالم أو غيرها[٧].

وكذلك يبيع الحاكم كالوصيّ مال المحجور عند الضرورة، كالنفقة ووفاء الدين ونحوهما.

---

(١) المهذّب للشيرازي ١: ٣٣٠.

(٢) المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٢٤.

(٣) الحاوي الكبير ٦: ٤٥٠.

(٤) مغني المحتاج ٢: ١٧٤.

(٥) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٠، روضة الطالبين ٣: ٤٧٦ ـ ٤٧٧.

(٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣: ٢٩٩ ـ ٣٠٠، بلغة السالك «شرح الصغير» ٣: ٢٤٥، مواهب الجليل ٦: ٦٤٩ ـ ٦٥٢، حاشية الخرشي ٦: ٢٤٣، حاشية البناني على شرح الزرقاني ٥: ٣٠١، تبيين المسالك ٣: ٥٢٩ و ٥٢٦، عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠، التاج والإكليل ٦: ٦٥٥.

(٧) نفس المصدر السابق.

د ـ الحنابلة

يجوز عندهم أيضاً أن يتصرّف الوليّ في أموال الصبيّ بالمصلحة، فله أن يتّجر بماله، والتجارة بماله أولى من تركه، واستدلّوا بما روي عن النبيّ ﷺ قال: **«من ولي يتيماً له مال فليتّجر له فيه، ولا يتركه حتّى تأكله الصدقة»**[١].

ومتى اتّجر في مال الصبيّ بنفسه فالربح كلّه لليتيم؛ لأنّ الربح نماء مال اليتيم، فلا يستحقّه غيره إلّا بعقدٍ، والمضارب إنّما يستحقّ بعقد، ولا يجوز أن يعقد الوليّ المضاربة مع نفسه لنفسه[٢].

قال ابن قدامة: «ويجوز أن يشتري له العقار؛ لأنّ الحظّ فيه يحصل منه الفضل ويبقى الأصل، فهو أحظّ من التجارة وأقلّ غرراً»[٣].

وهكذا قالوا: إنّ للأب بيع ماله بماله؛ لأنّه غير متّهم عليه لكمال شفقته، وليس ذلك للوصيّ ولا للحاكم؛ لأنّهما متّهمان في طلب الحظّ لأنفسهما، فلم يجز ذلك لهما[٤].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

---

(١) تقدّم تخريجه.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ١٠٨ ـ ١٠٩، المغني ٤: ٢٩٣، والشرح الكبير ٤: ٥١٩ و ٥٢٠ و ٥٢٣ و ٥٢٤، الإقناع ٢: ٢٢٤ و ٢٢٥، الإنصاف ٥: ٣٢٥ ـ ٣٢٦.

(٣) المغني ٤: ٢٩٣، الشرح الكبير ٤: ٥١٩ و ٥٢٠.

(٤) المصادر المتقدّمة.

المبحث الثاني:
الفروع التي تنشأ من ولاية الأولياء على أموال الصغار

الأوّل: قال في التذكرة: «وهل للوصيّ بيع مال الطفل والمجنون من نفسه، وبيع مال نفسه منه؟ منع منه جماعة من علمائنا، والشافعي أيضاً لقوله ﷺ: لا يشتري الوصيّ من مال اليتيم»[١]. والأقرب عندي الجواز، والتهمة منتفيةٌ مع الوثوق بالعدالة، ولأنّ التقدير أنّه بالغ في النصيحة، ولا استبعاد في كونه موجباً وقابلاً كما في الأب والجدّ. إذا عرفت هذا فهل للأب والجدّ للأب ذلك؟ الأولى ذلك، وبه قال الشافعي؛ لأنّ شفقّتهما[٢] عليه يوجب المناصحة. وكذا يبيع الأب والجدّ عن أحد الصغيرين ويشتري للآخر»[٣].

وفي الشرائع: «الأب والجدّ للأب يُمضى تصرّفهما... فيجوز أن يبيع عن ولده من غيره، وعن نفسه من ولده، وعن ولده من نفسه»[٤].

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١ الطبعة الحجريّة.

(٢) مقتضى التعليل انحصار الجواز بالأب والجدّ، مع أنّ الملاك في جواز البيع أو الشراء بالنسبة إلى الوصي هو انتفاء التهمة، وهذا الملاك عامّ حتّى بالنسبة إلى غير الأب والجدّ من الحاكم أو أمينه أو عدول المؤمنين. وهكذا يدلّ عليه إطلاق ما دلّ على نفوذ التصرّف للمؤمن العادل، إلاّ أن يقال: إنّ الحكم فيه تكليفيّ وليس من قبيل الولاية حتّى يتمسّك بعمومه، وكيف كان، الظاهر من المحقّق والجواهر أنّ جواز وقوعه لأحد طرفي العقد منحصر بالأب والجدّ، مع أنّ العلاّمة قد صرّح للوصيّ أيضاً؛ فإذا قلنا للمؤمن العدل ولاية، فيجوز له أن يبيع مال الصبيّ عن نفسه بما يكون مصلحة له. م ج ف.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجريّة.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٥.

وبه قال في المسالك[١].

وفي الجواهر في شرح كلام المحقّق: «بلا خلاف محقّق في المقام، أو معتدّ به أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافاً إلى السيرة ونصوص تقويم جاريته عليه[٢]... وإطلاق ما دلّ على ولايته الشامل لذلك البيع وعدم اختصاصها بالعقد مع الغير»[٣].

وجاء في البيان في فقه الشافعي: «ويجوز للأب والجدّ أن يبيعا مالهما من الصبيّ ويشتريا ماله بأنفسهما إذا رأيا الحظّ له في ذلك؛ لأنّهما لا يتّهمان في ذلك -إلى أن قال: -وأمّا غير الأب والجدّ من الأولياء كالوصيّ وأمين الحاكم، فلايجوز أن يبيع ماله من الصبيّ ويتولّى طرفي العقد، ولا يجوز أن يشتري ماله بنفسه»[٤].

وكذا عند الحنفيّة[٥].

وفي الشرح الكبير: «ولا يجوز أن يشتري -أي الوليّ- من مالهما شيئاً لنفسه ولا يبيعهما إلّا الأب؛ لأنّه غير متّهم عليه لكمال شفقته. وبه قال أبو حنيفة ومالك والأوزاعي والشافعي وزادوا الجدّ»[٦].

الثاني: قال العلّامة في القواعد: «يجب حفظ مال الطفل واستنماؤه قدراً لا تأكله النفقة على إشكال»[٧].

ولكن جزم في نكاح التذكرة بأنّه «يجب على الوليّ حفظ مال الطفل؛ لأنّ الله

---

(١) مسالك الأفهام ٣: ١٦٥.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٨ الباب ٧٩ من أبواب ما يكتسب به، ح ١ و ٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٢: ٣٢٤ مع تصرّف يسير.

(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٦: ٢١٦-٢١٧.

(٥) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٢.

(٦) الشرح الكبير ٤: ٥١٩.

(٧) قواعد الأحكام ٢: ١٣٥.

تعالى جعله قيّماً عليه ناظراً في مصالحه وتحصيل منافعه، ودفع المفاسد عنه، فيجب عليه مراعاة حاله في حفظ ماله، وصونه عن أسباب التلف، وعليه استنماؤه بحيث لا تأكله النفقة والمؤن إن أمكن ذلك، ولا تجب عليه المبالغة في الاستنماء وطلب النهاية فيه.

ولو طلب متاعه بأكثر من ثمنه وجب بيعه، إلّا أن تقتضي المصلحة إبقاءه، ولو كان هناك متاع يُباع بأقلّ ثمنه وللطفل مال وجب أن يشتريه مع المصلحة والغبطة، إلّا أن يرغب الوليّ في شرائه لنفسه فيجوز.

وما يحتاج الطفل إلى إبقائه وحفظ ثمنه لا يجوز بيعه وإن طلب بالزيادة، والعقار الذي يحصل منه قدر كفايته لا يباع.

وكذا في طرف الشراء، قد يكون الشيء رخيصاً لكن يكون في معرض التلف، أو يتعذّر بيعه لقلّة الراغب فيه فلا يشتريه الوليّ؛ لأنّه يكون ثقله على الطفل»[1].

ولم يرجّح ابن العلّامة ذلك في الإيضاح، حيث قال: «ينشأ الإشكال من أنّه اكتساب لا يجب، ومن أنّه منصوب للمصلحة، وهذه من أتمّ المصالح، ولأنّه مفسدة وضرر عظيم على الطفل ونصب المولى لدفعها، وبهذا يبنى على أنّ هذا هل هو مصلحة أو أصلح، وعلى الثاني هل يجب أم لا؟ وقد حقّق ذلك في علم الكلام»[2].

نقول: الظاهر لزوم التفصيل في المسألة، والقول بأنّه يجب على الوليّ حفظ مال الطفل عن التلف، بحيث لو لم يقدم على هذا كان عاصياً ومعاقباً، ولكن لايجب[3]

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٩، الطبعة الحجريّة.

(٢) إيضاح الفوائد ٢: ٥٣.

(٣) إلّا إذا طلب المتاع بأكثر من ثمنه ولا تقتضي المصلحة إبقاءه، وبعبارة أخرى: الاستنماء ابتداءً لا دليل على وجوبه، وأمّا في فرض الطلب هكذا فمن مصاديق لزوم رعاية المصلحة. م ج ف.

عليه استنماء مال الطفل وطلب الزيادة فيه.

والدليل على هذا أنّ الله ـ تعالى ـ جعل الوليّ قيّماً على الطفل ناظراً في مصالحه، وهذا الجعل يوجب أن يكون مكلّفاً في دفع الضرر والمفاسد عن نفس الطفل وماله، فيجب عليه مراعاة حاله وحفظ ماله؛ لأنّه لا معنى بأن يقال: إنّ الوليّ قيّم وناظر ولا يجب حفظه وحفظ ماله عن التلف.

بتعبير آخر: إنّ لجعل الشارع القيمومة للطفل أثراً، وهو إلزام القيّم برعاية مصالحه، ومنها: حفظ ماله عن التلف، وإن لم نقل بذلك يكون جعل القيمومة بلا أثر ولغواً.

وممّا ذكرنا ظهر أنّه إن تلف مال الطفل في زمان قيمومة الوليّ فليس عليه ضمان؛ لأنّه لم يكن موجباً لإتلافه بحيث يصدق أن يُقال: إنّ الوليّ أتلف مال الطفل وإن كان عاصياً في عدم حفظه مال الطفل.

وأمّا وجوب استنماء مال الطفل وطلب الزيادة فيه، فلا يجب على الوليّ؛ لأنّه اكتساب وتكليف زائد ولا دليل عليه، فنحكم بعدم وجوبه للأصل.

وهذا هو الظاهر من كلام المحقّق الثاني، حيث قال ـ في ذيل كلام العلّامة في القواعد «واستنماؤه قدراً لا تأكله النفقة على إشكال» ـ: «ينشأ من أنّ ذلك اكتساب مال الطفل ولا يجب، ومن أنّ ذهاب ماله في النفقة ضرر عظيم، وفائدة نصب الوليّ دفع الضرر، وربما بني الحكم على أنّ الواجب الأصلح، أم تكفي المصلحة، والأصحّ عدم الوجوب»[1].

واختاره أيضاً في مفتاح الكرامة بأنّه قال: «أصحّه عدم الوجوب». واستدلّ بأنّ «الواجب على الوصيّ فعل ما فيه مصلحة؛ بمعنى دفع الضرر، ولا يجب

(١) جامع المقاصد ٥: ١٨٨.

عليه الأصلح»[١].

ويدلّ أيضاً على عدم وجوبه ما ورد في خبر أسباط بن سالم قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كان لي أخ هلك فأوصى «فوصّى خ ل» إلى أخ أكبر منّي وأدخلني معه في الوصيّة، وترك ابناً له صغيراً وله مال، أفيضرب به أخي؟ فما كان من فضل سلّمه لليتيم، وضمّن له ماله، فقال: «**إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلابأس به، وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم**»[٢].

حيث قال عليه السلام: «**لابأس به**» ولم يقل: فليتّجر به، أو يضارب، أو يجب عليه، أو نحو ذلك ممّا يدلّ على الوجوب.

ومثله خبر أبي الربيع قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم وهو وصيّه، أيصلح له أن يعمل به؟ قال: «**نعم، كما يعمل بمال غيره والربح بينهما**». قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: «**لا، إذا كان ناظراً له**»[٣].

ولعلّه لما ذكرنا عدل العلّامة عن نظره الشريف فقال في حجر التذكرة: «للوليّ أن يتّجر بمال اليتيم ويضارب به، ويدفعه إلى من يضارب له به، ويجعل له نصيباً من الربح، ويستحبّ له ذلك؛ سواء كان الوليّ أباً أو جدّاً له، أو وصيّاً، أو حاكماً أو أمين حاكم. وبه قال عليّ عليه السلام وعمر وعائشة والضحّاك، ولا نعلم فيه خلافاً إلّا ماروي عن الحسن البصري كراهة ذلك؛ لأنّ خَزْنَه[٤] أحفظ وأبعد من التلف»[٥].

الثالث: أيضاً في التذكرة: «يجب على الوليّ الإنفاق على من يليه بالمعروف،

---

(١) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٠ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح١.

(٣) وسائل الشيعة ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح٦.

(٤) خَزَنَ الشيء خَزْناً جَعَلَهُ في خزانةٍ، لسان العرب ٢: ٢٥٢، المعجم الوسيط: ٢٣٣.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠، الطبعة الحجريّة.

ولا يجوز له التقتير عليه في الغاية، ولا الإسراف في النفقة، بل يكون في ذلك مقتصد، أو يجري الطفل على عادته وقواعد أمثاله من نظرائه، فإن كان من أهل الاحتشام أطعمه وكساه ما يليق بأمثاله من المطعوم والملبوس. وكذا إن كان من أهل الفاقة والضرورة أنفق عليه نفقة أمثاله»[١].

وكذا في وسيلة النجاة[٢] وتحريرها[٣] وتفصيل الشريعة، وزاد أنّه «لو أسرف في ذلك يكون ضامناً للزيادة، كما أنّه لو قتّر يكون معاقباً عليه، بل لو صار التقتير سبباً للمرض والكسالة المستلزمة صحّتها للمخارج لا يبعد أن يقال بضمان تلك المخارج حتّى تتحقّق الصحّة»[٤].

وهو مقتضى موثّقة سماعة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾؟ فقال: «يعني اليتامى إذا كان الرجل يلي لأيتام في حجره فليخرج من ماله على قدر ما يحتاج إليه، على قدر ما يخرجه لكلّ إنسان منهم فيخالطهم ويأكلون جميعاً، ولا يرزأنّ[٥] من أموالهم شيئاً، إنّما هي النار»[٦].

وكذا مرسلة العيص بن القاسم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن اليتيم تكون غلّته[٧] في الشهر عشرين درهماً، كيف ينفق عليه منها؟ قال: «قوته من

---

(١) نفس المصدر ٢: ٨٢، الطبعة الحجريّة.

(٢) وسيلة النجاة ٢: ١٠١.

(٣) تحرير الوسيلة ٢: ١٦.

(٤) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٨.

(٥) رزأه ماله: أي أصاب منه شيئاً فنقصه، المعجم الوسيط: ٣٤١.

(٦) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

(٧) الغلّة: كلّ شيء يحصل من ريع الأرض أو أجرتها ونحو ذلك، المصباح المنير: ٤٥٢، والريع الزيادة والنماء، قال الأزهري: الريع فضل كلّ شيء على أصله، المصباح المنير ١: ٢٤٨.

الطعام والتمر»[١].

الرابع: من يلي مال اليتيم من وليّ أو وصيّ يجب أن يخرج عن الطفل من ماله جميع ما يتعلّق به من الديون التي لزمته باقتراض الوليّ عنه، أو لزمته بأرش أو جناية، أو بسبب ديون مورّثه.

فأمّا زكاة الفطرة، فلا تجب عليه عندنا خلافاً لبعض العامّة.

وأمّا زكاة المال، ففيها قولان: أحدهما: الاستحباب[٢].... وإن جنى الطفل على مال كانت في ماله، يخرجها الوصيّ عنه. وإن كانت على النفس فهي خطأ مطلقاً؛ لأنّ عمد الطفل عندنا خطأ... فالدية على العاقلة.

والكفّارة في مال الطفل على الفور... وكذا ينفق على من عليه نفقته، فلو كان له أبوان فقيران أنفق عليهما[٣].

نقول: سنذكر حكم الزكاة والخمس في مال الصبيّ وكذا الكفّارة في الباب الذي عقدناه للبحث عن عبادات الطفل إن شاء الله.

الخامس: قال في التحرير: «يجوز أن يفرد اليتيم بالمأكول والملبوس والسكنى، وأن يخلطه بعائلته يحسبه كأحدهم، فيأخذ من ماله بإزاء ما يقابل مؤونته ولا يفضله على نفسه، بل يستحبّ أن يفضل نفسه عليه، ولو كان إفراده أرفق به أفرده، وكذا لو كان الرفق في مزجه أمزجه استحباباً»[٤]. وكذا في المبسوط[٥] والسرائر[٦]

---

(١) نفس المصدر ١٢: ١٩٠ الباب ٧٤ من أبواب ما يكتسب به، ح١.

(٢) قال الشيخ الطوسي: «ما يجب فيه الزكاة من أموال الطفل فعلى الوصيّ أن يخرج من ماله» الخلاف ٤: ١٦٥.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجريّة.

(٤) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٣.

(٥) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٣.

(٦) السرائر ٢: ٢١٣ ـ ٢١٤.

والوسيلة[١] وتحريرها[٢].

وزاد في التذكرة: «فينبغي أن يتغابن ـ أي الوليّ ـ مع الأيتام فيحسب لكلّ واحد من عياله وأتباعه أكثر من أكل اليتيم وإن ساوى الواحد منهم، تحفّظاً لمال اليتيم وتحرّزاً من تلف بعضه، ولو تعدّد اليتامى واختلفوا كبراً وصغراً حسب على الكبير بقسطه وعلى الصغير بقسطه لئلّا يضيع مال الصغير بقسطه على نفقة الكبير»[٣].

وقريب من هذا في جامع المقاصد[٤] ومفتاح الكرامة[٥]. ولقد أجاد في تفصيل الشريعة حيث قال: «يجوز له ـ أي للوليّ ـ أن يخلطه بعائلته وأُسرته ويحسبه كأحدهم، فيوزّع المصارف عليهم بنسبة الرؤوس ويأخذ سهم اليتيم من ماله، بل لعلّ هذا يكون أنفع بحاله من الإفراد والاستقلال؛ لأنّ التوزيع موجب لقلّة مصارف اليتيم نوعاً... هذا بالإضافة إلى المأكول والمشروب.

وأمّا الملبوس فحيث إنّه لا معنى للتوزيع فيه غالباً، فالحساب على كلّ على حدّة. وأمّا المسكن لو لم يكن اليتيم واجداً له بالإرث ونحوه، فاللازم فيه أيضاً رعاية ما هو صلاح له من الاشتراء والاستئجار والإفراد والمخالطة»[٦].

ويدلّ عليه موثّقة سماعة المتقدّمة؛ لأنّ الإمام عليه السلام قال فيها: «**إذا كان الرجل يلي لأيتام في حجره فليخرج من ماله على قدر ما يحتاج إليه، على قدر ما**

---

(١) وسيلة النجاة ٢: ١٠١.

(٢) تحرير الوسيلة ٢: ١٦.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٢، الطبعة الحجريّة.

(٤) جامع المقاصد ٥: ١٩١.

(٥) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٩.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٦.

يخرجه لكلّ إنسان منهم فيخالطهم ويأكلون جميعاً» الحديث[١].

وخبر أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: قلت: أرأيت قول الله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ﴾ قال: «**تخرج من أموالهم قدر ما يكفيهم، وتخرج من مالك قدر ما يكفيك، ثمّ تنفقه**». قلت: أرأيت إن كانوا يتامى صغاراً وكباراً، وبعضهم أعلى كسوة من بعض، وبعضهم آكل من بعض ومالهم جميعاً، فقال: «**أمّا الكسوة فعلى كلّ إنسان منهم ثمن كسوته، وأمّا الطعام فاجعلوه جميعاً؛ فإنّ الصغير يوشك أن يأكل مثل الكبير**»[٢].

وكذا يدلّ عليه رواية تفسير القمّي[٣].

السادس: جاء في المبسوط: «ويستحبّ له ـ أي للوليّ ـ أن يشتري بماله ـ أي اليتيم ـ العقار[٤]؛ لأنّه يحصل فيه الفضل ويبقى الأصل، ولا يشتريه إلّا من ثقة أمين يؤمن جحوده أو حيلته في إفساد البيع؛ بأن يكون قد أقرّ لغيره قبل البيع وما أشبه ذلك، ويكون في موضع لا يخاف هلاكه؛ بأن لا يكون بقرب الماء فيخاف غرقه أو في معترك بين طائفتين من أهل بلد فيخاف عليه الحريق والهدم»[٥].

وكذا في التحرير[٦].

وزاد في التذكرة: «لأنّه يحصل منه الفضل ولا يفتقر إلى كثير مؤنة وسلامته

---

(١) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح١.

(٣) نفس المصدر، ح٦.

(٤) العقار مثل سلام كلّ ملكٍ ثابتٍ له أصل، كالدار والنخل. قال بعضهم: وربما أطلق على المتاع، والجمع عقارات والعقار بالفتح. المصباح المنير: ٤٢١.

(٥) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٢.

(٦) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٢.

متيقّنة، والأصل باق مع الاستنماء، والغرر فيه أقلّ من التجارة، بل هو أولى منها؛ لما في التجارة من الأخطار وانحطاط الأسعار، فإن لم يكن في شرائه مصلحة إمّا لفضل الخراج وجور السلطان، أو إشراف الموضع على البوار لم يجز»[١].

السابع: يجوز أن يبني عقارَهُ، ويستجدّه إذا استهدم من الدور والمساكن؛ لأنّه في معنى الشراء، إلّا أن يكون الشراء أنفع فيصرف المال إليه، ويقدّمه على البناء.

وإذا أراد البناء بنى بما فيه الحظّ لليتيم، ويبنيه بالآجر والطين. وإن اقتضت المصلحة البناء باللبن[٢] فعل، وإلّا فلا... وبالجملة: يفعل الأصلح... والأولى البناء في كلّ بلد على عادته[٣].

الثامن: قال الشيخ في المبسوط: «إن كان له ـ أي لليتيم ـ عقار لم يجز لوليّه أن يبيعه إلّا عند الحاجة بالصغير إلى ثمنه لنفقته وكسوته، ولا يكون له وجه غيره من غلّةٍ وأُجرة عقارٍ فيباع بقدر الحاجة، أو يكون في بيعه غبطة...»[٤].

وكذا في القواعد[٥]، وعلّله في التذكرة بأنّ الوليّ مأمور بفعل ما فيه الحظّ والمصلحة لليتيم، وبيع عقاره يكون تفويتاً للحظّ والمصلحة عليه، فلا يجوز إلّا أن احتيج إلى بيعه فجاز[٦].

وقال المحقّق العاملي ـ في شرح كلام الماتن في المقام ـ: «كأن يكون به ضرورة إلى كسوة أو نفقة، أو قضاء دين أو ما لابدّ منه، ولا تندفع حاجته إلّا بالبيع

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجريّة.

(٢) اللَّبن: المضروب من الطين يبنى به دون أن يطبخ، المعجم الوسيط ٢: ٨١٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجريّة، المبسوط للطوسي ٢: ١٦٢.

(٤) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٢.

(٥) قواعد الاحكام ٢: ١٣٦.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجريّة.

والجزئيات لا تنضبط، فالمدار على الحاجة مع المصلحة»[١].

والحاصل: أنّ تصرّف الأولياء في أملاك الأيتام بالبيع والشراء مقيّد بوجود المصلحة أو عدم المفسدة على ما بيّناه سابقاً، وبيع عقار اليتيم من دون حاجة يكون على خلاف مصلحته، بل يوجب ضرراً ومفسدة عليه، فلا يجوز تكليفاً؛ بمعنى أنّه إن باع الوليّ العقار أو غيره من دون حاجة إلى البيع وعلى خلاف مصلحة اليتيم كان عاصياً؛ لأنّ فعله يوجب ضرراً عليه وهو محرّم، وكذا لا ينعقد البيع وضعاً؛ بمعنى أنّه إن عصى وأوجب البيع لم يصحّ ولم يخرج المبيع عن ملك اليتيم، ولا تترتّب عليه آثار الملك للمشتري؛ لأنّ في فرض المسألة لم يكن الوليّ مجازاً للتصرّف لا شرعاً، فإنّ تصرّفه شرعاً مقيّد بالمصلحة، ولا من ناحية المالك ـ أي اليتيم ـ حيث إنّه لم يكن أهلاً للإجازة، فلا وجه للقول بصحّة البيع.

وممّا ذكرنا ظهر أنّه لا وجه للقول بكراهة بيع العقار من دون حاجة ومصلحة لليتيم، كما اختاره العلّامة في التحرير[٢].

ولعلّه لما ذكرنا عدل عن رأيه في التذكرة والقواعد كما ذكرنا.

التاسع: قال في التذكرة: «إذا باع الأب أو الجدّ عقار الصبيّ أو المجنون وذكر أنّه للحاجة، ورفع الأمر إلى الحاكم، جاز له أن يسجّل على البيع ولم يكلّفهما إثبات الحاجة والغبطة؛ لأنّهما غير[٣] متّهمين في حقّ ولدهما. ولو باع الوصيّ أو أمين الحاكم لم يسجّل الحاكم إلّا إذا قامت البيّنة على الحاجة أو الغبطة»[٤]. وكذا

---

(١) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٩.

(٢) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٢.

(٣) كلمة «غير» لم تكن في النسخة المطبوعة، والأصحّ ما أثبتناه كما في مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٩.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجريّة.

في تحرير الأحكام[١]. واختاره الشيخ الطوسي في المبسوط[٢].

نقول: الأقوى ما اختاره بعض الفقهاء من التفصيل بين ما إذا كان الوصيّ موثّقاً عند الحاكم، فيقبل قوله ويسجّله عملاً لظاهر الحال، وبين ما إذا لم يكن كذلك فلا يقبل إلّا بعد إقامة البيّنة.

قال في تحرير الوسيلة: «وأمّا غيرهما كالوصيّ فلا يسجّله إلّا بعد ثبوتها عنده على الأحوط، وإن كان الأقرب جواز تسجيله مع وثاقته عنده»[٣].

وكذا في تفصيل الشريعة[٤].

العاشر: جاء في المبسوط: وإذا بلغ الصبيّ وقد باع الأب أو الجدّ ـ عقاره ـ فادّعى أنّه باعه من غير حاجةٍ ولا غبطةٍ كان القول قول الأب أو الجدّ، وإن كان وصيّاً أو أميناً كان القول قول الصبيّ، ووجب على الوصيّ أو الأمين البيّنة»[٥].

واختاره في التحرير[٦].

وزاد في التذكرة بأنّ «القول قول الأب والجدّ مع اليمين، وعليه ـ أي على الصبيّ ـ البيّنة؛ لأنّه يدّعي عليهما خلاف الظاهر؛ إذ الظاهر من حالهما الشفقة وعدم البيع إلّا للحاجة، ولو ادّعاه على الوصيّ أو الأمين فالقول قوله في العقار وعليهما البيّنة؛ لأنّهما مدّعيان فكان عليهما البيّنة، وفي غير العقار الأولى ذلك أيضاً لهذا الدليل»[٧].

---

(١) تحرير الأحكام ٢: ٥٤٢.

(٢) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٣.

(٣) تحرير الوسيلة ٢: ١٥.

(٤) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٣ ـ ٣٠٤.

(٥) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٣.

(٦) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٢.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجريّة.

وأفتى في القواعد بقبول قول الوصي أيضاً في البيع لكنّه على إشكال[١].

نقول: إذا كان الوصيّ أو أمين الحاكم موثّقاً، فالقول قوله، والأقوى عدم الفرق بين الأب والجدّ وغيرهما في هذا الحكم، والدليل عليه ما سنذكره دليلاً للحكم في الفرع الحادي عشر، فانتظره.

الحادي عشر: جاء أيضاً في المبسوط: إن ادّعى «أي الوليّ» أنّه أنفق عليه أو على العقار قُبِلَ من الأب أو الجدّ بلا بيّنة، ولا يقبل من الوصيّ ولا الأمين إلّا ببيّنة، وقيل: إنّه يقبل منهما أيضاً بلا بيّنة؛ لأنّهما مأمونان وهو الأولى؛ لأنّه يشقّ عليهما إقامة البيّنة على الإنفاق، ولا يشقّ على البيع، فلأجل ذلك قبل قولهما في هذا ولم يقبل في الأوّل»[٢] أي في البيع.

وفي التذكرة: «كان القول قول الأب والجدّ للأب مع يمينه إلّا أن يكون مع الابن بيّنة، وإن كان وصيّاً أو أميناً قُبِلَ قوله فيه مع اليمين ولا يكلّفان البيّنة... لتعذّر إقامة البيّنة على ذلك ـ إلى أن قال: ـ لأنّ الظاهر من حال العدل الصدق وهو أمين عليه، فكان القول قوله مع اليمين، ولو ادّعى خلاف ما تقتضيه العادة فهو زيادة على المعروف ويكون ضامناً. وكذا لو ادّعى تلف شيء من ماله في يده بغير تفريط، أو أنّ ظالماً قهره عليه وأخذه منه، قدّم قوله مع اليمين؛ لأنّه أمين. أمّا لو ادّعى الإنفاق عليه منذ ثلاث سنين، فقال الصبيّ: ما مات أبي إلّا منذ سنتين قدّم قول الصبيّ مع اليمين؛ لأنّ الأصل حياة أبيه، واختلافهما في أمرٍ ليس الوصي أميناً فيه، فكان القول قول من يوافق قوله الأصل مع اليمين»[٣].

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦ ـ ١٣٧.

(٢) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٣.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٢، الطبعة الحجريّة.

واختاره في التحرير[١]. وكذا في القواعد[٢]، ولم يحكم بلزوم اليمين من الأب والجدّ لإثبات مدّعيهما، إلّا أنّه قال في القواعد: بقبول قول غير الأب والجدّ على إشكالٍ.

وقال المحقّق في باب الوكالة: «أمّا الوصيّ، فالقول قوله في الإنفاق؛ لتعذّر البيّنة فيه... وكذا القول في الأب والجدّ والحاكم وأمينه مع اليتيم إذا أنكر القبض عند بلوغه ورشده»[٣]. واختاره في المسالك[٤] وجامع المقاصد[٥] ومفتاح الكرامة[٦] والجواهر[٧].

وفي تحرير الوسيلة: «لو ادّعى الوليّ الإنفاق على الصبيّ أو على ماله... وأنكر بعد البلوغ أصل الإنفاق أو كيفيّته، فالقول قول الوليّ مع اليمين، وعلى الصبيّ البيّنة»[٨] وكذا في تفصيل الشريعة[٩].

وبالجملة: فالظاهر أنّه لا خلاف بينهم في أنّه يقبل قول الأب والجدّ والوصيّ وأمين الحاكم بشرط كونهما موثّقين في الإنفاق على الأيتام بالمعروف، وتلف شيء من أموال الصغار بغير تفريط وإن اختلفوا في قبوله مع اليمين أو بلا يمين، وعند بعضهم يقبل قولهم في بيع مال اليتيم لمصلحته، وهكذا في كلّ أمرٍ يساعده ظاهر الحال.

---

(١) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٢.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦ـ١٣٧.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٠٥.

(٤) مسالك الأفهام ٥: ٢٩٩.

(٥) جامع المقاصد ٥: ١٩٤ وج ٨: ٣١٧.

(٦) مفتاح الكرامة ٥: ٢٧٢ وج ٧: ٦٥٠.

(٧) جواهر الكلام ٢٧: ٤٣٣.

(٨) تحرير الوسيلة ٢: ١٦، كتاب الحجر، مسألة ١٦.

(٩) تفصيل الشريعة، كتاب الحجر: ٣٠٨ـ٣٠٩.

ويدلّ عليه أوّلاً: أنّ الأولياء أُمناء بالنسبة إلى ذلك فيقبل قولهم، أشار إليه في الجواهر وادّعى بأنّه لا خلاف فيه[١].

وثانياً: لعسر إقامة البيّنة على الإنفاق في كلّ وقت يحتاج إليه، فيستلزم العسر والحرج[٢]، كما صرّح به في المسالك[٣].

وثالثاً: بأنّ الأصل صحّة تصرّفات المسلم المالك لذلك التصرّف.

جاء في الإيضاح: «لا شكّ أنّ القول قوله في الإنفاق بالمعروف؛ لعسر إقامة البيّنة في كلّ وقت على الإنفاق وعسر ضبطه، ولا في أنّ القول قوله في التلف من غير تفريط، للأصل؛ ولأنّه أقوى من الودعي، ولا في أنّ القول قول الأب في أنّ القرض أو البيع للمصلحة؛ لأنّه غير متّهم في حقّ ابنه وعليه الإنفاق، والإشكال في غيره، ومنشؤه أصالة صحّة تصرّفات المسلم المالك لذلك التصرّف، ولأنّه موضوع لفعل ما يعتقد أنّه مصلحة، فلا يمكن إقامة البيّنة عليه، ولأنّ دعواه بصلاح التصرّف دعوى عدم التعدّي، وهو الأصل والقول قوله فيه»[٤].

ويمكن أيضاً استئناس هذا الحكم ـ أي قبول قول الوليّ في البيع والإنفاق ـ من النصوص المتقدّمة، حيث حكم فيها بجواز بيع الوليّ، كقوله عليه السلام في صحيحة علي بن رئاب: «**لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيّم لهم الناظر فيما يصلحهم...**» الحديث[٥].

وقوله عليه السلام في معتبرة أو صحيحة محمد بن مسلم: «**لا بأس به من أجل أنّ أباه**

---

(١) جواهر الكلام ٢٧: ٤٣٣.

(٢) ﴿يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَ لاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾. سورة البقرة ٢: ١٨٥، ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾. سورة الحجّ ٢٢: ٧٨.

(٣) مسالك الأفهام ٥: ٢٩٩.

(٤) إيضاح النافع ٢: ٥٤.

(٥) وسائل الشيعة ١٢: ٢٦٩ الباب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه، ح١.

قد أذن له في ذلك وهو حيّ»[١]. وغيرها[٢].

وحكم بجواز الإنفاق على الأيتام من مالهم، كما هو مقتضى موثّقة سماعة؛ لأنّه قالﷺ: **«إذا كان الرجل يلي لأيتام في حجره فليخرج من ماله على قدر ما يحتاج إليه، على قدر ما يخرجه لكلّ إنسان منهم فيخالطهم ويأكلون جميعاً»**[٣].

وخبر أبي الصباح الكناني؛ لقولهﷺ: **«تخرج من أموالهم قدر ما يكفيهم، وتخرج من مالك قدر ما يكفيك، ثمّ تنفقه»**[٤]. وغيرها[٥].

وبالجملة: يستأنس من الحكم بجواز بيع أموال الأيتام والإنفاق عليهم من الجدّ والوصيّ صحّتها وإن خالفهم الأيتام بعد بلوغهم بعدم المصلحة في البيع، أو عدم الإنفاق على المعروف.

بتعبير أوضح: الحكم بجواز البيع من الوصيّ قبل بلوغ اليتيم، وإثبات صحّته وكونه عن مصلحة، مع إقامة البيّنة بعد بلوغه مع مخالفة اليتيم لا يجتمعان، وكذا لايجتمع جواز الإنفاق عليهم، مع الحكم بلزوم إثبات كونه عن معروف إلى إقامة البيّنة إن ادّعى اليتيم عدم كونه كذلك بعد بلوغه.

ويمكن أن يقرّر بأن يقال: حيث إنّ تصرّفات الوصيّ مشروطة برعاية المصلحة لليتيم، بمعنى أنّ الشارع جعل الولاية له كذلك، فإذا لم يكن البيع لمصلحة اليتيم، لم يصحّ شرعاً ولم يكن الوصيّ مجازاً لأن يوقعه.

على هذا، النصوص المتقدّمة التي تدلّ على جواز البيع والإنفاق، تدلّ

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.

(٢) نفس المصدر ١٢: ١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) نفس المصدر ١٢: ١٨٨ الباب ٧٣ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

(٤) نفس المصدر ح ١.

(٥) نفس المصدر ١٢: ١٩٠ الباب ٧٤ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

على الجواز مع رعاية المصلحة مطلقاً؛ أي سواء خالف اليتيم بعد بلوغه أم لا، فإلزام الوليّ ـ الجدّ أو الوصيّ ـ بإقامة البيّنة أو اليمين لإثبات كون البيع للمصلحة والإنفاق على وجه المعروف لا يساعد هذا الإطلاق.

والحاصل: أنّه يقبل قول الوليّ؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو وصيّاً في البيع للمصلحة والإنفاق بالمعروف والقرض لهم، وكذا في تلف شيء عندهم من دون أن يحتاجوا إلى إقامة البيّنة. والأحوط أن يقبل قولهم مع اليمين، خصوصاً فيما صدر من الوصيّ، فنحكم بقبول قوله مع اليمين وجوباً كما قال به كثير من الفقهاء[1] عند اختلاف الوصيّ مع الصغير بعد بلوغه في أصل النفقة أو مقدارها، أو بأنّ الإنفاق كان زائداً على المعروف.

نعم، إذا خالفهم الأيتام بعد بلوغهم وأقاموا البيّنة طبقاً لدعواهم فيقدّم قولهم، من باب تقديم البيّنة على الأصل، ونذكر تفصيل ذلك في الباب الذي عقدناه للبحث عن دعاوى الأطفال إن شاء الله.

وممّا ذكرنا ظهر أنّه لا فرق فيما ذكر بين الوصيّ وغيره.

قال في مفتاح الكرامة: «لا فرق بين الإنفاق والبيع للمصلحة والقرض لها والتلف من غير تفريط، كما أنّه لا فرق في ذلك بين الوصيّ وغيره من الأولياء»[2].

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجريّة، جامع المقاصد ١١: ٢٨٩، تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٣، الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٨، وسيلة النجاة ٢: ١٥١، تحرير الوسيلة ٢: ١٠٢ مسألة ٥٨، مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٢٦، والأصل في جميع هذه الصور قاعدة كلّ مدّع يسمع قوله فعليه اليمين، والمراد من سماع قوله عدم تكليفه بالبيّنة أو بحجّة أخرى في الحكم له، ويسمع قول الوصيّ في هذه المواضع مع يمينه، وهذه القاعدة من قواعد باب القضاء؛ بمعنى أنّ الحاكم في مقام الحكم إذا سمع قول مدّع ولا يطلب منه البيّنة فلا يحكم له إلّا بعد اليمين.

(٢) مفتاح الكرامة ٧: ٦٥٠.

آراء فقهاء أهل السنّة في اختلاف الوصيّ مع الصغير

اتّفق الفقهاء من أهل السنّة على أنّه إذا اختلف الوصيّ مع الصغير بعد بلوغه، فقال الوصيّ: أنفقت عليك، وقال الصبيّ: لم تنفق عليَّ، فالقول قول الوصيّ؛ لأنّه أمين، وتتعذّر عليه إقامة البيّنة على النفقة[١]. وكذا إذا اختلفا في قدر النفقة، فقال الوصيّ: أنفقت عليك في كلّ سنةٍ مائة دينار، وقال الصبيّ: بل أنفقت عليَّ خمسين ديناراً، فذهب جمهور الفقهاء إلى أنّه إن كان ما يدّعيه الوصيّ هو النفقة بالمعروف فالقول قوله؛ لأنّه أمين، وإن كان أكثر من النفقة بالمعروف فعليه الضمان[٢].

وهكذا لو ادّعى الطفل بعد البلوغ والرشد أنّ الوصيّ خان في بيع ماله؛ بأنّه باعه من غير حاجةٍ ولا غبطةٍ فيصدّق الوصيّ.

قال الغزالي: «فالقول قول الوصيّ فإنّه أمين، والأصل عدم الخيانة»[٣]. وكذا في حاشية ردّ المحتار[٤].

وإذا اختلفا في قدر مدّة الإنفاق؛ بأن قال الوصيّ: مات أبوك من عشر سنين وأنفقت عليك فيها، وقال الصبيّ: بل مات أبي من ثماني سنين وأنفقت عليَّ ثمان سنين، يقدَّم قول الصبيّ؛ لأنّ الأصل عدم موت الأب في الوقت الذي يدّعيه الوصيّ، وأيضاً يمكن للوصيّ إقامة البيّنة على ذلك بخلاف قدر النفقة[٥]. وأمّا إذا

---

(١) المهذّب للشيرازي ١: ٤٦٤، المجموع شرح المهذّب ١٦: ٤٣٧ ـ ٤٣٨، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٨٢، منهاج الطالبين ٢: ٣٧٩، روضة الطالبين ٥: ٣٨٠، البيان ٨: ٣١٤، الكافي في فقه أحمد ٢: ٢٩٣، الإقناع ٢: ٢٢٨، كشّاف القناع ٣: ٥٣٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٤١٠، حاشية الدسوقي ٤: ٤٥٦، المدوّنة الكبرى ٦: ٢٥، تكملة البحر الرائق ٩: ٣٢٨، أحكام الصغار: ٣٦١.

(٢) المنابع المتقدّمة كلّها، وكذا منتهى الإرادات ٢: ٥٠٩، وعقد الجواهر الثمينة ٣: ٤٣٣.

(٣) الوجيز ١: ٤٦٢، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٨٣.

(٤) حاشية ردّ المحتار ٦: ٧١٩.

(٥) المهذّب ١: ٤٦٢، البيان ٨: ٣١٤، كشّاف القناع ٣: ٥٣٢، حاشية الدسوقي ٤: ٤٥٦ وكثير من المصادر المتقدّمة.

اختلفا في دفع المال إلى الصبيّ بعد البلوغ والرشد، فادّعى الوصيّ أنّه دفع إليه، وأنكر الصبيّ، فذهب الشافعيّة والمالكيّة إلى أنّه صدّق الصبي بيمينه على الصحيح[١].

وأمّا الحنابلة، فإنّهم فصّلوا بين ما كان الوصيّ متبرّعاً، فيقبل قوله في دفع المال إلى الصبيّ بعد بلوغه ورشده؛ لأنّه أمين أشبه المودَع، وبين ما إذا لم يكن متبرّعاً بل بأُجرةٍ، فلا يقبل قوله في دفعه المال إليه، بل يقدّم قول اليتيم[٢].

وقال الحنفيّة: إنّ القول قول الوصيّ إذا قال: دفعت إلى الصبيّ ماله بعد البلوغ والرشد[٣].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) المدوّنة الكبرى ٦: ٢٥، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤٣٣، حلية العلماء ٦: ١٤٩، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٨٣، مغني المحتاج ٣: ٧٨.

(٢) الإقناع ٢: ٢٢٩، كشّاف القناع ٣: ٥٣٢.

(٣) حلية العلماء ٦: ١٤٩، بدائع الصنائع ٤: ٣٥٢، مختصر اختلاف العلماء ٣: ٤١٠، البحر الرائق ٩: ٣٢٧-٣٢٨.

المبحث الثالث: المصالحة بمال الطفل

الظاهر أنّه لا خلاف بينهم في أنّه يجوز للوليّ المصالحة[١] بمال الصبيّ إن يراها مصلحةً له.

قال الشيخ ﷺ: «متى كان لليتامى على إنسانٍ مالٌ جاز لوليّهم أن يصالحه على شيء يراه صلاحاً في الحال ويأخذ الباقي، وتبرأ بذلك ذمّة من كان عليه المال»[٢].

وفي الوسيلة: «إن كان لليتيم مالٌ على الغير ورأى له الغبطة في المصالحة عليه، جاز له أن يصالح وكان الصلح ماضياً»[٣]. واختاره في التذكرة[٤].

---

(١) المصالحة إسم من الصُلح بمعنى السِلم، جاء في المعجم الوسيط: ٥٢٠ صالحه مصالحة، وصلاحاً: سالمه وصافاه، يقال: صالحه على الشيء، أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق. وأمّا في الاصطلاح، قال العلامة: «الصلح عقد سائغ شرّع لقطع التجاذب، إلّا ما أحلّ حراماً، أو حرّم حلالاً، كالصلح على استرقاق حرّ» قواعد الأحكام ٢: ١٧٢.

وكذا في الحدائق الناضرة ٢١: ٨٣ ـ ٨٤ وزاد «الظاهر أنّه لا خلاف بين أصحابنا رضوان الله عليهم في أنّه لا يشترط في صحّة الصلح سبق نزاع». وكذا في جامع المقاصد ٥: ٤٠٧.

وقال في الجواهر ٢٦: ٢١١: «الصلح عقد شرّع لقطع التجاذب والتنازع بين المتخاصمين، إلّا أنّ ذلك فيه من الحكم التي لا يجب اطّرادها مثل المشقّة في حكمة القصر ونقصان القيمة في الردّ بالعيب... وغيرها من الحكم التي لا تقتضي تخصيصاً أو تقييداً؛ لعموم الدليل أو إطلاقه المقتضي ثبوت الحكم في غير محلّها.

وجاء في بعض كتب أهل السنة أنّ الصلح معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم، ويتوصّل بها إلى الموافقة بين المختلفين، كما في تبيين الحقائق ٥: ٢٩، البحر الرائق ٧: ٤٣٤، روضة الطالبين ٣: ٤٨٢، نهاية المحتاج ٤: ٣٨٢، شرح منتهى الإرادات ٢: ٤٤٧، كشّاف القناع ٣: ٤٥٥، أنظر الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة ٢٧: ٣٢٣.

(٢) النهاية للطوسي: ٣٦٢.

(٣) الوسيلة لابن حمزة: ٢٨٠.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٢، الطبعة الحجريّة.

وجاء في السرائر: «أمّا الوليّ، فجائز له مصالحة ذلك الغريم إذا رأى ذلك صلاحاً للأيتام؛ لأنّه ناظرٌ في مصلحتهم، وهذا من ذاك إذا كان لهم فيه صلاحٌ. فأمّا من عليه المال؛ فإنّ ذمّته لا تبرأ إن كان جاحداً مانعاً، وبذل دون الحقّ وأنكر الحقّ، ثمّ صالحه الوليّ على ما أقرّ له به، أو أقرّ بالجميع وصالحه على بعض، فلا تبرأ ذمّته من ذلك، ولا يجوز للوليّ إسقاط شيء منه بحال؛ لأنّ الوليّ لا يجوز له إسقاط شيء من مال اليتيم؛ لأنّه نصب لمصالحه واستيفاء حقوقه، لا لإسقاطها، فيحمل ما ورد من الأخبار، وما ذكره بعض أصحابنا، وأودعه كتابه على ما قلناه وحرّرناه أوّلاً؛ من أنّه إذا رأى الصلاح الوليّ في مصالحة الغريم فيما فيه لليتيم الحظ، فجائز له ذلك، ولا يجوز فيما عداه ممّا ليس له الحظّ فيه والصلاح»[1].

قال العلّامة: «هذا القول جيّد، لكن كلام الشيخ لا ينافي ذلك؛ فإنّه قال: يجوز للولي أن يصالح على شيء يراه صلاحاً، وهو عين ما قاله ابن إدريس»[2].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

أدلّة جواز المصالحة بمال الطفل

يدلّ على هذا الحكم نصوص:

منها: إطلاق صحيحة حفص بن البختري، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الصلح جائز بين الناس»[3].

ومنها: ما رواه الصدوق عليه الرحمة من أنّ «الصلح جائز بين المسلمين»[4].

ومنها: رواية عبدالرحمن بن الحجّاج وداود بن فرقد جميعاً، عن أبي عبدالله عليه السلام

---

(١) السرائر ٢: ٢١٣.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٦٧.

(٣ ـ ٤) وسائل الشيعة ١٣: ١٦٤ الباب ٣ من أبواب الصلح، ح ١ و ٢.

قالا: سألناه عن الرجل يكون عنده المال لأيتام، فلا يعطيهم حتّى يهلكوا، فيأتيه وارثهم ووكيلهم فيصالحه على أن يأخذ بعضاً ويدع بعضاً ويبرئه ممّا كان، أيبرأ منه؟ قال: «نعم»[١].

ومنها: خبر سهل، عن أبيه قال: سألت أبا الحسن الرضاعليه السلام عن رجل أوصى بدين فلا يزال يجيء من يدّعي عليه الشيء فيقيم عليه البيّنة ويحلف، كيف تأمر فيه؟ قال: «**أرى أن يصالح عليه حتّى يؤدّي أمانته**»[٢].

ودلالة الأخيرين على جواز المصالحة بمال اليتيم ظاهرة لا سترة عليها.

ومنها: صحيحة عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿**فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[٣] قال: «**المعروف هو القوت، وإنّما عنى الوصيّ أو القيّم في أموالهم وما يصلحهم**»[٤].

تدلّ على أنّ الوليّ نصب لحفظ أموال الصبيّ ورعاية مصالحه، والفرض أنّ المصالحة بماله في بعض الأحوال تكون من جملة مصالحه، فكان جائزاً بمقتضى هذه الصحيحة، وهو المطلوب.

عدم تبرئة ذمّة من عليه الحقّ

النصوص المتقدّمة كانت دليلاً لجواز المصالحة، أمّا براءة ذمّة من عليه الحقّ فلا دليل عليها، ولقد أجاد العلّامة في بيان ذلك، حيث قال في التحرير: «الوجه ما قاله ابن إدريس من أنّ الصلح جائز للوليّ مع المصلحة، أمّا من عليه الحقّ، فلايجوز له منعه من باقي المال إذا كان ثابتاً في ذمّته، وليس للولي

(١، ٢) نفس المصدر ١٣: ١٦٧ الباب ٦ من أبواب الصلح، ح ١ و ٢.

(٣) سورة النساء ٤: ٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٤ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ١.

إسقاطه بحال»[١].

وفي التذكرة: «الوجه أن يقول: إن كان ما في ذمّة الغريم أكثر وعلم بذلك لم تبرأ ذمّته؛ إذ لا مصلحة لليتيم في إسقاط ماله، ولا تبرأ ذمّة الوصيّ أيضاً. أمّا إذا كان المدّعى عليه منكراً للمال ولا بيّنة عليه فصالح الوصي برأت ذمّته دون ذمّة من عليه المال.

ولو كان من عليه المال لا يعلم قدره فصالح على قدر لا يعلم ثبوته في ذمّته أو ثبوت ما هو، أو أزيد أو أقلّ، صحّ الصلح وبرأت ذمّته، وينبغي له الاحتياط وتغليب الأكثر في ظنّه.

وللوصيّ أن يصالح من يدّعي على الميّت إن كان للمدّعي بيّنة، أو علم القاضي بدعواه، وإلّا لم يجز»[٢].

وفي الوسيلة[٣] للسيّد الاصفهاني وتحريرها[٤]: «لو كان للصغير مال على غيره جاز للوليّ أن يصالحه عنه ببعضه مع المصلحة، لكن لا يحلّ على المتصالح باقي المال، وليس للوليّ إسقاط بحالٍ».

وقال ابن الجنيد: «ولو كان الوصيّ المدّعي حقّاً لليتيم وله به بيّنة، لم يكن له أن يصالح منه على بعض حقّ اليتيم، ولو لم يكن له بيّنة وبذل الخصم اليمين، جاز الصلح، ومتى وجد الوصيّ أو اليتيم بيّنة بحقّه، انتقض الصلح ورجع على المدّعى عليه بحقّه، وكان مال الصلح مردوداً على المدّعى عليه، أو مقاصّاً به من الحقّ عليه».

---

(١) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٥، الطبعة الحجريّة.

(٣) وسيلة النجاة ٢: ١٠١.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ١٥ مسألة ١٣.

وعقّب عليه في المختلف: «وفي ذلك نظرٌ؛ فإنّه لو جاز للصبيّ الرجوع لجاز للبالغ (للبائع خ ل)؛ إذ صلح الوليّ ملزم كصلح الرجل، على أنّه لا يخلو من قوّة»[1].

ولعلّه لمراعاة المصلحة في مال اليتيم.

حكم المصالحة بمال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّة

تجوز المصالحة بمال الصبيّ عندهم في الدعاوي، وصرّح بعضهم إن كان للمدّعي بيّنة يجوز ذلك، وبعض آخر لم يشترطه، فإليك نصّ كلماتهم:

ففي المبسوط: «إذا كان للصغير دار أو عبد، فادّعى رجلٌ فيه دعوىً، فصالحه أبوه على شيء من مال الصبيّ، ينظر في ذلك، فإن كان للمدّعي بيّنة، وكان ما أعطى الأب من مال الصبيّ مثل حقّ المدّعي أو أكثر ممّا يتغابن الناس فيه جاز؛ لأنّ سبب الاستحقاق للمدّعي ظاهر شرعاً، فالأب بهذا الصلح يصير كالمشتري لتلك العين لولده بماله، والأب غير متّهم في حقّ ولده، فعند ظهور الحقّ للمدّعي بالبيّنة إنّما يقصد النظر للصبيّ، وربما يكون له في العين منفعة لا يحصل ذلك بقيمته، وإن لم يكن له بيّنة لم يجز الصلح من الصبيّ؛ لأنّ المدّعي ما استحقّ شيئاً على الصبيّ بمجرّد دعواه».

ثمّ قال: «ووصيّ الأب في هذا بعد موت الأب كالأب، وكذلك الجدّ ووصيّ الجدّ»[2]. وبه قال الأستروشني[3].

وفي الإنصاف في الفقه الحنبلي: «يصحّ الصلح عمّا ادّعى على مولاه، وبه بيّنة

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ١٨٢ ـ ١٨٣ مسألة ١٢٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٠: ١٧٨.

(٣) أحكام الصغار: ٢٥٤.

على الصحيح من المذهب»[١].

وقال بعض آخر منهم بعدم جوازها إلّا في حال الإنكار وعدم البيِّنة.

جاء في الشرح الكبير: ولا يصحّ الصلح ممّن لا يملك التبرّع كالمكاتب، والمأذون له، ووليّ اليتيم إلّا في حال الإنكار وعدم البيِّنة؛ لأنّه تبرّعٌ وليس لهم التبرّع، فأمّا إذا لم يكن بالدين أو كان على الإنكار صحّ؛ لأنّ استيفاءهم البعض عند العجز عن استيفاء الكلّ أولى من تركه»[٢].

وبه قال أيضاً الشافعيّة[٣] والمالكيّة، فقد جاء في تبيين المسالك[٤]: «وأمّا غير العقار فللولي التصرّف فيه بتجارة وغيرها حسب ما تقتضيه المصلحة، وعليه أن يؤدّي الحقوق التي على المحجور من نفقةٍ وزكاةٍ ونحوهما، وله أن يصالح عنه لمصلحته، أي المحجور... والأصل في ذلك قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامىٰ قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾[٥].

قال ابن عربي: «لمّا أذن الله ـ تعالى ـ للناس في مخالطة الأيتام مع قصد الإصلاح بالنظر لهم وفيهم، كان ذلك دليلاً على جواز التصرّف للأيتام كما يتصرّف للأبناء»[٦].

---

(١) الإنصاف ٥: ٢٣٦.

(٢) الشرح الكبير ٥: ٤، المقنع: ١٢١، المبدع في شرح المقنع ٤: ٢٧٩، كشّاف القناع ٣: ٤٥٧، الإقناع ٢: ١٩٣.

(٣) الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، المعاملات ٣: ١٥٧.

(٤) تبيين المسالك ٣: ٥٣٠.

(٥) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٦) أحكام القرآن ١: ٢١٥.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفصل الثاني

في الأُمور التي هي من شؤون الاتّجار

منهج البحث:

بعدما جاز للوليّ الاتّجار والبيع والشراء والمصالحة بمال اليتيم، جاز له المضاربة والإبضاع والرهن والارتهان والقرض والاقتراض والإيداع والعارية والتوكيل وغيرها في أموال الصبيّ؛ لأنّها من شؤون الاتّجار؛ لبيان هذه الأحكام عقدنا هذا الفصل، وقسّمناه إلى مباحث:

المبحث الأوّل: المضاربة والإبضاع بمال اليتيم.

المبحث الثاني: الرهن والارتهان والإقراض والاقتراض.

المبحث الثالث: الإيداع والعارية في مال الصبيّ.

المبحث الرابع: التوكيل والاستنابة في أُمور الصبيّ.

المبحث الأوّل: المضاربة والإبضاع بمال اليتيم

الظاهر أنّه لا خلاف بين الفقهاء في أنّه يجوز للوليّ المضاربة[١] بمال الصبيّ.

قال في المبسوط: «لوليّ اليتيم أن يدفع مال اليتيم قراضاً إلى ثقة، فإن دفعه إلى غير الثقة فعليه الضمان»[٢].

وفي النهاية: «ومن أعطى مال اليتيم إلى غيره مضاربة، فإن ربح كان بينهما على ما يتّفقان عليه، وإن خسر كان ضمانه على من أعطى المال»[٣].

وأورد عليه في السرائر: «إن كان هذا المعطي ناظراً في مال اليتيم نظراً شرعيّاً

---

(١) ضاربه مضاربةً لفلان في ماله، اتّجر له فيه أو اتّجر فيه على أنّ له حصةً معيّنة من ربحه، المعجم الوسيط: ٥٣٦، وفي لسان العرب ٤: ٢١٣: المضاربة أن تعطي إنساناً من مالك ما يتّجر فيه على أن يكون له سهم معلوم من الربح، وكأنّه من الضَّرب في الأرض لطلب الرّزق، قال الله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللهِ﴾ (سورة المزّمّل ٧٣: ٢٠).

وأمّا في الاصطلاح، قال في التذكرة الطبع الحجريّة ٢: ٢٢٩: «القراض ـ أي المضاربة ـ عقد شرعيّ لتجارة الإنسان بمال غيره بحصّةٍ من الربح». وقال الشهيد﵀ في المسالك ٤: ٣٤٣: «هي مفاعلة من الضرب في الأرض؛ لأنّ العامل يضرب فيها للسعي على التجارة وابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكأنّ الضرب مسببٌ عنهما طرداً لباب المفاعلة في طرفي الفاعل، أو من ضرب كلّ منهما في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال وتقليبه، ويقال للعامل: مضارب ـ بكسر الراء ـ لأنّه الّذي يضرب في الأرض ويقلّبه، ولم يشتقّ أهل اللغة لربّ المال من المضاربة اسماً. وهذه لغة أهل العراق.

وأمّا أهل الحجاز، فيسمّونه قراضاً إمّا من القرض؛ وهو القطع... فكأنّ صاحب المال اقتطع من ماله قطعةً وسلّمها للعامل... أو من المقارضة؛ وهي المساواة والموازنة... ووجهه: أنّ المال هنا من جهة مالكه والعمل من جهة العامل، فقد تساويا في قوام العقد بهما، أو لاشتراكهما في الربح وتساويهما في أصل استحقاقه وإن اختلفا في كمّيته، ويقال منه للمالك: مقارض بالكسر، وللعامل: مقارض بالفتح». وكذا في جواهر الكلام ٢٦: ٣٣٦ والحدائق الناضرة ٢١: ١٩٩ و ٢٠٠.

(٢) المبسوط للطوسي ٣: ١٩٩.

(٣) النهاية للطوسي: ٤٣٠.

إمّا أن يكون وصيّاً في ذلك أو وليّاً، فله أن يفعل فيه ما لليتيم الحظّ فيه والصلاح، فعلى هذا لا يلزم الوليّ المعطي الخسران إن خسر المال، وهذا هو الذي يقتضيه المذهب، ثمّ وجّهه ثانياً بقوله، وما أورده شيخنا في نهايته خبر واحد[١] أورده إيراداً لا اعتقاداً، على ما كرّرنا ذلك»[٢].

وأجاب في المختلف عن ابن إدريس فقال: «وهذا القول ليس بجيّدٍ، لأنّ إعطاء القراض تغرير، فربما لزمه الضمان من هذه الحيثيّة».

ووجّه كلام الشيخ بقوله: «ويحتمل أن يكون العامل قد فرّط في سفره وتعذّر تضمينه فيلزم الدافع؛ لأنّه سبب»[٣].

وفي التذكرة: «وإذا اتّجر لهم ينبغي أن يتّجر في المواضع الأمينة ولا يدفعه إلّا لأمين ولا يغرر بماله ـ إلى أن قال: ـ ويشترط في التاجر بمال اليتيم أن يكون وليّاً وأن يكون مليّاً، فإن انتفى أحد الوصفين لم يجز له التجارة في ماله، فإن اتّجر كان الضمان عليه والربح لليتيم وهو ضامن»[٤]. ومثل هذا في التحرير[٥].

ووافقه في ذلك المحقّق الثاني[٦] والسيّد العاملي في مفتاح الكرامة[٧] وكذا في العروة مع التعليقات لعدّةٍ من الفقهاء العظام[٨]، وبه صرّح أيضاً

---

(١) المقصود من الخبر ما رواه بكر بن حبيب، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل دفع مال يتيم مضاربة فقال: «إن كان ربح فلليتيم، وإن كان وضيعةً فالّذي أعطى ضامن». تهذيب الأحكام ٧: ١٩٠ ح٨٤٢، وسائل الشيعة ١٣: ١٨٩ الباب ١٠ من كتاب المضاربة، ح١.

(٢) السرائر ٢: ٤١١.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٠٨.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠ ـ ٨١، الطبعة الحجريّة.

(٥) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٢.

(٦) جامع المقاصد ٥: ١٩٠.

(٧) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٨.

(٨) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٢٦٤.

في المستمسك[١] والمستند[٢].

وقال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: «يجوز للأب والجدّ الاتّجار بمال المولّى عليه بنحو المضاربة بإيقاع عقدها، بل مع عدمه أيضاً؛ أي عدم لزوم إيقاع العقد وكفاية النيّة فقط. وكذا يجوز ذلك للوصيّ في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والأمن من هلاك المال»[٣].

وفي الوسيلة وتحريرها: «يجوز للوليّ المضاربة بمال الطفل وإبضاعه بشرط وثاقة العامل وأمانته، فإن دفعه إلى غيره ضمن»[٤].

وهكذا يجوز لوليّ اليتيم إبضاع[٥] ماله.

قال العلّامة: «ويجوز لوليّ اليتيم إبضاع ماله؛ وهو دفعه إلى من يتّجر به والربح كلّه لليتيم؛ لأنّ ذلك أنفع من المضاربة؛ لأنّه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه، فدفعه إلى من يدفعه جميع ربحه إلى اليتيم أولى»[٦].

وفي جامع المقاصد: «وجواز ذلك منوط بالمصلحة، ولا فرق بين أن يكون المتّجر بمال الطفل متبرّعاً أو بالأُجرة مع المصلحة»[٧].

---

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٤٤٦.

(٢) مباني العروة الوثقى، المضاربة والشركة والمزارعة: ٢١٢.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني ٢: ٥٧٦.

(٤) وسيلة النجاة ٢: ١٠١، تحرير الوسيلة ٢: ١٦٤.

(٥) البضاعة طائفة من مالك تبعثها للتجارة. الصحاح ٣: ١٩٢، لسان العرب ١: ٢١٧، وفي المصباح المنير: ٥١، بالكسر قطعة من المال تعدّ للتجارة. وعرّفها الفقهاء بأنّه بعث المال مع من يتّجر به تبرّعاً والربح كلّه لربّ المال. المقنع لابن قدامة: ١٣٢، منتهى الإرادات ٣: ٧، المغني والشرح الكبير ٥: ١٣١، تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٣، تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجريّة.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١ الطبعة الحجريّة، قواعد الأحكام ٢: ١٣٦، تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٣.

(٧) جامع المقاصد ٥: ١٩١.

والحاصل: أنّه يستفاد من كلماتهم حكمان: جواز المضاربة والإبضاع بمال الصغير، وضمان الدافع إن دفعه إلى غير أمين.

أدلّة هذين الحكمين

وأمّا دليل جواز المضاربة والإبضاع بمال اليتيم، فالعمدة ما يثبت به عموم ولايةالأولياء، ولكن فيما إذا كان ذلك مصلحة للصبيّ[1]. مضافاً إلى أنّه يمكن إثبات الحكمين في المقام مستنداً إلى بعض النصوص الواردة خاصّة:

١ ـ كمعتبرة أبي الربيع قال: سُئل أبو عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه مال لأخ له يتيم وهو وصيّه، أيصلح له أن يعمل به؟ قال: «**نعم، كما يعمل بمال غيره والربح بينهما**». قال: قلت: فهل عليه ضمان؟ قال: «**لا، إذا كان ناظراً له**»[2].

٢ ـ وخبر بكر بن حبيب قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل دفع إليه مال يتيم مضاربة، فقال: «**إن كان ربح فلليتيم، وإن كان وضيعة فالذي أعطى ضامن**»[3].

٣ ـ صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سُئل عن رجل أوصى إلى رجل بوُلده وبمال لهم وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: «**لا بأس به، من أجل أنّ أباه قد أذِن له في ذلك وهو حيّ**»[4].

٤ ـ خبر خالد بن بكير الطويل قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة، فقال: يا بُنيّ اقبض مال إخوتك الصغار واعمل به، وخذ نصف الربح وأعطهم النصف، وليس عليك ضمان، فقدّمتني أُمّ ولد أبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى، فقالت: إنّ هذا يأكل أموال ولدي، قال: فاقتصصت عليه ما أمرني به أبي، فقال لي

---

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٤٤٦، مباني العروة الوثقى، كتاب المضاربة: ٢١٢.

(٢) وسائل الشيعة ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح٦.

(٣) نفس المصدر ١٣: ١٨٩ الباب ١٠ من كتاب المضاربة، ح١.

(٤) نفس المصدر ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح١.

ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثمّ أشهد عليّ ابن أبي ليلى إن أنا حرّكته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصّتي، ثمّ قلت له: ما ترى؟ فقال: «**أمّا قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع ردّه، وأمّا فيما بينك وبين الله عزّوجلّ فليس عليك ضمان**»[1].

ودلالتها على جواز المضاربة بمال اليتيم صريحة، ويستفاد منها جواز الإبضاع بالأولويّة القطعيّة.

٥ ـ وصحيحة ربعي بن عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في رجل عنده مال اليتيم، فقال: «**إن كان محتاجاً وليس له مال فلا يمسّ ماله، وإن هو اتّجر به فالربح لليتيم وهو ضامن**»[2].

٦ ـ صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام في مال اليتيم، قال: «**العامل به ضامن، ولليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال**». أو قال: «**إن عطب أدّاه**»[3].

٧ ـ صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعري، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سألته عن مال اليتيم هل للوصيّ أن يعيّنه أو يتّجر فيه؟ قال: «**إن فعل فهو ضامن**»[4].

٨ ـ صحيحة أُخرى لمحمّد بن مسلم قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: هل على مال اليتيم زكاة؟ قال: «**لا، إلّا أن يتّجر به أو تعمل به**»[5].

٩ ـ خبر سعيد السمّان قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «**ليس في مال اليتيم زكاة إلّا أن يتّجر به، فإن اتّجر به فالربح لليتيم، وإن وضع فعلى الذي**

---

(١) نفس المصدر ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٢، ٣) وسائل الشيعة ١٢: ١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢ و ٣.

(٤) نفس المصدر ١٣: ٤١٨ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٥.

(٥) نفس المصدر ٦: ٥٧ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ١.

يتّجر به»[١].

وكذا غيرها من النصوص المستفيضة[٢].

ودلالتها على جواز الإبضاع وكذا ضمان الوليّ إن دفع المال إلى غير الأمين واضحة، وتدلّ على جواز المضاربة بالإطلاق.

المضاربة والإبضاع بمال الصبيّ عند أهل السنّة

الظاهر أنّه لا خلاف بينهم في جواز المضاربة والإبضاع بمال الصبيّ.

ففي المبسوط في فقه الحنفي: «الوصيّ يعطي مال اليتيم مضاربة وإن شاء أبضعه، لقوله ـ تعالى ـ: ﴿قُلْ إِصْلاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾[٣] والأصلح في حقّه أن يتّجر بماله، والأنفع لليتيم أن يدفعه إليه بضاعةً»[٤].

وفي موضع آخر: «ويجوز للوصي أن يعمل في مال الصبيّ مضاربة أو يدفعه إلى غيره مضاربة»[٥].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

وبه قال الأستروشني[٦] وقاضيخان[٧].

وجاء في المغني لابن قدامة من فقهاء الحنبلي: «إنّ لوليّ اليتيم أن يضارب بماله وأن يدفعه إلى من يضارب له به، ويجعل له نصيباً من الربح أباً كان أو وصيّاً

---

(١) نفس المصدر ح٢.

(٢) نفس المصدر ٦: ٥٤ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح١ و٥ و١٠ والباب ٢ من هذه الأبواب ص٥٧، ح٣ و٤ و٥ و٧ و٨.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٢: ٢٠.

(٥) نفس المصدر ٢١: ٩٩.

(٦) أحكام الصغار: ١٩٢.

(٧) فتاوى قاضيخان، المطبوع في هامش الفتاوى الهنديّة ٢: ٢٨٨.

أو حاكماً أو أمين حاكم، وهو أولى من تركه..».

واستند في هذا «لما روى عبدالله بن عمرو بن العاص أنّ النبيّ ﷺ قال: **ألا من ولّي يتيماً له مال فليتّجر له ولا يتركه حتّى تأكله الصدقة**»[١][٢].

وكذا في الشرح الكبير[٣] والكافي[٤]، وقال أيضاً: «يجوز لوليّ اليتيم إبضاع ماله، ومعناه دفعه إلى من يتّجر به والربح كلّه لليتيم... لأنّه إذا جاز دفعه بجزء من ربحه فدفعه إلى من يوفّر الربح أولى»[٥].

وبه قال البهوتي[٦] وبعض آخر[٧]. وقال الرافعي: «إنّ القراض توكيل، فكما يجوز لوليّ الطفل التوكيل في أُمور الطفل، كذلك يجوز لوليّ الطفل والمجنون أن يقارض على مالهما يستوي فيه الأب والجدّ ووصيّهما والحاكم وأمينه»[٨].

وبه قال النووي[٩] والخطيب الشربيني[١٠].

وفي الحاوي الكبير: «يجوز لوليّ اليتيم أن يتّجر له بماله على الشروط المعتبرة فيه؛ وهو قول عامّة الفقهاء ـ إلى أن قال: ـ لأنّ الوليّ يقوم في مال اليتيم مقام البالغ الرشيد في مال نفسه، فلمّا كان من أفعال الرشيد أن يتّجر بماله، كان الوليّ في مال

---

(١) سنن الترمذي ٣: ٣٢ ح ٦٤٠، السنن الكبرى للبيهقي ٥: ٥٢٤ ح ٧٤٣٣.

(٢) المغني ٤: ٢٩٣.

(٣) الشرح الكبير ٤: ٥٢٠.

(٤) الكافي ٢: ١٠٨، المقنع: ١٢٦.

(٥) المغني ٤: ٢٩٣، الشرح الكبير ٤: ٥٢١.

(٦) كشف القناع ٣: ٥٢٣.

(٧) المبدع في شرح المقنع ٤: ٣٣٨، الإقناع ٢: ٢٢٤، الإنصاف ٥: ٣٢٧، المحرّر ١: ٣٤٧، الفروع ٤: ٢٤٣.

(٨) العزيز شرح الوجيز ٦: ١٨.

(٩) روضة الطالبين ٤: ٢٩٥.

(١٠) مغني المحتاج ٢: ٣١٤.

اليتيم مندوباً إلى أن يتّجر بماله، ولأنّ الوليّ مندوب إلى أن يثمر ماله من يلي عليه، والتجارة من أقوى الأسباب في تثمير المال، فكان الوليّ بها أولى»[١].

وقال به أيضاً فقهاء المالكي، كما صرّح بذلك في التاج والإكليل في حاشية مواهب الجليل[٢] والشرح الصغير للدردير[٣].

فرع:

قال في القواعد: «وهل للوصيّ أن يتّجر لنفسه مضاربةً؟ فيه إشكال ينشأ من أنّ له الدفع إلى غيره فجاز لنفسه، ومن أنّ الربح نماء مال اليتيم فلا يستحقّ عليه إلّا بعقدٍ، ولا يجوز أن يعقد الوليّ المضاربة مع نفسه»[٤].

وفي التحرير: «فالأقرب أنّه لا تصحّ المضاربة وتكون له أُجرة المثل»[٥][٦].

وبه قال بعض أهل السنّة أيضاً[٧].

ولقد أجاد المحقّق الثاني في بيانه والجواب عنه في شرحه على القواعد، حيث قال: «إنّ جواز الدفع إلى غيره جائز مع المصلحة، وإنّما جاز لكونه منوطاً بنظره، فإذا كان بيده كان أدخل في الحفظ وأقرب إلى مقتضى الوصيّة، فيكون جوازه

---

(١) الحاوي الكبير ٦: ٤٤٣ و ٤٤٤.

(٢) مواهب الجليل ٢: ٥٣٩.

(٣) بلغة السالك على الشرح الصغير ٣: ٣٩٣.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦.

(٥) وسيأتي أنّ المشهور ذهبوا إلى جواز اقتراض الوليّ من مال اليتيم، فيمكن أن يقال: إذا كان الإقتراض جايزاً فالاتّجار لنفسه جايز قطعاً، فتدبّر. وأيضاً يستفاد الجواز ممّا ورد في بعض النصوص الآتية؛ من أنّه إذا كان عندك مال وضمنته فلك الربح وأنت ضامن للمال، كما صرّح به في خبر منصور الصيقل، فانتظر. م ج ف.

(٦) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٣.

(٧) المغني لابن قدامة ٤: ٢٩٣، الشرح الكبير ٤: ٥٢٠، الكافي ٢: ١٠٨، المقنع: ١٢٦.

بطريقٍ أولى.

ويرد عليه: أنّه لابدّ في الجواز من تناول الإذن له، والمتبادر من الإذن في عقد المضاربة الدفع إلى آخر.

ويجاب: بأنّ الوصيّة إليه إسناد التصرّف إلى رأيه، وهو يعمّ ذلك.

وتوضيح الوجه الثاني: أنّ الأصل في نماء المال أن يكون لمالكه[1]، فلا يخرج عنه ولا يستحقّ عليه الآخر إلّا بعقدٍ يقتضيه، ولا يعقد الوليّ لنفسه، إمّا لأنّ العقد يقتضي متعاقدين، أو لأنّه لابدّ من الإذن في ذلك.

ويجاب عن الأوّل: بأنّ المتعاقدين يكفي حصولهما بالقوّة وتغايرهما بالاعتبار، وعن الثاني: بما قدّمناه من أنّ إسناد التصرّف بالوصيّة يتناول كلّ تصرّف بالمصلحة[2].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(١) ربما ينتقض هذا الأصل بما ورد من أنّ الزرع للزارع وإن كان غاصباً، فإنّ الزرع من نماء الأرض مع أنّه ليس لمالك الأرض، وأيضاً ينتقض بالنماء المستوفاة على القول بعدم ضمان الغاصب، فافهم. م ج ف.

(٢) جامع المقاصد ٥: ١٩٠ ـ ١٩١.

المبحث الثاني: الرهن والارتهان والإقراض والاقتراض

المشهور بين الفقهاء أنّه يجوز للوليّ رهن[١] مال الصبيّ وأخذ الرهن، وهكذا الإقراض والاقتراض له إذا افتقر إلى ذلك مع مراعاة المصلحة.

قال الشيخ﵀: «وأمّا رهن ماله؛ فإنّه لا يجوز إلّا أن يكون به حاجة إلى مال ينفقه عليه في كسوته وطعامه، أو يرمّ ما استهدم من عقاره، ويخاف إن تركه هلاكه وعظيم الخسران وله مال غائب يرجو قدومه، أو غلّة تدرك إذا بيعت بطل كثير منها، فإذا تركت حتّى يدرك توفّر ثمنها؛ فإنّ الوليّ يستقرض له هاهنا ويرهن من ماله ويقضيه من غلّته أو ما تقدّم عليه، وإن لم يكن له حاجة إلى شيء من ذلك وكان بيع العقار أصلح باعه ولم يرهن»[٢].

وفي الشرائع: «يجوز لوليّ الطفل رهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانة مع مراعاة المصلحة، كأن يُستَهْدَم عقاره فيروم رمّه، أو يكون له أموال يحتاج إلى الإنفاق

---

(١) الرهن اسم للشيء المرهون الذي يجمع على رهان، كسهم وسهام، ومعناه في اللُّغة الثبوت والدوام، رهن الرجل الدّابة أي أثبته وأدامه، ورهن فلان عند فلان الشيء حبسه عنده بدينٍ. يقال: رهنته لساني أي كففته وحبسته، فهو مرهون ورهين، المعجم الوسيط: ٣٧٨، المصباح المنير: ٢٤٢.

وعرّفه الفقهاء: بأنّه وثيقة دين المرتهن، أو عقد شرّع لاستيثاق على الدّين، تذكرة الفقهاء ١٣: ٨٧، شرائع الإسلام ٢: ٧٥، قواعد الأحكام ٢: ١٠٨، الدروس الشرعيّة ٣: ٣٨٣، جامع المقاصد ٥: ٤٤، الأحكام الواضحة للشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: ٣٥٦.

وقال في الجواهر ٢٥: ٩٤ في شرح كلام المحقّق﵀: إنّ الرّهن وثيقة لدين المرتهن «لكن لا يريدون بذلك أنّه حقيقة شرعيّة، بل المراد حقيقة عند المتشرّعة» ثمّ ذكر المناقشات على التعريف والجواب عنها إلى أن قال: «وعلى كلّ حال فلا ينبغي الالتفات إلى هذه المناقشات بعد أن كان الرهن باقياً على معناه اللغوي، وإنّما اعتبر الشارع فيه شرائط للصحيح منه، فهو حينئذ هنا حبس العين باللفظ المخصوص».

(٢) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠١.

لحفظها من التلف أو الانتقاص، فيرهن بذلك ما يراه من أمواله إذا كان استبقاؤها أعود»[١]. وكذا في المختصر النافع[٢].

وبه قال الشهيد في الدروس، حيث قال: «ويجوز لوليّ الطفل رهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانة لإصلاح مال استبقاؤه (استيفاؤه خ ل) أعود أو لنفقته»[٣].

وكذا في اللمعة[٤].

ونحو ذلك قول العلّامة: «يجوز لوليّ الطفل أن يرهن ماله إذا افتقر إلى الاستدانة مع المصلحة، مثل أن يستهدم عقاره فيحتاج في إصلاحه إلى الاستدانة أو يكون له ما يحتاج إلى الإنفاق عليه، أو تكون به حاجة إلى نفقةٍ وكسوةٍ، أو يخاف من تلف بعض ماله فيستدين الوليّ لحفظه ويرهن ما يراه مصلحة، وله أن يقبض الرهن مع المصلحة أيضاً»[٥].

وكذا في الإرشاد[٦] والتذكرة[٧]. وبه قال المحقّق الأردبيلي[٨] والشهيد في المسالك[٩] والروضة[١٠] والمحقّق العاملي في مفتاح الكرامة[١١] والمحقّق السبزواري

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٧٨.

(٢) المختصر النافع: ١٦٧.

(٣) الدروس الشرعيّة ٣: ٤٠٣.

(٤) اللمعة الدمشقيّة: ٨٠.

(٥) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٤٧٤.

(٦) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢: ١٤، الطبعة الحجريّة.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٥١.

(٩) مسالك الأفهام ٤: ٣٣.

(١٠) الروضة البهيّة ٤: ٧٣.

(١١) مفتاح الكرامة ٥: ١١٠.

في الكفاية[١]. وهكذا في الجواهر[٢] والرياض[٣] والوسيلة[٤] وتحريرها[٥] وجامع المدارك[٦] ومنهاج الصالحين[٧] ومبانيه[٨] ومهذّب الأحكام[٩].

ويستفاد من كلماتهم أنّ مراعاة المصلحة إنّما تكون بحسب نظر الوليّ، وهي لا تنضبط لاختلاف المصالح باختلاف الأمكنة والأزمنة والأحوال، كما نبّه عليه في الجواهر[١٠].

أدلّة جواز رهن مال الصّبي

ويمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بوجوه:

الأوّل: إطلاق قوله تعالى: ﴿وَ لاٰ تَقْرَبُوا مٰالَ اَلْيَتِيمِ إِلاّٰ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[١١] حيث نهى عن القرب إلّا بالتي هي أحسن، والفرض أنّ في رهن مال الصبيّ مصلحة له.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الثاني: إطلاق أدلّة ولاية الوليّ الشاملة لذلك.

---

(١) كفاية الأحكام: ١٠٨.

(٢) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠.

(٣) رياض المسائل ٥: ٣٥٨.

(٤) وسيلة النجاة ٢: ٩٦.

(٥) تحرير الوسيلة ٢: ٥٥ مسألة ٣.

(٦) جامع المدارك ٣: ٣٤٩.

(٧) منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ١٧٦.

(٨) مباني منهاج الصالحين ٩: ٢١٠.

(٩) مهذّب الأحكام ٢١: ٧٧.

(١٠) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠.

(١١) سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

الثالث: ظاهر المسالك والجواهر الإجماع عليه، حيث قال الشهيد: «وهذا الحكم ممّا لا خلاف فيه عندنا، وإنّما خالف فيه بعض الشافعيّة، فمنع رهن ماله مطلقاً»[١].

ومثله في الجواهر[٢]. وفي مهذّب الأحكام: «للإجماع واقتضاء ولايته ذلك»[٣].

الرابع: أنّه يجوز للوليّ الاتّجار بمال الصبيّ كما تقدّم، والرهن والارتهان من شؤون التجارة.

فإذن للوليّ التصرّف في مال اليتيم مع المصلحة، ولا فرق في جواز التصرّف بين أقسامه، ولكن لمّا كان جواز ذلك الرهن مع مراعاة المصلحة التي هي الأحسن الذي نهى الله[٤] عن القرب إلى مال اليتيم بدونه، فلابدّ أن يكون وضع الرهن على يد عدلٍ يجوز إيداعه منه، أو في يد من يطمئنّ به عليه من التلف ونحوه[٥]. وأشار إلى ذلك الشهيد الثاني أيضاً[٦].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الارتهان للصغير

ممّا قلنا ظهر أنّه يجوز لوليّ اليتيم أخذ الرهن له، صرّح بذلك غير واحد من الفقهاء[٧].

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٣٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠.

(٣) مهذّب الأحكام ٢١: ٧٧.

(٤) سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٥) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠.

(٦) مسالك الأفهام ٤: ٣٣.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٧٩، تذكرة الفقهاء ٢: ١٤، الطبعة الحجريّة، تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٤٧٤، مسالك الأفهام ٤: ٣٤، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٥١، جواهر الكلام ٢٥: ١٦٠، وسيلة النجاة للسيّد أبو الحسن الاصفهاني ٢: ٩٦، تحرير الوسيلة ٢: ٥٥ مسألة ٣.

قال في المبسوط ـ بعد الحكم بجواز تصرّف الأولياء على وجه الاحتياط والحظّ للصغير المولّى عليه ـ: «والارتهان له، فلا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون في بيع ماله أو قرضه. فإن كان في بيع ماله ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: أن يبيع سلعة تساوي مائة درهم نقداً بمائة درهم إلى أجل ويأخذ به رهناً، فهذا باطل؛ لأنّه لا حظّ للمولّى عليه فيه.

والثانية: أن يبيع ما يساوي مائة نقداً بمائة وعشرين، مائة نقداً يعجّلها وعشرين مؤجّلة يأخذ بها رهناً، فهذا صحيح والرهن صحيح؛ لأنّ فيه الحظّ.

والثالثة: أن يبيع بمائة وعشرين مؤجّلة ويؤخذ بالجميع رهناً، فمن الناس من قال: يجوز؛ لأنّ الوليّ نصب للتجارة في مال المولّى عليه وطلب الفضل والربح له، ولا يمكنه إلّا هكذا. ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأنّ فيه تغريراً بالأصل، والأوّل أصحّ؛ لأنّ الرهن وثيقة وفيه العائدة، فليس فيه تغرير.

وأمّا القرض؛ فإنّه لا يجوز إلّا في موضع الضرورة؛ وهو أن يكون في البلد نهب أو حرق أو غرق يخاف على مال الصغير أن يتلف، فيجوز له أن يقرضه بشرطين:

أحدهما: أن يقرضه ثقة يؤمن أن يجحد.

والثاني: أن يكون مليّاً يقدر على قضائه.

وأمّا أخذ الرهن به ينظر، فإن كان الحظّ في أخذه أَخَذَه، وإن كان في تركه تَرَكَهُ، وأخذه أحوط؛ لأنّ عندنا إذا تلف الرهن لا يسقط به الدين، وعلى هذا يجوز بيع ماله نسيئة وأخذ الرهن به إذا كان له فيه الحظّ»[1].

---

(١) المبسوط للطوسي ٢: ٢٠٠ ـ ٢٠١.

اشتراط كون الرهن مساوياً لمال الصغير أو أزيد

وفي المسالك[١] والروضة[٢] والرياض[٣]: أنّه يعتبر كون الرهن مساوياً أو أزيد، وكونه بيد الوليّ أو عدلٍ، والإشهاد على الحقّ، فلو أخلّ ببعض هذه ضمن مع الإمكان.

وفي الكفاية: «إنّ الأحوط الإقراض من الثقة المليّ والارتهان والإشهاد مع الإمكان»[٤].

واقتصر في الشرائع[٥] والإرشاد[٦] واللمعة[٧] ورهن التذكرة[٨] وحجر القواعد[٩] على أنّه يجوز له مع المصلحة كالخوف أن يقرضه ويرتهن.

ومقتضى كلام هؤلاء أنّه مع إمكان الرهن لا يعتبر كون المقترض ثقة مليّاً؛ لانضباط الدَين بالرهن.

وفي حجر التذكرة: «أنّه لو تمكّن من الارتهان ورضي بالكفيل ولم يرتهن ضمن»[١٠].

---

(١) مسالك الأفهام ٤: ٣٤.

(٢) الروضة البهيّة ٤: ٧٤.

(٣) رياض المسائل ٥: ٣٥٨.

(٤) كفاية الأحكام: ١٠٨.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٧٩.

(٦) إرشاد الأذهان ١: ٣٩٢.

(٧) اللمعة الدمشقيّة: ٨٠.

(٨) تذكرة الفقهاء ٢: ١٤، الطبعة الحجريّة.

(٩) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦.

(١٠) تذكرة الفقهاء ٢: ٨١، الطبعة الحجريّة.

وفي الشرائع[١] والقواعد[٢] واللمعة[٣] والروضة[٤] والمسالك[٥]: أنّه لو تعذّر الرهن في موضع الخوف والضرورة والحاجة أقرضه من ثقة غالباً.

ومقتضى كلماتهم أنّه إذا تعذّر الثقة لا يجوز الاقتراض.

ولقد أجاد في مفتاح الكرامة بالإيراد عليه: «بأنّ الإقراض أولى؛ لأنّه مرجوّ الحصول في الدنيا أو الآخرة، بخلاف التلف من الله سبحانه»[٦].

وفي مجمع الفائدة والبرهان: «إن تعذّر الرهن يكتفى بالملاءة والثقة، ومع التعذّر يسقط، ومع وجودهما يمكن تقديم الثقة، ويحتمل المليّ أيضاً»[٧].

والحاصل: أنّ كلّ ذلك بحسب نظر الوليّ وظنّه والعادة والعرف.

وقد ظهر ممّا ذكرنا في الرهن والارتهان حكم الإقراض والاقتراض للصبي فلا نعيده، ولكن بقي اقتراض الوليّ مال الصبيّ لنفسه، وسنذكره قريباً إن شاء الله.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

آراء فقهاء أهل السنّة في المسائل التي تقدّمت

المشهور عندهم أنّه يجوز للوليّ أن يرهن مال الصبيّ أو يرتهن له، وكذلك يجوز الاقراض في ماله والاقتراض له مشروطاً بالشرائط التي يلزمونها، فنذكر شطراً من كلماتهم على الترتيب التالي:

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٧٩.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ١٣٦.

(٣) اللمعة الدمشقيّة: ٨٠.

(٤) الروضة البهيّة ٤: ٧٤.

(٥) مسالك الأفهام ٤: ٣٥.

(٦) مفتاح الكرامة ٥: ١١٢.

(٧) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ١٥١.

أ ـ الحنفيّة

قال في الهداية: «إذا رهن الأب متاع الصغير فأدرك الابن ومات الأب ليس للابن أن يردّه حتّى يقضي الدين؛ لوقوعه لازماً من جانبه، إذ تصرّف الأب بمنزلة تصرّفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه».

وقال أيضاً: «لو رهن الوصيّ متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه، وقبض المرتهن، ثمّ استعاره الوصيّ لحاجة اليتيم، فضاع في يد الوصيّ؛ فإنّه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم؛ لأنّ فعل الوصيّ كفعله بنفسه بعد البلوغ؛ لأنّه استعاره لحاجة اليتيم.

ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبيّ؛ لأنّه متعدٍّ؛ إذ ليس له ولاية الاستعمال لحاجة نفسه»[1].

وفصّل في المبسوط بعد الحكم بجواز الرهن من مال الصغير[2] بين رهن الأب متاع الصغير لنفسه، وبين الوصيّ.

فقال: «إذا رهن الأب من نفسه متاع الصغير فهو جائز، كما يجوز بيعه مال الصغير بخلاف الوصيّ؛ لأنّ الأب يملك التصرّف مع نفسه وإن لم يكن فيه منفعة ظاهرة بخلاف الوصيّ؛ لأنّ الأب غير متّهم بإغرار نفسه على الولد والوصيّ متّهم بذلك»[3].

وفي الهداية: «وإن استدان الوصيّ لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعاً لليتيم جاز؛ لأنّ الاستدانة جائزة للحاجة، والرهن يقع إيفاءً للحقّ فيجوز، وكذلك لو اتّجر لليتيم فارتهن أو رهن؛ لأنّ الأولى له التجارة تثميراً لمال اليتيم،

---

(١) الهداية ٤: ٤٧٧، أحكام الصغار: ٣٥٤.

(٢) المبسوط للسرخسي ٢١: ١٠٢.

(٣) نفس المصدر.

فلا يجد بدّاً من الارتهان والرهن؛ لأنّه إيفاء واستيفاء»[١].

وفصّل في البدائع بين إقراض الوليّ من مال الصبيّ فإنّه لا يجوز، بخلاف القاضي فإنّه يجوز له ذلك، حيث قال: ليس للوليّ أن يقرض مال الصبيّ؛ لأنّ القرض إزالة الملك من غير عوضٍ للحال. ولكن بخلاف القاضي؛ فإنّه يقرض مال اليتيم... لأنّ توى[٢] الدين بالإفلاس أو بالإنكار، والظاهر أنّ القاضي يختار أملى الناس وأوثقهم، وله ولاية التفحّص عن أحوالهم، فيختار من لا يتحقّق إفلاسه ظاهراً وغالباً.

وكذا القاضي يقضي بعلمه، فلا يتحقّق التوى بالإنكار[٣].

وبه قال السرخسي[٤] والأسروشني[٥] والشيخ نظام[٦].

وفي الأب روايتان: الأولى: أنّه لا يملك الإقراض؛ لأنّه تبرّع، وليس للصغير فيه منفعة ظاهرة.

الثانية: أنّه يملك ذلك؛ لأنّه غير متّهم في حقّ ولده[٧].

ب ـ الحنابلة

قال الحجاوي والبهوتي: للوليّ رهنه ـ أي مال الصغير ـ عند ثقةٍ لحاجة[٨].

وفي الإنصاف: «يجوز رهن مالها للحاجة عند ثقةٍ، وللأب أن يرتهن

---

(١) الهداية ٤: ٤٧٧.

(٢) التوى وزان الحَصَى، وقد يمدّ: الهلاك. المصباح المنير: ٧٩.

(٣) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٠.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢١: ١٠٣.

(٥) أحكام الصغار: ١٩٢.

(٦) الفتاوى الهنديّة ٢: ٢٤٤.

(٧) المبسوط للسرخسي ٢١: ١٠٣، أحكام الصغار: ١٩١.

(٨) الإقناع ٢: ٢٢٥، كشف القناع ٣: ٥٢٤.

مالهما ـ أي الصبيّ والمجنون ـ من نفسه، ولا يجوز لغيره على المذهب»[١].

وقالوا أيضاً: إنّ للوليّ قرض مال الصبيّ لمصلحةٍ فيه[٢]؛ بأن يكون الثمن المؤجّل أكثر ممّا يباع به حالاً، وذلك لحاجة سفر أو خوف على المال من نهب أو غرق أو غيرهما، فيجوز حينئذٍ ولو بلا رهن ولا كفيل به.

فإن ضاع المال أو تلف بسبب ترك الرهن والكفيل لم يضمن الوليّ؛ لأنّ الظاهر السلامة[٣].

وفي الإنصاف: «قال في المغني والشرح: يقرضه لحاجة سفر أو خوف عليه، أو غيرهما»[٤].

ج ـ الشافعيّة

جاء في الحاوي الكبير: «فأمّا المولّى عليه لصغر أو سفه أو جنون، فلا يجوز له التصرّف في ماله برهن ولا ارتهان، ويتولّى ذلك وليّه من أبيه، أو وصيّ للورثة، أو أمين حاكم»[٥].

وقال الرافعي: «رهن الوليّ مال الصبيّ والمجنون والمحجور عليه بالسفه وارتهانه لهم مشترط بالمصلحة والاحتياط». ثمّ بيّن صور المصلحة في الرهن والارتهان[٦].

وقريب من ذلك في روضة الطالبين[٧] والمجموع شرح المهذّب[٨]

---

(١) الإنصاف ٥: ٣٣٠.

(٢) الفروع ٤: ٢٤٣، الإنصاف ٥: ٣٢٨، المحرّر ١: ٣٤٧، المغني ٤: ٢٩٥، الشرح الكبير ٤: ٥٢٢.

(٣) كشّاف القناع ٣: ٥٢٤، الإقناع ٢: ٢٢٤، المغني ٤: ٢٩٥، الشرح الكبير ٤: ٥٢٢.

(٤) الإنصاف ٥: ٣٢٨.

(٥) الحاوي الكبير ٧: ١١٤.

(٦) العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٦٩ ـ ٤٧٠.

(٧) روضة الطالبين ٣: ٣٥٢ ـ ٣٥٤.

(٨) المجموع شرح المهذّب ١٣: ٢٥٠ و ٢٥١.

ومغني المحتاج[١].

وجاء في المهذّب: «ولا يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة؛ لأنّه يخرجه من يده فلم يجز، فإن خاف من نهب أو حريق أو غرق، أو أراد سفراً وخاف عليه جاز الإيداع والإقراض، فإن قدر على الإيداع دون الإقراض أودع، ولا يودع إلّا ثقة، وإن قدر على الإقراض دون الإيداع أقرضه، ولا يقرضه إلّا ثقة مليّاً؛ لأنّ غير الثقة يجحد وغير المليّ لا يمكن أخذ البدل منه»[٢]، وبه قال النووي[٣] والرافعي[٤].

وهكذا يجوز للوليّ أن يستقرض للصبيّ لحاجة إلى النفقة أو الكسوة أو لإصلاح عقاره أو مرمّتها ارتقاباً لغلّتها أو غيرها[٥].

د ـ المالكيّة

قال في مواهب الجليل: «وللوصيّ أن يرهن مال اليتيم رهناً فيما يبتاع له من كسوةٍ أو طعامٍ، وليس للوصيّ أن يأخذ عروض اليتيم بما أسلفه رهناً»[٦].

وكذا في التاج والإكليل[٧] والحاشية للدسوقي[٨]، وقال ابن شاس: «يصحّ الرهن ممّن يصحّ منه البيع»[٩].

---

(١) مغني المحتاج ٢: ١٧٥.

(٢) المهذّب في فقه الشافعي ١: ٣٢٩.

(٣) روضة الطالبين ٣: ٤٨٠، المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٣٣.

(٤) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٣.

(٥) العزيز شرح الوجيز ٤: ٤٦٩، المجموع شرح المهذّب ١٣: ٢٥١، روضة الطالبين ٣: ٣٥٣، نهاية المحتاج ٤: ٢٣٦، المهذّب في فقه الشافعي ١: ٣٣٠.

(٦ـ٧) مواهب الجليل ٦: ٥٣٨.

(٨) حاشية الدسوقي ٣: ٢٣٢.

(٩) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٥٨٥.

اقتراض الوليّ من مال الصبيّ

المشهور بين الفقهاء أنّه يجوز للوليّ الاقتراض من مال الصبيّ لنفسه، كإقراضه لغيره إذا كان ذلك مصلحة له.

قال الشيخ: «ومتى اتّجر الإنسان بمال اليتيم نظراً لهم وشفقةً عليهم فربح كان الربح لهم وإن خسر كان عليهم... ومتى اتّجر به لنفسه وكان متمكّناً في الحال من ضمان ذلك المال وغرامته، إن حدث به حادث جاز ذلك وكان المال قرضاً عليه، فإن ربح كان له، وإن خسر كان عليه... ومتى اتّجر لنفسه بمالهم وليس بمتمكّن في الحال من مثله وضمانه كان ضامناً للمال، فإن رَبِحَ كان ذلك للأيتام، وإن خسِرَ كان عليه دونهم»[1].

وجاء في الوسيلة: «وإن اتّجر لنفسه كان له الربح وعليه الخسران إذا كان مليّاً بمثل المال، وإن لم يكن مليّاً أو تصرّف فيه غيرُ مَنْ له التصرّف كان الربح لليتيم والخسران على المتصرّف»[2].

وقد ذكر القولين في التحرير من دون ترجيح[3]. وفي الجامع للشرائع وحجر التذكرة اشتراط الملاءة والمصلحة للطفل[4].

واحتمل ذلك في المسالك[5] والكفاية[6] وأنّهما قالا: إنّه كإقراضه لغيره، ولأنّه تصرّف في مال اليتيم وهو مشروط بالمصلحة، واحتملا جواز إقراضه مع عدم الضرر على الطفل وإن لم يكن له مصلحة.

---

(١) النهاية للطوسي: ٣٦١ـ٣٦٢.

(٢) الوسيلة لابن حمزة: ٢٧٩.

(٣) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٤.

(٤) الجامع للشرائع: ٢٨١، تذكرة الفقهاء ٢: ٨٠ـ٨٣، الطبعة الحجريّة.

(٥) مسالك الأفهام ٤: ٣٥.

(٦) كفاية الأحكام: ١٠٨.

وفي الجواهر[١]: «لا ينبغي التأمّل في جواز ذلك للوليّ في الجملة».

وأضاف: «أنّ الأحوط الاقتصار في تصرّف الأولياء على كونه الأحسن، لمقتضى إطلاق الآية الكريمة»[٢].

وقال المحدّث البحراني: «متى كان وليّاً مليّاً فإنّه يجوز له الاقتراض من مال الطفل والاتّجار لنفسه، وأنّ الربح له والنقيصة عليه»[٣].

أدلّة جواز اقتراض الوليّ من مال الصبيّ

وتدلّ على هذا الحكم نصوص:

منها: ما رواه منصور بن حازم في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل ولّي مال يتيم أيستقرض منه؟ فقال: «**إنّ عليّ بن الحسين عليه السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك**».

ورواه أيضاً في الكافي والتهذيب بسند صحيح عن أبي الربيع، ودلالتها واضحة[٤].

ومنها: خبر منصور الصيقل قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به؟ قال: فقال: «**إذا كان عندك مال وضمنته فلك الربح وأنت ضامن للمال، وإن كان لا مال لك وعملت به فالربح للغلام وأنت ضامن للمال**»[٥].

وقوله عليه السلام: «**فلك الربح وأنت ضامن للمال**» يدلّ على جواز الاقتراض

---

(١) جواهر الكلام ٢٥: ١٦٥.

(٢) سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٣) الحدائق الناضرة ١٨: ٣٣٠.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٩٢ الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به، ح ١، نقلاً عن الكافي ٥: ١٣١ ـ ١٣٢، ح ٥، ٦ و ٨، وتهذيب الأحكام ٦: ٣٤١ ح ٩٥٣.

(٥) وسائل الشيعة ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٧.

من مال اليتيم، ولكن اعتبرت الملاءة في الرواية.

ومنها: خبر أبي العطارد الخيّاط قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: مال اليتيم يكون عندي فأتّجر به؟ فقال: «إذا حرّكته فعليك زكاته». قال: قلت: فإنّي أُحرّكه ثمانية أشهر وأدعه أربعة أشهر، قال: «عليك زكاته»[1].

وقوله عليه السلام: «عليك زكاته» ظاهر في الاتّجار لنفسه، فيدلّ على جواز اقتراض الوليّ والاتّجار بمال اليتيم لنفسه.

عدم جواز الاقتراض من مال الصبيّ

قال ابن إدريس ـ بعد بيان ما قاله الشيخ في النهاية[2] من جواز اقتراض الوليّ من الصبيّ لنفسه ـ: «هذا غير واضح ولا مستقيم، ولا يجوز له أن يستقرض شيئاً من ذلك؛ سواء كان متمكّناً في الحال من ضمانه وغرامته، أو لم يكن؛ لأنّه أمين، والأمين لا يجوز أن يتصرّف لنفسه في أمانته بغير خلاف بيننا معشر الإماميّة، ولايجوز له أن يتّجر فيه لنفسه على حال من الأحوال، وإنّما أورد شيخنا ذلك إيراداً لا اعتقاداً، من جهة أخبار الآحاد»[3].

نقول: منع ابن إدريس مردود بالنصوص الواردة في المقام كما تقدّم، ولذلك قال العلّامة رداً لابن إدريس: «والوجه: أنّ الاقتراض إن كان مصلحة لليتيم جاز فعله؛ لأنّه يجوز له أن يقرض غيره مع المصلحة، فجاز أن يقترض معها؛ لأنّ مناط الجواز حصول المصلحة، وإذا اقترض خرج عن كونه أميناً في ذلك المال. والإجماع غير مناف لذلك»[4].

---

(١) نفس المصدر ٦: ٥٧ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٣.

(٢) النهاية: ٣٦١.

(٣) السرائر ٢: ٢١٢.

(٤) مختلف الشيعة ٥: ٦٦.

وقال المحدّث البحراني: «منع ابن إدريس هنا من اقتراض الوليّ مردود بالأخبار»[١].

اقتراض الوليّ من مال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّة

قال النووي: «ولا يلزم الأب والجدّ الارتهان من نفسهما للصبيّ والدين عليهما إن باعا ماله لأنفسهما نسيئةً؛ لأنّهما أمينان في حقّه ـ ثمّ قال ـ: إذا باع الأب مال ولده من نفسه بالنسيئة لم يحتجّ إلى الارتهان»[٢].

وقال في موضع آخر ـ نقلاً عن الطبري في تفسيره[٣] ـ: واختلفوا في «المعروف» الذي أذِن الله جلّ ثناؤه لولاة أموالهم أكلُها به[٤] إذا كانوا أهل فقرٍ وحاجةٍ إليها. فقال بعضهم: هو القرض يستقرضه من ماله ثمّ يردّه... وعن ابن عبّاس قال: هو القرض. وعن عبيدة السلماني: الذي ينفق من مال اليتيم يكون عليه قرضاً[٥].

وفي نهاية المحتاج: «لا يلزم الأب والجدّ الارتهان من نفسهما والدين عليهما، كأن باعا ماله لنفسهما نسيئةً؛ لأنّهما أمينان في حقّه»[٦].

وبه قال في الروضة[٧] والعزيز شرح الوجيز[٨].

---

(١) الحدائق الناضرة ١٨: ٣٢٦.

(٢) المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٣٠ و ١٣١.

(٣) تفسير الطبري ٤: ١٧١.

(٤) في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾.

(٥) المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٣٩.

(٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ٤: ٣٧٨.

(٧) روضة الطالبين ٣: ٤٧٧.

(٨) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨١.

المبحث الثالث: إيداعُ[١] مال الصبيّ وعاريته

يستفاد من كلمات بعض الفقهاء ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ أنّه يجوز[٢] للوليّ أن يودع مال الصبيّ عند ثقةٍ أمين إذا كانت فيه مصلحة وغبطة.

قال العلّامة في التحرير: «ولو أراد الوليّ السفر لم يصحبه[٣]، بل ينبغي إقراضه من الثقة، ولو لم يجد المقترض أودعه، وله إيداعه مع وجود المقترض، ولا ضمان عليه»[٤]، فإنّه قد يكون الإيداع أنفع له من القرض.

وفي التذكرة: «ولو أراد الوليّ السفر لم يسافر به وأقرضه من مليٍّ مأمون وهو أولى من الإيداع؛ لأنّ الوديعة لا تضمن، ولو لم يوجد المقترض بهذه الصفة أودعه من ثقةٍ أمينٍ، فهو أولى من السفر به؛ لأنّه موضع الحاجة والضرورة، ولو أودعه من الثقة مع وجود المقترض المليّ المأمون لم يكن مفرطاً ولا ضمان عليه؛ فإنّه قد يكون الإيداع أنفع له من القرض»[٥].

وكذلك يستظهر من بعض كلمات الأصحاب أنّه يجوز للوليّ إعارة[٦] مال

---

(١) أودع الشيء: صانه، أودعت زيداً مالاً دفعته إليه ليكون عنده وديعة، والوديعة فعلية بمعنى مفعولة، ما استودع، وجمعها ودائع، المعجم الوسيط: ١٠٢٠، المصباح المنير: ٦٥٣. وقد عرّفها الفقهاء بأنّها استنابة في الحفظ، شرائع الإسلام ٢: ١٦٣، تذكرة الفقهاء ٢: ١٩٦ الطبعة الحجريّة، كشف الرموز ٢: ٢٤، مسالك الأفهام ٥: ٧٧، الحدائق الناضرة ٢١: ٣٩٨.

(٢) بل يجب الإيداع فيما إذا أراد السفر ولم يصحبه. م ج ف.

(٣) أي استصحاب الوليّ مال الصبيّ في السفر.

(٤) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٥.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٢، الطبعة الحجريّة.

(٦) أعار الشيء إعارةً، أعطاه إيّاه عاريةً المعجم الوسيط: ٦٣٦ والعارية بالتشديد وقد يخفّف في الشعر، قال ←

الصبيّ لو كان فيها الحظّ والمصلحة لليتيم، لأنّه ناظر في مصلحته وهذا من ذاك.

جاء في الشرائع: «لا تصحّ إعارة الصبيّ ولا المجنون، ولو أذِن الوليّ جاز للصبيّ مع مراعاة المصلحة»[١].

وفي التحرير: «لو كان الصبيّ مميّزاً أو أذِن له الوليّ في الإعارة جاز مع المصلحة»[٢].

وكذا في اللمعة[٣] والإرشاد[٤].

وقال الشهيد الثاني: «قد تقدّم في البيع أنّ عقد الصبيّ لا عبرة به وإن أذِنَ له الوليّ. وإنّما جاز هنا لأنّ العارية لمّا كانت جائزة ولا تختصّ بلفظ، بل كلّ ما دلّ على رضا المعير[٥] وهو هنا الوليّ، كان إذنه للصبيّ بمنزلة الإيجاب، فالعبرة حينئذٍ بإذنه لا بعبارة الصبيّ... والمراد بالمُعار هنا ملك الصبيّ كما يدلّ عليه مراعاة المصلحة. وتتحقّق المصلحة بكون يد المستعير أحفظ من يد الوليّ في ذلك الوقت، لخوفٍ ونحوه، أو لانتفاع الصبيّ بالمستعير بما يزيد عن المنفعة، أو لكون العين ينفعها الاستعمال ويضرّها تركه ونحو ذلك»[٦].

← بعضهم: وهي إسم من الإعارة، سمّيت عاريةً لأنّها عار على صاحبها، أو مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها، مجمع البحرين ٢: ١٢٩٢ ـ ١٢٩٣، لسان العرب ٤: ٤٦٤.

وقد عرّفها الفقهاء بأنّها عقد ثمرته التبرّع بالمنفعة، أو هي عقد شُرّع لإباحة الانتفاع بعين من الأعيان على وجه التبرّع، شرائع الإسلام ٢: ١٧١، تذكرة الفقهاء ٢: ٢٠٩ الطبعة الحجريّة، مسالك الأفهام ٥: ١٣١، الحدائق الناضرة ٢١: ٤٧٦، جواهر الكلام ٢٧: ١٦١.

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٧١.

(٢) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٢١٠.

(٣) اللمعة الدمشقيّة: ٩١.

(٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٣٩.

(٥) المدار في العارية على رضا المالك؛ وهو الوليّ هنا.

(٦) مسالك الأفهام: ٥/ ١٣٦.

وتوضيح ذلك: أنّ إذن الوليّ لا يجعل مسلوب العبارة غير مسلوبٍ كما هو مفروغ عنه في غير المقام، ولكنّه يجعل إذنُ الوليّ فعلَ الصبيّ فعلاً للوليّ، كما جعلَ أمره للصبي بأفعال الحجّ موجباً للصحّة في الجملة، إلّا أنّ هذا الحكم مختصٌّ بالعارية ولا يجري في سائر العقود، للسيرة المعتضدة بهذه الكلمات من الأصحاب، وإرسالهم إرسال المسلّمات[١].

أدلّة جواز إيداع مال الصبيّ

ويمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بإطلاق قوله تعالى:

﴿وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[٢].

لأنّ في الفرض الإيداع والإعارة كانا بمصلحة الصبيّ ويصيران موجبين لحفظ ماله، فيدخل في الأُمور التي أمر الله تعالى بعدم جواز قرب مال اليتيم إلّا بها، وهو المطلوب.

وهكذا تدلّ على ذلك إطلاق ما دلّ على عموم ولايته الشامل لما نحن فيه.

وكذا يمكن الاستدلال بعموم ما ورد في صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام؛ أي قوله: «لأنّ والده هو الذي يلي أمره»[٣].

ومثل ذلك خبر عبيد بن زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام[٤].

الإيداع والعارية في مال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّة

قال ابن قدامة: «إن أراد الوليّ السفر لم يكن له المسافرة بماله، وقرضه لثقةٍ أمينٍ أولى من إيداعه؛ لأنّ الوديعة لا تضمن إذا تلفت، فإن لم يجد من يستقرضه

---

(١) اقتباس من جواهر الكلام ٢٧: ١٦١.

(٢) سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٣، ٤) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٧ و٢٩٩ الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، ح ١ و ٥.

على هذه الصفة فله إيداعه؛ لأنّه موضع حاجة»[١].

وفي الفروع: «وله إيداعه مع إمكان قرضه، ذكره في المغني، وظاهره متى جاز قرضه جاز إيداعه، وظاهر كلام الأكثر يجوز إيداعه؛ لقولهم: يتصرّف بالمصلحة، وقد يراه مصلحة، ولهذا جاز مع إمكان قرضه»[٢].

وبه قال المرداوي[٣] وابن مفلح[٤].

وفي الإقناع: «وإن أراد أن يودع ماله فقرضه أولى، وإن أودعه مع إمكان قرضه جاز، ولا ضمان عليه»[٥]، وكذا في شرحه[٦].

وجاء في البيان: «فإن خاف على ماله من نهب أو غرقٍ أو حريقٍ ولم يقدر الوليّ على المسافرة به، أو أراد الوليّ السفر إلى موضعٍ لا يمكنه نقل المال إليه، أو يحتاج في نقله إلى مؤونةٍ مجحفة جاز أن يودعه»[٧].

وبه قال النووي في المجموع[٨] وروضة الطالبين[٩]، والرافعي في العزيز[١٠] وكذا في المهذّب[١١] للشيرازي.

وقال في البدائع: «وله أن يعير ماله استحساناً، والقياس لا يجوز، وجه

---

(١) المغني ٤: ٢٩٦، الشرح الكبير ٤: ٥٢٢، الكافي في فقه أحمد ٢: ١٠٨.

(٢) الفروع ٤: ٢٤٣.

(٣) الإنصاف ٥: ٣٢٩.

(٤) المبدع ٤: ٣٣٩.

(٥) الإقناع ٢: ٢٢٥.

(٦) كشّاف القناع ٣: ٥٢٤.

(٧) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٦: ٢١٤.

(٨) المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٣٣.

(٩) روضة الطالبين ٣: ٤٨١.

(١٠) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٣.

(١١) المهذّب ١: ٣٢٩.

القياس: أنّ الإعارة تمليك المنفعة بغير عوضٍ فكان ضرراً، ووجه الاستحسان: أنّ هذا من توابع التجارة وضروراتها فتملك بملك التجارة، ولهذا ملكها المأذون، وله أن يودع ماله؛ لأنّ الإيداع من ضرورات التجارة»[1].

إيضاح

قد ذكرنا في البحث عن ولاية الأب والجدّ وغيرهما على تزويج الصغار، جواز الاستنابة والتوكيل فيه خاصّة، وبيّنا في خلال البحث جواز الاستنابة في شؤون الطفل عموماً، ومنها الاستنابة والتوكيل في التصرّف في أموالهم فلا نعيده.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١ و ٣٥٢.

الفصل الثالث

في إجارة الوليّ الصبيّ أو ماله

من التصرّفات التي تجوز للوليّ إجارة الصبيّ نفسه أو ماله؛ سواء كان أباً أو جدّاً أو وصيّاً أو حاكماً أو أمينه.

قال الشيخ ﷺ في الخلاف: «إذا آجر الأب أو الوصيّ الصبيّ أو شيئاً من ماله مدّة صحّت الإجارة بلا خلافٍ. فإن بلغ الصبيّ قبل انقضاء المدّة كان له ما بقي، ولم يكن للصبيّ فسخه»[1].

وفي المبسوط: «إذا آجر الأب أو الوصيّ الصبيّ أو ماله صحّ ذلك، كما يصحّ بيع ماله، فإذا بلغ وقد بقي من مدّة الإجارة بعضها كان له فسخها فيما بقي. وقيل: إنّه ليس له ذلك، وهو الأقوى»[2]. وكذا في السرائر[3].

ولكن قال العلّامة في جملة من كتبه، كالمختلف[4] والتحرير[5] والتذكرة[6]

---

(١) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١.

(٢) المبسوط للطوسي ٣: ٢٤٠.

(٣) السرائر ٢: ٤٧٢.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ١٢٤.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٦٩.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٧ الطبعة الحجرية.

والقواعد[١]: إنّ له الفسخ، وتبعه المحقّق الثاني في شرحه عليها[٢].

وكذا المحقّق الأردبيلي على وجه، حيث قال: «ولكن يحتمل عدم البطلان وكونه موقوفاً على إجازته بعد البلوغ والرشد بناءً على جواز الفضولي»[٣].

واختاره الشهيد الثاني في المسالك[٤] والمحقّق العاملي في مفتاح الكرامة[٥] والمحقّق اليزدي في العروة، وقال به أيضاً عدّة من فقهاء العصر في تعليقاتهم عليها[٦].

وقال في الشرائع: «ولو آجر الوصيّ صبيّاً مدّةً يعلم بلوغه فيها، بطلت في المتيقّن وصحّت في المحتمل، ولو اتّفق البلوغ فيه هل للصبيّ الفسخ بعد بلوغه؟ قيل: نعم، وفيه تردّد»[٧].

وقال الشهيد في القواعد: «لو آجر الوليّ الطفل مدّة، فبلغ ورشد في الأثناء، أو آجر ماله يحتمل البقاء؛ لأنّ تصرّفه كان للمصلحة فيلزم، وحينئذٍ هل له خيار الفسخ؟ نظر، ويحتمل البطلان؛ لتبيّن خروج هذه المدّة عن الولاية، وهو الأقرب»[٨].

ومثل هذا في الجواهر، حيث قال ـ بعد نقل قول الشيخ بلزوم الإجارة

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣.

(٢) جامع المقاصد ٧: ٩٩.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٦٧.

(٤) مسالك الافهام ٥: ٢٢٨.

(٥) مفتاح الكرامة ٧: ٩٩.

(٦) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٣١.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨.

(٨) القواعد والفوائد ٢: ٢٧٥.

وصحّتها لو اتّفق بلوغ الطفل في أثنائها ـ: «وفيه ما عرفت من أنّه بالنسبة إلى الحال المفروض ليس من أهلها ولا في محلّها، والجهل لا مدخليّة له في تغيّر حكم الموضوع واقعاً. نعم، لو فرض[1] إجارة الوليّ المدّة الزائدة على سنّ البلوغ في مصلحة الطفل قبل بلوغه كان المتّجه لزومها، وكذا الكلام في ماله، وليس مفروض المسألة هنا كذلك»[2].

وفي تحرير الوسيلة: «لو آجر الوليّ الصبيّ المولّى عليه، أو ملّكه مدّةً مع مراعاة المصلحة والغبطة، فبلغ الرشد قبل انقضائها، فله نقض الإجارة وفسخها بالنسبة إلى ما بقي من المدّة، إلّا أن تقتضي المصلحة اللازمة المراعاة فيما قبل الرشد، الإجارة مدّةً زائدةً على زمان تحقّقه، بحيث تكون بأقلّ منها خلاف مصلحته، فحينئذٍ ليس له فسخها بعد البلوغ والرشد»[3].

وبه قال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني دام ظلّه[4].

والحاصل: أنّ الفقهاء رضوان الله عليهم اتّفقوا في أصل المسألة ـ أي جواز إجارة الوليّ الصبيّ أو ماله ـ ولم نجد فيها مخالفاً وإن اختلفوا في حكم بعض شقوقها التي سنذكرها خلال البحث عنها إن شاء الله.

وللتحقيق في بيان صور المسألة عقدنا هذا الفصل، ونطرح فيه مبحثين:

المبحث الأوّل: في إجارة الوليّ نفس الصبيّ وتمليك منافع بدنه.

---

(١) والظاهر أنّ تشخيص المصلحة مقيّدة بحال الصغر، وإنّما هو بيد الوليّ. وأمّا المصلحة بالنسبة إلى بعد البلوغ فليس في دائرة ولايته وتشخيصه؛ فإنّا إذا التزمنا بعدم ذلك فيستلزم ثبوت ولايته إلى آخر عمر الصّبي، وهو كما ترى. م ج ف.

(٢) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣ ـ ٣٣٤.

(٣) تحرير الوسيلة ٢: ٥٤٧ مسألة ١٢.

(٤) تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٢١٢ ـ ٢١٦.

المبحث الثاني: في إجارة مال الصبيّ.

ونذكر في آخر هذا الفصل مبحثاً ثالثاً يرتبط بكلّ المباحث التي ذكرناها سابقاً في الفصول الثلاثة الأخيرة، وكذا بعدها، ونحقّق فيه عن حكم جواز أخذ الأُجرة للمتولّي من مال الطفل.

المبحث الأوّل: إجارة الوليّ نفس الصبيّ

تُتصوّر في المسألة ثلاث صور:

الصورة الأُولى: أنّه لو آجره مدّة يعلم بعدم بلوغه ورشده، فلا خلاف في صحّة الإجارة واقعاً وظاهراً؛ لأنّه لا شكّ بأنّ للحرّ سلطنة على تمليك منافعه، والوليّ قائم مقام الصبيّ في هذه السلطنة، فله السلطنة على تمليك منافع الصغير وإجارتها.

الصورة الثانية: أنّه لو آجره مدّة يعلم ببلوغه ورشده فيها؛ فإنّه تصحّ الإجارة إلى وقت البلوغ والرشد، ثمّ يتخيّر الصبيّ بين الفسخ والإمضاء، مثلاً لو كان عمر الصبيّ عشراً وآجره عشراً؛ فإنّ الإجارة لا تكون لازمة بعد البلوغ، بل تتوقّف على إجازة الصبيّ بعد بلوغه ورشده؛ لأنّها وقعت على ما ليس له ولاية عليه، فتصرّف الوليّ حينئذٍ فضولي إن لم يعتبر في صحّته وجود المجيز حال العقد، وإلّا كان العقد باطلاً.

ويمكن أن يستدلّ لهذا الحكم بوجوه:

الأوّل: الإجماع الذي ادّعاه المحقّق الرشتي﵀[1].

الثاني: ماذكره السيّد الخوئي﵀ من أنّه لا دليل للولاية على مثل هذا التصرّف،

(١) كتاب الإجارة للمحقّق الرشتي: ٣٤٦.

ومجرّد عدم الدليل على الولاية كافٍ في عدم النفوذ والافتقار إلى الإجازة[١].

وقال المحقّق الرشتي: «إنّ عموم الولاية لمثل هذا المال غير ثابت»[٢].

وفي كتاب الإجارة للمحقّق الفقيه الآشتياني ﷺ: «وليس في المقام دليل على ثبوت الولاية بالنسبة إلى جميع منافع الصغير، حتّى الموجودة في زمان كبره»[٣].

الثالث: ما ذكره المحقّق الاصفهاني ﷺ من أنّ «المنافع المصادفة لزمان كبره فهي منافع الكبير، والمفروض عدم السلطنة للولي إلّا على الصغير ومنافعه لا على الكبير ومنافعه، وهذا هو الوجه في المنع. لا أنّ المنافع الآتية ليست أموالاً فعليّة للصغير.

فإنّ نظر المانع إن كان إلى عدم كونها مملوكة للصغير، فالمنافع التي تصادف زمان صغره أيضاً غير مملوكة له. وإن كان نظر المانع إلى عدم ماليّتها إلّا في ظرف وجودها؛ فإنّ الملكيّة تتقدّم على ذات المملوك، والماليّة منتزعةٌ من ذات المنفعة، فلا تتقدّم عليه.

ففيه: أنّ المنافع المصادفة لزمان صغره أيضاً كذلك، مع أنّه يصحّ تمليكها.

فالوجه للمنع ما ذكرناه من عدم السلطنة على تمليك منافع الكبير، ولا يعقل أن تكون المنافع الآتية منافع الصغير.

إلّا أن يقال: إنّ الصغَرَ لو لم يكن مانعاً شرعاً لكان للصغير فعلاً تمليك جميع منافعه المصادفة لزمان صغره وكبره، والشارع لمكان مانعيّة الصغر في نظره جعل هذه السلطنة لوليّه. وحينئذٍ فيجاب عنه بما أجبنا به في إجارة أملاكه من عدم

---

(١) مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة: ١٣٨.

(٢) كتاب الإجارة للمحقّق الرشتي: ٣٤٦.

(٣) كتاب الإجارة للشيخ مرتضى الآشتياني: ٢٦٨.

المقتضي للولاية المطلقة»[١].

نقول: مقصوده أنّه لم يكن لهذه الولاية مقتضٍ؛ لأنّ مناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن يجعل الشارع الحكيم للصبيّ وليّاً، لئلّا يفوت عليه ما يتعلّق بنفسه وماله من المصالح في صغره، والمصلحة الراجعة إلى أملاكه في زمان كبره لا تفوت بترك إجارة الوليّ، بل قابلة لأن يستوفيها الصغير بعد كبره، فلا مقتضي للولاية على مثل هذا التصرّف.

وقال المحقّق الآشتياني: «إنّ منافع الصغير قبل الإجارة ليست من الأموال، وإنّما تصير بوجودها الاعتباري مالاً حين الإجارة لتصحيح تعلّق الملكيّة بها، وليس في المقام دليل على ثبوت الولاية بالنسبة إلى جميع منافع الصغير، حتّى الموجودة في زمان كبره ولو بوجودها الاعتباري حال صغره. هذا، مضافاً إلى خلوّها بالنسبة إلى الموجودة في زمان كبره عمّا هو الحكمة لتشريعها من قصور الصبيّ؛ إذ ليس له قصور بالنسبة إلى أمواله الموجودة في زمان كبره»[٢].

وقال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: «منافع البدن التي يكون مقتضى إيجاره تمليكها فهي تغاير الأموال، من جهة عدم كونها مملوكة على حدّ الأموال، غاية الأمر ثبوت السلطنة لنفس الحرّ على إيجاره، والوليّ لا يكون إلّا قائماً مقامه عند وجود نقص فيه كالصغر ونحوه، وعليه: فدائرة الولاية محدودة بما يكون المولّى عليه ناقصاً بالإضافة إليه.

وبعبارةٍ أُخرى: الوليّ ليس له الولاية إلّا بالنسبة إلى منافع الصغير، والمنافع بعد البلوغ لا تكون معنونة بهذه العنوان؛ لأنّها ليست إلّا منافع الكبير، فالفرق بين الأموال ومنافع البدن إنّما هو في كون الأموال مملوكة للصغير فعلاً، ومقتضى الولاية

---

(١) بحوث في الفقه، كتاب الإجارة: ٢٩٩، مع تصرّف يسير.

(٢) كتاب الإجارة للشيخ مرتضى الآشتياني: ٢٦٨.

أو الوصاية جواز التصرّف فيها مطلقاً إذا كان موافقاً للمصلحة. وأمّا المنافع فليست منافع الصغير إلّا المقدار المقارن لزمان الصغر، وما عداها فهو خارج عن دائرة الولاية»[١].

الصورة الثالثة: أنّه لو آجره مدّة لا يعلم بلوغه ورشده فيها[٢]، فتصحّ الإجارة بلا خلاف كما في الخلاف[٣]؛ بمعنى الحكم بصحّته ظاهراً لتحقّق الولاية المقتضية لصحّة ذلك[٤].

قال المحقّق الرشتي: «لأصالة عدم البلوغ»[٥] وقال الفقيه الآشتياني: «لأصالة عدم بلوغه ورشده، وأصالة بقاء ولايته المقتضية لصحّة ذلك»[٦].

وقال بعض الأعلام: «والوجه فيه إنّما هو استصحاب عدم البلوغ الجاري في جميع أجزاء ذلك الزمان» وأضاف بأنّه «ربما يستشكل في ذلك تارةً من أجل أنّ احتمال البلوغ في بعض مدّة الإجارة مع عدم ثبوت الولاية له بالإضافة إلى ما بعد البلوغ موجب لتحقّق الغرر وثبوت الجهالة؛ لأنّ مدّة الإجارة حينئذٍ غير معلومة، ولكن هذا الإشكال إنّما يبتني على بطلان الإجارة في الزمان المصادف للبلوغ واقعاً؛ ضرورة أنّه على فرض الصّحة في ذلك الزمان أيضاً لا يتحقّق غرر[٧]

---

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٢١٣.

(٢) والظاهر أنّ المقصود من هذه الصورة عدم العلم بالبلوغ والرشد في تلك المدّة حتّى بعد تماميّة المدّة؛ بمعنى أنّه بعد انقضاء المدّة لا نعلم بلوغه أو رشده، وإلّا إذا انكشف بعد الإجارة أنّ مقداراً من المدّة واقع في زمن البلوغ فيرجع إلى الصورة الثانية، فتدبّر. م ج ف.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣، الخلاف ٣: ٥٠٠، مسألة ٢١.

(٤) القواعد والفوائد للشهيد ٢: ٢٧٥، تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٦٩، العروة مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٣١.

(٥) كتاب الإجارة للرشتي: ٣٤٦.

(٦) كتاب الإجارة للآشتياني: ٢٦٦.

(٧) وعدم العلم بتحقّق الإجازة من الصبيّ بعد البلوغ لا يوجب غرراً منهيّاً عنه، وإلّا يلزم أن تكون جميع المعاملات الفضوليّة غرريّاً، وهو كما ترى. م ج ف.

ولا تثبت جهالة أصلاً. وأخرى: بأنّ الأُصول العمليّة التي منها الاستصحاب وإن قلنا بالإجزاء فيها في الأحكام التكليفيّة، ولكنّها لا تصلح لإثبات الأحكام الوضعيّة مع انكشاف الخلاف وعدم المصادفة للواقع، فلا مجال للاتّكاء على استصحاب عدم البلوغ، والحكم باللزوم وعدم الوقوف على الإجازة بالإضافة إلى ما بعد البلوغ أيضاً...

والظاهر عدم ورود هذا الإشكال أيضاً؛ لأنّ ملاك الإجزاء في الأحكام التكليفيّة موجود في الأحكام الوضعية أيضاً؛ فإنّ مناط الإجزاء هناك هو التصرّف ـ بمقتضى دليل اعتبار الأصل العملي ـ في الأدلّة الأوّلية الدالّة على الأجزاء والشرائط، وتعميم دائرة الشرط والجزء بحيث لا يكون لهما اختصاص بالواقعين منهما، وهذا المناط موجود هنا، فإنّ مفاد دليل اعتبار الاستصحاب يرجع إلى التصرّف في دليل ثبوت الولاية وتعميم دائرتها لصورة الشكّ[1] وإن كان مصادفاً للبلوغ واقعاً»[2].

جواز فسخ الصبيّ بعد بلوغه ورشده

لو اتّفق بلوغ الصبيّ ورشده في مدّة الإجارة فهل له الفسخ؟ بمعنى عدم إجازته عقد الإجارة بالنسبة إلى ما بعد البلوغ لكونه حينئذٍ فضولياً.

فيه قولان بل ثلاثة أقوال:

الأوّل: أنّه يجوز الفسخ، وبه قال جماعة، منهم: الشيخ في المبسوط في أوّل

---

(١) وبعبارة أُخرى: بالاستصحاب نحرز عدم البلوغ، والإحراز ولو كان تعبّدياً يكفي في صحّة الولاية والإجارة. م ج ف.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة، ٢١٤ ـ ٢١٥.

كلامه[١]، والعلّامة في المختلف[٢] والتذكرة[٣] والتحرير[٤] والقواعد والإرشاد[٥]، والشهيد في القواعد والفوائد[٦]. وكذا في المسالك[٧] ومجمع الفائدة والبرهان[٨] وجامع المقاصد[٩] والجواهر[١٠] وتحرير الوسيلة[١١]. وكذا في العروة والتعليقات عليها إلّا السيّدان الفقيهان الاصفهاني والگلپايگاني[١٢]. وتردّد في الشرائع[١٣].

وفي تفصيل الشريعة: «والظاهر أنّ هذا الفرع انّما يتفرّع على تقدير صحّة الإجارة في جميع المدّة المحتملة، حتى المصادفة منها للبلوغ واقعاً. وعليه: فيكون المراد بالفسخ هو الفسخ الاصطلاحي الذي موضوعه العقد الصحيح، لا الفسخ بمعنى ردّ العقد المساوق للبطلان في المقام»[١٤].

وبالجملة: علّلوا هذا الحكم بأنّ العلم والجهل لا مدخل لهما في ثبوت الولاية وعدمها، وأنّ الولاية إنّما تكون قبل الكمال، فيكون نفوذ تصرّف الوليّ مقصوراً على ذلك الزمان، ولا ولاية له فيما بعد ذلك، وأنّه ليس الصبيّ حينئذٍ قاصراً بالنسبة

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) المبسوط للطوسي ٣: ٢٤٠.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ١٢٤.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٨، الطبعة الحجريّة.

(٤) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٦٩.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣، إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥.

(٦) القواعد والفوائد ٢: ٢٧٥.

(٧) مسالك الأفهام ٥: ٢٢٨.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٦٧.

(٩) جامع المقاصد ٧: ٩٩.

(١٠) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣.

(١١) تحرير الوسيلة ٢: ٨٠.

(١٢) العروة مع التعليقات لعدّة من الفقهاء ٥: ٣١.

(١٣) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨.

(١٤) تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٢١٥ و٢١٦.

إلى السلطنة على نفسه، وإلى التصرّف في ماله ومحجوراً عنه كي يحتاج إلى الوليّ، فيكون العقد بالنسبة إليه فضولياً، وللصبيّ إجازته وعدمها.

قال السيّد الفقيه الخوئي: «وأمّا بالنسبة إلى الصبيّ نفسه فلم يدلّ أيّ دليل على ولاية الوليّ حتّى بالإضافة إلى ما بعد البلوغ. نعم، في خصوص النكاح قام الدليل على الولاية على تزويج الصبيّ أو الصبيّة ولو كان الزواج دائماً. وأمّا في غيره فلم يثبت له هذه الولاية بحيث يتمكّن من إيجاره للخدمة عشرين سنة مثلاً»[١].

عدم جواز فسخ الصبيّ بعد بلوغه ورشده

الثاني: أنّه إذا بلغ الصبيّ قبل انقضاء مدّة الإجارة لم يكن له فسخها. وبه قال الشيخ في الخلاف وقوّاه في المبسوط، وتبعه ابن إدريس[٢]، واختاره السيّد أبو الحسن الاصفهاني في وسيلة النجاة[٣]. وقال في تعليقته على العروة: «هذا القول لا يخلو من قوّة، خصوصاً في إجارة أملاكه؛ لأنّ المولّى عليه في زمان عدم بلوغه مالك لجميع المنافع حتّى ما كانت بعد بلوغه، فقد وقع تصرّف الوليّ فيما هو ملك للمولّى عليه فعلاً، فإذا كان مصلحة له كما هو المفروض نفذ ولزم، وليس له ردّه بعد بلوغه»[٤] ووافقه السيّد الفقيه الگلپايگاني[٥].

وقال السيّد الحكيم: «مقتضى ولايته على الطفل في جميع ماله الولاية عليه من ماله ونفسه ـ صحّة ما ذكره الشيخ وأتباعه ـ إذ لا ريب في أنّ للإنسان السلطنة على منافعه المستقبلة، فتكون لوليّه السلطنة عليها... فالأقوى حينئذٍ عدم جواز

---

(١) مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة: ١٣٩.

(٢) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١، المبسوط ٣: ٢٤٠، والسرائر ٢: ٤٧٢.

(٣) وسيلة النجاة ٢: ٥٢.

(٤، ٥) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١.

فسخه، ونفوذ تصرّف الوليّ».

ولكنّه﵀ استشكل في آخر كلامه من جهة ثبوت إطلاق الدليل[١].

أدلّة هذا القول

ويمكن أن يستدلّ لإثبات هذا الحكم بوجوهٍ:

الأوّل: ما ذكره الشيخ﵀ من أنّ الإجارة وقعت من أهلها في محلّها، ومن ادّعى أنّ له الفسخ بعد بلوغه فعليه الدلالة[٢].

الثاني: أنّ الإجارة عقد لازم بحقّ الولاية، فلم تبطل بالبلوغ.

الثالث: أنّه كان وليّاً حين تصرّف للمصلحة، فيلزم كما لو زوّجه ثمّ بلغ.

الرابع: استصحاب الصحّة قبل البلوغ والرشد[٣]، وما قاله الفقيه الرشتي في ردّها: أنّ الكلّ كما ترى لا ينبغي الالتفات إليه[٤]، جيّدٌ.

الخامس: أنّ المستفاد من أدلّة الولاية أنّها قبل البلوغ مطلقة غير مقيّدةٍ بشيءٍ غير المصلحة، فله قبل البلوغ ما للمولّى عليه لو كان بالغاً مع مراعاة المصلحة، فيكون البلوغ غايةً للولاية لا قيداً لما فيه الولاية. أشار إليه السيّد الفقيه الگلپايگاني[٥].

وفيه: أنّه لم يثبت إطلاق لأدلّة الولاية على نفس المولّى عليه بالنسبة إلى بعد البلوغ ولا أقل من الشكّ في ذلك، وهو كافٍ لعدم صحة الإجارة في ذلك الزمان

---

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٦.

(٢) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١.

(٣) مفتاح الكرامة ٧: ٩٩؛ كتاب الإجارة للمحقّق الرشتي: ٣٤٧.

(٤) كتاب الإجارة، للرشتي: ٣٤٧.

(٥) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١، تعليقة مسألة ٤.

من رأسها، فلا يبقى محلّ للفسخ حتّى يقال بأنّه يجوز أم لا، وبهذا يردّ أيضاً الوجوه الأربعة المتقدّمة.

القول الثالث: أنّه تبطل الإجارة من رأس، لا أنّ الزيادة تبطل فقط، ولعلّ الوجه فيه وجود الجهالة والغرر الناشئ من احتمال بلوغه في كلّ جزء من الأزمنة، فلا يعلم أيّ قدرٍ من الزمان واجد لشرط الصحّة، كما عن القواعد فيما لو استأجر عبداً يعلم موته قبل انقضاء الإجارة، فحكم ببطلان الإجارة من أصلها للجهالة[١].

وقال في الإرشاد: «وتبطل ـ أي الإجارة ـ بالبلوغ»[٢] ومراده أنّه يصحّ للوليّ إجارة الصبيّ بحيث لا يكون زمان البلوغ داخلاً في المدّة، وإلّا فتبطل الإجارة للجهالة.

ولكن يحتمل أن يكون مراده من البطلان كونها موقوفةً على إجازة الصبيّ بعد البلوغ والرشد، لا البطلان من رأس[٣].

وتردّد فيه في الشرائع، حيث قال: «ولو آجر الوصيّ صبيّاً مدّة يعلم بلوغه فيها بطلت في المتيقّن، وصحّت في المحتمل ولو اتّفق البلوغ فيه، وهل للصبيّ الفسخ بعد بلوغه؟ قيل: نعم، وفيه تردّدٌ»[٤].

لأنّ فيه وجهان: أمّا وجه ثبوت الفسخ له أنّ زمان الولاية إنّما يكون قبل الكمال، فيكون نفوذ تصرّف الوليّ مقصوراً على ذلك الزمان دون ما سواه، فلا ولاية له في هذا الحال، ويكون التصرّف فيه فضوليّاً.

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٨.

(٢) إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٦٧، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٤، كتاب الإجارة للمحقّق الرشتي: ٣٤٧.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ١٨٨.

أمّا وجه عدم كون الفسخ له، أنّ الوليّ كان وليّاً حين تصرّف للمصلحة فلزم، كما لو زوّجه ثمّ بلغ، ولأنّ الإجارة عقد لازم بحقّ الولاية، فلم تبطل بالبلوغ.

وعلى كلّ حال، ففي هذه المسألة لو مات أو انتقلت الولاية إلى غيره لم تبطل الإجارة به؛ لأنّ تصرّف الوليّ بمنزلة تصرّف المالك بقيامه مقامه، وقد حقّق في محلّه أنّ المالك إذا آجر ثمّ مات فالإجارة بحالها، وكذا لو آجره الوليّ مدّة ثمّ انتقلت الولاية بموت، أو طروّ مانع؛ فإنّها لا تبطل؛ لأنّ الوليّ نائب عن المولّى عليه، ففعله بمنزلة فعله، فلا يفسد بطروّ مانع كما لو فعله بنفسه[1].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣، جامع المقاصد ٧: ٩٩، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٤، تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٧٠، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٨، الطبعة الحجريّة، مفتاح الكرامة ٧: ١٠٠.

المبحث الثاني: إجارة الوليّ ما يملكه الصبيّ

في هذه المسألة أيضاً ثلاث صور: التي تقدّم ذكرها في بيان إجارة نفس الصبيّ.

أمّا الصورة الأُولى: فلا خلاف في صحّة الإجارة واقعاً وظاهراً.

وأمّا الصورة الثانية: وهي أنّه لو آجر أمواله مدّة يعلم ببلوغه ورشده فيها؛ فإنّه تصحّ الإجارة إلى وقت البلوغ والرشد. وأمّا بالإضافة إلى ما بعد زمان البلوغ ففيه وجهان، بل قولان:

الأوّل: أنّه يبطل في الزائد بعد البلوغ؛ بمعنى أنّه لا يكون لازماً بل يتوقّف على إجازة الصبيّ وعدمها؛ لعدم كونه وليّاً فيها، فتصرّفه حينئذٍ فضولي.

قال الشيخ في المبسوط: «ومتى آجر الوصيّ صبيّاً أو شيئاً من ماله مدّةً يتيقّن أنّه يبلغ قبل مضيّها، مثل أن يكون للصبيّ أربع عشرة سنةً فآجره ثلاث سنين؛ فإنّه يبلغ باستكمال خمس عشرة سنة؛ فإنّ السنة الواحدة يكون العقد صحيحاً، وما زاد عليه يكون باطلاً»[١].

وكذا في التحرير[٢] والتذكرة[٣]. وبه قال الشهيد الأوّل[٤] والمحقّق الثاني[٥] والأردبيلي[٦]. وهكذا في العروة مع تعليقات عدّة من الفقهاء[٧].

---

(١) المبسوط للطوسي ٣: ٢٤٠.

(٢) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٦٩.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٧، الطبعة الحجريّة.

(٤) القواعد والفوائد ٢: ٢٧٥.

(٥) جامع المقاصد ٧: ٩٩.

(٦) مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٦٧.

(٧) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١.

وأمّا أدلّة بطلان هذه الإجارة، فقد تقدّمت في المقام الأوّل من الإجماع، وعدم عموم الأدلّة، وعدم المقتضي لجعل هذه الولاية.

والعمدة هنا هي أنّ المنافع المصادفة لزمان بلوغه ممّا يملكه الكبير، ولا ولاية للوليّ إلّا على ما يملكه الصغير.

ولكنّ المحقّق الاصفهاني﵀ قال في دفع هذا الاستدلال: «إنّ المنافع المستقبلة للدار ونحوها مملوكة لمالك العين فعلاً، وإنّما المتأخّر ذات المملوك، لا أنّ الملكيّة لتدرّجيّة المنافع لابدّ من أن تكون مقارنة لها، لئلّا يلزم ملك المعدوم كما توهّم. وعليه: فتصرّف الوليّ إنّما هو فيما يملكه الصغير، لا فيما يملكه في زمان كبره، والمفروض أنّ الوليّ له ولاية التصرّف في كلّ ما يملكه الصغير فعلاً، فمقتضى القاعدة نفوذ تصرّفه مطلقاً وإن كان بتمليك المنافع المصادفة بذاتها لزمان البلوغ[1].» إلّا أنّه﵀ رجع عن هذا الدليل لقوله: «فلا مقتضي للولاية على مثل هذا التصرّف»[2].

نقول: أمّا الإجماع، فلا اعتبار به؛ لكون المسألة ذات دليل. وأمّا سائر الأدلّة، فلاتنهض في قبال الآية الكريمة: ﴿وَ لاٰ تَقْرَبُوا مٰالَ اَلْيَتِيمِ إِلاّٰ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[3]؛ لأنّه لو فرض أنّ في إجارة الوليّ المدّة الزائدة على سنّ البلوغ مصلحة للطفل قبل بلوغه، مثل أن يكون إدخال زمان البلوغ من مقدّمات حفظ ماله، فقد صرّح غير واحدٍ بصحّة الإجارة ونفوذها على الصبيّ بعد البلوغ[4] بمقتضى إطلاق الآية الكريمة، فلا وجه لما استدلّ به القائلون بالبطلان.

الثاني: هو صحّة الإجارة ونفوذها، وأنّه ليس للصبيّ الفسخ عند ما يبلغ، وهو

(١، ٤) بحوث في الفقه، كتاب الإجارة: ٢٩٨.

(٣) سورة الأنعام ٦: ١٥٢.

(٤) تحرير الوسيلة ١: ٥٤٧، كتاب الإجارة مسألة ١٢، تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٢١٣.

مقتضى إطلاق كلام الشيخ في الخلاف، حيث قال: «إذا آجر الأب أو الوصيّ الصبيّ أو شيئاً من ماله مدّةً، صحّت الإجارة بلا خلاف، فإن بلغ الصبي قبل انقضاء المدّة كان له ما بقي، ولم يكن للصبي فسخه» واستدلّ ﷺ بـ«أنّ العقد على عين الصبيّ أو على ماله وقع صحيحاً بلا خلاف، فمن ادّعى أنّ له الفسخ بعد بلوغه فعليه الدلالة»[١]. ووافقه في ذلك في السرائر[٢]. وبه قال المحقّق النائيني[٣] وعدّة من فقهاء العصر[٤] والدليل على ذلك إطلاق أدلّة الولاية.

قال السيّد الفقيه الخوئي: «أمّا بالنسبة إلى الأموال، فلاينبغي الإشكال في النفوذ، وأنّه ليس للصبي الفسخ عندما بلغ، وذلك للإطلاق في أدلّة الولاية؛ فإنّها وإن كانت مقيّدةً بحال الصغر، فلا ولاية للوليّ بعدما بلغ الصبيّ، إلّا أنّ متعلّق هذه الولاية مطلقٌ يشمل حال مابعد البلوغ، كماقبله بمناطٍ واحدٍ؛وهورعايةالغبطة والمصلحة[٥]، والوليّ إنّما جعل وليّاً لذلك، فكما أنّ له البيع وإخراج المال عيناً ومنفعةً عن ملكه إلى الأبد إذا اقتضته المصلحة، فكذلك له أن يبقي العين ويُخرج المنفعة خاصّةً لمدّةً قصيرة أو طويلة حسبما يجده من المصلحة وإن عمّت ما

---

(١) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١.

(٢) السرائر ٢: ٤٧٢.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٣١.

(٤) مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٦، تفصيل الشريعة، كتاب الإجارة: ٢١٣.

(٥) ولا يخفى أنّ هذا البيان يجري في إجارة نفس الصبيّ حرفاً بحرف، ولم يظهر لي وجه الفرق بينها وبين إجارة أمواله.

هذا، مضافاً إلى أنّه يمكن أن يقال: إنّه وان كان الأصل عدم الولاية، إلّا أنّها ثابتة عند العقلاء؛ بمعنى أنّ ثبوت أصل الولاية أمر عقلائي وإن تصرّف الشارع في الوليّ وخصّصها بالأب مثلاً أو الحاكم، ولكن أصلها أمر ثابت عند العقلاء بالنسبة إلى الصبيّ، وعلى هذا يجب الرجوع إلى ما هو المرتكز عندهم؛ وهو عدم ثبوت الولاية بالنسبة إلى ما بعد البلوغ، وكون التصرّف لما بعده تصرّفاً فضولياً. والقول بلزوم رعاية المصلحة ـ وإن اقتضت المصلحة الإجارة إلى ما بعد البلوغ ـ أيضاً ممّا لم يسمع؛ لإمكان تصرّف الصبيّ بعد البلوغ وإجازته في فرض وجوبه المصلحة، فتدبّر. م ج ف ـ.

بعد البلوغ»[١].

وأمّا الصورة الثالثة: وهي أنّه إذا آجر الوليّ مال الصبيّ مدّةً لا يتيقّن أنّه يبلغ قبل مضيّها، مثل أن يؤجره سنةً أو سنتين وله عشر سنين؛ فإنّه يجوز أن يبلغ بالاحتلام قبل مضيّ الإجارة، فتصحّ الإجارة بلا خلاف كما في الخلاف[٢]؛ بمعنى الحكم بصحّته ظاهراً لتحقّق الولاية المقتضية لصحّة ذلك[٣].

والمستند لإثبات حكم هذه الصورة ما قلناه في الصورة الثالثة من إجارة نفس الصبيّ، ولا تفاوت في المقامين.

ولو اتّفق البلوغ والرشد في هذا الزمان المحتمل، فهل للصبيّ الفسخ؛ بمعنى عدم إجازة العقد الفضولي المفروض صحّته التي هي القابلة لترتيب الأثر؟ فيه قولان:

قال بعضهم بالبطلان؛ بمعنى أنّ الصبيّ يتخيّر فيها بعد البلوغ بين الإجازة وعدمها، كما اختاره الشيخ في المبسوط[٤]، والعلّامة في أكثر كتبه[٥]، والشهيد في قواعده[٦]، والمحقّق الثاني[٧] وغيرهم[٨].

وبعض آخر بأنّه لا يكون له الفسخ بعد بلوغه ورشده.

---

(١) مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة: ١٣٩.

(٢) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١.

(٣) جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣.

(٤) المبسوط للطوسي ٣: ٢٤٠.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ١٢٤، تذكرة الفقهاء ٢: ٣٢٧ الطبعة الحجريّة، إرشاد الأذهان ١: ٤٢٥، تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٦٩، قواعد الأحكام ٢: ٢٨٣.

(٦) القواعد والفوائد ٢: ٢٧٥.

(٧) جامع المقاصد ٧: ٩٩.

(٨) مفتاح الكرامة ٧: ٩٩، مجمع الفائدة والبرهان ١٠: ٦٧، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٣.

قال به الشيخ في الخلاف[١] وتبعه ابن إدريس[٢] والمحقّق النائيني[٣]. وهكذا بعض فقهاء العصر[٤].

والدليل على إثبات القولين في هذه المسألة أيضاً ما قلناه في تقرير الصورة الثالثة من إجارة نفس الصبيّ، فراجع.

فرع

إنّ القائلين بعدم صحّة إجارة الوليّ مال الصبيّ أو نفسه مدّةً يعلم أو يحتمل البلوغ فيها، استثنوا صورة واحدة عن ذلك؛ وهي ما إذا كان ذلك هو مقتضى المصلحة اللازمة المراعاة، بحيث كانت إجارته مقتصرةً على عهد الصغر خاليةً من المصلحة، بل متضمّنةً للمفسدة. وأمّا مع ضمّ شيءٍ من زمان البلوغ ففيه المصلحة الملزمة، فحينئذٍ تكون الإجارة نافذةً ولازمة ليس له فسخها بعد البلوغ[٥].

ولقد أجاد السيّد الخوئيﷺ في الردّ عليهم، حيث يقول: ولكنّه غير واضح؛ نظراً إلى أنّ مجرّد وجود المصلحة ـ ولو كانت بالغة حدّ اللزوم ـ غير كافية في ثبوت الولاية ما لم يقم عليها دليل من الخارج، والمفروض قصور الدليل وعدم شموله لما بعد انقضاء عهد الصبا.

---

(١) الخلاف ٣: ٥٠٠ مسألة ٢١.

(٢) السرائر ٢: ٤٧٢.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١.

(٤) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١، وسيلة النجاة ٢: ٥٢، مهذّب الأحكام ١٩: ٤٩، مستمسك العروة الوثقى ١٢: ٣٦.

(٥) مفتاح الكرامة ٧: ١٠٠، جواهر الكلام ٢٧: ٣٣٤، كتاب الإجارة للمحقّق الرشتي: ٣٤٦، كتاب الإجارة للشيخ فيّاض الدّين زنجاني: ١٦٢، العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥: ٣١.

وبتعبير آخر: أنّ المصلحة بمجرّدها لا تجوّز التصرّف في سلطان الغير مالم تثبت الولاية عليه بدليل، والمفروض انتفاؤه. نعم، لو بلغت المصلحة الملزمة حدّ الوجوب؛ مثل مالو توقّف حفظ حياة الصبيّ على إجارته مدّة تزيد على زمان بلوغه، بحيث لولاه لكان معرضاً للهلاك، اندرج ذلك في الأُمور الحسبيّة ورجعت الولاية حينئذٍ إلى الحاكم الشرعي، لا إلى الوليّ أو الوصيّ من غير فرقٍ بين الصغير والكبير[1].

إجارة الوليّ نفس الصبيّ أو ماله عند فقهاء أهل السنّة:

ذهب فقهاء أهل السنّة أيضاً إلى أنّه يجوز للوليّ إجارة الطفل أو ماله ـ أباً كان أو قيّماً ـ إذا رأى المصلحة فيها، فنذكر شطراً من كلماتهم:

أ: الشافعيّة

جاء في الوجيز للغزالي: «لو آجر الوليّ الصبيّ أو دابّته مدّةً تجاوز البلوغ لم يجزء، فإن قصرت فبلغ بالاحتلام على قربٍ فالأقيس أنّه لا ينفسخ، إذ بنى العقد له على المصلحة»[2].

وقال العمراني في البيان: «وإن أجّر رجل صبيّاً له عليه ولاية، أو أجّر ماله مدّةً، ثمّ بلغ الصبيّ قبل انقضاء المدّة، فهل تنفسخ الإجارة؟ اختلف أصحابنا فيه:

فمنهم من قال: لا تنفسخ، وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق[3]؛ لأنّه عقده في حال ولايته عليه، فصار كما لو زوّجه ثمّ بلغ.

ومنهم من قال: تنفسخ؛ لأنّه بان بالبلوغ أنّ تصرّف الوليّ عليه إلى هذا الوقت. وبه قال الخطيب الشربيني[4] والنووي[5].

---

(١) مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة: ١٤٠ مع تلخيص.

(٢) الوجيز ١: ٤١٤.

(٣) المهذّب ١: ٤٠٧، حيث قال: «الصحيح عندي في المسائل كلّها أنّ الإجارة لا تبطل».

(٤) مغني المحتاج ٢: ٣٥٦.

(٥) المجموع شرح المهذّب ١٥: ٤١٩.

ومنهم من قال: ينظر فيما عقد عليه الوليّ من المدّة. فإن تحقّق أنّ الصبيّ يبلغ قبل انقضائها، مثل: أن يكون له أربع عشر سنة، فأجّره سنتين؛ فإنّه لا يصحّ في السنة الأخيرة؛ لأنّه يتحقّق أنّه يبلغ بخمس عشرة سنة، وهل يصحّ في الأولى؟ على قولين في تفريق الصفقة.

وإن كانت مدّةً لا يتحقّق بلوغه فيها، مثل: أن يؤجّره وله أربع عشرة سنة، فبلغ فيها بالاحتلام، لم تنفسخ الإجارة، وكانت لازمةً له»[١].

وكذا في حلية العلماء[٢] والتهذيب[٣].

ب: الحنفيّة

قال الكاساني: «لو آجر نفسه أو ماله ثمّ بلغ الصبيّ في المدّة، فله الخيار في إجارة النفس إن شاء مضى عليها وإن شاء أبطلها، ولا خيار له في إجارة المال.

ووجه الفرق: أنّ إجارة مال الصغير تصرّف في ماله على وجه النظر، فيقوم الأب فيه مقامه، فلا يثبت له خيار الإبطال بالبلوغ. وأمّا إجارة نفسه، فتصرّف على نفسه بالإضرار وكان ينبغي أن لا يملكه الأب، إلّا أنّه ملكها من حيث إنّها نوع رياضة وتهذيب للصغير وتأديب له، والأب يلي تأديب الصغير، فوليها على أنّها تأديب، فإذا بلغ فقد انقطعت ولاية التأديب، وهو الفرق»[٤].

وبه قال في مختصر اختلاف العلماء[٥].

---

(١) البيان ٧: ٣٧٦.

(٢) حلية العلماء ٥: ٤٢٥.

(٣) التهذيب في فقه الشافعيّ ٤: ٤٤٠.

(٤) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١.

(٥) مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٠٩.

ج: الحنابلة

جاء في المقنع: «فإذا أجر الوليّ اليتيمَ أو السيّد العبدَ ثمّ بلغ الصبيّ وعتق العبد لم تنفسخ الإجارة، ويحتمل أن تنفسخ»[١].

وقال المرداوي في شرحه عليه: «هذا المذهب، وعليه الأصحاب وقطع به كثير منهم»[٢].

وكذا في المغني والشرح الكبير، وبيّن وجه الاحتمالين «بأنّه عقد لازم عَقَده بحقّ الولاية، فلم يبطل بالبلوغ كما لو باع داره أو زوّجه، ويحتمل أن تبطل الإجارة فيما بعد زوال الولاية على ما ذكرنا في إجارة الوقف، ويحتمل أن يفرّق بين ما إذا آجره مدّةً يتحقّق فيها بلوغه في أثنائها، مثل أن آجره عامين وهو ابن أربع عشرة، فتبطل في السادس عشر؛ لأنّنا نتيقّن أنّه آجره فيها بعد بلوغه. وهل تصحّ في الخامس عشر؟ على وجهين، بناءً على تفريق الصفقة.

وبين ما إذا لم يتحقّق بلوغه في أثنائها، كالذي آجره في الخامس عشر وحده فبلغ في أثنائه، فيكون فيه ما قد ذكرناه في صدر الفصل»[٣]. وكذا في المبدع[٤] ومنتهى الإرادات[٥] والتوضيح[٦].

وفي الإنصاف: «أنّ محلّ الخلاف فيما إذا لم يعلم بلوغه عند فراغها. فأمّا إن آجره مدّةً يعلم بلوغه فيها، فإنّها تنفسخ على الصحيح من المذهب»[٧].

---

(١) المقنع: ١٣٨.

(٢) الإنصاف ٦: ٣٦.

(٣) المغني والشرح الكبير ٦: ٤٤ـ ٤٥.

(٤) المبدع ٥: ٨٣.

(٥) منتهى الإرادات ٣: ٨٨.

(٦) التوضيح ٢: ٧٣٩.

(٧) الإنصاف ٦: ٣٧.

وفي المبدع: «إذا مات الوليّ أو عزل وانتقلت عنه الولاية إلى غيره، لم يبطل عقده؛ لأنّه تصرّف، وهو من أهل التصرّف فيما له الولاية عليه، فلم يبطل تصرّفه»[١]. وكذا في المغني والشرح الكبير[٢].

د: المالكيّة

جاء في مختصر خليل: «وبِرشد صغير عقد عليه أو على سِلَعِهِ ولّي، إلّا لظنّ عدم بلوغه وبقي كالشهر»[٣]، أي كذلك تنفسخ الإجارة برشد الصبيّ إذا آجره وليّه أو آجر سلعته كداره أو دابّته... إلّا أن يظنّ عدم بلوغه قبل انقضاء المدّة وقد بقي من مدّة الإجارة شهر وأيام يسيرة، فيلزمه بقيّة المدّة بالنظر للعقد على نفسه.

وفي المدوّنة: إذا آجر الوليّ الصبيّ مدّة فبلغ قبل انقضائها، انفسخت الإجارة عنه ولم يلزمه باقي المدّة، إلّا أن يكون الشيء الخفيف نحو الأيّام والشهر وما أشبهه فيلزمه ذلك[٤]. هذا بالنسبة إلى إجارة نفس الصبيّ.

وأمّا إن أجر الوليّ سلعته كداره ودوابّه، أو رقيقه وعقاره سنين، فاحتلم بعد مضيّ سنة، فإن كان يظنّ أنّ الصبيّ لا يحتلم في مثل تلك السنين ـ وذلك ظنّ الناس أنّه لا يحتلم في مثل تلك السنين ـ فاحتلم بعد مضيّ سنة، فلا فسخ له وجاز ذلك عليه؛ لأنّ الوصيّ إنّما صنع من ذلك ما يجوز له في تلك الحال. وأمّا إن عقد عليه هذه الأشياء وهو يعلم أنّ الصبيّ يحتلم قبل ذلك، لا يجوز ذلك عليه[٥].

---

(١) المبدع ٥: ٨٣.

(٢) المغني والشرح الكبير ٦: ٤٤ و ٤٥.

(٣) مختصر خليل الجندي: ١٤٨.

(٤) المدوّنة الكبرى ٤: ٤٥٥.

(٥) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٨٦١، المدوّنة الكبرى ٤: ٤٥٥، مواهب الجليل ٧: ٥٦٤، التاج والإكليل ٧: ٥٦٥، حاشية الخرشي ٧: ٢٧٢، الذخيرة ٥: ٥٣٩.

المبحث الثالث: جواز أخذ الأُجرة من مال الطفل

المشهور بين الفقهاء أنّه يجوز لمن يتولّى أموال اليتيم ـ من الجدّ والوصيّ والحاكم وأمينه وعدول المؤمنين وغيرهم ـ أخذ الأُجرة منها، بشرط أن لا يكون بعمله متبرّعاً[1]، بل الظاهر أنّ هذا الحكم في الجملة متّفقٌ بينهم وإن اختلفوا في قدر ما يجوز الأخذ منها على أقوال.

والتحقيق في هذه المسألة يستدعي أن يبحث عنها في مقامين:

الأوّل: أن يكون المتولّي فقيراً.

الثاني: أن يكون المتولّي غنيّاً.

المقام الأوّل: أن يكون المتولّي فقيراً

إذا كان المتولّي[2] في أموال الطفل فقيراً، هل يجوز له أخذ أُجرة مثل عمله، أو يجوز له أن يأخذ بقدر كفايته، أو يجب عليه أن يأخذ أقلّ الأمرين من الأُجرة والكفاية، فيه ثلاثة أقوال:

الأوّل: أنّه يجوز أن يأخذ قدر كفايته، وهو قول الشيخ في النهاية، حيث قال: «لا يجوز التصرّف في أموال اليتامى إلّا لمن كان وليّاً لهم... فمن كان وليّاً يقوم بأمرهم وبجمع أموالهم وسدّ خلّاتهم وجمع غلّاتهم ومراعاة مواشيهم، جاز له حينئذٍ أن يأخذ من أموالهم قدر كفايته وحاجته من غير إسرافٍ ولا تفريط»[3].

---

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٧.

(٢) والمراد بالمتولّي لمال اليتيم من له عليه ولاية شرعيّة؛ سواء كان بالأصالة كالأب والجدّ، أم لا كالوصيّ. مسالك الأفهام ٦: ٢٧٥.

(٣) النهاية للطوسي: ٣٦١.

وجعله أحد الأقوال في التبيان[١]. واختاره في الوسيلة[٢].

ويدلّ عليه ظاهر قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣] والمعروف ما لا إسراف فيه ولا تقتير.

جاء في السرائر: «والذي يقوى في نفسي أنّ له قدر كفايته كيف ما دارت القضيّة، لقوله ـ تعالى ـ: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فالتلزّم[٤] بظاهر التنزيل، هو الواجب دون ما سواه؛ لأنّه المعلوم، وما عداه إذا لم يقم عليه دليل مظنون»[٥].

ويرد عليه أوّلاً: أنّ معنى الكفاية غير مضبوط ولا معروف، ولم يذكر له ضابطة معيّنة؛ لأنّ الكفاية تختلف بحسب الأشخاص والحالات والأزمنة والأمكنة.

قال المحدّث الكاشاني: «وقيل: أقلّ الأمرين من الأُجرة والكفاية، وهو حسن لو كان للكفاية معنى مضبوط، ولكنّه مجمل[٦] جدّاً»[٧]. وكذا في المسالك[٨].

وثانياً: هذا الحكم على إطلاقه غير تامّ، لأنّ العمل ربما كان قليلاً والحاجة كثيرة، فيؤدّي إلى الإضرار باليتيم.

وثالثاً: هل المراد بالكفاية مايكفيه لنفسه[٩] وعياله، أو يقتصر على نفسه

---

(١) تفسير التبيان ٣: ١١٩.

(٢) الوسيلة لابن حمزة: ٢٧٩.

(٣) سورة النساء ٤: ٦.

(٤) وفي المختلف ٥: ٦٤ «فالملتزم بظاهر التنزيل» وفي هامش المصدر: الالتزام، وهو الأنسب ظاهراً، كما أنّ في المصدر: «كيف ما دارت القصة». ولعلّ الأنسب ما أثبتناه في المتن.

(٥) السرائر ٢: ٢١١.

(٦) لا إجمال في الكفاية بعد كونها منوطة بالمعروف، وهو في كلّ عمل أو مال بحسبه. م ج ف.

(٧) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٨.

(٨) مسالك الافهام ٦: ٢٧٦.

(٩) إذا كان المعروف بحسب المال والعمل، فلا يلاحظ فيه ما عداهما. م ج ف.

خاصّةً، فيه أيضاً إجمال.

ورابعاً: قد يكون المال والعمل قليلين، كلبن شاة إذا حلبها، فلو أكل بقدر كفافه منه يلزم أن يكون قد أكل كلّه، وهو غير جائز قطعاً. ويظهر ذلك من خبر أبي الصباح الكناني؛ لأنّ في ذيله: «**فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً**»[١].

قال في مفتاح الكرامة: «ولعلّ معناه أنّه يأخذ أجرة مثل ذلك، أو أنّ مثل ذلك لا أجرة له عرفاً»[٢].

القول الثاني: أن يأخذ أقلّ الأمرين من الأجرة والكفاية.

فإن كانت الكفاية أقلّ من أجرة المثل، فله قدر الكفاية دون أجرة المثل، وإن كانت أجرة المثل أقلّ من الكفاية، فله أجرة المثل دون الكفاية.

قال في المبسوط: «الوليّ إذا كان فقيراً جاز له أن يأكل من مال اليتيم أقلّ الأمرين من كفايته أو أجرة مثله، ولا يجب عليه قضاؤه»[٣]. وكذا في الخلاف[٤]. وبه قال الشهيد في الروضة[٥].

وقال العلّامة في التذكرة: «وإن كان فقيراً جاز أن يأخذ إجماعاً، وفي قدره خلاف، الأقرب أن يقول يستحقّ أجرة المثل... لكن يستحبّ له أن يأخذ أقلّ الأمرين»[٦]. وفي جامع المقاصد: وهو الأصحّ[٧]. وفي التنقيح الرائع[٨]

---

(١) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح٣.

(٢) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٥.

(٣) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٣.

(٤) الخلاف ٣: ١٧٩ مسألة ٢٩٥.

(٥) الروضة البهيّة ٥: ٨٠.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجريّة.

(٧) جامع المقاصد ٥: ١٨٨ و١١/ ٣٠٢.

(٨) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

وكنز العرفان[١]: وهو أولى؛ لأنّه أحسن.

وفي كشف الرموز هو أحسن الأقوال وأجود من التهجّم على أموال اليتامى[٢].

ويمكن الاستدلال لهذا الحكم، بأنّ الكفاية إن كانت أقلّ من الأُجرة؛ فإنّه مع حصولها يصير غنيّاً. ومن كان غنيّاً يجب عليه الاستعفاف؛ لظاهر قوله ـ تعالى ـ[٣]: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾[٤] والأمر للوجوب، فيجب عليه الاستعفاف عن بقيّة الأُجرة، وأمّا إذا كانت أُجرة المثل أقلّ؛ فإنّما يستحقّ عوض عمله، فلا يحلّ له أخذ ما زاد عليه»[٥].

ويرد عليه بأنّ المراد من الأكل في الآية إن كان معناه الحقيقي ـ أي بلعُ الطعام بعد مضغه[٦] وجعله مختصّاً بالوليّ، بأن يأكل هو بمقدار قوته ولا يتعدّى إلى عياله ـ فلا منافاة بين الفقر وحصول الكفاية منه بهذا المعنى؛ لأنّ حصول القوت يحتاج معه إلى بقيّة مؤونة السنة من نفقةٍ وكسوة ومسكن وغيرها، حتّى يتحقّق ارتفاع الفقر، وحينئذٍ فقولهم ـ في الاستدلال لثبوت أقلّ الأمرين: إنّه مع حصول الكفاية يكون غنيّاً، فيجب عليه الاستعفاف عن بقيّة الأُجرة ـ غير صحيح.

وإن كان المراد بالأكل مطلق التصرّف والأخذ؛ لأنّ الأكل يستعمل كثيراً فيما هو أعمّ من المعنى الحقيقي، كما هو المراد من قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً

---

(١) كنز العرفان ٢: ١٠٥.

(٢) كشف الرموز ٢: ٨١.

(٣) والظاهر أنّ الآية تدلّ على من كان غنيّاً قبل أخذ الأجرة أو مقدار الكفاية. وعليه: فلا مجال للاستدلال بها، فتدبّر. م ج ف.

(٤) سورة النساء ٤: ٦.

(٥) اقتباس من الروضة البهيّة ٥: ٨٠ وجامع المقاصد ١١: ٣٠٢.

(٦) مجمع البحرين ١: ٥٦؛ لسان العرب ١: ٨٨ مادّة أكل.

وَبِدَاراً﴾[١]، ﴿وَ لاٰ تَأْكُلُوا أَمْوٰالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبٰاطِلِ﴾[٢]، ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوٰالَ الْيَتٰامىٰ ظُلْماً﴾[٣] وغير ذلك، فقيد «المعروف» من ذلك غير واضح المراد حتّى يعتبر أقلّ الأمرين ويجب الاقتصار عليه؛ لأنّ التصرّف على هذا الوجه يختلف باختلاف الأشخاص والحاجة.

فعلى كلا المعنيين للأكل لا يتمّ الاستدلال بهذه الآية للقول بأنّه يجوز أقلّ الأمرين؛ لأنّ العمل ربما كان قليلاً والقوت كثيراً، فيؤدّي إلى الإضرار باليتيم، كما أشار إلى بعض ذلك في المسالك[٤] والجواهر[٥].

القول الثالث: وهو أجود الأقوال وأصحّها ـ أن يأخذ أُجرة مثل عمله.

اختاره الشيخ في موضع من النهاية، فقال: «والمتولّي لأموال اليتامى والقيّم بأُمورهم، يستحقّ أُجرة مثله فيما يقوم به من مالهم من غير زيادةٍ ولا نقصان، فإن نقص نفسه كان له في ذلك فضل وثواب، وإن لم يفعل كان له المطالبة باستيفاء حقّه من أُجرة المثل. فأمّا الزيادة فلا يجوز له أخذها على حالٍ»[٦].

واختاره الكيدري[٧] والمحقّق[٨].

وقال العلّامة في التحرير: «ويجوز لمن يتولّى أموال اليتامى أن يأخذ أُجرة

---

(١) سورة النساء ٤: ٦.

(٢) سورة البقرة ٢: ١٨٨.

(٣) سورة النساء ٤: ١٠.

(٤) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٦ مع تصرّف يسير.

(٥) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٣.

(٦) النهاية للطوسي: ٣٦٢.

(٧) إصباح الشيعة: ٢٩٧.

(٨) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٨، المختصر النافع: ١٩١.

المثل عن نظره في ماله»[١]. وكذا في التذكرة[٢] والقواعد[٣]. وبه قال أيضاً الشهيدان[٤].

وفي تفسير مجمع البيان قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَ لاٰ تَأْكُلُوهٰا إِسْرٰافاً﴾[٥]. «معناه لا تأكلوا من مال اليتيم فوق ما تحتاجون إليه؛ فإنّ لوليّ اليتيم أن يتناول من ماله قدر القوت إذا كان محتاجاً على وجه الأُجرة على عمله في مال اليتيم ـ إلى أن قال: ـ والظاهر في روايات أصحابنا أنّ له أُجرة المثل؛ سواء كان قدر كفايته أو لم يكن»[٦].

وكذا اختاره المحقّق العاملي[٧] والمحقّق الأردبيلي[٨] وصاحبا الرياض[٩] والجواهر[١٠]. وبه قال أيضاً جمع من فقهاء العصر[١١].

أدلّة جواز أخذ الوليّ أُجرة المثل

ويمكن الاستدلال لهذا الحكم بوجوه:

---

(١) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجريّة.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٧.

(٤) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٧، اللمعة الدمشقيّة: ١٠٧، مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

(٥) سورة النساء ٤: ٦.

(٦) مجمع البيان ٣: ١٩ ـ ٢٠.

(٧) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢.

(٨) زبدة البيان ٢: ٦١٢.

(٩) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.

(١٠) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٠.

(١١) مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٢٧، منهاج الصالحين للسيّد الخوئي، المعاملات ٢: ٢٢٢، وسيلة النجاة ٢: ١٥١، تحرير الوسيلة ٢: ٩٤ مسألة ٥٩، تفصيل الشريعة، كتاب الوقف والصدقة والوصيّة: ٢٠٠، مباني منهاج الصالحين ٩: ٣٥٣.

الأوّل: الظاهر من الأكل بالمعروف في قوله ـ تعالى ـ: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[١] هو أخذ أُجرة المثل كما هو مقتضى القاعدة أيضاً.

قال في الجواهر: «نعم، أعلى أفراد الأكل بالمعروف شرعاً وعرفاً أُجرة المثل، فإن نقص عنها زاد في المعروف وقد أحسن إلى اليتيم، بل إن لم يأخذ شيئاً فقد زاد في الإحسان ولم يكن من الأكل بالمعروف، الذي قد رخّص فيه في مقابلة العمل للفقير... فالمراد حينئذٍ أنّ الفقير إن أراد الأكل فلا يأكل إلّا بالمعروف، وهو أن يكون في مقابلة عمل له في مال اليتيم، وأن لا يزيد على أُجرة المثل، وكلّما نقص عن ذلك فهو من المعروف، بل لعلّ ذلك هو المراد من النصوص»[٢].

وفي مفتاح الكرامة: «فالمعروف في الشرع والعرف أُجرة عمله الذي هو حفظ الأولاد والأموال، فلا يجوز له إلّا ذلك المقدار فيأخذه، وإن كان زائداً عمّا يحتاج إليه من سدّ الخلّة»[٣].

الثاني: الإجماع كما ادّعاه في التذكرة[٤] ومفتاح الكرامة[٥] ومهذّب الأحكام[٦].

وفي الرياض: «لا خلاف فيه»[٧].

نقول: لا اعتبار بهذا الإجماع؛ لأنّ النصوص التي سنذكرها قريباً كانت مدركاً له، مضافاً إلى أنّه لا يمكن إثباته مع ذهاب جمع من الفقهاء على خلافه.

---

(١) سورة النساء ٤: ٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٩.

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجريّة.

(٥) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢.

(٦) مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٢٧.

(٧) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.

الثالث: أصالة احترام العمل[١].

قال في المختلف: «والوجه عندي أنّ له أُجرة المثل؛ سواء كان غنيّاً أو فقيراً ـ إلى أن قال: لنا: أنّه فعل تصحّ المعاوضة عليه، فاستحقّ فاعله الأُجرة إذا لم يتبرّع»[٢].

وفي الرياض: «لأنّه عمل محترم غير متبرّع به، فكان له أُجرة مثله»[٣]. وكذا في جامع المقاصد[٤].

وقال في تفصيل الشريعة: «وذلك؛ لأنّ عمل المسلم محترم وله أجر فيما إذا كان بأمر من له الأمر، وإن كان الأحوط الأولى للغني غير المحتاج عدم الاستفادة من مال اليتيم، الذي جعل أكله ظلماً أكلاً[٥] في بطونهم النار في الكتاب العزيز[٦] وهو يدلّ على كمال مراقبة مال اليتيم ولزوم التحفّظ والاجتناب منه»[٧].

الرابع: السيرة كما ادّعاه في المهذّب[٨].

الخامس: **النصوص**:

---

(١) الظاهر أنّه لا مجال للاستدلال بهذا الدليل؛ فإنّ مقتضاه استحقاق الأجرة من دون أن يشترط بالفقر؛ بمعنى أنّ هذا الدليل يدلّ على الاستحقاق حتّى في صورة الغناء، مع أنّه مخالف لصريح الآية الشريفة، إلّا أن يقال: إنّ الاستعفاف مستحبّ وليس بواجب، وهذا بقرينة المقابلة؛ بمعنى أنّ قوله ـ تعالى ـ: ﴿فليأكل﴾ لا يدلّ على الوجوب، مضافاً إلى أنّ الإعادة قرينة على الاستحباب كما سيأتي إن شاءالله. م ج ف.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٦٥.

(٣) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٣٠٢.

(٥) هكذا في المصدر، والأنسب أكلاً للنار في بطونهم.

(٦) سورة النساء ٤: ١٠.

(٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ٢٠٠.

(٨) مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٢٢.

١ ـ خبر هشام بن الحكم أو صحيحه على قولٍ[١] قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عمّن تولّى مال اليتيم ما له أن يأكل منه؟ فقال: «ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم، فليأكل بقدر ذلك»[٢]. ودلالتها على المقصود صريحة.

٢ ـ خبر أبي الصباح الكناني أو صحيحه، عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣] فقال: «ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم، فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً» الحديث[٤].

٣ ـ موثّقة سماعة، عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿وَ مَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ قال: «من كان يلي شيئاً لليتامى وهو محتاج ليس له ما

---

(١) لأنّه ليس في السند من لم يغمض عنه إلّا علي بن السندي، ووثّقه الكشّي، حيث إنّه صنون «علي بن إسماعيل» ثمّ قال: نصر بن صباح قال: علي بن إسماعيل ثقة وهو علي بن سندي، رجال الكشّي: ٥٩٨.
وقال الفاضل الخراساني في ذخيرة المعاد: ٥٢ في حكم من وجد على جسده أو ثوبه المختصّ منيّاً: وما رواه الشيخ عن أبي بصير في القوي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يصيب بثوبه منيّاً... الحديث، وسائل الشيعة ١: ٤٨٠ الباب ١٠ من أبواب الجنابة ح٣، مع أنّه وقع في سند هذا الحديث علي بن السندي.
وقال المحقّق الفقيه القمّي: وخصوص رواية هشام بن الحكم... والظاهر أنّها صحيحة؛ لأنّه ليس في السند من يتأمّل فيه إلّا علي بن السندي، والظاهر أنّه علي بن إسماعيل بن عيسى بن فرج السندي أو السرّي، كما حقّقه شيخنا قدس سره في تعليقته الرجاليّة ـ «منهج المقال» الرجال الكبير «ومعه تعليقات للبهبهاني: ٢٣٤» الطبعة الحجريّة. وهو ثقة ـ وكذا ظاهر ما حكي عن الذخيرة من أنّه حسن كالصحيح، جامع الشتات ٢: ٤٧٥.
وفي الرجال الكبير: ٢٣٦ علي بن إسماعيل، نصر بن الصباح قال: علي بن إسماعيل ثقة، وهو علي بن سندي، فلُقّب إسماعيل بالسندي، وفي الكشّي السّدي بدل السندي. وقال الأسترابادي في موضع آخر: والظاهر اتّحاد الكُلّ، رجال الكبير: ٢٣٣.

(٢) تهذيب الأحكام ٦: ٣٤٣ ح ٩٦٠، وسائل الشيعة ١٢: ١٨٦ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح٥.

(٣) سورة النساء ٤: ٦.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح٣.

يقيمه فهو يتقاضى أموالهم ويقوم في ضيعتهم، فليأكل بقدر ولا يسرف، وإن كانت ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج بنفسه فلا يرزأنّ[١] من أموالهم شيئاً»[٢].

٤ ـ صحيحة عبدالله بن سنان قال: سُئل أبو عبدالله عليه السلام وأنا حاضر عن القيّم لليتامى في الشراء لهم والبيع فيما يصلحهم، ألَهُ أن يأكل من أموالهم؟ فقال: «لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله ـ تعالى ـ في كتابه: ﴿وَ ابْتَلُوا الْيَتَامىٰ حَتّٰى إِذٰا بَلَغُوا النِّكٰاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ وَ لاٰ تَأْكُلُوهٰا إِسْرٰافاً وَبِدٰاراً أَنْ يَكْبَرُوا وَ مَنْ كٰانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كٰانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣] هو القوت، وإنّما عنى فليأكل بالمعروف الوصيّ لهم والقيّم في أموالهم ما يصلحهم»[٤].

٥ ـ موثّقة حنّان بن سدير قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «سألني عيسى بن موسى عن القيّم للأيتام في الإبل وما يحلّ له منها، فقلت له: إذا لاط[٥] حوضها وطلب ضالتها وهنأ[٦] جرباها[٧]، فله أن يصيب من لبنها في غير نهك لضرع، ولا فساد لنسل»[٨].

٦ ـ ما رواه محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجلٍ بيده

---

(١) رزأه ماله: أصاب منه شيئاً فنقصه، المعجم الوسيط: ٣٤٠.

(٢) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح٤.

(٣) سورة النساء ٤: ٦.

(٤) تهذيب الأحكام ٩: ٢٤٤، ح٤٢.

(٥) لُطتُ الحوض بالطين لوطاً، أي ملطتُهُ به وطيّنتُهُ، الصحاح للجوهري ٢: ٩٠٢ مادّة لوط.

(٦) هنأت البعير: إذا طليته بالقطران والقطران دواء للجرب، الصحاح ١: ٨٤.

(٧) الجَرَب بالتحريك: داءٌ معروف، يقال جرب البعير جَرَباً من باب تعب... وناقة جرباء، مجمع البحرين ١: ٢٨١ مادّة جرب.

(٨) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح٢.

ماشية لابن أخ له يتيم في حجره، أيخلط أمرها بأمر ماشيته؟ قال: «إن كان يليط حوضها ويقوم على مهنتها ويردّ نادتها، فيشرب من ألبانها غير منهك للحلاب، ولا مضرّ بالولد»[١].

٧ـ الأخبار المرويّة في تفسير العيّاشي[٢]؛ لأنّ صريح بعضها: أنّ الرجل يحبس نفسه في أموالهم ويقوم في ضيعتهم ويشغل نفسه عن طلب المعيشة فلا يحترث لنفسه، فليأكل بالمعروف من مالهم. ونقل في الوسائل «فلا يحترف لنفسه»[٣].

فالظاهر من النصوص أنّ للوليّ أكل ما هو المعروف من مال اليتيم. والأكل بالمعروف ـ كما بيّناه سابقاً ـ هو أُجرة المثل، بمعنى أنّه يجوز أن يأكل الوليّ في مقابل ما عمل في مال اليتيم، وأن لا يزيد على أُجرة المثل، وكلّما نقص عن ذلك فهو من المعروف كما في الجواهر[٤].

ثمّ إنّه يظهر[٥] من بعض النصوص المتقدّمة خلاف المدّعى، وأنّ له أكل القوت فقط، كصحيحة عبدالله بن سنان[٦]. والمستفاد من بعض الآخر: أنّه إذا كان فقيراً وليس له ما يقيمه يجوز له الأخذ بالمقدار الذي يقيمه، كموثّقة سماعة[٧]. ومقتضى

---

(١) نفس المصدر، ح٦.

(٢) تفسير العيّاشي ١: ٢٢١ـ٢٢٢ ح٢٩ـ٣٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٧ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح١٠.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٩.

(٥) والحقّ المستفاد من الروايات أنّ له أُجرة مثل عمله؛ سواء كانت زائدة على قدر الكفاية أم لا، والمقصود من المعروف في الآية بقرينة الروايات هو أُجرة المثل، وبعبارة أُخرى: صحيحة هشام بن الحكم صريحة في أُجرة المثل، وبها يتصرّف في بقيّة الروايات الواردة حتّى التعبير بالقوت؛ فإنّه وإن كان ظاهراً في مقدار كان موجباً لحفظ الوليّ وعدم تلفه، ولكن يأوّل بأُجرة المثل. م ج ف.

(٦) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٤ و ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح١.

(٧) نفس المصدر.

إطلاقها الجواز حتّى في صورة كون المقدار المذكور أكثر من أُجرة المثل، فيقع التعارض بينهما.

فيمكن أن يقال بأنّ الترجيح مع موثّقة سماعة، لكونها موافقة للكتاب فيؤخذ بها، وإن أبيت عن هذا الجمع نقول: يقع التعارض وبعد التساقط يرجع إلى إطلاق الكتاب.

وبالجملة: فالمستفاد من مجموع الأدلّة[١] أنّه يجوز للوليّ أن يأخذ من مال اليتيم بالنحو المعروف، والمقدار المعروف ـ على ما بيّنا ـ ما لا إسراف فيه ولا تقتير، وهو الحدّ الأوسط، أي أُجرة المثل، بل يستفاد المدّعى من موثّقة سماعة أيضاً، حيث قيّد الجواز بعدم السرف، بل يمكن أن يُقال: إنّ هذا هو المتفاهم العرفي عند إطلاق هذا اللفظ.

نعم، لو لم يكن لفعله أُجرة في العادة، كوضع الدراهم والدنانير عنده، أو كان المال قليلاً غير محتاج إلى عمل له أُجرة يعتدّ بها عرفاً، لم يأخذ شيئاً كما في الجواهر[٢] ومفتاح الكرامة[٣]. وكما يظهر ذلك من ذيل رواية الكناني، حيث قال: «**فإن كان المال قليلاً فلا يأكل منه شيئاً**»[٤].

وكذا ذيل رواية أبي بصير، حيث قال عليه السلام: «**ليس له ذلك في الدنانير والدراهم التي عنده موضوعة**»[٥].

---

(١) والتحقيق أنّ المستفاد من مجموع الآيات والروايات جواز أخذ الوليّ شيئاً ما، فيما إذا كان فقيراً، وهذا المقدار يكون أقلّ من أُجرة المثل غالباً بل دائماً، ولا فرق في الجواز بين قصد التبرّع وعدمه. م ج ف.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٣.

(٣) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

(٥) نفس المصدر ١٢: ١٨٧ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩.

المقام الثاني: أن يكون الوليّ غنيّاً

وأمّا إذا كان وليّ الصبيّ غنيّاً هل يستحقّ الأُجرة أم لا؟ فيه قولان:

القول الأوّل: أنّه لا يجوز له أخذ شيء من مال الصبيّ في مقابل إدارة أمواله.

ففي المبسوط: «الوليّ إذا كان فقيراً جاز له أن يأكل من مال اليتيم»[١].

وقال ابن إدريس: «فأمّا إن كان غنيّاً، فلا يجوز له أخذ شيء من أموالهم»[٢].

وفي المسالك: «أمّا لو كان غنيّاً، فالأقوى وجوب استعفافه مطلقاً»[٣].

وبه قال السيوري[٤] والمحقّق الثاني[٥] والمحدّث الكاشاني[٦] والمحقّق الأردبيلي[٧] وصاحب الرياض[٨]. وكذا هو ظاهر المختصر النافع[٩] وكشف الرموز[١٠] واللمعة[١١] وغيرها[١٢].

واستدلّ للحكم المذكور بوجوه:

الأوّل: ظاهر قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾[١٣]؛ لأنّ الأمر

---

(١) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٣.

(٢) السرائر ٢: ٢١١.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

(٤) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

(٥) جامع المقاصد ٥: ١٨٨ وج ١١: ٣٠٢.

(٦) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٩.

(٧) زبدة البيان ١ ـ ٢: ٦١١.

(٨) رياض المسائل ٦: ٢٨٩.

(٩) المختصر النافع: ١١٩.

(١٠) كشف الرموز ٢: ٨٠.

(١١) اللمعة الدمشقيّة: ١٠٧.

(١٢) الروضة البهيّة ٥: ٢٨٠.

(١٣) سورة النساء ٤: ٦.

للوجوب، كما في المبسوط[١] والمسالك[٢] وجامع المقاصد[٣].

قال المحدّث الكاشاني: «والأقوى وجوب التعفّف؛ لظاهر الأمر في الآية»[٤].

الثاني: أصل عدم استباحة مال الغير إلّا بدليلٍ، ولا يوجد هنا دليل كما في التنقيح الرائع[٥].

وفي الرياض: «وأمّا مع غناه فالأحوط بل اللّازم... أن لا يأخذ شيئاً، للأصل»[٦].

الثالث: موثّقة سماعة المتقدّمة عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله ـ عزّ وجلّ ـ: **﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾**[٧] قال: «**من كان يلي شيئاً للّيتامى وهو محتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى**[٨] **أموالهم ويقوم في ضيعتهم، فليأكل بقدر ولا يسرف**» الحديث[٩].

فقد قيّد الحكم بما إذا كان الوليّ محتاجاً.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

المناقشة في الاستدلال بالآية

الآية المباركة وإن كان ظاهرها يوهم اشتراط كون الوليّ فقيراً؛ لأنّ الأمر للوجوب، ولكن مادّة الاستعفاف تدلّ على الرجحان.

---

(١) المبسوط للطوسي ٢: ١٦٣.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

(٣) جامع المقاصد ٥: ١٨٨ و ج ١١: ٣٠٢.

(٤) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٩.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

(٦) رياض المسائل ٦: ٢٨٩.

(٧) سورة النساء ٤: ٦.

(٨) تقاضاه الدين قبضه منه، لسان العرب ٥: ٢٧٧.

(٩) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.

قال العلّامة في المختلف: «وقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَ مَنْ كانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾[١] لا إشعار فيه بالوجوب، بل يدلّ بمفهومه على الأولويّة»[٢].

وفي التذكرة: «الوليّ إن كان غنيّاً استحبّ له أن يستعفف عنه»[٣].

وجاء في المسالك: «حملوا الأمر بالاستعفاف على الاستحباب، وادّعوا أنّ لفظ الاستعفاف مشعر به، وله وجه»[٤].

وفي مفتاح الكرامة: «أنّه يستحبّ له التعفّف مع الغنى... لقرينة العفّة الظاهرة في الجواز»[٥].

وفي الجواهر: «لكن المادّة تشعر بالندب»[٦].

ولعلّ أنظار هؤلاء الأعلام ـ قدّس الله أسرارهم ـ متّجهة إلى أنّ معنى الاستعفاف طلب العفاف، كما ورد في الحديث «أفضل العبادة العفاف»[٧].

وفي مجمع البحرين: «العفاف ـ بفتح العين ـ والتعفّف: كفّ النفس عن المحرّمات وعن سؤال الناس... الاستعفاف طلب العفاف»[٨]. وكذا في النهاية لابن الأثير[٩]. ولا شكّ أنّ طلب العفاف ليس بواجب بل هو مستحبّ.

---

(١) سورة النساء ٤: ٦.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٦٥.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجريّة.

(٤) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

(٥) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢.

(٦) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٩.

(٧) الكافي ٢: ٧٩، ح ٣.

(٨) مجمع البحرين ٢: ١٢٣٨ عفف.

(٩) النهاية لابن الأثير ٣: ٢٦٤.

ولذا قال المحقّق القمّي: «معنى الاستعفاف كفّ النفس أو استعداد النفس لترك شيء، ولا شكّ أنّ الذي يجب على الإنسان ترك الحرام. وأمّا استعداد النفس لترك الحرام فهو مستحبّ».

ثمّ قال: «وفي قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَ لْيَسْتَعْفِفِ﴾ ينافي مدلول المادّة مع الهيئة وتقديم المادّة على الهيئة أولى، فيحمل الأمر على الاستحباب»[1]. فلا تدلّ الآية على اشتراط الفقر.

ويؤيّده ما في الكشّاف من أنّ معنى ﴿وَ لْيَسْتَعْفِفِ﴾[2] أي ليجتهد في العفّة وظلف النفس[3]، كأن المستعفّ طالب من نفسه العفاف وحاملها عليه[4].

وكذا ما في كنز العرفان «﴿وَ لْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لاٰ يَجِدُونَ نِكٰاحاً﴾ أي إن كان الفقير يخاف زيادة الفقر بالنكاح، فليجتهد في قمع الشهوة وطلب العفّة بالرياضة لتسكين شهوته»[5].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المناقشة في الاستدلال بالموثّقة

ويرد على الاستدلال بموثّقة سماعة: أنّ فيها تقييداً بكون الوليّ محتاجاً وليس له ما يقيمه.

وبأنّ لفظ «محتاج» الوارد في الموثّقة وكذا لفظ «فقيراً» الذي ورد في الآية

---

(١) جامع الشتات ٢: ٤٧٧.

(٢) سورة النور ٢٤: ٣٣.

(٣) ظلف نفسه عن الشيء أي منعها. وظلفت نفسي عن كذا أي كفّت، الصحاح ٢: ١٠٧٠.

(٤) الكشّاف ٣: ٢٣٧.

(٥) كنز العرفان ٢: ١٣٨.

المباركة ليس معناهما الفقر الشرعيّ[١]، بل الظاهر[٢] أنّ المراد منهما في الآية والموثّقة من كان مشتغلاً بإصلاح أموال الصبيّ أو اليتيم، وكانت أوقاته مستغرقة في تدبير شؤونه بحيث يشغله ذلك عن تحصيل معيشته والاشتغال لنفسه، ويدلّ على ذلك صريحاً قوله عليه السلام في الموثّقة: «**وإن كانت ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج بنفسه فلا يرزأنّ[٣] من أموالهم شيئاً**»[٤].

وهكذا يستفاد هذا المعنى من الروايات الكثيرة الواردة عنهم عليهم السلام في بيان معنى الآية الكريمة التي فيها المعتبرة، مثل قوله عليه السلام في خبر أبي الصباح الكناني المتقدّمة: «**ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح لهم أموالهم**»[٥].

والأخبار الواردة في تفسير العيّاشي، مثل ما رواه أبو أسامة، عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله ـ تعالى ـ: **(فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ)** فقال: «**ذلك رجل يحبس نفسه على أموال اليتامى فيقوم لهم فيها ويقوم لهم عليها، فقد شغل نفسه عن طلب المعيشة، فلا بأس أن يأكل بالمعروف إذا كان يصلح أموالهم**» الحديث[٦].

---

(١) الفقير في الاصطلاح: هو الذي لا يملك قوت سنته لا فعلاً ولا قوّةً، القاموس الفقهي: ١٦٠، أو هو من لم يملك مؤونة نفسه وعياله الواجبي النفقة مقدار سنة كاملة، القواعد الفقهيّة للمحقّق البجنوردي ٦: ٣٧٢.

(٢) الظاهر أنّ المستفاد من الموثقة قيدان: الاحتياج، وعدم وجود شيء يقيمه، وليس الثاني تفسيراً للأوّل. هذا، مضافاً إلى أنّ استغراق الأوقات في تدبير شؤونه لا يستفاد من الروايات جدّاً. نعم، قد ورد التعبير بأنّه قد شغل نفسه عن طلب المعيشة، ولكنه لا يدلّ على ذلك! فتدبّر. م ج ف.

(٣) أي فلا يصيبنّ.

(٤) وسائل الشيعة ١٢: ١٨٦ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٤.

(٥) نفس المصدر ١٢: ١٨٥ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٣.

(٦) تفسير العيّاشي ١: ٢٢١ ح ٢٩، البرهان ١: ٣٤٤ ح ١٤.

وكذا ما رواه أبو بصير، عنه عليه السلام[١].

وما رواه زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام[٢].

وما رواه زرارة ومحمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام[٣].

وهكذا صحيحة عبدالله بن سنان المتقدّمة التي رواها الشيخ في التهذيب بإسناده عن الحسن بن محبوب قال: سُئل أبو عبدالله عليه السلام ـ وأنا حاضر ـ عن القيّم لليتامى في الشراء لهم والبيع فيما يصلحهم، أله أن يأكل من أموالهم؟ فقال: «**لا بأس أن يأكل من أموالهم بالمعروف، كما قال الله ـ تعالى ـ في كتابه**» الحديث[٤].

والحاصل: أنّه إذا تأمّلت ما تقدّم من النصوص الكثيرة التي اختلفت ألفاظها، ولكنّها اشتملت على معنى مشترك بينها، يحصل لك الاطمئنان بذلك القدر المشترك، ويصحّ أن يقال، إنّ جميع الأخبار المتقدّمة مطلقة بالنسبة إلى الفقير والغنيّ إلّا موثّقة سماعة؛ فإنّ فيها: «**من كان يلي شيئاً لليتامى وهو محتاج ليس له مايقيمه... فليأكل بقدر ولا يسرف**» وقد عرفت معنى المحتاج في هذه الموثّقة.

وبالجملة: المتحصّل من الآية الشريفة بضميمة ـ الروايات الواردة في تفسيرها ـ هو أنّ المتولّي لأمر الصغار إذا كان مشتغلاً بإصلاح أموالهم وتدبير شؤونهم، بحيث يشغله ذلك عن كسبه وتحصيل معيشته وتدبير مال نفسه، فيجوز له أن يأخذ من أموالهم بالقدر المعروف؛ سواء كان غنيّاً أو فقيراً، والمقدار المعروف هو أُجرة المثل؛ لأنّ المراد بالأكل أعمّ من المعنى الحقيقي، فيشمل مطلق التصرّف كالأخذ والتملّك وغيرهما، كما أنّ المعروف ما عرف عند الناس. وبعبارة أُخرى: المعروف ما يكون عند العقلاء متعارفاً، وأخذ أُجرة المثل متعارف عندهم.

---

(١) تفسير العيّاشي ١: ٢٢٢ ح ٣١ و ٣٢؛ وسائل الشيعة ١٢: ١٨٧ الباب ٧٢ من أبواب ما يكتسب به، ح ٩.

(٢، ٣) تفسير العيّاشي ١: ٢٢٢ ح ٣٢ و ٢٢٤ ح ٤٣؛ البرهان ١: ٣٤٤، ح ١٩.

(٤) تهذيب الأحكام ٩: ٢٤٤ ح ٤٢، البرهان ١: ٣٤٤، ح ٨.

وأمّا إذا كان قادراً على كلا الأمرين، وهو يقدر على تحصيل معاشه وتدبير أُمور الصغار فيستحبّ له التعفّف.

جواز أخذ الأجرة

القول الثاني: ـ وهو الأقوى ـ أنّه إذا كان المتولّي لأُمور الصبيّ غنيّاً يجوز له أخذ الأُجرة، كما هو ظاهر النهاية[١] والوسيلة[٢] وإصباح الشيعة[٣] والشرائع[٤] والقواعد في موضعين[٥] والتحرير[٦].

وصرّح بذلك في التذكرة، فقال: «الوليّ إمّا أن يكون غنيّاً أو فقيراً، فإن كان غنيّاً استحبّ له أن يستعفف عنه فلا يأكل منه شيئاً، عملاً بالآية، وهل يسوغ له مع الاستغناء أخذ شيء من ماله؟ الأقرب ذلك على سبيل أُجرة المثل، ولا يأخذ زيادة عليه»[٧].

وفي مفتاح الكرامة: «وحقّه أن لا يفرّق في جواز الأخذ بين الغنيّ والفقير؛ لأنّ محطّ نظره هو العمل دون الفقر...»[٨].

وكذا صرّح بذلك في الجواهر[٩] ووسيلة النجاة[١٠] ومهذّب الأحكام[١١].

---

(١) النهاية للطوسي: ٣٦١.

(٢) الوسيلة لابن حمزة: ٢٧٩.

(٣) إصباح الشيعة: ٢٩٧.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٨.

(٥) قواعد الاحكام ٢: ١٣٥ ـ ٥٦٧.

(٦) تحرير الأحكام الشرعيّة ٢: ٥٤٣.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجريّة.

(٨) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢.

(٩) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤٠.

(١٠) وسيلة النجاة ٢: ١٥١.

(١١) مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٢٨.

وفي المسالك[١]: أنّ له وجه.

ويظهر هذا أيضاً من كلام السيّد المحقّق الخوئي في منهاج الصالحين[٢] ولكن أشكل في موضع آخر وقال: «إذا كان غنيّاً ففيه إشكال، والأحوط الترك»[٣].

وقال في تحرير الوسيلة: «يجوز للقيّم الذي يتولّى أُمور اليتيم أن يأخذ من ماله أُجرة مثل عمله؛ سواء كان غنيّاً أو فقيراً، وإن كان الأحوط الأولى للأوّل التجنّب»[٤]. وكذا في تفصيل الشريعة[٥].

أدلّة جواز أخذ الأُجرة مع الغنى

ويمكن أن يستدلّ للقول الثاني بوجوه:

الأوّل: إطلاق الأخبار الواردة في هذا الباب، التي تقدّم ذكرها في المباحث السابقة.

الثاني: قاعدة[٦] احترام عمل المسلم[٧]؛ وهي أنّ عمل المسلم محترمٌ

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٧.

(٢) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٧.

(٣) نفس المصدر ٢: ٢١١.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٢، كتاب الوصية مسألة ٥٩.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ٢٠٠.

(٦) وفي الاستدلال بهذه القاعدة تأمّل جدّاً؛ فإنّ التصرّف في أموال اليتامى إنّما هو في مقابل جعل الولاية ومن آثار الولاية، وليست معاوضةً في الواقع. م ج ف

(٧) وفي تحرير المجلّة: من أسباب الضمان احترام عمل المسلم، فمن عمل عملاً لمصلحتك مع الإذن من حاكم الشرع أو مطلقاً، أو أمرته بأن يعمل لك عملاً فقام، فليس معناه أنّه عمله مجّاناً، بل عليك أُجرة المثل له؛ لأنّ عمل المسلم محترم إلّا إذا قصد التبرّع، تحرير المجلّة ١: ٨٨.

←

ومأجور، فليؤدّ أُجرته إذا لم يقصد به التبرّع[١]. وهذا الاحترام بلحاظ رعاية سلطنة المسلم على عمله؛ ومعنى احترام العمل هنا عدم جواز أمره بالعمل بلا جعل أُجرة له.

قال الشيخ الأعظم: «كلّ عمل وقع من عامل لأحد بحيث يقع بأمره وتحصيلاً لغرضه، فلابدّ من أداء عوضه؛ لقاعدتي الاحترام ونفي الضرار»[٢] وكذا في تفصيل الشريعة[٣].

وفي مهذّب الأحكام: «إنّ قاعدة احترام العمل من القواعد النظاميّة المقرّرة شرعاً المتقنة، لاتصلح للتقييد بمثل الآية الكريمة المجملة من هذه الجهة، وكذا ماسيقت مساقها من الأخبار كما لا يخفى على أُولي الأبصار»[٤].

← والأصل في هذه القاعدة قوله ﷺ: **لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلّا عن طيب نفس منه**، وسائل الشيعة ٣: ٤٢٥ الباب ٣ من أبواب مكان المصلّي، ح٣ مع اختلاف في اللفظ، وعوالي اللئالي ٢: ١١٣ ح٣٠٩. وأنّ حرمة ماله كحرمة دمه، وسائل الشيعة ٨: ٥٩٩ الباب ١٥٢ من أبواب أحكام العشرة، ح٩.

قال العلّامة المحقّق الاصفهاني في حاشية المكاسب ٢ / ٢٩٠: «وأمّا قاعدة الاحترام، فتارةً يستند فيها إلى قوله ﷺ: «**لايحلّ مال امرئ مسلم إلّا عن طيب نفسه**» إمّا بدعوى أنّه لا يحلّ بلا عوض... وأُخرى: يستند إلى قوله ﷺ: «**وحرمة ماله كحرمة دمه**».

وقال السيّد الفقيه الخوئي: إذا أمر أحد لعامل بإتيان عمل ذي أُجرة فعمله بدون قصد المجّانيّة كان الأمر ضامناً للأُجرة، وذلك لقاعدة الاحترام.

وفيه ما لا يخفى: فإنّ معنى الاحترام عدم كون مال المسلم بمثابة المباحات الأصليّة بحيث لا حرمة لها، ويسوغ لأيّ أحد أن يستولي عليها ويستوفيها عن قهر وجبر، وأنّه لو أجبره على عمل استحقّ المجبور بدله ولزمه الخروج عن عهدته. مستند العروة الوثقى، كتاب الإجارة: ٣٩٠ـ٣٩١.

(١) القواعد الفقهية للسيّد كاظم المصطفوي: ٢٤.

(٢) المكاسب ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٦: ١٩٠.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ٢٠٠.

(٤) مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٢٨.

الثالث: قاعدة نفي الضرر[١]؛ لأنّ المنفي بالقاعدة إمّا هو الحكم الضرري، أو المنفي بها هو الحكم بنفي موضوعه الضرري، وعلى كلّ حال أمر الشارع للوليّ والقيّم بتولية أموال الصبيّ بلا جعل عوض وأُجرة له إضرار[٢] بالوليّ والقيّم؛ لأنّ الوليّ يصرف أوقاته بحفظ أموال الصبيّ وإصلاح أُموره وتدبير شؤونه، فإذا كان كلّ ذلك بلا عوض وأُجرة تضرّر به، وهذا منفي بقاعدة نفي الضرر.

كما أشار إلى ذلك في المختلف[٣].

وقال المحقّق الفقيه القمّي ﷺ في جامع شتاته: «الاختلاف في المسألة من جهة الاختلاف في الأخبار والتفهّم في الآيات القرآنية، والأرجح عندي هو القول بثبوت أُجرة المثل مطلقاً[٤].

والدليل على ذلك أنّه عمل غير محرّم ومحترم وكان مأذوناً فيه، بل هو مطلوب الشارع وأمر به، فيستحقّ الوليّ الأُجرة؛ لأنّ المفروض أنّه لم يقصد التبرّع، وأيضاً لو لم نقل بالأُجرة يلزم الإضرار للولي؛ لأنّه صرف أوقاته لأُمور اليتيم من دون أُجرة وعوض... ولو لم يهتمّ بأُمور الصغار يلزم الإضرار لليتيم، والضرر منفي في الإسلام»[٥].

أُمور هامّة ينبغي ذكرها

الأوّل: قال في الجواهر: «لا ينبغي ترك الاحتياط في هذه المسألة؛ لشدّة التأكيد كتاباً وسنّة في التجنّب عن أموال اليتامىٰ، خصوصاً بعد خبر رفاعة المروي

---

(١) وسائل الشيعة ١٧: ٣٤٠ الباب ١٢ من كتاب إحياء الموات، ح٣ و٤ و٥.

(٢) إضرار بهما في صورة الفقر دون الغنى. م ج ف.

(٣) مختلف الشيعة ٥: ٦٥.

(٤) أي سواء كان الوليّ فقيراً أو غنيّاً.

(٥) جامع الشتات ٢: ٤٧٤.

عن تفسير العيّاشي، عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله ـ تعالى ـ: ﴿فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ قال: كان أبي يقول: إنّها منسوخة[١].

بل عن مجمع البيان، عن جماعة من أهل السنّة تفسيرها بأخذ قدر الحاجة من مال اليتيم على جهة القرض ثمّ يردّ عليه ما أخذ إذا وجد، قال: هو المرويّ عن الباقر عليه السلام[٢].

وإن كان الثابت عندنا خلافهما كما تقدّم»[٣].

الثاني: قال في القواعد: «يجوز أن يجعل للوصيّ جعلاً، ولو لم يجعل جاز له أخذ أُجرة المثل عن نظره في ماله»[٤]، وكذا في التحرير[٥]، والدروس[٦]. وفي المختصر النافع: «إذا أذن له في الوصيّة جاز»[٧].

وقال المحقّق الثاني: «لا ريب في جواز بذل جعل للوصيّ على عمله كما في الوصاية... فلو لم يجعل له فتولّى أُمور الأطفال وقام بمصالحهم كان له أن يأخذ عن تصرّفه عوضاً»[٨].

وبه قال في مفتاح الكرامة[٩].

ويدلّ عليه ما تقدّم من الأدلّة. هذا مع نيّة أخذ العوض بعمله. وهكذا لو ذهل

---

(١) تفسير العيّاشي ١: ٢٢٢ ح٣٣.

(٢) مجمع البيان ٣: ٢٠.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤١.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٧.

(٥) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٢.

(٦) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٧.

(٧) المختصر النافع: ٢٦٦.

(٨) جامع المقاصد ١١: ٣٠١.

(٩) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢.

عن القصد فالظاهر جواز الأخذ؛ لأنّه مأمور بالعمل من الشارع فيستحق عوضه.

وأمّا لو نوى التبرّع بعمله لم يكن له أخذ شيء مطلقاً، كما في المسالك[١].

وفي الرياض: «بشرط أن لا يكون بعمله متبرّعاً[٢]»، وكذا في مفاتيح الشرائع[٣] والجواهر[٤].

وهكذا لم يجز للوصيّ أخذ شيء من أموال الأيتام، إذا عيّن الموصي مقدار المال الموصىٰ به وطبّقه على مصرفه المعيّن المقدّر، بحيث لم يُبق شيئاً لأُجرة الوصي واستلزم أخذ الأُجرة إمّا الزيادة عن المال الموصىٰ به، أو النقصان في مقدار المصرف، كما إذا أوصىٰ بأن يصرف ثلثه، أو عيناً معيّناً من تركته أو مقداراً من المال، كألف درهم في استئجار عشرين سنة عبادة كلّ سنةٍ كذا مقداراً، وقد ساوى المال مع المصرف كما في الوسيلة[٥] للسيّد الفقيه الاصفهاني. وكذا في تحريرها[٦]. وفي تفصيل الشريعة في شرح كلام الماتن: «لم يجز له أن يأخذ الأُجرة ـ ولو أُجرة المثل ـ لنفسه؛ لأنّه بقبوله الوصيّة الكذائيّة، أو بعدم ردّها مع الإمكان، كأنّه تبرّع بإجراء الوصيّة وتنفيذها وعدم أخذ الأُجرة أصلاً»[٧].

الثالث: قال السيوري: «إذا جعل الموصي للوصيّ شيئاً لحقّ سعيه، فإن كان أُجرة مثله من غير زيادةٍ صحّ بلا خلاف. وإن زاد، فإن خرجت الزيادة من الثلث

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٧٨.

(٢) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.

(٣) مفاتيح الشرائع ٣: ١٨٨.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٠.

(٥) وسيلة النجاة ٢: ١٥١ـ١٥٢.

(٦) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٢ مسألة ٥٩.

(٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ٢٠١.

صحّ أيضاً، وإلّا اعتبرت إجازة الوارث»[١]. وكذا في الجواهر[٢] والرياض[٣].

الرابع، في مفتاح الكرامة: هذا النزاع في الوليّ الذي لم يكن أميناً للحاكم كالأب والجدّ والوصي وغيرها. وأمّا من يجعله الحاكم أميناً فيمكن أن يكون له أخذ أُجرة المثل وإن كان غنيّاً، ويجوز للحاكم أن يعيّن له ذلك إذا لم يوجد المتبرّع[٤].

وفي الجواهر: «ما لم يوجد المتبرّع الجامع للشرائط، فلا يجوز للحاكم مثلاً أن يجعل النظر إلى غيره ممّن يريد الأُجرة بلا مصلحة لليتيم»[٥].

آراء فقهاء أهل السنّة في جواز أخذ الأجرة من مال الطفل:

اشتهر بينهم أنّه لا يجوز للغني أخذ الأُجرة من مال الطفل، وللفقير أن يأكل بالمعروف من غير إسرافٍ. فنذكر كلماتهم في ذلك:

أ ـ الحنفيّة

جاء في بدائع الصنائع: «لا خلاف في أنّه ـ أي وليّ اليتيم ـ إذا كان غنيّاً لا يأكل لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾[٦].

فأمّا إذا كان فقيراً فهل له أن يأكل على سبيل الإباحة، أو ليس له أن يأكل إلّا قرضاً، اختلف فيه الصحابة»[٧]. فعندهم فيه قولان:

---

(١) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٦.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٤١.

(٣) رياض المسائل ٦: ٢٨٨.

(٤) مفتاح الكرامة ٥: ٢٦٢، زبدة البيان ٢: ٦١٢.

(٥) جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٧.

(٦) سورة النساء ٤: ٦.

(٧) بدائع الصنائع ٤: ٣٥٢.

الأوّل: أنّه يأكل على سبيل الإباحة، واستدلّ له بظاهر قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1].

أطلق الله عزّ شأنه لوليّ اليتيم أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف، وهو الوسط من غير إسراف.

وبما روي أنّ رجلاً سأل رسول الله ﷺ فقال: لا أجد شيئاً وليس لي مالٌ ولي يتيمٌ؟ قال: «كُلْ من مال يتيمك غير مسرفٍ ولا متأثلٍ»، قال: وأحسبه، قال: «ولا تقي مالك بماله»[2][3].

وبه قال في أحكام الصغار[4].

وفي مختصر اختلاف العلماء: «ويستقرض الوصيّ من مال اليتيم إذا احتاج إليه ثمّ يقضيه، ويأكل الوصي من مال اليتيم بقدر عمله فيه إذا لم يضرّ بالصبيّ»[5].

الثاني: أنّه لا يأكل إلّا قرضاً، واستدلّ له بقوله ـ تعالى ـ: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[6] أمر سبحانه وتعالى بالإشهاد على الأيتام عند دفع المال إليهم. ولو كان المال في أيدي الأولياء بطريق الأمانة، لكان لا حاجة إلى الإشهاد؛ لأنّ القول قول الوليّ إذا قال: دفعت المال إلى اليتيم عند إنكاره. وإنّما

---

(١) سورة النساء ٤: ٦.

(٢) سنن ابن ماجة ٣: ٣٢١ ح٢٧١٨، سنن أبي داود ٣: ١٩٧ ح٢٨٧٢، سنن النسائي ٦: ٢٥٦.

(٣) وجاء في سنن أبي داود: «كُلْ من مال يتيمك غير مسرف، ولا مباذرٍ، ولا متأثلٍ». وفي هامشه: قال الشيخ: قوله: «غير متأثل» أي غير متّخذٍ منه أصل مال. وأثلة الشيء: أصله.

ووجه إباحته الأكل من مال اليتيم أن يكون ذلك على معنى ما يستحقّه من العمل فيه والاستصلاح له، وأن يأخذ منه بالمعروف على قدر مثل عمله.

وقوله: «ولا تقي مالك بماله»: أي لا تحفظ مالك بصرف مال اليتيم في حاجتك.

(٤) أحكام الصغار: ٣٥٨.

(٥) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٧٩.

(٦) سورة النساء ٤: ٦.

الحاجة إلى الإشهاد عند الأخذ قرضاً ليأكل منه؛ لأنّ في قضاء الدين القول قول صاحب الدّين، لا قول من يقضي الدّين[١].

وفيه: أنّ هذا الاشهاد مستحبّ؛ لأنّ القول قول الوليّ لأنّه أمين، وأمر الله تعالى بالإشهاد تنبيهاً على التحصين وزوالاً للتهم.

ب ـ الشافعيّة

وفي المهذّب: «إن أراد أن يأكل من ماله نظرت، فإن كان غنيّاً لم يجز، لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾[٢]. وإن كان فقيراً جاز أن يأكل؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ[٣]﴾»[٤].

قال النووي في شرحه: «قوله: ﴿وَ لْيَسْتَعْفِفْ﴾ يقال: عفّ عن المسألة، واستعفّ؛ أي كفّ ـ إلى أن قال: ـ وقيل: يجوز للوصيّ أن يأخذ من مال اليتيم قدر عمالته... وقيل: لا يأكل منه إلّا عند الحاجة»[٥]. وبه قال في الوجيز[٦].

وعند الرافعي والنووي: «أنّه ليس للوليّ أخذ أُجرة ولا نفقةٍ من مال الصبيّ إن كان غنيّاً، وإن كان فقيراً، فإن قطع بسببه عن اكتسابه فله أخذ قدر نفقته. وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنّه يأخذ أقلّ الأمرين من قدر النفقة وأُجرة المثل»[٧].

وكذا في مغني المحتاج[٨] ونهاية المحتاج[٩].

---

(١) أنظر بدائع الصنائع ٤: ٣٥٢ـ٣٥٣.

(٢) سورة النساء ٤: ٦.

(٣) سورة النساء ٤: ٦.

(٤) المهذّب لأبي إسحاق الشيرازي ١: ٣٣٠.

(٥) المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٣٨.

(٦) الوجيز ١: ٣٤٥.

(٧) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨٢، روضة الطالبين ٣: ٤٧٨، المجموع ١٤: ١٤٠.

(٨) مغني المحتاج ٢: ١٧٦.

(٩) نهاية المحتاج ٤: ٣٨٠.

ج ـ الحنابلة

إنّهم قالوا ـ كالشافعيّة تقريباً ـ: «إنّ للوليّ أن يأكل من مال الصبيّ بقدر عمله إذا احتاج إليه، وليس له إلّا أقلّ الأمرين من أُجرة مثله، أو قدر كفايته»[١].

قال ابن قدامة في المقنع: «وللوليّ أن يأكل من مال المولّى عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه»[٢].

وفي الكافي: «وليس له إلّا أقلّ الأمرين من أُجرته أو قدر كفايته؛ لأنّه يستحقّه بالعمل والحاجة معاً»[٣].

وجاء في الشرح الكبير: «وللوليّ أن يأكل من مال المولّى عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه، وإن كان غنيّاً لم يجز له ذلك إذا لم يكن أباً؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٤]. وإذا كان فقيراً فله أقلّ الأمرين: أُجرته، أو قدر كفايته؛ لأنّه يستحقّه بالعمل والحاجة جميعاً، فلم يجز أن يأخذ إلّا ما وجدا فيه». وكذا في المغني[٥].

وفي الإنصاف: «والصحيح من المذهب: أنّه لا يأكل إلّا الأقلّ من أُجرة مثله أو قدر كفايته»[٦].

د ـ المالكيّة

ذهب المالكيّة إلى أنّه يجوز أن يأكل الوليّ من مال الصبيّ بقدر أُجرة عمله

---

(١) الإقناع ٢: ٢٢٨، كشّاف القناع ٣: ٥٣١، الفروع ٤: ٢٤٥، المحرّر ١: ٣٤٧، المبدع ٤: ٣٤٥، منتهى الإرادات ٢: ٥٠٨.

(٢) المقنع في فقه أحمد لابن قدامة: ١٢٦.

(٣) الكافي في فقه أحمد لابن قدامة ٢: ١٠٧.

(٤) سورة النساء ٤: ٦.

(٥) الشرح الكبير ٤: ٥٣١، المغني ٤: ٢٩٥.

(٦) الإنصاف ٥: ٣٠٤.

أو قدر كفايته، إلّا أن يكون غنيّاً فلا يجوز.

قال القرافي: «جوّز... وأن يأكل الأمين والوليّ من مال اليتيم إلّا أن يكونا غنيّين لقوله ـ تعالى ـ: ﴿وَ مَنْ كانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾»[1].

وجاء في المعونة: «إذا كان وصيّ اليتيم أو الأمين محتاجاً جاز أن يأكل من مال اليتيم بقدر أجر مثله»[2].

قال الكشناوي: «قوله: فإن كان فقيراً فله أُجرة مثله؛ أي لقوله ـ سبحانه وتعالى ـ: ﴿وَ مَنْ كانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾. قال الحافظ السيوطي: بقدر أُجرة عمله؛ أي ما لم تزد على كفايته، وإلّا فله كفايته فقط، وهذا مذهب الشافعي. وعند مالك: له أُجرة مثله مطلقاً زادت على كفايته أو لا»[3].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(١) الذخيرة ٨: ٢٤٠.

(٢) المعونة على مذهب عالم المدينة ٢: ١٦٣.

(٣) أسهل المدارك ٢: ١٦٠.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفصل الرابع

في استيفاء حقوق الطفل

تمهيد

قد تقدّم ثبوت ولاية الأولياء في التصرّف في مال الصغير ونفسه، فكذلك لهم الولاية في استيفاء حقوقه، ويدلّ على ذلك إطلاق التعليل الوارد في ذيل صحيحة محمّد بن مسلم ومعتبرة عبيد بن زرارة: «لأنّ والده هو الذي يلي أمره»[1]. وأمر الصبيّ مطلق يشمل المال والنفس والحقّ.

مضافاً إلى أنّ نفس جعل الولاية للصغار تقتضي ذلك.

بتعبير آخر: بما أنّ الصغار ليسوا من أهل التصرّف ويحتاجون في جميع شؤونهم إلى من يعينهم، جعل الله تعالى الولاية لهم حتّى يتصرّف الأولياء في كلّ ما ارتبط بهم من الأموال والأنفس. وكذلك استيفاء حقوقهم، مثل حقّ الشفعة، وحقّ الخيار، وحقّ القصاص، وقطع الدعاوى، وقبول الهبة، والصدقة، والوصيّة، والوقف وغير ذلك.

وللتحقيق في ذلك عقدنا هذا الفصل. ونظراً لاختلاف هذه الحقوق من حيث الحكم والأثر نقسّمه إلى مباحث:

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٧ و ٢٩٩ الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، ح ١ و ٥.

المبحث الأوّل: استيفاء حقّ الشفعة

الشفعة حق ثابت بالسنّة والإجماع، ولصاحبه المطالبة به أو تركه.

وقد صرّح الأصحاب بثبوت الشفعة للصبيّ[١]، ويتولّى وليّه الأخذ بها مع الغبطة، ولا يجب أن ينتظر بلوغه ورشاده.

قال الشيخ في النهاية: «والشفعة تثبت ... للصغير كما تثبت للكبير، وللمتولّي الناظر في أمر اليتيم أن يطالب بالشفعة إذا رأى ذلك صلاحاً له»[٢]. وكذا في المبسوط[٣] والخلاف[٤]. وبه قال الصدوق[٥] والمفيد[٦]. واختاره أيضاً ابن زهرة[٧] والقاضي[٨] وأبو الصلاح الحلبي[٩] وابن إدريس[١٠].

وقال المحقّق: «وتثبت ـ الشفعة ـ للغائب والسفيه، وكذا المجنون والصبيّ،

---

(١) الشفعة ـ كغرفة ـ وهي في الأصل التقوية والإعانة، القاموس الجامع: ٢٨٥. وقال ابن منظور: «وهي مشتقّة من الزيادة؛ لأنّ الشفيع يضمّ المبيع إلى ملكه فيشفعه به». لسان العرب: ٣/ ٤٥١.

والمقصود منها في اصطلاح الفقهاء: «كلّ شيء كان بين شريكين من ضياع أو عقار أو حيوان أو متاع، ثمّ باع أحدهما نصيبه، كان لشريكه المطالبة بالشفعة، ووجب عليه مثل ثمنه الذي بيع به» النهاية للطوسي: ٤٢٣ ـ ٤٢٤.

(٢) النهاية للطوسي: ٤٢٤.

(٣) المبسوط للطوسي ٣: ١٢٢.

(٤) الخلاف ٣: ٤٤٣.

(٥) المقنع: ٤٠٦.

(٦) المقنعة: ٦١٨.

(٧) غنية النزوع: ٢٣٧.

(٨) المهذّب ١: ٤٥٤.

(٩) الكافي في الفقه: ٣٦٢.

(١٠) السرائر ٢: ٣٩١.

ويتولّى الأخذ وليّهما مع الغبطة»[١].

واختاره العلّامة في جملةٍ من كتبه[٢] وجماعة من المتأخّرين[٣] وبعض المعاصرين[٤].

قال في تحرير الوسيلة: «وكذا تثبت للصغير والمجنون وإن كان المتولّي للأخذ بها عنهما وليّهما، نعم، لو كان الوليّ، الوصيُّ ليس له ذلك إلّا مع الغبطة والمصلحة، بخلاف الأب والجدّ، فإنّه يكفي فيها عدم المفسدة»[٥].

أدلّة استيفاء حق الشفعة للصبيّ

يمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بأمورٍ:

الأوّل: الإجماعات التي حكاها الشيخ[٦] والعلّامة[٧] والسيّد أبو المكارم[٨] وصاحب الجواهر[٩].

الثاني: النصوص التي تدلّ على ثبوت الشفعة للشريك[١٠].

---

(١) شرائع الإسلام ٣: ٢٥٥، المختصر النافع: ٢٥٨.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٢٤٤، مختلف الشيعة ٥: ٣٧٨، تذكرة الفقهاء ١: ٥٩٣ الطبعة الحجريّة، إرشاد الأذهان ١: ٣٨٥.

(٣) الدروس الشرعيّة ٣: ٣٦٠، اللمعة الدمشقيّة: ٩٩، جامع المقاصد ٦: ٣٦٧، مسالك الأفهام ١٢: ٢٨٦، الروضة البهيّة ٤: ٤٠٠، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٤، رياض المسائل ٨: ٣٨٢، كفاية الأحكام: ١٠٥، مفتاح الكرامة ٦: ٣٣٦، الحدائق الناضرة ٢٠: ٣١٣، جواهر الكلام ٣٧: ٢٩٠.

(٤) منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ٧٤ـ٧٥، مهذّب الأحكام ١٨: ١٣٩.

(٥) تحرير الوسيلة ١: ٥٣١، كتاب الشفعة مسألة ١١.

(٦) الخلاف ٣: ٤٤٣.

(٧) تذكرة الفقهاء ١: ٥٩٣، الطبعة الحجريّة.

(٨) غنية النزوع: ٢٣٧.

(٩) جواهر الكلام ٣٧: ٢٩٠.

(١٠) وسائل الشيعة ١٧: ٣١٥ الباب ١ من كتاب الشفعة، ح١ وص٣١٦ الباب ٣، ح١ و ٢ وص ٣٢٠ الباب ٧، ح١ و٢.

فقد ورد في بعضها أنّه قال عليه السلام : «الشفعة لكلّ شريك لم يقاسم»[١]، فعمومه يشمل الصبيّ أيضاً، وكلّ حقٍّ هو للصبيّ يتولّاه الوليّ.

الثالث : بعض الأخبار الخاصّة، مثل خبر السكوني ـ الذي رواه المشايخ الثلاثة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين : «وصيّ اليتيم بمنزلة أبيه، يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبةً»[٢].

وضعفه منجبر بعمل الأصحاب. قال في مجمع الفائدة والبرهان : «ولا يضرّ عدم الصحّة؛ لأنّها مقبولة ومؤيّدة»[٣].

للصبي أخذ الشفعة بعد البلوغ

لو ترك الوليّ المطالبة بالشفعة مع كونها مصلحة للصغير، فله الأخذ بها بعد بلوغه بلا خلاف ولا إشكال، كما في المبسوط[٤] والخلاف[٥] والمقنعة[٦] والغنية[٧] والسرائر[٨] والشرائع[٩] والنافع[١٠] والتذكرة[١١] والدروس[١٢] واللمعة[١٣]

---

(١) نفس المصدر : الباب ٣ من كتاب الشفعة، ح٣.

(٢) نفس المصدر : الباب ٦ من كتاب الشفعة، ح٢.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٤.

(٤) المبسوط للطوسي ٣: ١٢٢.

(٥) الخلاف ٣: ٤٤٤.

(٦) المقنعة: ٦١٨.

(٧) غنية النزوع: ٢٣٧.

(٨) السرائر ٢: ٣٩١.

(٩) شرائع الإسلام ٣: ٢٥٥.

(١٠) المختصر النافع: ٢٥٨.

(١١) تذكرة الفقهاء ١: ٥٩٣، الطبعة الحجرية.

(١٢) الدروس الشرعيّة ٣: ٣٦٠.

(١٣) اللمعة الدمشقيّة: ٩٩.

والروضة[١] وغيرها[٢].

ودليله ـ بعد الإجماع[٣] ـ: أنّ التأخير وقع لعذرٍ، وهو الصبا، وتقصير الوليّ بالتراخي لا يسقط حقّ المولّى عليه، والحقّ ليس متجدّداً له عند الكمال، بل هو مستمرّ، وإنّما المتجدّد أهلية الأخذ لا أصل الحقّ.

قال في الجواهر: «ولا ينافيه أيضاً الضرر على المشتري بطول الانتظار؛ إذ هو كالاجتهاد في مقابل النصّ والفتوى، خصوصاً بعد أن كان هو السبب في إدخال الضرر على نفسه ذلك[٤]، وخصوصاً بعد ثبوت مثله في الغائب.

بل لعلّ الأقوى أيضاً جواز تجديد الوليّ الأخذ وإن ترك سابقاً أو عفا؛ لبطلان تركه وعفوه، فلا يترتّب على أحدهما أثر، وليس هما من التراخي المسقط للشفعة قطعاً؛ لأنّ تقصيره السابق بمنزلة عدمه بعد فرض بقاء حقّ الشفعة للمولّى عليه[٥]. وكذا في المسالك[٦].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

ليس للصبي أخذ الشفعة بعد البلوغ

لولم يكن في أخذ الوليّ بالشفعة مصلحة، لم يكن للصبيّ بعد البلوغ الأخذ بها.

ففي المسالك: «إن باعه بأكثر من ثمن المثل أو به ولم يكن للمولّى عليه مال، واحتاج إلى بيع عقار هو أجود من المأخوذ ونحو ذلك، لم يصحّ الأخذ؛ لأنّ فعله

---

(١) الروضة البهيّة ٤: ٤٠٠.

(٢) جامع المقاصد ٦: ٣٦٧، مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٢٤، مفتاح الكرامة ٦: ٣٣٦، كفاية الأحكام: ١٠٥، رياض المسائل ٨: ٣٨٢، جواهر الكلام ٣٧: ٢٩١.

(٣) غنية النزوع: ٢٣٧.

(٤) أي بشرائه شقص شريك اليتيم.

(٥) جواهر الكلام ٣٧: ٢٩١.

(٦) مسالك الأفهام ١٢: ٢٨٦.

مقيّد بالمصلحة»[١].

وفي جملة من كتب العلّامة[٢] والروضة[٣] وجامع المقاصد[٤]: أنّه لا شفعة للصبي بعد الكمال إذا كان الترك من الوليّ أصلح من الأخذ.

واستدلّ في المختلف: بـ«أنّ فعل الوليّ مع المصلحة ماضٍ، وليس للصبيّ نقضه بعد رشده وقد ترك، فلم يكن للصبيّ الأخذ كغيره من التصرّفات»[٥].

وأمّا لو جهل الحال أنّ ذلك كان لمصلحة أولا؟

ففي استحقاق الصبيّ الأخذ بعد الكمال نظراً إلى وجود السبب؛ أي بيع الشريك، فيستصحب ثبوت الشفعة بنفس البيع، أو عدم استحقاقه للشفعة؛ لأنّها مقيّدة بالمصلحة ولم تُعلَم، وجهان: أوجههما الثاني، وهو عدم استحقاقه للشفعة بعد الكمال، كما قال به الشهيد الثاني[٦].

وقال في جامع المقاصد: «وفي استحقاقها المطالبة والحال هذه نظرٌ؛ لأنّ المطالبة فرع الثبوت حينئذٍ، والثبوت إنّما يتحقّق مع المصلحة، والفرض جهالة الحال، فلا مقتضي للثبوت، وهذا وجيه»[٧].

أخذ الوليّ الشفعة عند فقهاء أهل السنّة

الظاهر أنّه لا خلاف بينهم أيضاً في أنّ الوليّ يأخذ للصبي بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة، ولنذكر شطراً من كلماتهم في ذلك الباب:

---

(١) نفس المصدر ١٢: ٢٨٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٥٩٣، الطبعة الحجريّة، قواعد الأحكام ٢: ٢٤٤، مختلف الشيعة ٥: ٣٧٨.

(٣) الروضة البهيّة ٤: ٤٠٠.

(٤) جامع المقاصد ٦: ٣٦٧.

(٥) مختلف الشيعة ٥: ٣٧٨.

(٦) الروضة البهيّة ٤: ٤٠٠.

(٧) جامع المقاصد ٦: ٣٦٧.

أ ـ الشافعيّة

جاء في البيان: «وإن بيع شقصٌ في شركة الصبيّ، فإن كان للصبيّ حظّ في الأخذ؛ بأن كان له مال يريد أن يشتري له به عقاراً، أخذ له بالشفعة. وإن كان الحظّ له بالترك؛ بأن كان لا مال له يريد أن يشتري له به... لم يأخذه له بالشفعة. فإن أخذ له الوليّ في موضوع يرى له الحظّ في الأخذ فبلغ الصبيّ، وأراد أن يردّ ما أخذ له الوليّ، لم يملك ذلك؛ لأنّ ما فعله الوليّ ممّا فيه الحظّ لا يملك الصبيّ بعد بلوغه ردّه، وإن ترك الوليّ الأخذ له في موضع رأى الحظّ له في الترك، فأراد الصبيّ بعد بلوغه أن يأخذه، ففيه وجهان:

أحدهما: من أصحابنا من قال: له ذلك؛ لأنّه بعد بلوغه يملك التصرّف فيما له فيه حظٌّ، وفيما لا حظّ له فيه.

الثاني: ... أنّه ليس له ذلك؛ لأنّ الوليّ قد اختار الترك بحسن نظره، فلم يكن له نقض ذلك»[1].

وبه قال الرافعي[2] والنووي[3] والخطيب الشربيني[4] والأنصاري[5].

ب ـ المالكيّة

في التاج والإكليل: «قال مالك: وللصغير الشفعة يقوم بها أبوه أو وصيّه، فإن لم يكونا فالإمام ينظر له، وإن لم يكن له أب ولا وصيّ وهو بموضع لا سلطان فيه، فهو على شفعته إذا بلغ ـ إلى أن قال: ـ فإذا وجبت الشفعة للصغير، كان الأمر

---

(١) البيان ٦: ٢١٢.

(٢) العزيز شرح الوجيز ٥: ٨١.

(٣) روضة الطالبين ٣: ٤٧٨، المجموع شرح المهذّب ١٤: ١٢٩، منهاج الطالبين ٢: ١٢٧.

(٤) مغني المحتاج ٢: ١٧٦.

(٥) نهاية المحتاج ٤: ٣٧٩.

فيها لوليّه من أب أو وصيّ أو حاكم من أخذ وترك.

فإن رشد الصبيّ بعد ذلك لم يكن له أخذ ما ترك، ولا ترك ما أخذ، إلّا أن يتبيّن أنّ الأخذ لم يكن من حسن النظر لغلائه»[١].

وبه قال الدسوقي[٢] والزرقاني[٣] وابن شاس[٤] والقرافي[٥]. وكذا في حاشية الخرشي[٦].

ج - الحنفيّة

جاء في المبسوط: «إنّ الشفعة تثبت للصغير، وأنّ وليّه يقوم مقامه في الأخذ له؛ لأنّه أخذ بطريق التجارة، وفيه دفع الضرر عن اليتامى، وتوفير المنفعة عليهم، ولهذا المقصود أقام الشرع وليّه مقامه»[٧].

وفي البدائع: «إذا بيعت دار والصبيّ شفيعها، كان لوليّه أن يطالب بالشفعة ويأخذ له؛ لأنّ الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري، والوليّ يملك ذلك كما يملك الشراء، فإن سلّم الشفعة صحّ التسليم، ولا شفعة للصبي إذا بلغ عند أبي حنيفة وأبي يوسف...؛ لأنّ الوليّ يتصرّف في مال الصبيّ على وجه المصلحة، والمصلحة قد تكون في الشراء، وقد تكون في تركه، والوليّ أعلم بذلك فيفوّض إليه»[٨].

---

(١) مواهب الجليل والتاج والإكليل ٧: ٣٨٨، المدوّنة الكبرى ٥: ٤٠٣.

(٢) حاشية الدسوقي ٣: ٣٠١.

(٣) شرح الزرقاني ٣: ٣٠٠.

(٤) عقد الجواهر الثمينة ٢: ٦٣٠.

(٥) الذخيرة ٨: ٢٤٠.

(٦) حاشية الخرشي ٦: ٢٤٥.

(٧) المبسوط للسرخسي ١٤: ٩١.

(٨) بدائع الصنائع ٤: ١١٥.

وكذا في أحكام الصغار[١] ومختصر اختلاف العلماء[٢].

د ـ الحنابلة

قال في المغني: «إذا بيع في شركة الصغير شقص[٣] ثبتت له الشفعة في قول عامّة الفقهاء، منهم الحسن ومالك والأوزاعي والشافعي... وقال ابن أبي ليلى: لاشفعة له وروى: ذلك عن النخعيّ و... لأنّ الصبيّ لا يمكنه الأخذ ولا يمكن انتظاره حتّى يبلغ؛ لما فيه من الإضرار بالمشتري، وليس للوليّ الأخذ؛ لأنّ من لا يملك العفو لا يملك الأخذ... ثمّ قال في ردّ هذا الاستدلال: قولهم: لا يمكن الأخذ، غير صحيح؛ فإنّ الوليّ يأخذ بها كما يردّ المعيب، وقولهم: لا يمكنه العفو، يبطل بالوكيل فيها وبالردّ بالعيب، فإنّ وليّ الصبيّ لا يمكنه العفو ويمكنه الردّ.

واستدلّ لقول عامّة الفقهاء بعموم الأحاديث[٤]. وبأنّه خيارٌ جُعِلَ لإزالة الضرر عن المال، فيثبت في حقّ الصبيّ كخيار الردّ بالعيب.

ثمّ قال: إن لم يأخذ الوليّ انتظر بلوغ الصبيّ، كما ينتظر قدوم الغائب، وما ذكروه من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب[٥].

---

(١) أحكام الصغار: ٢٣٣.

(٢) مختصر اختلاف العلماء ٤: ٢٤٤، الرقم ١٩٥٥.

(٣) الشقص والشقيص: النصيب في العين المشتركة من كلّ شيء، النهاية لابن الأثير ٢: ٤٩٠. وفي القاموس ٢: ٣١٨، الشقص بالكسر: السهم والنصيب.

(٤) صحيح البخاري ٣: ٤٩ ح ٢٢١٣، ٢٢١٤، ص ٦٣ ح ٢٢٥٧، سنن الترمذي ٣: ٦٠٤ ح ١٣١٥.

(٥) المغني ٥: ٤٩٥ ـ ٤٩٦، الشرح الكبير ٥: ٤٨٧.

المبحث الثاني: استيفاء حقّ الخيار للصبيّ

وللوليّ أيضاً استيفاء حقّ الخيار[١] للصبي كسائر تصرّفاته مثل خيار المجلس والشرط والحيوان، ولعلّه مثل خيار العيب والرؤية وغيرها أيضاً؛ لأنّ الوليّ هو المتبايع، والمتبايعان بالخيار.

قال في المبسوط: «إذا أراد أن يشتري لولده من نفسه، وأراد الانعقاد، ينبغي أن يختار لزوم العقد عند انعقاد العقد، أو يختار بشرط بطلان الخيار»[٢].

وكذا في المهذّب[٣].

وفي الدروس: «والعاقد عن اثنين له الخيار، ويبطل بما يبطل به خيار المتعاقدين»[٤].

وقال في التذكرة: «إذا باع مال نفسه من ولده الصغير أو بالعكس، فالأقرب ثبوت الخيار هنا ـ وهو أصحّ وجهي الشافعيّة ـ؛ لأنّ الوليّ هنا قائم مقام الشخصين في صحّة العقد، فكذا في الخيار... والثاني: لا يثبت؛ لأنّ لفظ الخبر: «البيّعان» وليس هنا إثنان. والجواب: أنّه ورد على الغالب.

وعلى ما قلناه يثبت الخيار للوليّ وللطفل معاً، والوليّ نائب عن الطفل،

---

(١) الخيار: اسم بمعنى طلب خير الأمرين، ويقال: هو بالخيار: يختار ما يشاء، المعجم الوسيط: ٢٦٤. وفي مجمع البحرين ١: ٥٦٦. والخيار: هو الاختيار، ويقال: هو اسم من تخيّرت الشيء... والاختيار الاصطفاء. وعرّفه الفقهاء: بأنّه ملك إقرار العقد وإزالته بعد وقوعه مدّة معلومة، جواهرالكلام ٢٣: ٣، أو بأنّه «ملك فسخ العقد»، كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٨: ١١، «والأولى أن يقال: إنّ الخيار حقّ اصطفاء الفسخ»، كتاب البيع للإمام الخميني ٤: ٥ و٨.

(٢) المبسوط للطوسي ٢: ٧٨.

(٣) المهذّب للقاضي ابن البرّاج ١: ٣٥٣.

(٤) الدروس الشرعيّة ٣: ٢٦٥.

فإن التزم لنفسه وللطفل لزم. وإن التزم لنفسه بقي الخيار للطفل، وإن التزم للطفل بقي لنفسه».

ثمّ قال: «وكذا لو باع مال أحد ولديه على الآخر وهما صغيران، والبحث كما تقدّم»[١] واحتمله أيضاً في المختلف[٢]. وبه قال المحقّق[٣] والشهيد الثاني[٤].

أدلّة ثبوت حقّ الخيار للصبيّ

ويمكن الاستدلال لإثبات هذا الحكم بوجوه:

الأوّل: الإجماع على ثبوته في كلّ بيع، كما حكي عن الغُنية معتضداً بالشهرة العظيمة في المقام[٥]. ولكنّ الموجود فيما عندنا من نسخ كتاب الغنية ما يقرب من ذلك وليس صريحاً به[٦].

الثاني: عموم النصوص الواردة من طريق الخاصّة والعامّة، مثل:

صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: **«البيّعان بالخيار حتّى يفترقا، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيّام»**[٧].

وكذا صحيحة زرارة[٨] وصحيحة فضيل وغيرها[٩].

وما رواه الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال: **«في الحيوان كلّه شرط ثلاثة**

---

(١) تذكرة الفقهاء ١١: ٩ـ ١٠.

(٢) مختلف الشيعة ٥: ٩٦.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٢.

(٤) مسالك الأفهام ٣: ١٩٧.

(٥) مفتاح الكرامة ٤: ٥٤٥، جواهر الكلام ٢٣: ٢٠.

(٦) وجاء في الغنية: «إذا جنّ من له الخيار أو أُغمي عليه انتقل الخيار إلى وليّه، بدليل الإجماع المشار إليه». غنية النزوع: ٢٢١.

(٧ـ ٩) الوسائل ١٢: ٣٤٥ الباب ١ من أبواب الخيار، ح ١ـ ٣.

أيّام للمشتري، فهو بالخيار فيها إن اشترط أو لم يشترط»[١].

وقوله ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»[٢].

وفي سنن ابن ماجة: قال رسول الله ﷺ: «البيّعان بالخيار ما لم يفترقا»[٣].

وما ورد من طريق أهل السنّة من أنّ المتبايعين كلّ واحدٍ منهما بالخيار على صاحبه إلّا بيع الخيار[٤]. ولا شكّ أنّ عنوان البيع أو المتبايع يصدق على الوليّ الذي باع عن المولّى عليه.

قال الشيخ الأعظم في إثبات الخيار للوكيل: «وإن كان وكيلاً في التصرّف المالي كأكثر الوكلاء، فإن كان مستقلّاً في التصرّف في مال الموكّل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحقّقها ـ نظير العامل في القراض وأولياء القاصرين ـ فالظاهر ثبوت الخيار له؛ لعموم النصّ. ودعوى تبادر المالكين ممنوعة، خصوصاً إذا استندت إلى الغلبة؛ فإنّ معاملة الوكلاء والأولياء لا تحصى»[٥].

الثالث: أنّ مناط الخيار ـ وهو البيع ـ موجود في المقام، للقطع بعدم الفرق بين كون البائع هو المالك الأصلي أو وليّه.

الرابع: أنّ الخيار من توابع العقد، وهو الظاهر من الأخبار المتقدّمة. بتعبير آخر: يصدق على الوليّ أنّه بائع، والخيار ثابت للبائع بمقتضى الأخبار.

وبالجملة: ثبوت هذا الخيار للوليّ ممّا لم نجد فيه خلافاً.

---

(١) الفقيه ٣: ١٢٦، ح٥٤٩، ورواه في تهذيب الأحكام ٧: ٢٤، ح١٠١ بتفاوت.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١، ح١٥٠٣، وسائل الشيعة ١٥: ٣٠ الباب ٢٠ من أبواب المهور ح٤.

(٣) سنن ابن ماجة ٣: ٢٩ الرقم ٢١٨٣ و ٢١٨٢.

(٤) صحيح البخاري ٣: ٢٤ الرقم ٢١١١، السنن الكبرى للبيهقي ٨: ٩٧ الرقم ١٠٥٦٧ ـ ١٠٥٦٩، سنن ابن ماجة ٣: ٢٩ الرقم ٢١٨١، سنن الترمذي ٣: ٥٤٧ الرقم ١٢٤٨ و ١٢٤٩.

(٥) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٨: ٣٠ ـ ٣١.

ثبوت الخيار للوليّ في حال كونه موجباً وقابلاً باعتبارين

ما تقدّم ـ من أنّ ثبوت حقّ الخيار للصبيّ واستيفاؤه للوليّ ممّا لا خلاف فيه ـ يختصّ بما إذا كان الوليّ بائعاً أو مشترياً نيابةً عن الصغير، أمّا إذا كان الوليّ بنفسه بائعاً ومشترياً باعتبارين، كمن باع مال الطفل ولايةً لنفسه، أو باع ماله للصبيّ، أو باع مال أحد الصبيّين للآخر، فهل يثبت الخيار للوليّ أم لا؟

فيه ثلاثة أقوال:

الأوّل: ثبوت الخيار للوليّ ما لم يشترط سقوطه، أو يلتزم بالعقد، أو يفارق المجلس الذي عقد فيه.

اختاره في المبسوط[١]، والمهذّب[٢]، والشرائع[٣]، والتذكرة[٤]، والدروس[٥] والمسالك[٦] والجواهر[٧].

واستدلّ لهذا القول بالإجماع على ثبوت الخيار في كلّ بيع، كما حكي عن الغنية[٨]. وبأنّ المقتضي في صورة تعدّد المتبائعين هو البيع، وهذا المقتضي في بيع العاقد الواحد أيضاً موجود، فليلحق به تنقيحاً لمناط الحكم، للقطع بعدم الفرق بين صورة الاتّحاد، وصورة التعدّد، وأنّ النصوص التي تكون على صيغة التثنية وردت مورد الغالب[٩]. والافتراق الذي يكون معتبراً في سقوط

---

(١) المبسوط للطوسي ٢: ٧٨.

(٢) المهذّب للقاضي ابن البرّاج ١: ٣٥٣.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١: ١٠.

(٥) الدروس الشرعيّة ٣: ٢٦٥.

(٦) مسالك الأفهام ٣: ١٩٧ ـ ١٩٨.

(٧) جواهر الكلام ٢٣: ٢٠.

(٨) حكاه في مفتاح الكرامة ٤: ٥٤٥ وفي جواهر الكلام ٢٣: ٢٠.

(٩) مفتاح الكرامة ٤: ٥٤٥.

الخيار يحصل هنا بمفارقة مجلس العقد؛ لأنّه مشبه بمفارقة أحد المتبايعين[١].

القول الثاني: عدم ثبوت الخيار للوليّ أصلاً

وبه قال فخر المحقّقين[٢] والمحقّق الأردبيلي[٣] والفاضل الخراساني[٤].

وفي الحدائق: «والظاهر أنّه أقرب»[٥]. واستظهره المحقّق التستري[٦].

وقال السيّد الخوئي: «ففي ثبوت الخيار إشكال، بل الأظهر العدم»[٧].

واستدلّ له في مجمع البرهان بأنّه: لا إجماع فيه على ما يظهر. والأخبار التي هي المستند لا تشملها؛ لقوله ﷺ: «البيّعان». ولأنّه جعل له غاية لا يمكن هنا، وهي تفرّق أحدهما عن الآخر، وقد مرّ أنّ أصل العقد يقتضي اللزوم»[٨].

واستدلّ المحدّث البحراني: بـ«أنّ ظاهر الأخبار المتقدّمة هو المغايرة بين المتعاقدين والتعدّد فيها[٩]، ودعوى عموم ذلك الوكيل أو الوليّ عن اثنين خروج عن ظاهر اللفظ.... ويؤيّد ما ذكرناه ـ ما قدّمنا ذكره ـ من أنّ مقتضى العقد اللزوم كتاباً وسنّةً، وإثبات الخيار الموجب للخروج عن ذلك، يحتاج إلى دليل واضح، والركون إلى هذه التعليلات العليلة وبناء الأحكام الشرعيّة عليها مجازفة ظاهرة»[١٠].

---

(١) الحدائق الناضرة ١٩: ١٤.

(٢) إيضاح الفوائد ١: ٤٨١.

(٣) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٨٩.

(٤) كفاية الأحكام ١: ٤٦٣. وفيه: «هذا القول لا يخلو عن قوّة».

(٥) الحدائق الناضرة ١٩: ١٣.

(٦) مقابس الأنوار: ٢٤١.

(٧) منهاج الصالحين ٢: ٢٨.

(٨) مجمع الفائدة والبرهان ٨: ٣٨٩.

(٩) الظاهر أنّ الصحيح «فيهما».

(١٠) الحدائق الناضرة ١٩: ١٥ ـ ١٦.

القول الثالث: ـ ولعلّه هو الأقوى ـ التوقّف في المسألة

قال العلّامة في التحرير: «لو كان المشتري هو البائع؛ بأن يبيع عن ولده لنفسه أو بالعكس، قيل: لا خيار، عملاً بالأصل السالم عن معارضة النصّ، لوروده بصيغة التثنية مقرونة بالافتراق...، وقيل: لا يسقط. ويعتبر مفارقة مجلس العقد، وعندي في ذلك نظر»[١].

وقال المحقّق الثاني بعد البحث في المسألة: «وأنا في هذه المسألة من المتوقّفين»[٢].

وذكر في القواعد الاحتمالات الثلاثة ولم يرجّح أحدها[٣].

وقال الشيخ الأعظم: «والأولى التوقّف، تبعاً للتحرير وجامع المقاصد»[٤].

فرع

قال العلّامة: «للوليّ بذل مال الطفل في مصالحه، كاستكفاف الظالم بالرشوة، وتخليص ماله من تعويقه، وإطلاق زرعه، وماء شربه، وأشباه ذلك. ولو طمع السلطان في مال اليتيم فأعطاه الوصيّ شيئاً منه، فإن كان يقدر على دفعه بدون المدفوع ضمن، وإلّا فلا»[٥].

استيفاء حقّ الخيار عند فقهاء أهل السنّة

واعلم أنّهم ـ بحسب تتبّعنا ـ لم يطرحوا مسألة استيفاء حقّ الخيار للصبيّ بخصوصها، ولكن يستفاد من كلمات بعضهم في مسائل مختلفة أنّ للوليّ ذلك.

---

(١) تحرير الأحكام الشرعية ٢: ٢٨٤.

(٢) جامع المقاصد ٤: ٢٨٧.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٦٥.

(٤) كتاب المكاسب، ضمن تراث الشيخ الأعظم ١٨: ٣٧.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجريّة.

فنذكر بعض عباراتهم التي دلّت على هذا المعنى:

قال النووي من فقهاء الشافعيّة: «إذا باع ماله لولده أو بالعكس، ففي ثبوت خيار المجلس وجهان: أصحّهما يثبت، فعلى هذا، يثبت خيار للأب، وخيار للولد، والأب نائبه.

فإن ألزم البيع لنفسه وللولد لزم، وإن ألزم لنفسه، بقي الخيار للولد، وإذا فارق المجلس لزم العقد..»[١].

وقال الخطيب الشربيني: «لو اشترى الوليّ لطفله شيئاً فبلغ رشيداً قبل التفرّق لم ينتقل إليه الخيار... ويبقى للوليّ على الأوجه من وجهين حكاهما في البحر»[٢].

وفي المجموع: «إذا مات صاحب الخيار وقلنا: ينتقل إلى الورثة، فكانوا أطفالاً أو مجانين، قال الروياني وغيره: ينصب القاضي فيما يفعل ما هو المصلحة من الفسخ والإجازة»[٣]. وبه قال الخطيب الشربيني[٤].

وفي البحر الرائق في الفقه الحنفي: «قال أبو يوسف: إذا اشترى الأب أو الوصيّ شيئاً لليتيم وشرط الخيار لنفسه فبلغ الصبيّ في المدّة تمّ البيع...

وعن محمّد، أنّ للوصيّ أن يفسخ بعد بلوغ الصغير، وليس له أن يجيز إلّا برضاه»[٥].

وقد جاء في البدائع: «ولو بلغ الصبيّ في مدّة خيار الشرط للأب أو الوصيّ

---

(١) روضة الطالبين ٣: ١٤٩.

(٢) مغني المحتاج ٢: ٤٦.

(٣) المجموع شرح المهذّب ٩: ١٩٩.

(٤) مغني المحتاج ٢: ٤٥.

(٥) البحر الرائق ٦: ٢٩.

لنفسه في بيع مال الصبيّ هل يبطل الخيار؟

قال أبو يوسف: يبطل ويلزم العقد، وقال محمّد: تنقل الإجازة إلى الصبيّ...

وجه قول محمّد: أنّ الوليّ يتصرّف في مال الصغير بطريق النيابة عنه شرعاً؛ لعجزه عن التصرّف بنفسه، وقد زال العجز بالبلوغ فتنتقل الإجازة إليه...

ووجه قول أبي يوسف: أنّ الخيار يثبت للوليّ، وهو ولاية الفسخ والإجازة وقد بطل بالبلوغ، فلا يحتمل الانتقال إلى الصبيّ ـ إلى أن قال: ـ ولو اشترى الأب أو الوصيّ شيئاً بدينٍ في الذمّة وشرط الخيار لنفسه ثمّ بلغ الصبيّ، جاز العقد عليهما والصبيّ بالخيار...

أمّا الجواز عليهما فلأنّ ولايتهما قد انقطعت بالبلوغ، فلا يملكان التصرّف بالفسخ والإجازة، فيبطل خيارهما وجاز العقد في حقّهما.

وأمّا خيار الصبيّ؛ فلأنّ الجواز واللزوم لم يثبت في حقّه، وإنّما يثبت في حقّهما، فكان له خيار الفسخ والإجازة»[1].

هذا ما عثرنا عليه من كلمات الشافعيّة والحنفيّة، ولم نعثر للمالكيّة والحنابلة على نصٍّ في هذه المسألة.

---

(١) بدائع الصنائع ٤: ٥٣٥ ـ ٥٣٦.

المبحث الثالث: الولاية على القبول والقبض في الهبة

وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: الولاية على قبول الهبة

هل تحتاج الهبة إلى الإيجاب والقبول؟ في المسألة قولان.

الأوّل: المشهور بين الفقهاء بل ادّعي الاتّفاق منهم بأنّ الهبة[1] من العقود الجائزة وتحتاج إلى الإيجاب والقبول. جاء في الغنية «تفتقر صحّة الهبة إلى الإيجاب

---

(١) قال ابن الأثير: «الهبة: العطيّة الخالية عن الأعواض والأغراض، فإذا كثرت سمّي صاحبها وهّاباً». النهاية ٥: ٢٣١.

وفي موضع آخر: «نحل فيه ... النِّحل: العطيّة والهبة ابتداءً من غير عوضٍ ولا استحقاق، يقال: نحله ينحله نحلاً بالضمّ، والنحلة بالكسر: العطيّة». النهاية ٥: ٢٩.

«وأهدى الهديّة إلى فلان وله: بعث بها إكراماً له وهدّى الهديّة إلى فلان وله: أتحفه بها». المعجم الوسيط: ٩٧٨.

وأمّا في الاصطلاح عرّف المحقّق الهبة بأنّها «هي العقد المقتضي تمليك العين من غير عوضٍ، تمليكاً منجّزاً مجرّداً عن القربة». شرائع الإسلام ٢: ٢٢٩.

وزاد في الجواهر: «أو الأثر الحاصل منه ولو بالمعاطاة». جواهر الكلام ٢٨: ١٥٩، وعرّفها بعض فقهاء أهل السنّة بأنّها «تمليك المال بلا عوض حال حياة المالك». في هامش حلية العلماء ٦: ٤٢ـ٤٣.

وقال بعض آخر: هو على ثلاثة أقسام: الهبة والهديّة والصدقة.

التمليك بلا عوض هبة، فإن انضمّ إليه حمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب له إعظاماً له أو إكراماً فهو هديّة، وإن انضمّ إليه كون التمليك للمحتاج تقرّباً إلى الله تعالى وطلباً لثواب الآخرة، فهو صدقة. روضة الطالبين ٥: ٣، منهاج الطالبين ٢: ٢٩٣.

وبه قال الشيخ في المبسوط ٣: ٣٠٣ و٣١٤. وفي المهذّب ٢: ٩٧. وفقه القرآن للراوندي ٢: ٢٩٥ «صدقة التطوّع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الأحكام». وفي تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٢٧٣، «الهديّة والهبة والصدقة بمعنى واحد... غير أنّه إذا قصد الثواب والتقرّب إلى الله تعالى بالهبة سمّيت صدقة، وإن قصد بها التودّد والمواصلة سمّيت هدية»، فعلى هذا الهبة والعطية والهديّة والنحلة والصدقة واحد معنى في اصطلاح الفقهاء.

والقبول »[١] وبه قال ابنا حمزة[٢] وإدريس[٣].

وفي جامع الشرائع : « الهبة والنحلة واحد، وهي عقد على مال بغير عوض، وشرط صحّته الإيجاب والقبول »[٤] وكذا في الشرائع والمختصر النافع[٥]. وبه قال أيضاً جماعة من المتأخرين[٦].

قال العلّامة في التذكرة : « الهبة عقد يفتقر إلى الإيجاب والقبول باللفظ كالبيع وسائر التمليكات »[٧]. وكذا في الإرشاد[٨] والقواعد[٩].

وفي المسالك : « ظاهر الأصحاب الاتّفاق على افتقار الهبة مطلقاً إلى العقد القولي في الجملة »[١٠].

وجاء في الكفاية للفاضل الخراساني : « يفتقر الهبة إلى الإيجاب والقبول عند الأصحاب، والإيجاب كلّ لفظ قصد به التمليك المذكور، والقبول كلّ لفظٍ يدلّ على قبوله »[١١].

الثاني ـ وهو الأقوى ـ أنّ الهبة لاتحتاج إلى الإيجاب والقبول اللفظي، بل يكفي فيها المعاطاة، قال الشهيد﵀ : « ويحتمل عدم الحاجة إلى الإيجاب والقبول لفظاً،

---

(١) غنية النزوع : ٣٠٠.

(٢) الوسيلة : ٣٧٨.

(٣) السرائر ٣ : ١٧٣.

(٤) الجامع للشرائع : ٣٦٥.

(٥) شرائع الإسلام ٢ : ٢٢٩، المختصر النافع : ١٨٧.

(٦) الروضة البهيّة ٣ : ١٩٢، التنقيح الرائع ٢ : ٣٣٩.

(٧) تذكرة الفقهاء ٢ : ٤١٥، الطبعة الحجريّة.

(٨) إرشاد الأذهان ١ : ٤٥٠.

(٩) قواعد الأحكام ٢ : ٤٠٥.

(١٠) مسالك الأفهام ٦ : ١٠.

(١١) كفاية الأحكام ٢ : ٢٧.

ويكفي الفعل الدّال عليها»[١].

وقد استقرب العلّامة في التحرير في أوّل الباب عدم الاستغناء في الهبة عن الإيجاب والقبول، وأباح له ـ أي المهدى إليه ـ التصرّف عملاً بالإذن المستفاد عن العادة[٢].

وقال في آخر الباب: «ولو قيل بعدم اشتراط القبول نطقاً كان وجهاً، قضاءً للعادة لقبول الهدايا من غير نطق»[٣]. وقال في المسالك: هذا حسن»[٤].

وفي جامع المقاصد: «هذا قويّ متين»[٥]. وفي الرياض: «لابدّ في الهبة من الإيجاب الدّال على تملّك العين... والقبول الدّال على الرضا... إن اريد مطلق مايدلّ عليها ولو فعلاً، ويشكل إذا اريد ما يدلّ عليها لفظاً»[٦].

وفي الجواهر: «الهبة هي العقد المقتضي تمليك العين من غير عوض تمليكاً منجّزاً مجرّداً عن القربة، أو الأثر الحاصل منه ولو بالمعاطاة أو فعل الواهب»[٧]. وبه قال أيضاً بعض فقهاء العصر.

قال السيّد الفقيه الخوئي‌ﷺ: «وهي عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول، ويكفي في الإيجاب كلّ ما دلّ على التمليك المذكور من لفظٍ أو فعلٍ أو إشارةٍ... ويكفي في القبول كلّ ما دلّ على الرضا بالإيجاب من لفظ أو فعل أو نحو ذلك»[٨].

---

(١) الدروس الشرعيّة ٢: ٢٩١.

(٢) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٢٧٣.

(٣) نفس المصدر: ٢٨٥.

(٤) مسالك الأفهام ٦: ١١.

(٥) جامع المقاصد ٩: ١٤٢.

(٦) رياض المسائل ٦: ١٧٠.

(٧) جواهر الكلام ٢٨: ١٥٩.

(٨) منهاج الصالحين ٢: ٢٠٤.

وقال الإمام الخميني ﷺ: «والأقوى وقوعها بالمعاطاة بتسليم العين وتسلّمها بعنوانها»[١].

وكذا في تفصيل الشريعة[٢].

أدلّة جواز الهبة بالمعاطاة

ويمكن أن يستدلّ للحكم المذكور بوجوه:

الأوّل: أنّ الهبة لمّا كانت من العقود الجائزة في أكثر مواردها وسّعوا المجال فيها ولم يضيّقوها على حدّ العقود اللازمة، فاكتفوا بكلّ ما دلّ على التمليك حتّى لو قال: هذا لك مع نيّة الهبة كفى وإن لم يكن بصيغة الماضوية، كما توسّعوا في عقد الرهن؛ لأنّه كان جائزاً من أحد الطرفين[٣].

الثاني: أنّ دليل المعاطاة في غير الهبة، من دعوى السيرة القطعية متحقّق في المقام أيضاً، فلا محيص عن القول بمشروعيّة المعاطاة في الهبة كمشروعيّتها في باب البيع[٤].

الثالث: أنّه يصدق الهبة مع عدم اللفظ الدالّ على الإيجاب والقبول حقيقةً[٥].

الرابع: أنّ الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ من كسرى وقيصر وسائر الملوك[٦]. ولم ينقل أنّه ﷺ راعى العقد، ويبعد حمله على الإباحة؛ لأنّه ﷺ كان

---

(١) تحرير الوسيلة ٢: ٥٤.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب الهبة: ٤٦٩.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٩ ـ ١٠، مفتاح الكرامة ٩: ١٥٦.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ١٥٩.

(٥) رياض المسائل ٦: ١٧٠.

(٦) بحار الأنوار ٢٢: ١٩٣، سنن الترمذي ٣: ٦٩ ح ١٦٢٤، مسند أحمد بن حنبل ١: ٩٦.

يتصرّف فيها تصرّف الملّاك[١]. ووقع عنه ﷺ ما ينافي الإباحة وهو الوطء، كما في مارية القبطيّة أمّ ولده، مع أنّه روي أنّها كانت من الهدايا[٢] وأُهدي إليه حلّةٌ فأهداها لعليّ عليه السلام[٣]. من غير أن يُنقل عنه قبول لفظي ولا عن الرسل إيجاب، وهذا كلّه يدلّ على استفادة الملك في الجملة لا الإباحة. أشار إلى ذلك في التذكرة[٤].

فيحمل ما تقدّم في كلمات الأصحاب من أنّ الهبة عقد يحتاج إلى الإيجاب والقبول على إرادة بيان أنّ الهبة من أقسام العقود لا الإيقاعات وإن تحقّقت بما يتضمنّ معنى الإيجاب والقبول من الأفعال، أو يحمل ذلك على بيان قسم العقدي من الهبة، أي الهبة اللازمة.

إيضاح

قال في القواعد: «الهديّة كالهبة في الإيجاب والقبول والقبض»[٥].

وقال المحقّق الثاني في شرحه: «الهديّة ضرب من الهبة مقرونة بما يشعر بإعظام المهدى إليه وتوقيره... وهل يشترط فيها الإيجاب والقبول والقبض؟ اختلف الأصحاب في ذلك، فاختار المصنّف هنا الاشتراط؛ لأنّها نوع من الهبة، فيشترط فيها ما يشترط في الهبة»[٦].

قال الشيخ في المبسوط: «من أراد الهديّة ولزومها وانتقال الملك فيها إلى المهدى إليه الغائب فليوكّل رسوله في عقد الهديّة معه، فإذا مضى وأوجب له وقبل

---

(١) الدروس الشرعيّة ٢: ٢٩١، جامع المقاصد ٩: ١٤٢.

(٢) المبسوط للطوسي ٤: ١٥٧، طبقات ابن سعد ١: ١٣٤، المغني لابن قدامة ١: ٢٤٩ـ٢٥٥.

(٣) نيل الأوطار ٦: ٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٢١٥، الطبعة الحجريّة.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٥.

(٦) جامع المقاصد ٩: ١٤١ـ١٤٢.

المهدى إليه وقبضه إيّاه، لزم العقد وملك المهدى إليه الهديّة »[١].

والأظهر أنّ الهديّة كالهبة لا تحتاج إلى العقد القولي؛ لأنّه لم يقم دليل على ذلك، بل الدليل على خلافه ثابت، كما يظهر من كلام العلّامة في التذكرة[٢]. وقوّاه في جامع المقاصد[٣]. وهو ظاهر الرياض أيضاً، حيث استدلّ له بأنّ السيرة واستقامة الطريقة على ذلك من عهد النبيﷺ إلى الآن، ولذلك يبعثونها على أيدي الصبيان الذين لا يعتدّ بعباراتهم، ومارية القبطيّة كانت من الهدايا[٤].

وقد أهدى المختار لزين العابدينعليه السلام جارية أولدها زيداً عليه الرحمة والرضوان[٥].

ويؤيّده أنّ الهديّة مبنيّة على الحشمة والإعظام، وذلك يفوت مع اعتبار الإيجاب والقبول وينقص موضعها من النفس، وأنّ ظاهر الأخبار أنّ المدار على التراضي من الطرفين وأنّه العمدة في البين، وقد ثبت في محلّه أنّ بيع المعاطاة لايشترط فيه أزيد من رضا الطرفين بما يتفقان عليه، وجعل الهديّة من المعاطاة يقتضي كونها كذلك[٦].

قبول الوليّ الهبة والهدية للصبي

بعد إثبات اعتبار القبول في الهبة والهديّة ـ وكونهما أعمّ من أن يكونا باللفظ أو بالفعل الدالّ على الرضا ـ نقول: إذا وُهِبَ أو أُهدي للصبيّ فللوليّ أن يقبلها؛

---

(١) المبسوط للطوسي ٣: ٣١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٥، الطبعة الحجريّة.

(٣) جامع المقاصد ٩: ١٤٢.

(٤) رياض المسائل ٦: ١٧١.

(٥) الإمام زيد لمحمّد أبو زهرة: ٢٢ ـ ٢٣، الحدائق الناضرة ٢٢: ٢٩٨.

(٦) مفتاح الكرامة ٩: ١٥٦ ـ ١٥٧ مع تصرّف.

لأنّ الصبيّ مسلوب العبارة والأفعال ولا اعتبار بقوله وفعله.

جاء في المبسوط: «إذا وُهِبَ للصبيّ المولّى عليه شيءٌ، نُظِرَ: فإن كان الواهب غير وليّه قَبِلَ الوليّ؛ سواء كان بغير تولية مثل الأب والجدّ، أو بتولية كالوصيّ، وإن وهب الوليّ للصبي، فإن كان وليّاً بغير تولية قبلها أيضاً، ويصحّ ذلك كما يصحّ منه في البيع أن يكون موجباً وقابلاً، وهذا هو مذهبنا، وإن كان بتولية لم يصحّ أن يقبلها كما لا يصحّ أن يبيع من الصبيّ شيئاً بنفسه أو يشتري منه، وينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصبيّ، فإذا قبلها صحّت الهبة»[1].

وقال العلّامة: «إذا كان الواهب الوليّ للصبي، فإن كان بغير تولية ـ كالأب والجدّ ـ قبلها الواهب أيضاً، وإن كان بتولية، قال في المبسوط: لا يصحّ أن يقبلها، كما لا يصحّ أن يبيع من الصبيّ شيئاً بنفسه أو يشتري منه، وينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصبي، فإذا قبلها صحّت الهبة.

والوجه: التسوية بينه وبين الأب؛ لأنّ له أن يقبل هبة غيره، فكذا يقبل هبة نفسه، لعموم ولايته، فلا وجه لاختصاصها بغيره»[2]. واختاره في الحدائق[3] والجواهر[4].

وفي تحرير الوسيلة: «يصحّ قبول الوليّ عن المولّى عليه الموهوب له»[5].

وفي تفصيل الشريعة: «إذا كان الموهوب له صغيراً كالولد جديد الولادة ـ المتعارف في زماننا إهداء الهدايا إليه ـ يصحّ قبول الوليّ عن المولّى عليه،

---

(١) المبسوط للطوسي ٣: ٣٠٥.

(٢) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤.

(٣) الحدائق الناظرة ٢٢: ٣١٨.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ١٧٥.

(٥) تحرير الوسيلة ٢: ٥٤، كتاب الهبة، مسألة ١

خصوصاً إذا كان غير قابل للقبول، كأوائل ولادته»[١].

ويدلّ على هذا الحكم عموم أدلّة ولاية الوليّ، وكذا بعض النصوص التي سنذكرها في البحث عن ولاية الوليّ على قبض الهبة للصبيّ.

والحاصل: أنّه لا إشكال ولا خلاف في المسألة، ولعلّ ترك التصريح بها في كلماتهم لوضوحها.

فرع

لو وهب شخص إلى صغير ولم يقبل عنه وليّه، بطلت الهبة طعاماً كان الموهوب أو غيره. والظاهر أنّه لو تصرّف فيه الصغير فلا ضمان عليه في الحال ولا بعد البلوغ، ولا ضمان على وليّه أيضاً؛ لأنّ دفع المالك المال الموهوب إلى الصغير وتسليطه عليه بسبب هبة باطلة، كان بمنزلة الإقدام منه على إتلاف ماله، فتصرّف الصغير لم يوجب الضمان.

نظير ما قاله الفقهاء في اشتراء الصبيّ، قال العلّامة في التذكرة: «لو اشترى الصبيّ وقبض أو استقرض وأتلف فلا ضمان عليه؛ لأنّ التضييع من الدافع، فإن كان المال باقياً ردّه وعلى الوليّ استرداد الثمن، ولا يبرأ البائع بالردّ إلى الصبيّ»[٢].

وكذا في النهاية[٣].

وأمّا لو أهدى إلى صغير ولم يقبل عنه وليّه فهل تبطل الهديّة، أو توجب إباحة التصرّف؟ أفتى الشيخ ﷺ في المبسوط بالثاني، حيث قال: «إذا وصلت الهديّة إلى المهدى إليه لم يملكها بالوصول ولم تلزم، ويكون ذلك إباحةً من المُهدي، حتّى أنّه

---

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الهبة: ٤٧٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ١: ٤٦٢، الطبعة الحجرية.

(٣) نهاية الإحكام ٢: ٤٥٤.

لو أهدى إليه جارية لم يجز أن يستمتع بها؛ لأنّ الإباحة لا تدخل في الاستمتاع»[١].

ويستظهر هذا من كلام العلّامة في التذكرة أيضاً، حيث نقل عن قوم من أهل السنّة أنّه لا حاجة في الهديّة إلى الإيجاب والقبول، إلى أن قال: «ومنهم من اعتبرهما كما في الهبة والوصيّة، واعتذروا عمّا تقدّم بأنّ ذلك كان إباحةً لا تمليكاً»[٢].

نقول: هذا هو الأقوى، والظاهر أنّ الهبة أيضاً كذلك؛ لأنّه لا فرق بينهما حقيقة، ففي فرض المذكور كانت الهبة الباطلة إباحةً من المُهدي للصغير.

آراء فقهاء أهل السنّة في المسألة

يستفاد من كلماتهم أنّه لا يشترط في صحّة الهبة القبول اللفظي، بل تصحّ بالمعاطاة والفعل الدالّ على القبول أيضاً.

قال ابن قدامة: «وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الإيجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدلّ عليها»[٣].

وفي المغني: «والصحيح أنّ المعاطاة والأفعال الدالّة على الإيجاب والقبول كافية ولا يحتاج إلى لفظ. وهذا اختيار ابن عقيل.

فإنّ النبيّ ﷺ كان يهدي ويُهدى إليه ويعطي ويُعطى، ويفرّق الصدقات ويأمر سعاته بتفريقها وأخذها، وكان أصحابه يفعلون ذلك ولم ينقل عنهم في ذلك إيجاب ولا قبول، ولا أمر به ولا تعليمه لأحد، ولو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً

(١) المبسوط للطوسي ٣: ٣١٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٥، الطبعة الحجريّة.

(٣) المقنع في فقه أحمد بن حنبل: ١٦٥.

مشهوراً ـ إلى أن قال: ـ

وقال ابن عقيل: إنّما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق وعدم العرف القائم بين المعطي والمُعطى؛ لأنّه إذا لم يكن عرف يدلّ على الرضا، فلابدّ من قولٍ دالٍّ عليه، أمّا مع قرائن الأحوال والدلائل، فلا وجه لتوقيفه على اللفظ، ألا ترى أنّا اكتفينا بالمعاطاة واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمّام؛ وهو إجارة وبيع أعيان، فإذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكّدها بدلالة الحال وأنّها تنقل الملك من الجانبين فلأن نكتفي به في الهبة أولى»[1] وكذا في الشرح الكبير[2].

كما أنّ عندهم للأب والجدّ والوصيّ والحاكم أو أمينه ولاية في قبول الهبة عن الصغار، وسنذكر في البحث عن قبض الهبة زيادة توضيح في بيان آرائهم إن شاء الله.

المطلب الثاني: الولاية على قبض الهبة

المشهور بين الفقهاء أنّه يشترط في صحّة الهبة قبضها، ويتولّى ذلك الوليّ عن الصغار؛ سواء وهبه نفسه أو ذوو أرحامه أو غيرهم، فإن وهب الواهب للصغير من ذوي أرحامه وقبّضها وليّه لم يكن له بعد ذلك رجوع فيها.

ففي المقنعة: «وإذا نحل الوالد ولده شيئاً ولم يقبضه الولد وكان كبيراً لم تستقرّ الهبة، وكان للأب الرجوع فيها. وكذلك القول فيما يهبه لذوي أرحامه كلّهم، فإن كان الولد صغيراً مضت الهبة وكان قبض الوالد قبضاً للولد. وإن وهب لصغير من ذوي أرحامه شيئاً فلم يقبضه وليّه له، كان له الرجوع فيه، فإن قبضه الوليّ مضت الهبة ولم يجز له الرجوع فيها»[3].

---

(١) المغني لابن قدامة ٦: ٢٥٢ـ٢٥٣.

(٢) الشرح الكبير ٦: ٢٤٩ـ ٢٥٠.

(٣) المقنعة: ٦٥٨.

وفي النهاية بعد تقسيم الهبة على ضربين: «فأمّا الذي ليس له فيه رجوع، فهو كلّ هبةٍ وهبها الإنسان لذي رحمه، ولداً كان أو غيره إذا كان مقبوضاً... إلّا أن تكون الهبة على ولده ويكونوا صغاراً؛ فإنّه لا يكون له فيها رجوع على حال؛ لأنّ قبضه قبضهم ـ إلى أن قال: ـ فإن وهب للصغير من ذوي أرحامه وقبّضه وليّه لم يكن له بعد ذلك رجوع فيها على حالٍ»[١] وكذا في المبسوط[٢].

ولكنّه قال في الخلاف: «إذا وهب الوالد لولده وإن علا الوالد، أو الأمّ لولدها وإن علت، وقبضوا إن كانوا كباراً أو كانوا صغاراً لم يكن لهما الرجوع فيه»[٣].

وفي السرائر: «والذي يقتضيه مذهبنا، أنّ هبة الوالد تكون كما قال ـ الشيخ ﷺ ـ فأمّا هبة الأمّ للولد الكبير البالغ، فإذا قبض فليس لها رجوع. وأمّا هبتها لولدها الصغير، فلابدّ من تقبيض وليّه، فإذا قبض الوليّ الهبة إمّا أبوه، أو وصيّه، فليس لها رجوع، فإذا لم يقبض فلها الرجوع بخلاف الأب؛ لأنّ قبض الأب قبضه»[٤].

وفي المختلف: «والظاهر أنّ مقصود الشيخ ذلك؛ للعلم به، فلهذا لم يفصّل؛ لظهوره وعدم خفائه»[٥].

وبه قال القاضي في المهذّب[٦] وابنا حمزة[٧] وسعيد[٨] وسلّار[٩] والحلبي[١٠].

---

(١) النهاية للطوسي: ٦٠٢.

(٢) المبسوط للطوسي ٣: ٣٠٥.

(٣) الخلاف ٣: ٥٦٦ المسألة ١١.

(٤) السرائر ٣: ١٧٤ و ١٧٥.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٢.

(٦) المهذّب ٢: ٩٥.

(٧) الوسيلة: ٣٧٩.

(٨) الجامع للشرائع: ٣٦٥.

(٩) المراسم العلويّة: ٢٠٢.

(١٠) الكافي في الفقه: ٣٢٢.

وقال المحقّق: «لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير، لزم بالعقد؛ لأنّ قبض الوليّ قبض عنه.

ولو وهبه غير الأب أو الجدّ، لم يكن له بُدٌّ من القبض عنه؛ سواء كان له ولاية أو لم تكن، ويتولّى ذلك الوليّ أو الحاكم»[١].

وقال العلّامة في جملة من كتبه: «لو وهب الأب ولده الصغير شيئاً في يده صحّ ولم يحتجّ إلى قبولٍ ولا قبض مستأنف ولا مضيّ زمان له، ولا يجب على الأب وضع الموهوب على يد غيره»[٢]. وبه قال الشهيدان[٣] وجماعة من المتأخّرين[٤] ومتأخّري المتأخّرين[٥].

قال في الرياض: «لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصغير الذي تولّيا عليه ما هو ملكهما ومقبوضهما قبل الهبة لزم بلا خلاف؛ لأنّه مقبوض بيد الوليّ، فيكفي عن القبض الجديد»[٦].

وقال في تحرير الوسيلة: «لو كان الواهب وليّاً على الموهوب له ـ كالأب والجدّ للولد الصغير ـ وقد وهبه ما في يده صحّ... ولو وهبه غير الوليّ فلابدّ من القبض ويتولّاه الوليّ»[٧].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠، المختصر النافع: ١٨٧.

(٢) تحرير الأحكام ٢: ٢٧٨، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٠، مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤، تبصرة المتعلّمين: ١٢٥، قواعد الأحكام ٢: ٤٠٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٥، الطبعة الحجريّة.

(٣) الدروس الشرعيّة ٢: ٢٨٩، اللمعة الدمشقيّة: ٥٩، مسالك الأفهام ٦: ٢٤ـ٢٥.

(٤) جامع المقاصد ٩: ١٤٠ و١٥٢ـ١٥٣.

(٥) كفاية الأحكام: ٢: ٢٩، مفتاح الكرامة ٩: ١٧٧، جواهر الكلام ٢٨: ١٧٥ـ١٧٦، وسيلة النجاة ٢: ١٢٣، منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ٢٠٤.

(٦) رياض المسائل ٦: ١٧٦.

(٧) تحرير الوسيلة ٢: ٥٥، مسألة ٣.

وكذا في تفصيل الشريعة وزاد: «بأنّه لا معنى لاعتبار القبض هنا بعد كون اللّازم قبض الوليّ، وهو حاصل»[١].

أدلّة قبض الوليّ الهبة للصبيّ

ويمكن الاستدلال لهذا الحكم ـ مضافاً إلىٰ عموم ولاية الوليّ ـ بالنصوص، وهي ما يلي:

١ ـ صحيحة أو معتبرة عليّ بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الصدقة إذا لم تقبض هل تجوز لصاحبها؟ قال: «**إذا كان أب تصدّق بها على ولد صغير، فإنّها جائزة؛ لأنّه يقبض لولده إذا كان صغيراً**» الحديث[٢].

٢ ـ موثّقة داود بن الحصين، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**الهبة والنحلة مالم تقبض حتّى يموت صاحبها، قال: هو ميراث، فإن كانت لصبيّ في حجره فأشهد عليه فهو جائز**»[٣].

٣ ـ وخبر جميل بن درّاج، عن أبي عبدالله عليه السلام عن (في خ ل) رجل وهب لابنه شيئاً هل يصلح أن يرجع فيه؟ قال: «**نعم، إلّا أن يكون صغيراً**»[٤].

٤ ـ ومرسلة أبان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «النحل والهبة ما لم تقبض حتّى يموت صاحبها، قال: **هي بمنزلة الميراث، وإن كان لصبيّ في حجره وأشهد عليه فهو جائز**»[٥].

---

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الهبة: ٤٧٤.

(٢) الوسائل ١٣: ٣٣٨ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح٥، ووجه الدلالة: أنّ الصدقة تشمل الهبة والهديّة كما سيأتي.

(٣ ـ ٥) الوسائل ١٣: ٣٣٧ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح١ و ٢.

(٥) نفس المصدر الباب ٤ من كتاب الهبات، ح١.

٥ ـ ما ورد في أخبار الصدقة من أنّ قبض الأب والجدّ كاف في صحّة الصدقة ولا رجوع فيها بعد، كقوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم: «وإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذي يلي أمره. وقال: لا يرجع في الصدقة إذا ابتغى بها وجه الله عزّ وجلّ، وقال: الهبة والنحلة يرجع فيها إن شاء، حيزت أو لم تحز إلّا لذي رحم؛ فإنّه لا يرجع فيه»[1].

وقريب من هذا معتبرة عبيد بن زرارة[2].

وفي معتبرة جميل قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يتصدّق على ولده بصدقةٍ وهم صغارٌ، أ له أن يرجع فيها؟ قال: «لا، الصدقة لله عزّ وجلّ»[3].

قال في الحدائق: «وبالجملة: فإنّ الحكم لا إشكال فيه ولا خلاف نصّاً وفتوىً فيما أعلم، فإنّ القبض السابق على الهبة كاف عن القبض الطارئ بعدها، وأيّده بأنّ اليد المستدامة أقوى من اليد المبتدأة»[4].

ويدلّ على عدم جواز الرجوع في الهبة ـ إذا كان المتّهب صغيراً ذا رحم بعد إقباض الوليّ له بخصوصه ـ الإجماع أيضاً، كما ادّعاه في التذكرة[5] وجامع المقاصد[6].

---

(١) تهذيب الأحكام ٩: ١٣٥، ح١٦، ووسائل الشيعة ١٣: ٢٩٧ الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، ح١ وص٣٣٨، الباب ٦ من كتاب الهبات ح٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٩ الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، ح٥. وليس في السند من لا توثيق له إلّا قاسم بن سليمان، وهو معتبر؛ لكثرة نقل الأجلّة عنه، مع أنّه من رجال تفسير القمّي وكامل الزيارات.

(٣) تهذيب الأحكام ٩: ١٣٥ ح١٧، ووسائل الشيعة ١٣: ٢٩٨ الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، ح٢.

(٤) الحدائق الناضرة ٢٢: ٣١٦.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٤١٨، الطبعة الحجريّة.

(٦) جامع المقاصد ٩: ١٥٧.

اشتراك الصدقة والهبة في القبض

يشترط في صحّة الصدقة أيضاً قبضها؛ لأنّ الهبة قد يعبّر عنها بالنحلة والعطيّة، ويطلق كلّ منهما على مطلق الإعطاء المتبرّع به، فيشمل الوقف والصدقة والهدية والهبة، والهبة أعمّ من الصدقة؛ لاشتراط الصدقة بالقربة دون الهبة. والهديّة أخصّ من الهبة؛ إذ يعتبر في الهديّة أن يحمل الموهوب من مكان الواهب إلى مكان الموهوب منه إكراماً له، ولذا لا يطلق الهديّة على العقارات الممتنع نقلها[١].

وقال الشيخ في المبسوط: «إنّ الهبة والصدقة والهديّة بمعنى واحد»[٢].

والظاهر أنّه خلاف التحقيق، وكيف كان لا يلزم شيء من الصدقة والهبة والهديّة إلّا بالقبض، ويتولّى الأب أو الجدّ ذلك عن الصغير.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

فروع

الأوّل: هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبة ليتمحّض القبض للهبة أو لا يعتبر؟ قولان:

الأوّل: ـ وهو ظاهر العلّامة في القواعد ـ اعتبار ذلك، حيث قال:

«وشرطه إذن الواهب وإيقاع القبض للهبة، فلو قبض من غير إذنه لم ينتقل الملك إليه وإن كانا في المجلس، وكذا لو أقبضه الواهب لا للهبة ويقبل قوله في القصد»[٣]؛ لأنّ المال المقبوض في يد الوليّ له، فلا ينصرف إلى الطفل إلّا بصارف، وهو القصد.

---

(١) كفاية الأحكام: ٢: ٢٦.

(٢) المبسوط للطوسي ٣: ٣٠٣.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٠٦.

الثاني، وهو الأقوى، ما يظهر من كلمات كثير من الفقهاء ـ كما تقدّم ذكرها ـ عدم اعتبار إيقاع القبض للهبة والاكتفاء بمطلق القبض، فلا يعتبر عندهم قصد القبض عن الطفل؛ لصدق اسم القبض عليه وصلاحيّته للهبة، ولم يدلّ دليل على أزيد من ذلك.

قال في الرياض: «يكفي مطلق القبض السابق ولو خلّي حين العقد أو بعده عن نيّة القبض عن المتّهب له بالكليّة»[1].

وفي المسالك: «عدم قصد القبض لغيره يكفي»[2].

وفي كفاية الأحكام: «لم يفتقر إلى تجديد القبض ولا قصد القبض عن الطفل على الأشهر الأقوى»[3].

الفرع الثاني: أنّه هل للوصيّ أن يتولّى القبض عن الطفل أم لا؟ قولان:

قال في المبسوط: «إن وهب الوليّ للصبيّ، فإن كان وليّاً بغير تولية قبلها... وإن كان بتولية لم يصحّ أن يقبلها كما لا يصحّ أن يبيع من الصبيّ شيئاً بنفسه أو يشتري منه، وينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبةً للصبي؛ فإذا قبلها صحّت الهبة»[4]. ووافقه المحقّق[5].

وفي مقابله قول من قال بصحّة قبض الوصيّ أيضاً، وهذا هو الأقوى، كقول العلّامة وغيره، حيث قال: «والوجه: التسوية بينه ـ أي الوصيّ ـ وبين الأب؛ لأنّ

---

(١) رياض المسائل ٦: ١٧٧.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٥.

(٣) كفاية الأحكام ٢: ٢٩.

(٤) المبسوط للطوسي ٣: ٣٠٥.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠.

له أن يقبل هبة غيره فكذا يقبل هبة نفسه، لعموم ولايته؛ فلا وجه لاختصاصها بغيره»[١].

وفي المسالك: «والأصحّ أنّ حكم الوصيّ حكم الأب والجدّ»[٢]. واختاره أيضاً في الحدائق[٣].

وفي الجواهر: بل ولاية الوصيّ في الحقيقة من ولاية الأب والجدّ، مع أنّ ولاية الحاكم هنا منتفية؛ لأنّه وليّ من لا وليّ له، وفي الفرض المذكور وصيّ أحد الأبوين موجود[٤].

وأجاب العلّامة عمّا استدلّ به الشيخ بالمنع من حكم الأصل؛ فإنّ له أن يبيع ويقبل الشراء. وأيضاً بوجود الفرق بينهما؛ فإنّ المعاوضة قد يحصل فيها التغابن، وأمّا الهبة؛ فإنّها عطيّة محضة، فكانت المصلحة فيها ظاهرةً[٥].

الفرع الثالث: قال العلّامة: «وللوليّ أن يهب مال الطفل بشرط الثواب مع المصلحة، إمّا مع زيادة الثواب على العين، أو مع تحصيل أمر من المتهّب ينتفع به الطفل نفعاً يزيد على بقاء العين له»[٦].

آراء فقهاء أهل السنّة في الولاية على قبض الهبة

إنّهم قائلون بأنّ الأولياء ـ الأب والجدّ ووصيّهما والأمّ في بعض الأحوال ـ وكلّ من يعول الصبيّ من الأخ والعمّ وغيرهما يتولّى في قبول الهبة وقبضها عن

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤ مسألة ١٩.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٦.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٢١٨.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ١٧٧.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٢٤٤ مسألة ١٩.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٨٣، الطبعة الحجريّة.

الصبيّ. فنذكر شطراً من كلماتهم على الترتيب التالي:

أ ـ الحنفيّة

جاء في الهداية: «إذا وهب الأب لابنه الصغير هبةً ملكها الابن بالعقد؛ لأنّه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة، ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو يد مودّعه؛ لأنّ يده كيده، بخلاف ما إذا كان مرهوناً أو مغصوباً أو مبيعاً بيعاً فاسداً؛ لأنّه في يد غيره أو في ملك غيره. والصدقة في هذا مثل الهبة. وكذا إذا وهبت أمّه وهو في عيالها والأب ميّتٌ ولا وصيّ له. وكذلك كلّ من يعوله»[1].

وفي شرح الهداية: «لأنّ الذي وهبه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة، فلايحتاج إلى قبض آخر. ولا يشترط فيه الإشهاد، إلّا أنّ فيه احتياطاً للتحرّز عن جحود الورثة بعد موته، أو جحوده بعد إدراك الولد. وقال عبد البرّ: أجمع الفقهاء على أنّ هبة الأب لابنه الصغير في حجره لا يحتاج إلى قبض جديد»[2].

وفي البحر الرائق: «وتتمّ الهبة بقبض الأمّ أو الأجنبي بشرط أن يكون في حجر القابض؛ لأنّ للأمّ الولاية فيما يرجع إلى حفظه وحفظ ماله، وللأجنبيّ يد معتبرة»[3].

وبه قال الطحاوي[4] والسرخسي[5] والأسروشني[6] وابن نجيم والسمرقندي[7] وابن عابدين[8] والشيخي زاده[9].

---

(١) الهداية للمرغيناني ٣: ٢٥٣.

(٢) البناية ٩: ٢١٦.

(٣) البحر الرائق ٧: ٤٩١.

(٤) مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٤٠.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٢: ٦١.

(٦) أحكام الصغار: ١٧١.

(٧) البحر الرائق ٧: ٤٩٠، تحفة الفقهاء ٣: ١٦٨، مجمع الأنهر ٣: ٤٩٧.

(٨) حاشية ردّ المحتار ٨: ٤٤٩.

(٩) مجمع الأنهر ٣: ٤٩٧.

ب ـ الحنابلة

في المغني لابن قدامة: «إن كان الموهوب له طفلاً أو مجنوناً لم يصحّ قبضه ولا قبوله؛ لأنّه من غير أهل التصرّف، ويقبض له أبوه إن كان أميناً؛ لأنّه أشفق عليه وأقرب إليه، فإن لم يكن له أب قبض له وصي أبيه... وإن كان الأب غير مأمون، أو كان مجنوناً، أو مات عن غير وصيّ، فأمينه الحاكم... ولا يصحّ القبض من غير هؤلاء ـ إلى أن قال: ـ ويحتمل أن يصحّ القبول والقبض من غيرهم عند عدمهم؛ لأنّ الحاجة داعيةٌ إلى ذلك؛ فإنّ الصبيّ قد يكون في مكان لا حاكم فيه وليس له أب ولا وصيّ، ويكون فقيراً لا غنى به عن الصدقات، فإن لم يصحّ قبض غيرهم له انسدّ باب وصولها إليه فيضيع ويهلك، ومراعاة حفظه عن الهلاك أولى من مراعاة الولاية، فعلى هذا للأُمّ القبض له وكلّ من يليه من أقاربه وغيرهم»[١].

ومثل ذلك في منتهى الإرادات[٢] وكشّاف القناع[٣] والفروع[٤].

وفي المبدع: «يصحّ قبض المميّز وقبوله بلا إذن وليّه»[٥].

ولكن قال في الإقناع[٦] والإنصاف[٧]: لا يصحّ قبض طفل ولو مميّزاً، بل وليّه الأمين يقوم مقامه.

ويستفاد من كلماتهم أنّه يجوز للأب وغيره أن يوجب ويقبل ويقبض؛ بأن كان هو نفسه واهباً للصبي ويقبل ويقبض عنه[٨].

---

(١) المغني ٦: ٢٥٨ ـ ٢٥٩، الشرح الكبير ٦: ٢٥٧ ـ ٢٥٨.

(٢) منتهى الإرادات ٣: ٣٩٦ ـ ٣٩٧.

(٣) كشّاف القناع ٤: ٣٦٤.

(٤) الفروع ٤: ٤٨٦.

(٥) المبدع ٥: ٣٦٥.

(٦) الإقناع ٣: ٣١.

(٧) الإنصاف ٧: ١٢٥.

(٨) نفس المصادر السابقة.

ج ـ الشافعيّة

عندهم القبض من أركان الهبة، فقد قال في الوجيز: «وبه يحصل الملك، فإن مات الواهب قبل القبض تخيّر الوارث في الإقباض»[١].

وفي منهاج الطالبين: «ولا يملك موهوب إلّا بقبض»[٢].

وقال الماوردي: «أمّا القبض، فهو من تمام الهبة لا تملك إلّا به»[٣].

فلو كان الموهوب له طفلاً لم يصحّ قبضه ولا قبوله؛ لأنّه من غير أهل التصرّف، ولذا قال الشافعي: ويقبض للطفل أبوه[٤].

وفي العزيز: «إذا كانت الهبة لمن[٥] ليس له أهليّة القبول، كالطفل فينظر: إن كان الواهب أجنبيّاً قبل له من يلي أمره من وليّ ووصيّ وقيّم، وإن كان الواهب من يلي أمره، فإن كان غير الأب والجدّ قبل له الحاكم أو من ينيبه.

وإن كان أباً أو جدّاً تولّى الطرفين... ولا اعتبار بقبول المتعهّد الذي لا ولاية له على الطفل»[٦]. وبه قال النووي[٧].

وفي الحاوي الكبير: «إن كان الواهب للطفل أبوه... فيكون في البذل والإقباض نائباً عن نفسه وفي القبول والقبض نائباً عن ابنه، فأمّا أمين الحاكم فلا يصحّ ذلك منه إلّا أن يقبله منه قابل ويقبضه منه قابض، وكذلك وصيّ الأب»[٨].

---

(١) الوجيز ١: ٤٣٠.

(٢) منهاج الطالبين ٢: ٢٩٥.

(٣) الحاوي الكبير ٩: ٤٠١.

(٤) مختصر المزني: ١٣٤.

(٥) في المصدر: «ممّن» والظاهر أنّ ما أثبتناه هو الصواب كما في روضة الطالبين.

(٦) العزيز شرح الوجيز ٦: ٣٠٩.

(٧) روضة الطالبين ٥: ٥.

(٨) الحاوي الكبير ٩: ٤٠٤.

وجاء في روضة الطالبين: أنّ الصدقة كالهدية بلا فرق بينهما؛ سواء كانت الهديّة الأطعمة أو غيرها[١].

د ـ المالكيّة

فقد خالفوا رأي الشافعيّة، وقالوا بلزوم الهبة بدون القبض، ففي البيان: «قال مالك: تلزم الهبة بالإيجاب والقبول من غير قبض، فإن امتنع الواهب من الإقباض دفعه الموهوب له إلى الحاكم ليجبره على الإقباض»[٢].

ومثل ذلك في حلية العلماء[٣] والمغني والشرح[٤] والتهذيب[٥].

وقال ابن رشد: «قول مالك ومن تابعه أنّ الهبة تنعقد بالقول وتلزم به، ولا تتمّ إلّا بالحيازة»[٦].

ولكن مع ذلك يجوز عندهم أن يحوز ويقبض الأب الهبة والصدقة للصبيّ.

ففي المدوّنة: «قلت: فإن وهب الأب لولده وهم صغار ثمّ أشهد لهم، أهو الجائز في قول مالك؟ قال: نعم»[٧].

وفي الكافي: إذا وهب الرجل لابنه الصغير فلا حيازة عليه فيما وهب له إلّا الإشهاد بالهبة والإعلان بها؛ لأنّه هو الحائز له[٨]. وكذا في غيره[٩].

---

(١) روضة الطالبين ٥: ٥.

(٢) البيان ٨: ١١٤.

(٣) حلية العلماء ٦: ٤٨.

(٤) المغني والشرح ٦: ٢٥١.

(٥) التهذيب في فقه الشافعي ٤: ٥٢٧.

(٦) المقدّمات الممهّدات ٢: ٤١٣.

(٧) المدوّنة الكبرى ٦: ١٣٣.

(٨) الكافي في الفقه المالكي: ٥٣٠.

(٩) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٤: ٤٤، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٦١.

المبحث الرابع:
الولاية على القبض في الوقف على الأطفال

وفيه مطلبان:

المطلب الأوّل: أن يتولّى الأب أو الجدّ أو الوصيّ القبض عن الصغير

لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط صحّة الوقف[1] بالقبض، فلو وقف على أولاده الأصاغر جاز، ويتولّى القبض عنهم.

قال الشيخ﵀: «إن وقف ما يملك ولا يخرجه من يده ولم يُقَبِّضه الموقوف عليه أو من يتولّى عنهم، لم يصحّ الوقف وكان باقياً على ماكان عليه من الملك، فإن مات والحال ما ذكرناه كان ميراثاً. وإذا وقف على ولده الكبار فلابدّ من تقبيضهم الوقف... وإن كان أولاده صغاراً، جاز الوقف وإن لم يُقَبِّضْهم إيّاه؛ لأنّه الذي يتولّى القبض عنهم»[2].

وفي المختصر النافع: «لو ـ أي الوقف ـ كان على طفل قبضه الوليّ، كالأب والجدّ للأب أو الوصيّ، ولو وقف عليه الأب أو الجدّ صحّ؛ لأنّه مقبوض بيده»[3].

---

(١) الوقف يجمع على وقوف وأوقاف، وهو في اللغة الحبس. تقول: وقفت كذا إذا حبسته. لسان العرب ٦: ٤٧٧، وعرّفه المحقّق بأنّه عقد ثمرته تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة. شرائع الإسلام ٢: ٢١١. وقال بعض آخر: إنّ الوقف شرعاً حبس مالٍ يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه. نهاية المحتاج ٥: ٣٥٨.

(٢) النهاية للطوسي: ٥٩٥.

(٣) المختصر النافع: ١٨٣، شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

وبه قال جماعة من المتقدّمين[١] والمتأخّرين[٢] وبعض فقهاء العصر[٣].

جاء في تحرير الوسيلة: «لو وقف الأب على أولاده الصغار ما كان تحت يده ـ وكذا كلّ وليّ إذا وقف على المولّى عليه ما كان تحت يده ـ لم يحتجّ إلى قبض حادث جديد، لكن الأحوط أن يقصد كون قبضه عنه، بل لا يخلو من وجهٍ»[٤].

وكذا في تفصيل الشريعة[٥].

وجاء في المسالك: «لمّا كان المعتبر من القبض رفع يد الواقف ووضع يد الموقوف عليه، وكانت يد الوليّ بمنزلة يد المولّى عليه، كان وقف الأب والجدّ وغيره ـ ممّن له الولاية على غير الكامل لما في يده ـ على مولّى عليه متحقّقاً بالإيجاب والقبول؛ لأنّ القبض حاصل قبل الوقف»[٦].

وفي الرياض: «بلا خلاف في الأب والجدّ»[٧]. وكذا في الجواهر[٨]. وادّعى الفاضل المقداد الإجماع عليه[٩].

---

(١) المهذّب لابن البرّاج ٢: ٨٨، غنية النزوع: ٢٩٨، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٢، قواعد الأحكام ٢: ٣٨٨ ـ ٣٨٩، الدروس الشرعيّة ٢: ٢٦٦.

(٢) جامع المقاصد ٩: ٢٢، مفتاح الكرامة ٩: ٢٦، الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤٦، كفاية الأحكام: ١٤٠، جواهر الكلام ٢٨: ٦٤.

(٣) وسيلة النجاة ٢: ١٢٨، منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ٢٣٣.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ٦٢، كتاب الوقف، مسألة ١٠.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوقف: ٢٢.

(٦) مسالك الأفهام ٥: ٣٦٠.

(٧) رياض المسائل ٦: ٨٨.

(٨) جواهر الكلام ٢٨: ٦٤.

(٩) التنقيح الرائع ٢: ٣٠٢.

أدلّة هذا الحكم

ويمكن الاستدلال لهذا الحكم بوجوه:

الأوّل: الإجماع الذي أشرنا إليه.

الثاني ـ وهو العمدة ـ: النصوص.

١ ـ صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال في الرجل يتصدّق على وُلده وقد أدركوا: «**إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ والده هو الذي يلي أمره**» الحديث[١].

٢ ـ صحيحة جميل قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يتصدّق على بعض ولده بصدقة وهم صغار، أله أن يرجع فيها؟ قال: «**لا، الصدقة لله تعالى**»[٢].

٣ ـ معتبرة عبيد بن زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال في رجل تصدّق على وُلد له قد أدركوا، قال: «**إذا لم يقبضوا حتّى يموت فهو ميراث، فإن تصدّق على من لم يدرك من ولده فهو جائز؛ لأنّ الوالد هو الذي يلي أمره**». الحديث[٣].

ومثلها الصحيحة الثانية لجميل[٤] وصحيحة صفوان[٥] ورواية علي بن جعفر[٦].

فإنّ هذه الأخبار ـ مع التعليل في بعضها ـ صريحة في المقام، والمراد من التصدّق هو الوقف.

المطلب الثاني: اعتبار قصد القبض أو عدمه عن الصبيّ

هل يعتبر قصد كون القبض في الوقف عن المولّى عليه أم لا، بل يكفي نفس

(١، ٢) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٧ و ٢٩٨ الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، ح ١ و ٢.

(٣، ٤، ٥) نفس المصدر ١٣: ٢٩٨ و ٢٩٩ الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، ح ٤ و ٥ و ٧.

(٦) مسائل علي بن جعفر: ١٩٥ ح ٤١١، وسائل الشيعة ١٣: ٣٣٨ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ٥.

كونه مقبوضاً له وإن تجرّد عن القصد وتجديد النيّة ؟ وجهان، بل قولان:

القول الأوّل: أنّه يشترط في القبض عن الصبيّ أن يقصد الوليّ كون القبض قبضاً عن الصبيّ، احتمله الشهيد الثاني في المسالك[١]. ولكن جزم به في موضع آخر منه، حيث قال: «لو وقف الأب أو الجدّ ما بيدهما على المولّى عليه اعتبر قبضهما عن الطفل، ولا يكفي استصحاب يدهما؛ لأنّ القبض السابق محسوب لنفسه لا لغيره»[٢].

وذهب إليه المحقّق الثاني، حيث قال: المتبادر من قوله: «كان قبضه قبضاً عنهم» أنّ مجرّد كونه مقبوضاً في يده كافٍ في حصول القبض عنهم وإن لم يقصد القبض عنهم. ويشكل بأنّ القبض إنّما يحسب لذي اليد ما لم يقصده لغيره ممّن له ولاية عليه ونحوه[٣].

وفي موضع آخر: «وكذا ـ أي لا يعتدّ بالقبض من دون القصد ـ لو وقف الوليّ ما بيده وذهل عن القبض للطفل؛ لأنّ القبض محسوب للواقف، فما لم يحصل قصد يقتضي صرفه إلى الطفل، لم ينصرف إليه، وكذا القول في الوكيل»[٤].

وهكذا استظهره من الرواية في مفتاح الكرامة، حيث قال: «قلت في صحيح صفوان ما يظهر منه اعتبار قصده القبض عنهم، حيث قال عليه السلام: **وإن كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتّى يبلغوا فيحوزها لهم**[٥]؛ لأنّ الظاهر من سياق الخبر ظهور لا يكاد ينكر: أنّ المراد قصد ولايتها لهم إلى أن يبلغوا.

وفي خبر عليّ بن جعفر في كتابه: **إذا كان أب تصدّق على ولد صغير فإنّها**

(١، ٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٧٣ و ٣٦٠.

(٣) جامع المقاصد ٩: ٢٣.

(٤) نفس المصدر ٩: ٢٥.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٢٩٨ الباب ٤ من كتاب الوقوف والصدقات، ح ٤.

جائزة؛ لأنّه يقبض لولده إذا كان صغيراً[١]، وهو كصحيح صفوان، ولعلّهم لو ظفروا به ما أطلق ولا اختلف اثنان»[٢].

وقال المحدّث الكاشاني: «فلو وقف على أولاده الأصاغر، سقط اعتبار القبض؛ لحصوله قبل الوقف فيستصحب، لكن الأولى أن يقصد بعد ذلك القبض عنهم للوقف»[٣].

وفي الجواهر: «اللّهمّ إلّا أن يُراد من نحو العبارة ـ اى عبارة الشرائع ـ صيرورة قبضه قبضاً عنهم شرعاً، ولكن فيه حينئذٍ أنّه خلاف ظاهر الأدلّة خصوصاً صحيح صفوان الظاهر في اعتبار الحيازة لهم المتوقّف على النيّة، بل لعلّ ذلك هو المراد من التعليل، لا إرادة عدم الاحتياج إلى قصد، كما هو واضح لمن أوهبه الله تعالى الانتقاد»[٤].

وقال به أيضاً في جامع المدارك[٥] وتحرير الوسيلة[٦].

القول الثاني ـ وهو الحقّ ـ: أنّه لا يعتبر قصد كون القبض عن الصبيّ، كما استظهره الشهيد الثاني في موضع من المسالك[٧].

وقال المحقّق القمّي في جامع شتاته: «لو وقف لولده الصغير يكفي قبض الوليّ له، وظاهر الأحاديث المعتبرة وإطلاق كلمات أكثر العلماء عدم الافتقار إلى قصد جديد»[٨].

---

(١) نفس المصدر ١٣: ٣٣٨ الباب ٥ من كتاب الهبات، ح ٥.

(٢) مفتاح الكرامة ٩: ٢٦.

(٣) مفاتيح الشرائع ٣: ٢١٥.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٦٥.

(٥) جامع المدارك ٤: ٦.

(٦) تحرير الوسيلة ٢: ٦٢ مسألة ٩.

(٧) مسالك الأفهام ٥: ٣٦٠.

(٨) جامع الشتات ٤: ٢.

وفي الرياض: «وإطلاقهما[١] ـ كالعبارة وكثير من عبائر الجماعة ـ يقتضي الاكتفاء بقبضهما وإن تجرّد عن نيّة القبض عنهما»[٢].

وفي كفاية الأحكام: «الأقرب أنّه لا يفتقر إلى نيّة القبض عن المولّى عليه»[٣].

وفي منهاج الصالحين: كون العين الموقوفة في يد الوالد يكفي في تحقّق القبض[٤].

وفي تفصيل الشريعة: «يكفي في الجواز والمضي مجرّد كون الواقف هو الأب والموقوف عليه ولده الصغير أو أولاده كذلك ـ إلى أن قال: ـ فالقبض والإقباض حقيقة لا يعقل هنا؛ لاتّحاد الشّخص»[٥].

أدلّة عدم اعتبار قصد القبض عن الصبيّ

ويدلّ على هذا الحكم إطلاق الأخبار الواردة المتقدّمة في هذا المقام.

واستدلّ المحدّث البحراني بعدم الدليل عليه، حيث قال: «لا يجب تجديد النيّة والقصد في كونه قبضاً عن المولّى عليه؛ لعدم الدليل عليه، وإطلاق النصوص يقتضي العدم»[٦].

وكذا في المسالك[٧].

وأمّا ما ذكره القائلون باعتبار القصد والنيّة من الاستدلال بصحيحة صفوان

---

(١) أي إطلاق صحيح صفوان وعبيد بن زرارة.

(٢) رياض المسائل ٦: ٨٩.

(٣) كفاية الأحكام: ١٤٠.

(٤) منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ٢٣٣.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوقف: ٢٢.

(٦) الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤٦.

(٧) مسالك الأفهام ٥: ٣٦٠.

ومعتبرة عليّ بن جعفر، فيمكن أن يقال: إنّهما تشعران بذلك؛ لأنّه يحتمل أن يكون المراد قصد ولا يتهم وقصد القبض عنهم، فلابدّ حينئذٍ من تجديد النيّة.

لكن لابدّ من البحث في حقيقة القبض؛ وأنّه بماذا يتحقّق القبض الذي يترتّب عليه أحكام في البيع والوصيّة والرهن والهبة والوقف وغيرها، وحيث لم يرد فيه نصٌّ كلّيٌ حتّى نستفيد منه الحكم الشرعي، فلا مناص من الرجوع إلى العرف؛ لأنّ من عادة الشرع ردّ الناس إلى ما هو متعارف ومتداول من الاصطلاحات فيما لم ينصّ على مقصوده باللفظ.

فقد جاء في مجمع البحرين: «قوله ـ تعالى ـ: ﴿وَ الأَرْضُ جَمِيعاً قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيامَةِ﴾[1] أي في ملكه، مثل قولهم: قد صار الشيء في قبضتك، أي في ملكك»[2].

وفي لسان العرب: «القبض: تحويلك المتاع إلى حيّزك، القبض: التناول للشيء بيدك ملامسة، في قبضي وقبضتي أي في ملكي.

وقوله ـ عزّ وجلّ ـ: ﴿وَالأَرْضُ جَمِيعاً قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيامَةِ﴾ قال ثعلب: هذا كما تقول: هذه الدار في قبضتي ويدي، أي في ملكي»[3].

ولأجل هذا قال الشيخ في المبسوط في كيفيّة القبض: «ينظر في المبيع، فإن كان ممّا لا ينقل ولا يحوّل، فالقبض فيه التخلية مثل العقار ...»[4].

وفي الدروس: «القبض في غير المنقول التخلية بعد رفع اليد»[5]. والذي ذكر

---

(١) سورة الزمر ٣٩: ٦٧.

(٢) مجمع البحرين ٣: ١٤٣٢ مادّة قبض.

(٣) لسان العرب ٥: ١٩٠ مادّة قبض.

(٤) المبسوط للطوسي ٢: ١٢٠.

(٥) الدروس الشرعيّة ٣: ٢١٣.

هو مقتضى العرف واللغة. وبه قال بنو حمزة[١] والبرّاج[٢] وزهرة[٣]. وادّعى السيّد أبو المكارم الإجماع على ذلك[٤].

وقال العلّامة: «إن لم يكن منقولاً، فالقبض فيه: التخلية لنا: أنّ العرف يقضي بما قلناه»[٥].

وفي الرياض: «اتّفق الأصحاب على أنّ القبض هو التخلية بينه وبينه بعد رفع اليد عنه فيما لا ينقل خاصّة كالعقار ونحوه»[٦].

فالقبض فيما لا ينقل ولا يحوّل هو التخلية، ومعنى التخلية كون الشيء تحت يده وفي سلطانه واستيلائه على نحو المالك الذي لا إشكال في كون ماله مقبوضاً له؛ بمعنى كونه في قبضه وإن كان له شريك فيه، فمتى خلّي بينه وبينه ورفع المالك اليد عنه فقد تحقّق القبض[٧].

ولا شكّ أنّ الضيعة الواردة في صحيح صفوان ممّا لا ينقل ولا يحوّل، ومعنى القبض فيها: التخلية كما حققناه، فحيازة الوليّ للأولاد أن تكون التخلية بين الضيعة وبين الوليّ ورفع الواقف يده عنها، وتكون الضيعة في يد الوليّ وتحت سلطانه واستيلائه، وقصد هذا المعنى للوليّ أمر قهريٌّ لا ينفكّ عنه الوليّ الواقف؛ لأنّه بحسب الطبيعة والجبلّة من كان له ملك وأزال ذلك

---

(١) الوسيلة: ٢٥٢.

(٢) المهذّب ١: ٣٨٥.

(٣) غنية النزوع: ٢٢٩.

(٤) نفس المصدر.

(٥) مختلف الشيعة ٥: ٣٠١.

(٦) رياض المسائل ٥: ١٥٠.

(٧) ومقتضى هذا البيان أنّ القبض ليس من الأمور القصديّة، مع وضوح كونه منها، وعلى هذا فاللازم أو لا أقلّ الاحتياط يقتضي لزوم قصد القبض وتجديد النيّة. م ج ف.

الملك عن نفسه بنقله إلى الموقوف عليه ممّن له الولاية عليه؛ فإنّه لابدّ من تغيير قصده، ونيّته في وضع اليد عليه من أنّه بالملك في الأوّل وبالولاية في الثاني، فاختلاف القصد بين الحالة الأُولى والثانية أمر جبلّي طبيعي، كما أشار إليه في الحدائق[١].

ويؤيّده أنّ المفيد[٢] والشيخ[٣] والقاضي ابن برّاج[٤] والمحقّق[٥] والعلّامة[٦] عبّروا بأنّ قبض الوالد قبض الولد.

وبه قال السيّد الفقيه السبزواري، حيث قال: «إنّ تحقّق الاستيلاء الكافي في القبض تكوينيّ، وتجدّد العنوان بعد تجدّد جهة القبض والاستيلاء قهريٌّ، لا أن يكون قصديّاً اختياريّاً»[٧].

فلا يجب تجديد النيّة والقصد في كون القبض قبضاً عن الصبيّ، ولكنّ الأحوط أن يقصد كون قبضه عن الصبيّ؛ لأنّه حسن في كلّ حال.

كما احتاط في هذه المسألة السادة الفقهاء: اليزدي[٨] والاصفهاني[٩] والإمام الخميني[١٠] والفاضل المامقاني[١١].

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤٦.

(٢) المقنعة: ٦٥٨.

(٣) النهاية: ٦٠٢.

(٤) المهذّب ٢: ٩٥.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٣٠.

(٦) قواعد الأحكام ٢: ٣٨٩.

(٧) مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٠.

(٨) تتمّة العروة ٢: ١٨١.

(٩) وسيلة النجاة ٢: ١٢٨.

(١٠) تحرير الوسيلة ٢: ٦٢ مسألة ١٠.

(١١) مناهج المتّقين: ٣٢٤.

فرع

قال في الحدائق: «الظاهر أنّه لا فرق في الاكتفاء بقبض الوليّ بين كون الوليّ أباً أو جدّاً أو وصيّهما أو حاكماً شرعيّاً وإن كان مورد الأخبار المتقدّمة الأب؛ فإنّها إنّما خرجت مخرج التمثيل لا الاختصاص، إذ العلّة مشتركة بين الجميع، وتردّد بعض الأصحاب[1] في إلحاق الوصيّ بالمذكورين، نظراً إلى ضعف يده وولايته بالنسبة إلى غيره.

قال في المسالك في ردّ هذا المقال: ولا وجه للتردّد؛ فإنّ أصل الولاية كافٍ في ذلك، والمعتبر هو تحقّق كونه تحت يدي الواقف، مضافاً إلى ولايته على الموقوف عليه، فتكون يده كيده، ولا يظهر لضعف اليد وقوّتها أثر في ذلك[2]، انتهى وهو جيّدٌ»[3].

وجاء في مفتاح الكرامة: «وقد عرفت... بكفاية قبض الوليّ ... وقد دلّت على ذلك الأخبار في الأب، ولا فارق ولا وجه لتردّد بعضهم في الوصيّ»[4].

ولقد أجادوا فيما أفادوا.

الولاية على القبول والقبض في الوقف عند أهل السنّة

أ ـ الولاية على القبول

اختلف الشافعيّة في ماهيّة الوقف إذا كان على آدمي معيّن، فمنهم من قال: إنّه عقد لا يتمّ إلّا بالقبول كالوصيّة والهبة، ومنهم من قال: إنّه إيقاع لايحتاج لتمامه

---

(١) هو المحقّق في شرائع الإسلام ٢: ٢١٧.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٦٠.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ١٤٧.

(٤) مفتاح الكرامة ٩: ١٠.

أن وقع القبول من الطرف الآخر. وقال بعض الحنابلة: إنّ فيه وجهان.

قال ابن قدامة: «وإن كان على آدميّ معيّن ففي اشتراط القبول وجهان:

أحدهما: اشتراطه، لأنّه تبرّع لآدمي معيّن، فكان من شرطه القبول كالهبة والوصيّة، يحقّقه أنّ الوصيّة إذا كانت لآدمي معيّن وقفت على قبوله، وإذا كانت لغير معيّن أو لمسجد أو نحوه لم تفتقر إلى قبول، كذا هنا.

والوجه الثاني: لا يشترط القبول... لأنّه إزالة ملك يمنع البيع والهبة والميراث، فلم يعتبر فيه القبول، كالعتق...»[1].

ومثل ذلك في التهذيب[2] ونهاية المحتاج[3] والعزيز[4].

فعلى القول باشتراط القبول في الوقف، لابدّ في الوقف على الصبيّ أن يقبل وليّه عنه؛ لأنّ الصبيّ ليس من أهل التصرّف.

ففي مغني المحتاج: «والأصحّ أنّ الوقف على معيّن يشترط فيه قبوله متّصلاً بالإيجاب إن كان من أهل القبول، وإلّا فقبول وليّه كالهبة والوصيّة»[5].

وكذا في نهاية المحتاج[6].

والمشهور بين المالكيّة أنّ الوقف على معيّن إيقاع، وليس القبول إلّا شرط

---

(١) المغني ٦: ١٨٨ ـ ١٨٩، الكافي في فقه أحمد ٢: ٢٥٤، الشرح الكبير ٦: ٢٠٠، مطالب أولي النهى ٦: ٣١، كشاف القناع ٤: ٣٠٦.

(٢) التهذيب في فقه الشافعيّ ٤: ٥١٧.

(٣) نهاية المحتاج ٥: ٣٧٢.

(٤) العزيز شرح الوجيز ٦: ٢٦٥.

(٥) مغني المحتاج ٢: ٣٨٣.

(٦) نهاية المحتاج ٥: ٣٧٢.

للاستحقاق فقط.

قال الخرشي: «وأمّا لو كان الوقف على معيّن كزيد مثلاً، وهو أهل للردّ والقبول؛ فإنّه يشترط في صحّة الوقف عليه قبوله. فإن لم يكن أهلاً لذلك كالمجنون والصغير، فإنّ وليّه يقبل له، فإن لم يكن له وليٌّ أُقيم له من يقبل عنه، كما في الهبة، فإن ردّ الموقوف عليه المعيّن ما وقفه الغير عليه في حياة الواقف أو بعد موته؛ فإنّ الوقف يرجع حبساً للفقراء والمساكين»[١].

وكذا في تبيين المسالك[٢] وجواهر الإكليل[٣].

وبه قال أيضاً في الشرح الصغير[٤] وعقد الجواهر[٥] والتاج والإكليل[٦].

وهكذا الوقف على المعيّن عند الحنفيّة إيقاع، فليس القبول شرطاً في صحّته بل هو شرط للاستحقاق.

قال ابن نجيم: «ولو وقفه على ولد عبدالله ونسله فلم يقبلوا كانت الغلّة للفقراء، ولو حدثت الغلّة بعد ذلك فقبلوا كانت الغلّة لهم»[٧].

وبه قال في الإسعاف[٨] والمبسوط[٩] والبناية[١٠] وغيرها[١١].

---

(١) حاشية الخرشي ٧: ٣٨٥.

(٢) تبيين المسالك ٤: ٢٥٥.

(٣) جواهر الإكليل ٢: ٢٠٨.

(٤) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٤: ١٥، الشرح الكبير مع الدسوقي ٤: ٨٨.

(٥) عقد الجواهر الثمينة ٣: ٣٢.

(٦) التاج والإكليل مع مواهب الجليل ٧: ٦٤٨.

(٧) البحر الرائق ٥: ٣٣٣.

(٨) الإسعاف في أحكام الأوقاف: ١٧.

(٩) المبسوط للسرخسي ١٢: ٣٨ وما بعده.

(١٠) البناية في شرح الهداية ٧: ١١٢.

(١١) بدائع الصنائع ٥: ٣٢٦ وما بعده.

ب ـ الولاية على القبض

ذهب المالكيّة إلى أنّه يشترط الحيازة والقبض لتمام الوقف ولزومه. ومعنى الحيازة رفع يد واقفه عنه وتسليمه لغيره[١].

قال ابن رشد: «ومن شرط تمامه القبض والحيازة كالهبة والصدقة، فإن لم يقبض عنه ولا خرج عن يده حتّى مات فهو باطل ويكون موروثاً عنه»[٢].

وجاء في تبيين المسالك: «الحوز شرط في كلّ التبرّعات ومنها الوقف ... ولا تتمّ هبة ولا صدقة ولا حبس إلّا بالحيازة، فإن مات قبل أن تحاز عنه فهي ميراث»[٣].

وكذا في حاشية الدسوقي[٤] والذخيرة[٥] وعقد الجواهر الثمينة[٦].

على هذا، إذا وقف للصبي فلأجل أنّ الصبيّ ليس من أهل التصرّف فلا يعتبر قبضه بل يقبض عنه وليّه.

ولذلك قال في القوانين الفقهيّة: «ويقبض الوالد لولده الصغير والوصيّ لمحجوره»[٧].

وفي جواهر الإكليل: «إذا وقف على من هو في حجره من ابنه الصغير أو المجنون أو السفيه، فلا يبطل ببقاء يد واقفه عليه». وقال أيضاً: «فإن حازه وليّ الصغير وقبل فلا يبطل»[٨].

---

(١) جواهر الإكليل ٢: ٢٠٦.

(٢) المقدّمات الممهّدات ٢: ٤١٩.

(٣) تبيين المسالك ٤: ٢٥٩ و ٢٦٠.

(٤) حاشية الدسوقي ٤: ٨١.

(٥) الذخيرة للقرافي ٦: ٣١٨.

(٦) عقد الجواهر الثمينة ٣: ٣٩.

(٧) القوانين الفقهيّة: ٣٨٨.

(٨) جواهر الإكليل ٢: ٢٠٦ مع تصرّف يسير.

وقال الحطّاب: «إذا وقف على صغار ولده أو من في حجره، فهو الذي يتولّى حيازة وقفهم والنظر لهم»[١].

وكذا في التاج والإكليل[٢] والشرح الصغير[٣] وتبيين المسالك[٤].

وذهب جمهور الحنابلة والشافعيّة إلى أنّه لا يشترط للزوم الوقف وصحّته إخراج الموقوف عن يد الواقف، فلا يعتبر قبض الموقوف عليه وحيازته.

قال في الإنصاف: «قوله: ولا يشترط إخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين. وهو المذهب، وعليه الجمهور. قال المصنّف وغيره: هذا ظاهر المذهب. واختاره القاضي وأصحابه.

وجزم به في الخلاصة والوجيز. وقدّمه في المحرّر والفروع والرعايتين، والحاوي الصغير والفائق وغيرهم و...

قال الزركشي: هو المشهور، والمختار المعمول به من الروايتين»[٥].

وكذا في مطالب أُولي النّهى[٦] ومنتهى الإرادات[٧] والحاوي الكبير[٨]. وروي عن أحمد أنّه يشترط أن يخرجه عن يده[٩].

وأمّا الحنفيّة، ففي هذه المسألة على قولين:

---

(١) مواهب الجليل ٧: ٦٣٧.

(٢) التاج والإكليل مع المواهب الجليل ٧: ٦٣٨.

(٣) الشرح الصغير مع بلغة السالك ٤: ١٥.

(٤) تبيين المسالك ٤: ٢٥٩.

(٥) الإنصاف ٧: ٣٥.

(٦) مطالب أُولي النّهى ٦: ٣٠.

(٧) منتهى الإرادات ٣: ٣٤٣.

(٨) الحاوي الكبير ٩: ٣٧٢.

(٩) الإنصاف ٧: ٣٥.

الأوّل: عدم اشتراط القبض والتسليم

قال السرخسي: «إن جعل أرضاً له مسجداً لعامّة المسلمين... عند أبي يوسف يصير مسجداً إذا أبانه عن ملكه وأذن للناس بالصلاة فيه وإن لم يصلّ فيه أحد، كما في الوقف على مذهبه؛ لأنّ الوقف يتمّ بفعل الواقف من غير تسليم إلى المتولّي» ـ إلى أن قال: ـ «هذه إزالة ملكٍ لا تتضمّن التمليك فتتمّ بدون القبض كالعتق... ولأنّ القبض إنّما يعتبر من المتملّك أو من نائبه ليتأكّد به ملكه... والصدقة الموقوفة لا يتملّكها أحد، فلا معنى لاشتراط القبض فيها»[1].

وبه قال في الهداية[2] ومختصر اختلاف العلماء[3].

الثاني: اشتراط القبض والتسليم

قال به محمّد بن الحسن الشيباني وابن أبي ليلى ومشايخ البخاري.

جاء في المبسوط: «وعلى قول محمّد لا يتمّ إلّا بالإخراج من يده والتسليم إلى المتولّي، وهو قول ابن أبي ليلى، وحجّته في ذلك أنّ إزالة الملك بطريق التبرّع، فتمامه بالتسليم كما في الصدقة المنفذة»[4].

وكذا في البناية[5] ومجمع الأنهر[6] والبحر الرائق[7] وفتح القدير[8].

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٢: ٣٤ـ٣٦.

(٢) الهداية ٣: ١٦ و ٢١.

(٣) مختصر اختلاف العلماء ٤: ١٥٧.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٢: ٣٥.

(٥) البناية ٧: ٦٩.

(٦) مجمع الأنهر ٢: ٥٧٢.

(٧) البحر الرائق ٥: ٣٢٣.

(٨) فتح القدير ٥: ٤١٩.

المبحث الخامس: الولاية على قبول الوصيّة[١] للصغير

اختلفت الفقهاء في لزوم القبول للموصى له وعدمه على أقوال.

قال الشيخ: «ينتقل الملك إلى الموصى له بشرطين: بوفاة الموصي وقبول الموصى له، فإذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول»[٢].

وفي الجواهر: «إنّ الأقوال في المسألة ثلاثة: أحدها: أنّ القبول تمام السبب الناقل كباقي العقود، والثاني: كونه شرطاً في الملك كاشفاً، والثالث: كونه شرطاً في اللزوم، وقد يحتمل عدم مدخليّته أصلاً في ملك ولا لزوم، وإنّما الردّ مانع، بل قد يحتمل عدم مانعيّة الردّ أيضاً.

إلّا أنّ كلام الأصحاب كأنّه متّفق على خلاف الأخيرين، بل قد سمعت ضعف الثالث عندهم، وأنّ المعتدّ به القولان الأوّلان، كما أنّ المشهور منهما الثاني الذي قد عرفت كونه أقواهما»[٣].

ولكن اشتراط القبول على القول به مختصّ بالوصيّة التمليكيّة. وأمّا الوصيّة العهديّة فلا تحتاج إلى القبول.

---

(١) الوصيّة في اللغة الإيصال، مأخوذ من وصّيت الشيء. أوصى الرجل؛ أي عهد إليه، وسمّيت وصيّة لاتّصالها بأمر الميّت. لسان العرب ٦: ٤٥١.

وعرّفها المحقّق بأنّها تمليك عين أو منفعة بعد الوفاة. ويفتقر إلى إيجاب وقبول... وينتقل بها الملك إلى الموصى له بموت الموصي وقبول الموصى له. شرائع الإسلام ٢: ٢٤٣.

وفي المجموع بأنّ الوصيّة شرعاً تبرّع بحقّ مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت. المجموع شرح المهذّب ١٦: ٢٩٢.

(٢) المبسوط للطوسي ٤: ٢٨.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٥٢ ـ ٢٥٣.

وفي تحرير الوسيلة: «لا إشكال في أنّ الوصيّة العهديّة لا تحتاج إلى القبول... وأمّا الوصيّة التمليكيّة، فإن كانت تمليكاً للنوع كالوصيّة للفقراء والسادة... لا يعتبر فيها القبول. وإن كانت تمليكاً للشخص، فالمشهور على أنّه يعتبر فيها القبول من الموصى له، والظاهر أنّ تحقّق الوصيّة وترتّب أحكامها من حرمة التبديل ونحوها لا يتوقّف على القبول، لكن تملّك الموصى له متوقّف عليه، فلا يتملّك قهراً. فالوصيّة من الإيقاعات لكنّها جزء سبب للملكيّة في الفرض»[1].

وبه قال في تفصيل الشريعة، إلّا أنّه قال: «حصول الملكيّة للموصى له يتوقّف على عدم الرّد بحيث يكون الردّ مانعاً؛ لظهور الإجماع[2]، ولولاه لم يتوقّف عليه أيضاً»[3].

وبالجملة: بعد ثبوت اعتبار القبول في الوصيّة فالوليّ يتولّى القبول للصبيّ.

... قال العلّامة في التذكرة: «إذا أوصى للحمل صحّت، وكان القابل للوصيّة أبوه أو جدّه أو من يلي أموره بعد خروجه حيّاً، ولو قَبِلَ قبل انفصاله حيّاً ثمّ انفصل حيّاً ففي الاعتداد بذلك القبول إشكال»[4].

وفي التحرير: «ولو كان فيهم ـ أي الورثة ـ مولّى عليه، قام وليّه مقامه في القبول والردّ، وإنّما يفعل ما للمولّى عليه الحظّ فيه، فلو كان الحظّ في القبول فردّ لم يصحّ، فكان له القبول بعد ذلك، ولو كان الحظّ في الردّ فقبل لم يصحّ»[5].

وقال الشهيد الثاني: «والمتّجه اعتبار القبول في الوصيّة للحمل مطلقاً، فيقبله

---

(١) تحرير الوسيلة ٢: ٩٠، كتاب الوصية مسألة ٥.

(٢) غنية النزوع: ٣٠٦، رياض المسائل ٩: ٤٢٩.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٤٠.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعة الحجريّة.

(٥) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٣٣.

وليّه ابتداءً ووارثه هنا»[١].

وفي الروضة: «وقيل: يعتبر قبول وليّه»[٢].

والدليل لولاية الوليّ على قبول الوصيّة للصغير عموم ولايته، كما تقدّم في أمثال المقام.

وأمّا قبض الموصى به، فلا يعتبر في صحّة الوصيّة؛ لعدم الدليل على اعتباره[٣].

وإن كان مقتضى كلام الشيخ أنّ القبض شرط في اللزوم أو الصحّة، حيث قال: «الثالثة: أن يردّها بعد القبول والقبض؛ فإنّه لا يصحّ الردّ؛ لأنّ بالقبول تمّ عليه ملكه، وبالقبض استقرّ ملكه... الرابعة: أن يردّها بعد القبول وقبل القبض؛ فإنّه يجوز... -إلى أن قال: - والصحيح أنّ ذلك يصحّ، لأنّه وإن كان قد ملكه بالقبول لم يستقرّ ملكه عليه ما لم يقبضه»[٤].

ولقد أجاد في الردّ على هذا القول في مفتاح الكرامة، حيث قال: «إنّ إطباق الأصحاب على الاقتصار على اعتبار الإيجابين والموت وعدم الردّ في البين يقضي بعدم اعتبار القبض، مضافاً إلى الأصل المستفاد من عمومات الباب وغيرها. وخصوص الصحيح الذي رواه العبّاس بن عامر قال: سألته عن رجل أوصي له بوصيّة فمات قبل أن يقبضها، ولم يترك عقباً؟ قال: **أطلب له وارثاً أو مولى فادفعها إليه**، قلت: فإن لم أعلم له وليّاً، قال: **اجهد على أن تقدر له على وليّ، فإن لم تجد وعلم الله منك الجدّ فتصدّق بها**[٥]. إلّا أنّه مضمرٌ، لكن رواه

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٣٦.

(٢) الروضة البهيّة ٥: ٢٥.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٥٧.

(٤) المبسوط للطوسي ٤: ٣٣.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٤٠٩ الباب ٣٠ من كتاب الوصايا، ح٢.

العيّاشي[١] والصدوق[٢] مسنداً إلى أبي عبدالله عليه السلام، ومثله خبر محمّد بن عمر الباهلي وغيره[٣]. وقد عقد له ولمسألة أُخرى في الوسائل باباً سرد فيه أخباراً كثيرة.

وكان من خالف أو توقّف، غفل عنها؛ إذ ليس لمن ظفر بها أن يعدل عنها مع عدم المعارض لها، فالمسألة من القطعيّات»[٤].

وقد مضى في الباب الأوّل في البحث عن حقوق الحمل ما يرتبط بالمقام، فراجع.

وأمّا الولاية على قطع الدعاوي واستيفاء القصاص عن الصغير فسنذكرها في الباب الذي نبحث فيه عن جنايات الصغار والجناية عليهم إن شاء الله.

الولاية على القبول في الوصيّة للصغير عند فقهاء أهل السنّة

لا يشترط عندهم في صحّة الوصيّة ولزومها قبض الموصى به كما في الحاوي الكبير[٥] والمبسوط[٦]. وفصّلوا بين الوصيّة لغير معيّن، كالوصيّة للفقراء والمساكين فقالوا بعدم اشتراط القبول فيها، وبين الوصيّة لمعيّن، كالوصيّة لرجلٍ مسمّىً أو قومٍ محصورين، فلابدّ من القبول عن الموصى له[٧].

---

(١) تفسير العياشي ١: ٧٧ ح ١٧١.

(٢) الفقيه ٤: ١٥٩، ح ٥٤٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٠٩ و ٤١٠ الباب ٣٠ من كتاب الوصايا، ح ٣ وغيره.

(٤) مفتاح الكرامة ٩: ٣٧٢ ـ ٣٧٣.

(٥) الحاوي الكبير ٩: ٤٠٥.

(٦) المبسوط للسرخسي ٢٨: ٤٩.

(٧) البيان ٨: ١٧١، أسنى المطالب ٣: ٤٣، المجموع شرح المهذّب ١٦: ٣٣٤، العزيز شرح الوجيز ٧: ٦٣، الكافي ٢: ٢٧٠، كشّاف القناع ٤: ٤١٦، مطالب أولي النهى ٦: ١٨٩، الإقناع ٣: ٥١، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤١٠، مواهب الجليل ٨: ٥١٧، التاج والإكليل ٨: ٥١٧، المقدّمات والممهّدات لابن رشد ٣: ١٢٠.

وحيث إنّ الصبيّ ليس من أهل التصرّف يتولّى عنه وليّه، ولنذكر شطراً من كلماتهم في هذا المقام.

ففي منهاج الطالبين في مذهب الشافعيّة:

«إن وصّى لغير معيّن كالفقراء لزمت بالموت بلا قبول أو لمعيّن اشترط القبول»[١]. وكذا في الوجيز[٢].

وفي التهذيب: «ولو أوصى لصبيّ أو مجنون يصحّ ويقبله وليّه»[٣].

وفي نهاية المحتاج: «إن أوصى لمعيّن... اشترط القبول منه إن تأهّل... وإلّا فمن وليّه»[٤]. وكذا في حاشية الخرشي[٥].

وقال ابن قدامة في الفقه الحنبلي: «ولا يملك الموصى له الوصيّة إلّا بالقبول في قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعيّن يمكن القبول منه؛ لأنّها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعيّن، فاعتبر قبوله كالهبة والبيع. قال أحمد: الهبة والوصيّة واحد. فأمّا إن كانت لغير معيّن كالفقراء والمساكين ومن لا يملك حصرهم كبني هاشم وتميم، أو على مصلحة كمسجد أو حجّ، لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرّد الموت»[٦].

وقال الفقيه المالكي في حاشيته على الشرح الكبير: «وقبول الموصى له البالغ الرشيد المعيّن شرط في وجوب الوصيّة وتنفيذها بعد الموت»[٧].

---

(١) منهاج الطالبين ٢: ٣٦٤.

(٢) الوجيز ١: ٤٥٢.

(٣) التهذيب في فقه الشافعي ٥: ٧٣.

(٤) نهاية المحتاج ٦: ٦٦.

(٥) حاشية الخرشي ٨: ٤٦٠.

(٦) المغني ٦: ٤٤٠، الشرح الكبير ٦: ٤٤٢-٤٤٣.

(٧) الشرح الكبير، المطبوع في هامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٤٢٤، الشرح الصغير المطبوع مع بلغة السالك ٤: ٣١٨.

وفي بدائع الصنائع في الفقه الحنفي: «وله ـ أي الوليّ ـ أن يقبل الهبة والصدقة والوصيّة؛ لأنّ ذلك نفع محض فيملكه الوليّ»[١].

وبالجملة: فهذا قول جمهور الفقهاء، إلّا أنّه خالف في ذلك بعض الحنابلة، فقالوا بعدم اشتراط القبول.

ففي الإنصاف: «وقال في القواعد الفقهيّة: نصّ الإمام أحمد في مواضع على أنّه لا يعتبر للوصيّة قبول فيملكه قهراً كالميراث، وهو وجه للأصحاب، حكاه غير واحد، وذكر الحلواني عن أصحابنا: أنّه يملك الوصيّة بلا قبوله كالميراث»[٢].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) بدائع الصنائع ٤: ٣٥١.

(٢) الإنصاف ٧: ١٩١.

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

الفصل الخامس

في الوصية بالولاية

تمهيد

من جملة التصرّفات التي يجوز فيها للوليّ أن يوصي إلى شخص أن يتولّى أُمور الصغار بعد موته، ويعبّر عنها في كلمات الفقهاء بـ«الوصيّة بالولاية» وهل هذا الحكم مطلق؛ بمعنى أنّه يجوز للأب الوصيّة بالولاية حتّى مع وجود الجدّ، أو يشترط في صحّتها فقد الجدّ وكذا من طرف الجدّ؟ وأيضاً هل يصحّ هذا من غير الأب والجدّ، مثل الوصي والحاكم وغيرهما من الأولياء، أم يشترط صدورها من الأب والجدّ فقط، وهكذا هل تصحّ هذه الوصيّة من الأمّ أيضاً، أم مختصّة بالأب والجدّ؟ وبالجملة: أيشترط في صحّتها وجود شرائط خاصّة في الوليّ، وما هي هذه الشرائط، أم لا يشترط فيها شيء؟

للبحث عن المسائل التي أشير إليها وغيرها المرتبطة بها، عقدنا هذا الفصل، وفيه مباحث:

المبحث الأوّل: تعريفها وأركانها

أ ـ تعريفها

قال في القواعد: «الوصيّة بالولاية: استنابةٌ بعد الموت في التصرّف فيما كان له التصرّف فيه؛ من قضاء ديونه واستيفائها، وردّ الودائع واسترجاعها، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين، والنظر في أموالهم والتصرّف فيها بما لهم الحظّ فيه»[١]. وكذا في الروضة[٢].

ولقد أجاد المحقّق الثاني في شرحه: «بأنّ قوله: والولاية على أولاده. ينبغي أن يُراد بالأولاد ما يعمّ أولاد الأولاد، ليندرج في الوصيّة بالولاية وصيّة الجدّ بها. ولمّا كانت «من» بياناً لقوله: «الذين له الولاية عليهم» كان في العبارة قصوراً، من حيث إنّه لم يذكر السفهاء، مع أنّ الولاية ثابتةٌ عليهم للأب والجدّ له إذا كان السفه متّصلاً بما قبل البلوغ، استصحاباً لما كان واستدامةً للحجر الثابت المستمرّ»[٣].

فنقول: إنّ الوصيّة بالولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين والسفهاء ثابتةٌ ظاهراً.

ب ـ أركانها

وهي أربعة: الموصي، والوصيّ، والموصىٰ فيه، والصيغة.

أمّا الموصي، فهو كلّ من له ولايةٌ على مالٍ أو على أطفال أو مجانين أو سفهاء،

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٢.

(٢) الروضة البهيّة ٥: ٦٦.

(٣) جامع المقاصد ١١: ٢٥٨.

شرعاً كالأب والجدّ له.

ويشترط في الموصي بالولاية أن تكون ولايته على الموصى عليه ثابتة بأصل الشرع، لامتناع الاستنابة وإثبات الولاية ممّن لا ولاية له.

ببيان آخر: لابدّ أن تكون ولايته على الأطفال ابتداءً من الشارع لا بالتفويض من الآخر؛ بأن يكون أباً أو جدّاً.

قال في التذكرة: «الوصيّة بالولاية إنّما تصحّ من الأب أو الجدّ وإن علا، ولا ولاية لغيرهم من أخ، أو عمّ، أو خالٍ، أو جدٍّ لأمّ؛ لأنّ هؤلاء لا يكون أمر الأطفال إليهم، فكيف يثبت لهم ولاية؛ فإنّ الوصيّ نائبٌ عن[1] الموصي، فإذا كان الموصي لا ولاية له، فالموصى إليه أولى بذلك، وأمّا الأمّ فلا ولاية لها عندنا»[2]. وكذا في غيرها»[3].

وأمّا الوصيّ، فهو واضحٌ لا يحتاج إلى بيان.

وأمّا الموصى فيه، فهو متعلّق الوصية بالولاية من التصرّف فيما كان للموصي التصرّف فيه، ومنه الولاية على أولاده والنظر في أموالهم والتصرّف فيها بما لهم من المصلحة والغبطة.

وأمّا الوصيّة بالولاية على تزويج الصغار، فاختلف فيها الأصحاب رضوان الله عليهم، وقد تقدّم التحقيق فيها في باب الولاية على النكاح، فراجع.

وأمّا الصيغة؛ فلابدّ فيها من إيجاب وقبول، والإيجاب أن يقول الموصي: أوصيتُ إليك، أو فوّضت إليك أُمور أولادي، أو أنت وصيّي في التصرّف في أموال أطفالي والقيام بمصالحهم.

---

(١) في المصدر: على الموصي.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجريّة.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٧، جامع المقاصد ١١: ٢٦٤.

وأمّا القبول، فلا يشترط أن يكون بالنطق، بل لو فعل بعده ما أوصى به إليه كان قبولاً، ولا يشترط وقوعه في حياة الموصي كما في التذكرة[١].

ويرى جمهور الفقهاء من أهل السنّة أنّ هذه الأمور الأربعة تُعدُّ أركاناً كلّها[٢]، إلّا أنّ الأحناف يقصرون الركن في الصيغة، وما عداه لوازم لها[٣].

إيضاح

لابدّ في الإيجاب من تفصيل متعلّق الوصيّة وبيان عمومها أو خصوصها، كأن يقول الموصي لشخص: أنت وليٌّ وقيّمٌ على أولادي القاصرين في جميع الشؤون المتعلّقة بهم وجميع التصرّفات في أُمورهم.

فهذه الوصيّة عامّة ومطلقة في المسائل التي يتصرّف فيها عادةً لرعاية أُمور الصبيّ؛ من حفظ نفوسهم وتربيتهم، وحفظ أموالهم والإنفاق عليهم، واستيفاء ديونهم ووفاء ما عليهم من نفقات أو ضمانات أو غير ذلك من الجهات، جرياً على مقتضى عموم الوصيّة.

وإذا قيّد الولاية لجهة دون جهة؛ بأن يقول له: أنت وليٌّ على ولدي في إدارة أمواله، أو في إدارة شؤونه التربويّة، أو إدارة شؤونه الصحيّة أو غيرها، فإنّ على الوليّ الاقتصار على محلّ الإذن دون غيرها من الجهات.

ولو جعل له النظر والتصرّف في المال الموجود للطفل، لم يكن له النظر

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٠٨، الطبعة الحجريّة.

(٢) الوجيز ١: ٤٦١، مغني المحتاج ٣: ٧٤، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤: ٤٢٢، الشرح الصغير للدردير مع بلغة السالك ٤: ٣١٦، كشّاف القناع ٤: ٤١٨، عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤٢٧، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٦٨.

(٣) ردّ المحتار ٦: ٦٥٠.

في متجدّدات أمواله.

ولو أطلق له النظر في ماله، دخل فيه المتجدّد.

قال في القواعد: «ولو قال: أوصيت إليك ولم يقل: لتتصرّف في أموال الأطفال احتمل الاقتصار على مجرّد الحفظ والتصرّف»[١].

وفي التذكرة: «لو قال: أوصيت إليك أو أقمتك مقامي في أمر أطفالي ولم يذكر التصرّفات، اقتضى العرف انصرافه إلى الحفظ لأموالهم والتصرّف»[٢].

وقال بعض الأعلام: «لو أطلق وقال: فلان قيّم على أولادي. ولم يعيّن جهة خاصة وتصرّفاً مخصوصاً، فظاهره ثبوت الولاية للقيّم في جميع ما كان للموصي الولاية عليه في حال الحياة بالإضافة إلى أولاده الصغار... منها: إيفاء ما عليهم، كأرش ما أتلفوا من أموال الناس، نظراً إلى عدم اختصاص الأحكام الوضعيّة التي منها ضمان ما أتلفه من مال الغير بالبالغين، ومنها: إخراج الحقوق المتعلّقة بأموالهم كالخمس؛ لأنّه ليس مجرّد تكليف، بل أمر وضعي ثابت بنحو الإشاعة، أو الكُلّي في المعيّن، أو غيرهما»[٣].

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٠٨، الطبعة الحجريّة.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ١٩٧.

المبحث الثاني:
ولاية الأب والجدّ في الوصيّة بأُمور أولادهم

لا خلاف بين الفقهاء في أنّه يصحّ للأب وكذا الجدّ أن يوصي إلى شخص بأن يتولّى أُمور أولاده الصغار.

قال الشيخ في النهاية: «إذا أمر الموصي الوصيَّ أن يتصرّف في تركته لورثته ويتّجر لهم بها ويأخذ نصف الربح، كان ذلك جائزاً، وحلال له نصف الربح»[١].

وفي المبسوط: «إن كان الأولاد صغاراً؛ فإنّه يصحّ أن يوصي إلى من يلي عليهم؛ لأنّه يملك التولية في حال الحياة، وكذلك له أن يستنيب من ينوب عنه بعد وفاته»[٢].

وبه قال القاضي ابن البرّاج[٣].

وفي الشرائع: «لا تصحّ الوصيّة بالولاية على الأطفال، إلّا من الأب أو الجدّ للأب خاصّة، ولا ولاية للأُمّ، ولا تصحّ منها الوصيّة عليهم، ولو أوصت لهم بمالٍ ونَصَبَتْ وصيّاً، صحّ تصرّفه في ثلث تركتها وفي إخراج ما عليها من الحقوق، ولم تمض على الأولاد»[٤].

وبه قال العلّامة[٥] والشهيدان[٦].

---

(١) النهاية للطوسي: ٦٠٨.

(٢) المبسوط للطوسي ٤: ٥٣.

(٣) المهذّب لابن البرّاج ٢: ١١٨.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣، تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٣٧ـ ٣٨١، تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجريّة، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٧.

(٦) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢١، اللمعة الدمشقيّة: ١٠٦، الروضة البهيّة ٥: ٦٦.

ففي المسالك: «لمّا كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفة للأصل؛ إذ الأصل عدم جواز تصرّف الإنسان في مال غيره بغير إذنه... وجب الاقتصار في نصب الوليّ على الأطفال على محلّ النصّ أو الوفاق، وهو نصب الأب والجدّ له»[١].

واختاره أيضاً المحقّق الثاني[٢]. وكذا في الرياض[٣] والجواهر[٤] والعروة مع تعليقات عدّة من الفقهاء[٥].

وفي تحرير الوسيلة: «يجوز للأب مع عدم الجدّ وللجدّ للأب مع فقد الأب، جعل القيّم على الصغار، ومعه لا ولاية للحاكم، وليس لغيرهما أن ينصب القيّم عليهم حتى الأُمّ»[٦].

وكذا في تفصيل الشريعة، وعلّله بقوله: «وذلك لأنّه على تقدير وجود الآخر تكون الولاية الشرعيّة له، ولا تصل النوبة إلى الحاكم فضلاً عن غيره»[٧] وغيرها[٨].

وبالجملة: أنّ المستفاد من الأخبار المستفيضة وسائر الأدلّة أنّ للأب والجدّ التصرّف في جميع شؤون الأطفال الصالحة لهم، سواء كانت تلك الأُمور صالحة لهم في حال حياة الأب والجدّ أو في حال مماتهما.

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ١٤٤.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٤.

(٣) رياض المسائل ٦: ٢٩٩.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

(٥) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٣.

(٦) تحرير الوسيلة ٢: ١٠١، كتاب الوصية مسألة ٥٤.

(٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٩٥.

(٨) الوصايا والمواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ٦١، مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٧، مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٠، مهذّب الأحكام ٢٢: ١٧٢.

ولا شكّ في أنّ نصب القيّم الثقة لإصلاح أُمورهم وتدبير شؤونهم بعد موتهما من التصرّفات الصالحة لهم، فلذلك يصحّ للأب والجدّ من طرف الأب الوصيّة بذلك وتكون نافذة[١].

أدلّة جواز الوصيّة بالولاية

ويمكن الاستدلال لجواز الوصيّة بالولاية بأُمورٍ:

الأوّل: الإجماع، قال في الجواهر: «ولا تصحّ الوصيّة بالولاية على الأطفال إلّا من الأب أو من الجدّ للأب خاصّةً، الثابتة ولايتهما عليهم زمن الحياة على وجهٍ لهما الوصيّة بها نصّاً وفتوىً، بل إجماعاً بقسميه»[٢].

وحكاه عنه في المستمسك[٣]. وادّعاه في المهذّب[٤]. ومباني المنهاج[٥].

وفي المسالك: أنّه محلّ النصّ أو الوفاق[٦].

وقال السيّد الخوئي: «هذا الحكم مسلّم عليه، ولم ينسب الخلاف إلى أحد»[٧].

الثاني: السيرة، قال السيّد الفقيه السبزواري: «هذا هو الذي يسمّى بـ«القيّم» عند المتشرّعة، وتدلّ عليه السيرة المستمرّة قديماً وحديثاً»[٨].

---

(١) القواعد الفقهيّة للبجنوردي ٦: ٢٥٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٦ ـ ٢٧٧.

(٣) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٠.

(٤) مهذّب الأحكام ٢٢: ١٧٢.

(٥) مباني المنهاج ٩: ٣٤٩.

(٦) مسالك الأفهام ٦: ١٤٤.

(٧) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٧ ـ ٤٢٨.

(٨) مهذّب الأحكام ٢٢: ١٧٢.

وفي مباني منهاج الصالحين: «إنّ السيرة جارية على الوصيّة على اليتيم وجعل القيّم له بلا إنكار من المتشرّعة، وهذا آية الجواز»[١].

الثالث: النصوص الكثيرة وهي العمدة:

١ ـ موثّقة محمّد بن مسلم، وقد يعبّر عنها بالصحيحة[٢] ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سُئل عن رجل أوصى إلى رجلٍ بولده وبمال لهم، وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: «لا بأس به، من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك وهو حيٌّ»[٣].

وهذا الحديث أوضح تعبير في الولاية الشرعيّة بالنسبة إلى الصغير من جهة وصيّة الأب؛ لأنّ مقتضى عموم التعليل عدم اختصاص الحكم بالمضاربة، وشموله لكلّ ما كان له التصرّف فيه في حياته.

قال الإمام الخميني رحمه الله: «دلّت بتعليلها على أنّ إذن الأب موجب لصحّة المعاملات الواقعة على مال الصغير، سواء كان في حال حياته؛ بأن يوكّل من يعمل ذلك؛ أو كان بعد مماته بالإيصاء والإجازة، فيظهر منها أنّ له التصرّف... وأنّه وليّ الطفل، وأنّ تصرّفاته نافذة؛ سواء كانت فيما ملكه الطفل حال حياته، أو فيما انتقل

---

(١) مباني منهاج الصالحين ٩: ٣٥٠.

(٢) لأنّ المراد من أحمد بن محمّد هو العاصمي الكوفي، وعليّ بن الحسن هو ابن فضّال، والحسن بن علي هو الحسن بن علي بن يوسف، كما قال السيّد البروجردي في الموسوعة الرجاليّة بترتيب أسانيد الكافي ١: ١٤٩.

وأمّا المثنّى بن الوليد، فقال الكشّي: قال محمد بن مسعود: قال علي بن الحسن: سلام، والمثنّى بن الوليد والمثنّى عبد السلام كلّهم حنّاطون، كوفيّون، لا بأس بهم، اختيار معرفة الرجال، المعروف بـ«رجال الكشّي»: ٣٣٨ الرقم ٦٢٣، فلا وجه لما استشكل في مباني المنهاج من أنّ الرواية ضعيفة بحسن بن عليّ، مباني منهاج الصالحين ٩: ٣٤٩.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح١.

إليه بعد مماته»[١].

٢ ـ رواية خالد بن بكير ـ التي رواها أيضاً المشايخ الثلاثة ـ قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يابني اقبض مال إخوتك الصغار واعمل به، وخذ نصف الربح وأعطهم النصف، وليس عليك ضمان، فقدّمتني أُمّ ولد أبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى، فقالت: إنّ هذا يأكل أموال ولدي، قال: فاقتصصت عليه ما أمرني به أبي، فقال لي ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثمّ أشهد عَلَيَّ ابن أبي ليلى إن أنا حرّكته فأنا له ضامن.

فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصّتي، ثمّ قلت له: ما ترى؟ فقال: «**أمّا قول ابن أبي ليلى فلا أستطيع ردّه، وأمّا فيما بينك وبين الله ـ عزّوجلّ ـ فليس عليك ضمان**»[٢].

فهذه الرواية من جهة الدلالة صريحة في الوصيّة على الولاية في مال اليتيم.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

وأمّا سنداً، فقد استشكل عليه من جهة أنّ خالد بن بكير مجهول الحال، ولكنّ الأظهر أنّ في السند ابن أبي عمير وهو ممّن أُجمع على تصحيح ما يصحّ عنه، قال الشيخ في العدّة: «محمّد بن أبي عمير وصفوان بن يحيى وأحمد بن محمّد بن أبي نصر وغيرهم من الثقات الذين عُرِفوا بأنّهم لا يروون ولا يرسلون إلّا ممّن يوثق به»[٣] وأيضاً قصور سندها لو فرض كونها مجهولة مجبور بالشهرة العظيمة.

٣ ـ صحيحة العيص بن القاسم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن اليتيمة

---

(١) كتاب البيع للإمام الخميني ٢: ٤٣٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٧٨ الباب ٩٢ من كتاب الوصايا، ح٢.

(٣) عدّة الأصول ١: ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

متى يُدفع إليها مالها؟ قال: «إذا علمت أنّها لا تفسد ولا تُضيّع»، فسألته إن كانت قد تزوّجت؟ فقال: «إذا تزوّجت فقد انقطع ملك الوصي عنها»[١]. وكذا مرسلة محمّد بن عيسى[٢]، وخبر سعد بن إسماعيل[٣].

وقال الشهيد﵀[٤]: «وفي مكاتبة الصفّار للعسكري﵇[٥] دلالةٌ ما على الجواز».

فرع

قال في تحرير الوسيلة: «يجوز جعل الولاية على الأطفال لاثنين فما زاد بالاستقلال والاشتراك، وجعل الناظر على الوصيّ كالوصيّة بالمال»[٦].

وكذا في تفصيل الشريعة، وزاد: «والأنسب التعبير بالقيّم مكان الوصيّ»[٧].

آراء فقهاء أهل السنّة في الوصيّة بالولاية

أ ـ الشافعيّة

يشترط عندهم في الوصيّة بالولاية على الأطفال أن تكون الولاية من جهة الشرع.

ففي المهذّب للشيرازي: «من تثبت له الولاية في مال ولده ولم يكن له وليّ

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٢ الباب ٤٥ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٢) نفس المصدر ١٣: ٤٣٥ الباب ٤٦ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٣) نفس المصدر ١٣: ٤٣٦ الباب ٤٧ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٤) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٢.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٨ الباب ٥٠ من كتاب الوصايا ح ١.

(٦) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٢، كتاب الوصية مسألة ٥٧.

(٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ١٩٨.

بعده جاز له أن يوصي إلى من ينظر في ماله»[١].

وكذا في المجموع[٢] والبيان[٣].

وقال الماوردي: «إن كانت الوصيّة بالولاية على أطفال، اعتبر في الموصى بها ستّة شروط، لا تصحّ الوصيّة منه إلّا بها...

الخامس: أن يكون ـ الموصي ـ ممّن يلي على الطفل في حياته بنفسه؛ لأنّه يقيم الوصيّ مقام نفسه، فلم تصحّ إلّا ممّن قد استحقّ الولاية بنفسه، وذلك في الوالدين دون غيرهم من الإخوة والأعمام... وإذا كان هكذا فالذي يستحقّ الولاية في حياته ويوصي بها عند وفاته هو الأب وآبائه»[٤].

وقال الرافعي: «أمّا ـ إن كانت الوصاية ـ في أُمور الأطفال، فيشترط مع ذلك أن يكون للموصي ولاية على الأطفال ابتداء من الشرع، لا بتفويضٍ وشرط»[٥].

وبه قال النووي[٦] والخطيب الشربيني[٧].

ب ـ الحنفيّة

جاء في حاشية ردّ المحتار: «الولاية في مال الصغير للأب ثمّ وصيّه، ثمّ وصيّ وصيّه ولو بعد، فلو مات الأب ولم يوص فالولاية لأبي الأب، ثمّ وصيّه، ثمّ وصيّ وصيّه، فإن لم يكن فللقاضي ومنصوبه، ولو أوصى إلى رجلٍ والأولاد صغار وكبار فمات بعضهم وترك ابناً صغيراً ـ فوصيّ الجدّ وصيّ لهم ـ يصحّ بيعه عليه، كما

---

(١) المهذّب للشيرازي ١: ٤٤٩.

(٢) المجموع شرح المهذّب ١٦: ٢٩٨.

(٣) البيان ٨: ١٤٩.

(٤) الحاوي الكبير ١٠: ١٩٠.

(٥) العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٧٢.

(٦) روضة الطالبين ٥: ٣٧٤.

(٧) مغني المحتاج ٣: ٧٦.

صحّ على أبيه في غير العقار»[١]، وكذا في تبيين الحقائق[٢].

وقال السمرقندي: «ثمّ وصيّ الأب أولى من الجدّ، فإن لم يكن فالجدّ، ثمّ وصيّ الجد، فإن لم يكن فالقاضي ووصيّ القاضي»[٣].

وفي المبسوط: «إذا أوصى إلى رجلٍ بماله فهو وصيّ في ماله وولده وسائر أسبابه عندنا»[٤].

وكذا في مختصر اختلاف العلماء[٥].

ج ـ الحنابلة

تصحّ عندهم الوصيّة بالولاية على الأطفال للأب.

ففي كشّاف القناع: «فأمّا الوصيّة بالنظر إلى ورثته في أموالهم، فإن كان الموصي ذا ولايةٍ عليهم في المال كأولاده الصغار والمجانين ومن لم يعلم رشده منهم، فله أن يوصي إلى من ينظر في أموالهم بحفظها ويتصرّف لهم فيها بما لهم الحظّ فيه، لقيام وصيّه مقامه»[٦].

ولا ولاية على أموال الصغار عند الحنابلة إلّا للأب ووصيّه، وإذا سقطت الولاية من جهة القرابة فتثبت للسلطان ولا ولاية لغيرهم، ومن تثبت له الولاية على مال ولده فله أن يوصي إلى من ينظر فيه، كما في الكافي في فقه أحمد[٧].

---

(١) حاشية ردّ المحتار ٦: ٧١٤.

(٢) تبيين الحقائق ٦: ٢١٣.

(٣) تحفة الفقهاء ٣: ٢٢٠.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٨: ٢٦.

(٥) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٦٨.

(٦) كشّاف القناع ٤: ٤٨٤.

(٧) الكافي في فقه أحمد ٢: ١٠٧ و٢٦٧.

وكذا في المقنع[١] والمبدع[٢] والإقناع[٣] والفروع[٤] ومنتهى الإرادات[٥] والإنصاف[٦].

د ـ المالكيّة

جاء في حاشية الخرشي: إنّ الوصيّة على الأولاد وإقامة من ينظر في حالهم مختصّ بالآباء لا بغيرهم من الأقارب من الأجداد والإخوة... لكن بشرط أن يكون الأب رشيداً. أمّا الأب المحجور عليه؛ فإنّه لا يوصي على ولده؛ إذ لا نظر له عليه، وكذا لو بلغ الصبيّ رشيداً ثمّ حصل له السفه، فليس للأب الإيصاء عليه وإنّما الناظر له هو الحاكم[٧]. وكذا في المدوّنة الكبرى[٨] وبلغة السالك[٩] وحاشية الدسوقي[١٠] ومواهب الجليل[١١] وغيرها[١٢].

إيضاح

قال في تحرير الوسيلة: «يشترط في القيّم على الأطفال ما اشترط في الوصيّ على المال، والأحوط اعتبار العدالة، وإن كان الاكتفاء بالأمانة ووجود المصلحة

---

(١) المقنع: ١٧٩.

(٢) المبدع ٦: ١٠٦.

(٣) الإقناع ٣: ٨٠.

(٤) الفروع ٤: ٥٣٩.

(٥) منتهى الإرادات ٣: ٤٩٧.

(٦) الإنصاف ٧: ٢٨٠.

(٧) حاشية الخرشي ٨: ٥٠٣.

(٨) المدوّنة الكبرى ٦: ١٦ ـ ١٧.

(٩) بلغة السالك على الشرح الصغير ٤: ٣٣٢.

(١٠) حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

(١١) مواهب الجليل مع التاج والإكليل ٨: ٥٥٥.

(١٢) عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤٢٨.

ليس ببعيد »[١].

وأوضحه في تفصيل الشريعة بقوله: «لأنّ مرجع الأوّل ـ أي اعتبار ما اشترط في الوصيّ على المال ـ في صورة كون النصب من قبل الأب أو الجدّ للأب مع انتفاء الآخر إلى نوع وصيّة؛ لأنّ القيمومة هي الوصاية على الأطفال في مقابل الوصيّ على المال، فلا معنى لاحتمال كونه أهون منه ـ إلى أن قال ـ: ولعلّ الوجه في عدم اشتراط العدالة أنّ اعتبار العدالة التي هي مرتبة تالية من العصمة في الوصيّ والقيّم يوجب الوقوع في الحرج الشديد، وعدم تحقق الوصيّ والقيّم في كثير من الموارد؛ لقلّة من كان واجداً لصفة العدالة، وكثرة الافتقار إلى الوصيّ أو القيّم، فاللازم التوسعة بمقدار الوثاقة كما لا يخفى، مضافاً إلى أنّه لا دليل على اعتبار العدالة... ولذا نفى البعد عن الاكتفاء بالوثاقة في الوصيّ والأمانة ووجود المصلحة في القيّم...، ويؤيّده أنّه ربما لا يكون العادل حاضراً بقبول الوصاية أو القيمومة »[٢]. وسيأتي في هذا الفرع زيادة توضيح في المبحث العاشر من هذا الفصل.

(١) تحرير الوسيلة ٢: ١٠١، كتاب الوصية مسألة ٥٥.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٩٦.

المبحث الثالث: ولاية الوصيّ في المقام

من لم تكن ولايته ثابتة بأصل الشرع[١] كوصيّ الأب أو الجدّ، هل يجوز إذا حضرته الوفاة أن يوصي إلى غيره بالولاية على الأطفال وأموالهم أم لا؟

يتصوّر في المسألة ثلاث صور:

الأُولى: لو أذِن الموصي الأوّل ـ الأب أو الجدّ ـ للوصيّ أن يوصي إلى غيره أو أمره بذلك، فتصحّ هذه الصورة بلا خلافٍ، بل إجماعاً كما في الشرائع[٢] والتحرير[٣] والجواهر[٤] والحدائق[٥] وغاية المراد[٦] والرياض[٧]، وادّعاه أيضاً الشيخ الأعظم[٨].

أدلّة الصورة الأولى

ويمكن أن يستدلّ لحكم الصورة الأولى بوجوه:

الأوّل: الإجماع كما تقدّم

الثاني: ما ورد عنهم عليهم السلام في باب وجوب إنفاذ الوصيّة الشرعيّة على وجهها وعدم جواز تبديلها:

---

(١) كالأب والجدّ؛ فإنّ ولايتهما في جميع الأمور ثابتةٌ بأصل الشرع، بخلاف الوصيّ؛ فإنّه نائب ومفوّض إليه القيام بالأمور بحسب الاستنابة والتفويض. م ج ف.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٣) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٢.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

(٥) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٧.

(٦) غاية المراد ٢: ٥٠٣.

(٧) رياض المسائل ٦: ٢٩٠.

(٨) الوصايا والمواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣١.

منها: صحيحة محمّد بن مسلم ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله؟ قال: «**أعطه لمن أوصى له به وإن كان يهوديّاً أو نصرانيّاً، إنّ الله ـ عزّوجل ـ يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾**[1]»[2].

ووجه الاستدلال بالصحيحة: أنّ الإمام عليه السلام علّل إنفاذ الوصيّة وعدم جواز تغييرها بقول الله عزّوجلّ، ومقتضى عموم هذه العلّة أنّ الوصيّ لو لم يوصِ بعد موته إلى الغير، وقد أمره الموصي بذلك، فقد بدّل الوصيّة فإنّما إثمه عليه[3].

ومنها: معتبرة عليّ بن مهزيار قال: كتب أبو جعفر عليه السلام إلى جعفر وموسى: «**وفيما أمرتكما من الإشهاد بكذا وكذا نجاةٌ لكما في آخرتكما، وإنفاذ لما أوصى به أبواكُما، وبَرٌّ منكما لهما، واحذرا أن لا تكونا بدّلتما وصيّتهما، ولا غيّرتماها عن حالها؛ لأنّهما قد خرجا عن ذلك رضي الله عنهما، وصار ذلك في رقابكما، وقد قال الله ـ تبارك وتعالى ـ في كتابه في الوصيّة: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾**»[4].

ألا ترى أنّ الإمام عليه السلام حذّرهما من أن يُبدّلا وصيّة أبواهما، وأن يُغيّرا من حالها، واستشهد بقول الله عزّوجلّ، وهذه العلّة موجودة في مسألتنا هنا.

ومنها: حسنة عليّ بن يقطين ـ التي رواها أيضاً المشايخ الثلاثة ـ قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجلٍ أوصى إلى امرأةٍ وشرّك في الوصيّة معها صبيّاً؟ فقال: «**يجوز ذلك وتمضي المرأة الوصيّة، ولا تنتظر بلوغ الصبيّ، فإذا بلغ الصبيّ**

---

(١) سورة البقرة ٢: ١٨١.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤١١ الباب ٣٢ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٣) هذا البيان يدلّ على وجوب إيصاء الوصي، مع أنّ الرواية إنّما هي دالّة على الوصية بالمال فقط. م ج ك.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٢ الباب ٣٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

فليس له أن لا يرضى إلّا ما كان من تبديل أو تغيير؛ فإنّ له أن يردّه إلى ما أوصى به الميّت»[١].

فإنّها أيضاً تدلّ على عدم جواز تبديل الوصيّة وتغييرها عمّا أوصى به الميّت.

ولعلّ يشعر بذلك إطلاق نصوصٍ وردت في باب جواز الوصيّة للوارث[٢]؛ فإنّ إطلاقها يشمل وصيّة الأب أو الجدّ للوصيّ أن يوصي إلى غيره حين الوفاة.

إلّا أنّ الظاهر ورود هذه الأحاديث لبيان حكم جواز الوصيّة بالمال للوارث، فتكون هذه النصوص بالنسبة إلى مورد النزاع من جواز وصيّة الوصيّ إلى الغير أجنبيّة.

ومنها: مكاتبة الصفّار الآتية فحوىً أو منطوقاً على ما فهمه جماعة[٣].

عدم جواز الوصيّة بالولاية:

الصورة الثانية: أنّه إذا نهى الموصي الوصيَّ ومنعه أن يوصي إلى الغير بالولاية على أولاده، فالمشهور بين المتقدّمين والمتأخّرين شهرة عظيمة كادت أن تكون إجماعاً ـ كما ادّعاه في غاية المراد[٤] والرياض[٥] ـ عدم صحّة الوصيّة.

قال المفيد﵀: «وليس للوصيّ أن يوصي إلى غيره إلّا أن يشترط له ذلك الموصي، فإن لم يشترط له ذلك لم يكن الإيصاء (الإمضاء خ ل) في الوصيّة، فإن مات كان الناظر في أُمور المسلمين يتولّى إنفاذ الوصيّة على حسب ما كان يجب

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٩ الباب ٥٠ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٢) نفس المصدر ١٣: ٣٧٣ الباب ١٥ من كتاب الوصايا.

(٣) نفس المصدر ١٣: ٤٣٨ الباب ٧٠ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٤) غاية المراد ٢: ٥٠٣.

(٥) رياض المسائل ٦: ٢٩٠.

على الوصيّ أن ينفذها، وليس للورثة أن يتولّوا ذلك بأنفسهم. وإذا عدم السلطان العادل ـ فيما ذكرناه من هذه الأبواب ـ كان لفقهاء أهل الحقّ العدول من ذوي الرأي والعقل والفضل أن يتولّوا ما تولّاه السلطان، فإن لم يتمكّنوا من ذلك فلا تبعة عليهم فيه»[١]. وتبعه أبو الصلاح[٢] وابن إدريس[٣] واعتمد عليه العلّامة[٤].

وفي غاية المراد: «الموصي إمّا أن يمنع الوصيّ من الإيصاء، فلا يجوز إجماعاً، أو يأمره به، فيجوز إجماعاً»[٥].

وبه قال سلّار[٦] وابنا زهرة[٧] وحمزة[٨] والفاضلان[٩] والشهيدان[١٠]. وكذا في المهذّب البارع[١١] وجامع المقاصد[١٢] والحدائق[١٣] والجواهر[١٤] ومستمسك العروة[١٥] وغيرها[١٦].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) المقنعة: ٦٧٥ـ٦٧٦.

(٢) الكافي في الفقه: ٣٦٦.

(٣) السرائر ٣: ١٨٥ و ١٩١ـ١٩٢.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤.

(٥) غاية المراد ٢: ٥٠٣.

(٦) المراسم العلويّة: ٢٠٧.

(٧) غنية النزوع: ٣٠٦.

(٨) الوسيلة: ٣٧٣.

(٩) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، المختصر النافع: ١٩١، تذكرة الفقهاء ٢: ٥٠٩، الطبعة الحجريّة، مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤، إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤، قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣.

(١٠) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢١، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٣، الروضة البهية ٥: ٦٦.

(١١) المهذّب البارع ٣: ١٢١.

(١٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥.

(١٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٧.

(١٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

(١٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٢.

(١٦) العروة الوثقى مع تعليقات الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني ٢: ٧٧٣.

ويمكن أن يستدلّ على إثبات هذا الحكم أوّلاً: بالإجماع كما تقدّم.

وثانياً: بأنّ ولاية الوصيّ تابعة لاختيار الموصي، والمفروض أنّه نهاه عنها.

وثالثاً: بأنّ الأصل عدم جواز تسليط الغير على الأطفال وأموالهم إلّا ما خرج بالدليل، والمفروض عدم وجود دليل في المقام.

إطلاق الوصيّة

الصورة الثالثة: أن يطلق الموصي الوصيّة؛ بأن لم يأذن للوصيّ أن يوصي إلى غيره بعد موته ولم يمنعه بل سكت عن ذلك، فهل يجوز للوصيّ في هذا الفرض أن يوصي بالولاية على الأطفال أم لا؟ قولان:

القول الأوّل ـ وهو الحقّ ـ: ما هو المشهور، وعليه أكثر أصحابنا المتأخّرين بل عامّتهم: أنّه لا يجوز ذلك.

قال المفيد: «وليس للوصيّ أن يوصي إلى غيره إلّا أن يشترط له ذلك الموصي، فإن لم يشترط له ذلك لم يكن له الإيصاء (الإمضاء خ ل) في الوصيّة»[1].

وتبعه أبو الصلاح[2] وابن إدريس[3] واختاره الفاضلان[4] والمحقّق والشهيد الثانيان[5] والشيخ الأعظم[6].

---

(١) المقنعة: ٦٧٥.

(٢) الكافي في الفقه: ٢٣٥ و ٣٦٦.

(٣) السرائر ٣: ١٨٥ و ١٩١ ـ ١٩٢.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، المختصر النافع: ١٩١، قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣، تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٢، مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤، إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤، تذكرة الفقهاء ٢: ٥٠٩، الطبعة الحجريّة.

(٥) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤، الروضة البهيّة ٥: ٦٦.

(٦) الوصايا والمواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣١.

وكذا في الحدائق[١] والرياض[٢] والعروة[٣] والمستمسك[٤].

ويمكن الاستدلال لهذا القول بأُمورٍ:

الأوّل: عدم دليل الشرعي لولاية الوصيّ على الأطفال بعد الموت، فكيف يصحّ له جعلها لغيره؟ إذ الفرض عدم ظهور عبارة الموصي في ذلك كما في الجواهر[٥] والمستمسك[٦].

الثاني: المتبادر من الاستنابة في التصرّف، وهو تصرّف الوصي بنفسه. أمّا تفويض التصرّف إلى غيره فلادليل عليه[٧].

الثالث: الاقتصار في التصرّف في مال الغير ـ الممنوع منه ـ على مورد الإذن كما في الرياض[٨].

وفي المختلف: «لنا: الأصل سقوط ولايته بعد موته، وعدم جواز تسليط الغير على الأطفال.

ولأنّ ولايته تتبع اختيار الموصي، وهو مقصور عليه، إذ التقدير ذلك، فالتخطّي منافٍ لمقتضى الوصيّة»[٩]. وكذا في غاية المراد[١٠].

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٨.

(٢) رياض المسائل ٦: ٢٩١.

(٣) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٣.

(٤) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩١.

(٥) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

(٦) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩١.

(٧) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٣، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٨.

(٨) رياض المسائل ٦: ٢٩١.

(٩) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤.

(١٠) غاية المراد ٢: ٥٠٤.

جواز الوصيّة بالولاية

القول الثاني: أنّه يجوز للوصيّ أن يوصي إلى الغير بالولاية على الأطفال والنظر في أموالهم وإن لم يأذن له الموصي.

اختاره الشيخ في النهاية[١] والخلاف[٢] وتبعه ابن البرّاج[٣]، وبه قال أيضاً ابن الجنيد على ما حكى عنه في المختلف[٤].

واستدلّ لهذا القول بوجوهٍ:

الأوّل: أنّ الموصي لمّا أقام الوصيّ مقام نفسه[٥] فيثبت للوصيّ من الولاية ماثبت له، ومن ذلك الاستنابة بعد الموت.

الثاني: أنّ الاستنابة من جملة التصرّفات التي يملكها حيّاً بالعموم كما يملكها بالخصوص، فكذا الاستنابة بعد الموت[٦].

وأُجيب عنه بمنع كون الاستنابة بعد الوفاة ممّا يملكها الوصيّ، وهل هو إلّا عين المتنازع فيه، فيكون مصادرةً، فإنّ رضا الموصي بتولية الوصيّ مباشرةً لا يقتضي رضاه بفعل غيره؛ لاختلاف الأنظار والأغراض في ذلك، ولأنّه لا يتبادر من إطلاق الوصيّة إلّا تصرّف الوصيّ بنفسه، وأنّ الموصي لم يقم الوصي مقام نفسه مطلقاً حتّى في نصب وليّ بعده على الطفل، بل أقامه في التصدّي لأفعال الطفل مباشرةً، من دون أن يكون له حقّ نصب وليّ بعده، وإنّما يحمل اللفظ عند إطلاقه

---

(١) النهاية للطوسي: ٦٠٧.

(٢) الخلاف ٤: ١٦٢.

(٣) المهذّب ٢: ١١٧.

(٤) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤.

(٥) نعم إنّه أقام مقام الموصي بنصب الوصيّ، فدائرتها إنّما هي محدودة بما حدّده الموصي. وبالجملة: أنّ الوصاية كالوكالة، فكما أنّه ليس للوكيل توكيل الغير وإن أقام مقام الموكّل، فكذلك الوصيّ. م. ج. ف.

(٦) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٣، الروضة البهيّة ٥: ٦٦، جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٧.

على المتبادر منه، وبموته يسقط التصرّف بالمباشرة، وتفويض التصرّف إلى غيره يحتاج إلى دليلٍ[١].

وقال الشهيد في غاية المراد في بيان الاستدلال للقول الثاني: بأنّه «يجوز للوصيّ أن يوكّل غيره في التصرّف في أموال الطفل وشؤونه، فكذا الإيصاء:

ولأنّ الوصيّ ملك ما ملكه الجدّ من التصرّف، فكما جاز للجدّ الإيصاء فكذا له.

وأجاب بأنّا لا نسلّم أنّه ملك ما ملكه الجدّ، سلّمنا، لكن ملكه في الحياة فلِمَ قلتم ببقائه مع انقطاعه بالوفاة»[٢].

الثالث: الاستدلال بما رواه الصدوق والشيخ في الصحيح، عن محمّد بن الحسن الصفّار، عن أبي محمّد عليه السلام أنّه كتب إليه: رجل كان وصيّ رجل فمات وأوصى إلى رجل، هل يلزم الوصيّ وصيّة الرجل الذي كان هذا وصيّه؟ فكتب عليه السلام: «يلزمه بحقّه إن كان له قبله حقّ إن شاء الله»[٣].

وتقريب الاستدلال بها بأن يُقال: الظاهر أنّ المراد بالحقّ هنا حقّ الإيمان[٤]، فكأنّه قال: يلزمه إن كان مؤمناً وفاءً لحقّه عليه بسبب الإيمان؛ فإنّه يقتضي معونة المؤمن وقضاء حوائجه، ومن أهمّها إنفاذ وصيّته[٥].

جاء في الدروس: «في مكاتبة الصفّار للعسكري عليه السلام دلالة ما على الجواز»[٦].

---

(١) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤، الروضة البهيّة ٥: ٦٦، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٨، رياض المسائل ٦: ٢٩٢.

(٢) غاية المراد ٢: ٥٠٤.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٤٦٠ الباب ٧٠ من كتاب الوصايا، ح١.

(٤) وهذا التفسير مكابرة جدّاً. م ج ف

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٤، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤، جامع المقاصد ١١: ٢٦٥.

(٦) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢١.

وفي الجواهر: «أو أنّ المراد، يلزم الوصيّ الثاني أن ينفذ وصيّة الموصي الأوّل بسبب حقّه الذي على الوصيّ الثاني؛ لأنّه كان له ـ أي للأوّل عليه ـ أي على الوصيّ الثاني ـ حقّ من حيث الوصيّة، فيجب على الثاني إنفاذ كلّ حقّ على الأوّل. فينبغي قراءة[١] أن بفتح الهمزة حقّ يكون منصوباً بنزع الخافض على الوجه الذي ذكرناه»[٢].

ويرد على الاستدلال بها: أنّه يحتمل حمل الحقّ فيها على حقّ الوصيّة إلى وصيّ الأوّل، كما في المختلف[٣] وجامع المقاصد[٤] والمسالك[٥] وغيرها[٦].

بمعنى أنّ الوصيّة تلزم الوصي الثاني بحقّ الأوّل[٧]، إن كان له أي للأوّل قبله، يعني قبل الوصيّ الأوّل حقٌّ؛ بأن يكونَ قد أوصى إليه وأذن له أن يوصي، فقد صار له قبله حقّ الوصيّة، فإذا أوصى بها لزمت الثاني، وهذا الاحتمال إن لم يكن أرجح فلا أقلّ يكون مساوياً، ومع هذا التردّد في المراد وتعدّد الاحتمال تكون الرواية في غاية الإجمال، يُرَدُّ علمها إلى أهلها، وبه يسقط الاستدلال بها في هذا المجال.

بل في الرياض: أنّ الذي يظهر منها ـ بعد تعمّق النظر فيها ـ كون المراد

---

(١) في المصدر قرءتها، والأصحّ ما أثبتناه.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٥.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٣٥٣.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٥.

(٥) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٤.

(٦) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢١، غاية المراد ٢: ٥٠٤، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٨، جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٨.

(٧) وهذا المعنى هو الظاهر من الرواية، فكأنّه قال: يلزم الوصيّ الثاني بحقّ الوصيّ الأوّل إن كان للأوّل قبل الإيصاء حقّ، وهذا الشرط بمعنى أنّ الوصيّ الأوّل كان مأذوناً من الموصي الأوّل بالنسبة إلى الإيصاء إلى الثاني فافهم، وبناءً على ذلك يكون أصل الجواز ـ أي جواز الإيصاء مع إذن الموصي ـ مفروغاً عنه، وإنّما كان السؤال عن اللزوم وعدمه، وعلى هذا تكون الرواية ظاهرة الدلالة ولا إجمال فيها. م ج ف.

بالسؤال أنّ الوصيّ أوصى إلى الغير فيما يتعلّق به وجعله وصيّاً لنفسه، فهل تدخل في هذه الوصيّة وصيّة الموصي الأوّل، فيلزم الوصي الثاني العمل بها أيضاً، أم لا؟

فكتب عليه السلام الجواب بما مضى، فلا وجه للاستدلال بها أيضاً؛ لكونها على هذا التقدير مجملة، ومقتضاها حينئذٍ أنّه إن كان للموصي الأوّل قبله ـ أي الموصي الثاني ـ حقّ من جهة وصيّته إليه بالإيصاء لزمه الوفاء به، وإلّا فلا، ويكون المراد بالحقّ حقّ التوصية إلى الوصيّ الثاني؛ بأن صرّح له بالوصيّة فيرجع حاصل الجواب إلى أنّ وصيّة الأوّل لا تدخل في إطلاق وصيّة الموصي الثاني إلّا أن يصرّح به، وهو كما ترى غير مورد النزاع»[1].

على هذا لابدّ من الأخذ بمقالة المشهور من عدم جواز إيصاء الموصي الثاني إلّا بإذن صريح من الموصي الأوّل.

آراء فقهاء أهل السنّة في الوصية بالولاية من الوصيّ

الظاهر أنّه لا خلاف بينهم في أنّه إذا أوصى الأب إلى رجلٍ، وأذن له أن يوصي إلى من يشاء، صحّ له أن يوصي إلى من شاء؛ لأنّه رضي باجتهاده واجتهاد من يراه، فصحّ كما وصّى إليهما معاً.

وأمّا إن أوصى إليه وأطلق، فعندهم قولان:

قال مالك وأبو حنيفة: صحّ له أن يوصي إلى من يشاء، بأن يتولّى أمور الصغار، ولكنّ الشافعيّة والحنابلة قالوا بأنّه ليس له الإيصاء إلّا أن يؤذن له.

فإليك نصّ كلماتهم:

قال في المقنع: «وليس للوصي أن يوصي إلّا أن يجعل ذلك إليه»[2].

---

(١) رياض المسائل ٦: ٢٩٢، جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٥ ـ ٤٢٦.

(٢) المقنع: ١٧٩.

وفي المغني والشرح الكبير: «إذا أوصى إلى رجلٍ وأذن له أن يوصي إلى من يشاء نحو أن يقول: أذنت لك إلى أن توصي إلى من شئت... صحّ... وهذا قول أكثر أهل العلم. وحكي عن الشافعي في أحد قوليه أنّه قال: ليس له أن يوصي؛ لأنّه يلي بتولّيه، فلا يصحّ أن يوصي كالوكيل.

ولنا: أنّه مأذون في الإذن في التصرّف، فجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا أمر بالتوكيل... فأمّا إن أوصى إليه وأطلق فلم يأذن له ولم ينهه عنه، ففيه روايتان:

إحداهما: له أن يوصي إلى غيره، وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري وأبي يوسف، لأنّ الأب أقامه مقام نفسه، فكان له الوصيّة كالأب.

والثانية: ليس له ذلك... وهو مذهب الشافعي وإسحاق...»[1].

وفي الكافي: «إذا أوصى إلى رجلٍ وجعل له أن يوصي إلى من شاء جاز، وله أن يوصي إلى من شاء من أهل الوصيّة، لأنّه رضي باجتهاده وولايته من ولّاه، وإن نهاه عن الإيصاء لم يكن له أن يوصي، كما لو نهى الوكيل عن التوكيل، وإن أطلق ففيه روايتان:

إحداهما: له أن يوصي؛ لأنّه قائم مقام الأب فملك ذلك كالأب.

والثانية: ليس له ذلك... لأنّه يتصرّف بالتولية، فلم يكن له التفويض من غير إذن فيه كالتوكيل»[2].

وقال في المبدع ـ في شرح كلام الماتن في المقنع: وليس للوصي أن يوصي ـ: «إذا أطلق على المذهب؛ لأنّه قصر في توليته فلم يكن له التفويض كالوكيل، إلّا أن يجعل ذلك إليه»[3] ومثّل بما مرّ في كلام المغني. ومثل ذلك في منتهى الإرادات[4]

---

(١) المغني: ٦/ ٥٧٤ ـ ٥٧٥، والشرح الكبير: ٦/ ٥٨٨.

(٢) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ٢٩٢.

(٣) المبدع في شرح المقنع ٦: ١٠٥.

(٤) منتهى الإرادات ٣: ٤٩٦.

والإنصاف[١] وكشّاف القناع[٢] والإقناع[٣].

وفي المهذّب: «ولا يجوز ـ أي للوصي ـ أن يوصي إلى غيره؛ لأنّه يتصرّف بالإذن فلم يملك الوصيّة كالوكيل»[٤].

وفي البيان: «وإن أوصى إلى رجل ولم يأذن الموصي للوصيّ أن يوصي، فللوصيّ أن يتصرّف ما عاش، وليس له أن يوصي إلى غيره به، وبه قال الأوزاعي وأحمد وإسحاق. وقال الثوريّ ومالك وأبو حنيفة وأصحابه: للوصيّ أن يوصي...»[٥].

وكذا في الوجيز[٦] ومغني المحتاج[٧] ومنهاج الطالبين[٨] وغيرها[٩].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) الإنصاف ٧: ٢٧٨.

(٢) كشّاف القناع ٤: ٤٨٣.

(٣) الإقناع ٣: ٧٩.

(٤) المهذّب في فقه الإمام الشافعي ١: ٤٦٤.

(٥) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨: ٣١٠ـ٣١١.

(٦) الوجيز ١: ٤٦١.

(٧) مغني المحتاج ٣: ٧٦.

(٨) منهاج الطالبين ٢: ٣٧٧.

(٩) روضة الطالبين ٥: ٣٧٥، العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٧٣، تكملة البحر الرائق ٩: ٣٢٠.

المبحث الرابع:
عدم ولاية الحاكم على الوصية بالولاية

الظاهر أنّه لا خلاف بين الفقهاء في أنّه لا ولاية للحاكم على الوصيّة بالولاية على الأطفال بعد وفاته.

في الشرائع: «لا تصحّ الوصيّة بالولاية على الأطفال إلّا من الأب والجدّ للأب خاصّة»[١].

وقال في المسالك: «لمّا كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفة للأصل، إذ الأصل عدم جواز تصرّف الإنسان في مال غيره بغير إذنه أو في معناه[٢]، وجب الاقتصار في نصب الوليّ على الأطفال على محلّ النصّ أو الوفاق؛ وهو نصب الأب والجدّ له، فلا يجوز للحاكم ـ وإن كان وليّاً عليهم ـ أن ينصب بعده عليهم وليّاً؛ لأنّ ولايته مقصورة عليه حيّاً، وإذا مات ارتفع حكمه وإن جاز له أن يوكّل حيّاً عليهم؛ لأنّ له الولاية حينئذٍ»[٣]. وكذا في الجواهر[٤].

وفي العروة: «لا يصحّ ذلك ـ أي الوصيّة بالولاية على الأطفال ـ لغيرهما ـ أي الأب والجدّ ـ حتّى الحاكم الشرعي؛ فإنّه بعد فقدهما له الولاية عليهم ما دام حيّاً،

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

(٢) وجاء في ذيل رواية الاحتجاج: «فلا يحلّ لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه». وسائل الشيعة ٦: ٣٧٧ الباب ٣ من أبواب الأنفال، ح٦.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ١٤٤.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

وليس له أن يوصي بها لغيره بعد موته، فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر»[١]. وأضاف في المستمسك: «بلا خلافٍ ظاهر»[٢].

أدلّة عدم جواز الوصيّة بالولاية للحاكم

ويمكن الاستدلال لهذا الحكم بأُمورٍ:

الأوّل: ما ذكره في الجواهر: من أنّه لا تصحّ الوصيّة بالولاية على الأطفال من الحاكم؛ لأنّه تثبت ولايته عليهم من حيث المحكومة منهم عليهم السلام المقيّدة بزمن الحياة، فهو شبيه الوكيل عن الإمام عليه السلام بالنسبة إلى ذلك، فينعزل بالموت[٣].

الثاني: عدم الدليل على ولاية الحاكم بعد الموت، فكيف يصحّ له جعلها لغيره؟ لأنّ العمدة في الأدلّة على ولاية الحاكم مقبولة ابن حنظلة[٤] المتضمّنة جعل الحاكم الشرعي حاكماً، الموجبة لثبوت أحكام الحكّام له، ومنها تولّي الأيتام وشؤونهم، ولم يثبت أنّ للحاكم ولاية نصب الوليّ بعده، فالمرجع أصالة عدم ترتيب الأثر، كما أشار إليه في المستمسك[٥].

الثالث: قصور أدلّة ولاية الحاكم الشرعي عن إثبات ولايته على الوصيّة إلى غيره بالولاية بعد وفاته؛ لأنّها إنّما تثبت له من باب كون الفعل ممّا لابدّ من تحقّقه في الخارج ويرغب الشارع في حصوله، وهو يحتاج إلى من يقوم به، والقدر

---

(١) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٣ ـ ٦٧٥.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٢.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

(٤) الكافي ١: ٦٧ ح ١٠، تهذيب الأحكام ٦: ٣٠١ ح ٨٤٥، الفقيه ٣: ٥، وسائل الشيعة ١٨: ٧٥ الباب ٩ من أبواب صفات القاضي، ح ١.

(٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٢.

المتيقّن منه هو الحاكم الشرعي؛ فإنّه يختصّ بحال حياته، وما دام حاكماً شرعيّاً، فلايشمل إيصاءه لغيره بالولاية بعد مماته[١].

الرابع: ما ذكره السيّد الفقيه السبزواري من «أنّه مع وجود حاكم شرعي آخر لايتحقّق موضوع الوصاية أصلاً؛ لأنّ ولاية حكّام الشرع نوعيّة صنفيّة، لا أن تكون فرديّة شخصيّة، وحينئذٍ تكون وصاية من مات من الحاكم الشرعي مع وجود الآخر كوصاية كلّ واحدٍ من الأب والجدّ مع وجود الآخر، حيث إنّه لا أثر لها»[٢].

وفي الجواهر: «... بعد أن كان نصب القيّم للصنف الذي ثبت في حقّ الشخص باعتبار اندراجه فيه، فإذا انعدم فرد قام مقامه فرد آخر ممّا حلّ فيه طبيعة الصنف الذي قد نصبه إمام الأصل، ولنحو ذلك لم يصحّ الوصيّة من الأب والجدّ له بالولاية مع وجود الآخر»[٣].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

فرع

جاء في تعليقة الشيخ محمّد حسين كاشف الغطاء على العروة: «إذا نصب الحاكم قيّماً على الأطفال تبقى ولايته عليهم ولو بعد موت الحاكم. نعم، لو نصب وكيلاً سقطت وكالته بموت موكّله»[٤].

إيضاح

بحسب تتبّعنا لم نظفر في كلمات فقهاء أهل السنّة على رأي صريح في هذه

(١) مستند العروة، كتاب النكاح ٢: ٤٢٩.

(٢) مهذّب الأحكام ٢٢: ١٧٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

(٤) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٤.

المسألة وإن استفيد من إطلاق بعض كلماتهم: أنّه صحّ للحاكم الوصيّة بالولاية في أُمور الأيتام، مثل قوله في الكافي: «ومن صحّ تصرّفه في المال صحّت وصيّته؛ لأنّها نوع تصرّف»[1]. ولكن يحتمل قويّاً انصرافه عن الحاكم، والمقصود منه هو الأب والجدّ والأمّ و... الذين هم مقدّمون في الولاية على الحاكم.

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) الكافي في فقه الإمام أحمد ٢: ٢٦٧.

المبحث الخامس: عدم تولّي الأُمّ الوصيّة بالولاية

لا خلاف بين الفقهاء ـ بل الإجماع بينهم ـ في أنّه لا تلي الأُمّ للوصيّة بالولاية على الأطفال وإن لم يكن لهم أب ولا جدّ.

قال الشيخ في المبسوط: «امرأةٌ لها أطفالٌ، فأوصتْ إلى رجلٍ بالنظر في أموال أطفالها، فمَن قال: لها الولاية بنفسها، قال: وصيّتها إلى الأجنبي صحيحةٌ؛ لأنّها تلي بنفسها كما لو أوصى الأب إلى رجل، كذلك هي مثله، وعندنا أنّ الوصيّة تبطل؛ لأنّها لا تَملِكُ شيئاً»[١].

وأشار إلى ذلك أيضاً في الخلاف[٢].

وفي الشرائع: «لا تصحّ الوصية بالولاية على الأطفال إلّا من الأب أو الجدّ للأب خاصّة، ولا ولاية للأُمّ ولا تصحّ منها الوصيّة عليهم»[٣].

وقال العلّامة: «وليس للأُمّ أن توصي على أولادها وإن لم يكن لهم أب ولا جدّ»[٤].

وفي التذكرة: «الوصيّة بالولاية إنّما تصحُّ من الأب أو الجدّ للأب وإن علا، ولا ولاية لغيرهم من أخ أو عمّ أو خال أو جدّ لأُمّ؛ لأنّ هؤلاء لا يكون أمر الأطفال إليهم فكيف يثبت لهم ولاية، فإنّ الوصي نائب عن الموصي (على الموصي خ ل)[٥] فإذا كان الموصي لا ولاية له فالموصى إليه أولى بذلك. وأمّا الأُمّ فلا ولاية

---

(١) المبسوط للطوسي ٤: ٥٥.

(٢) الخلاف ٤: ١٦٢.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣.

(٥) في المصدر: على الموصي، والأولى: عن الموصي.

لها عندنا أيضاً»[١].

وكذا في التحرير[٢] والمختلف[٣] والإرشاد[٤] والدروس[٥] وجامع المقاصد[٦] والجواهر[٧] والعروة[٨]. وبه قال أيضاً الشيخ الأعظم[٩] وسادة الفقهاء الحكيم[١٠] والخوئي[١١] والسبزواري[١٢]. وكذا في الوسيلة[١٣] وتحريرها[١٤] وتفصيل الشريعة[١٥].

وقال الشهيد الثاني في شرح كلام المحقّق: «هذا الحكم داخل في السابق الدالّ على عدم صحّة الوصيّة عليهم لغير الأب والجدّ له، وإنّما خُصّ الأمّ بالذكر بعد دخولها لإثبات ابن الجنيد[١٦] الولاية لها مع رُشدها بعد الأب، وهو شاذّ»[١٧].

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجريّة.

(٢) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٣٧، ٣٨١.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٨.

(٤) إرشاد الأذهان ١: ٤٥٧.

(٥) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٣.

(٦) جامع المقاصد ١١: ٢٦٩.

(٧) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

(٨) العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٥.

(٩) الوصايا والمواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ٦٢.

(١٠) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٣.

(١١) مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٩.

(١٢) مهذّب الأحكام ٢٢: ١٧٣.

(١٣) وسيلة النجاة: ٥٦٨.

(١٤) تحرير الوسيلة ٢: ١٠١، كتاب الوصية مسألة ٥٤.

(١٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ١٩٥.

(١٦) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٨.

(١٧) مسالك الأفهام ٦: ١٤٤.

ويدلّ على هذا الحكم الإجماع كما هو ظاهر كلام الشيخ[١] والعلّامة[٢]. وكذا الأصل بعد عدم دليل على ثبوت الولاية لها في عرض الأب والجدّ أو في طولها[٣].

فرع

جاء في الشرائع: «ولو أوْصَتْ ـ الأُمّ ـ لهم ـ أي للأطفال ـ بمالٍ ونَصَبَتْ وصيّاً، صحّ تصرّفه في ثلث تركتها وفي إخراج ما عليها من الحقوق، ولم تُمضَ على الأولاد»[٤].

وقال العلّامة: «ولو أوصت لهم بمالٍ ونَصَبَتْ وصيّاً صحّت الوصية بالمال من ثلث تركتها، وبطلت الولاية على الأولاد»[٥]. وكذا في الدروس[٦]. وبه قال الشيخ الأعظم[٧].

وفي المسالك: «هذا الحكم واضح بعدما سَلَفَ من عدم ولايتها عليهم. ونبّه بتخصيصه على أنّ تبعّض وصيّتها ـ إذا اشتملت على أُمور بعضها سائغ وبعضها ممنوع ـ غير مانع من نفوذ المشروع منها، وحينئذٍ فتصحّ وصيّتها لهم بالمال ولا يصحّ إيصاؤها، بل يبقى حكم المال الموصى به كسائر أموالهم يرجع فيه إلى وليّهم الخاصّ أو العامّ»[٨].

---

(١) المبسوط للطوسي ٤: ٥٤.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجريّة.

(٣) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩٣، مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٩، جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧، مهذّب الأحكام ٢٢: ١٧٣.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٥.

(٥) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٣٧.

(٦) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٣.

(٧) الوصايا والمواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ٦٢.

(٨) مسالك الأفهام ٦: ١٤٤ـ١٤٥.

آراء فقهاء أهل السنّة في الوصية بالولاية للأُمّ

إنّهم في هذه المسألة على قولين:

الأوّل: ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعيّة والحنابلة والحنفيّة من أنّه لاتصحّ الوصاية في أمر الأطفال للأُمّ.

ففي روضة الطالبين: «ليس لغير الأب والجدّ الوصاية في أمر الأطفال ولا للأُمّ»[١].

وفي مختصر اختلاف العلماء: «لمّا لم يكن للأُمّ والأخ ولاية في مال الصغير كذلك وصيّهما، وقد اتّفقوا على أنّ وصيّهما لا يتصرّف فيما لم يرثه الصغير عنهما»[٢].

وهكذا صرّح في البيان: بـ«أنّ الأُمّ لا ولاية لها بالنظر في مال ولدها»[٣].

وكذا في مغني المحتاج[٤] وكشّاف القناع[٥].

وقال ابن عابدين: «وأمّا وصيّ الأخ والأُمّ والعمّ وسائر ذوي الأرحام... لهم بيع تركة الميّت لدينه أو وصيّته... لا بيع عقار الصغار؛ إذ ليس لهم إلّا حفظ المال ولا الشراء للتجارة ولا التصرّف فيما يملكه الصغير... مطلقاً؛ لأنّهم بالنظر إليه أجانب»[٦].

الثاني: ما ذهبت إليه المالكيّة، فإنّهم قالوا بصحّة الوصاية في أمر الأطفال للأُمّ بشروطٍ ثلاثة ذكرت في كلماتهم.

ففي حاشية الخرشي: «إنّ الأُمّ يجوز لها أن توصي على الصغير بشروط ثلاثة:

---

(١) روضة الطالبين ٥: ٣٧٦.

(٢) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٧١.

(٣) البيان في مذهب الشافعيّ ٨: ١٥٠.

(٤) مغني المحتاج ٣: ٧٦.

(٥) كشّاف القناع ٤: ٤٨٤.

(٦) حاشية ردّ المحتار ٦: ٧١٤.

الأوّل: أن يكون المال الموصى فيه قليلاً كستّين ديناراً.

الثاني: أن لا يكون للصغير وليّ ولا وصيّ.

الثالث: أن يكون المال موروثاً عن الأُمّ»[١].

وكذا في حاشية الدسوقي[٢] وبلغة السالك[٣] ومواهب الجليل[٤] وعقد الجواهر الثمينة[٥].

وجاء في المدوّنة الكبرى: «لا تجوز وصيّتها في مال ولدها إذا كانوا صغاراً ولهم أبٌ، فإن لم يكن لهم والد جازت وصيّتها في مال نفسها... وأنّ مالكاً يخفّف ذلك ويجعله وصيّاً في الشيء اليسير... وأمّا في الشيء الكثير فلا، وينظر السلطان له في ذلك»[٦].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) حاشية الخرشي على مختصر خليل ٨: ٥٠٤.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

(٣) بلغة السالك لأقرب المسالك على الشرح الصغير ٤: ٣٣٣.

(٤) مواهب الجليل والتاج والإكليل ٨: ٥٥٥ و ٥٥٦.

(٥) عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤٢٨.

(٦) المدوّنة الكبرى ٦: ١٦ ـ ١٧ مع تصرّف يسير.

المبحث السادس: نصب القيّم مع وجود الجدّ

هل يجوز للأب نصب الوصيّ والقيّم على ولده الصغير مع وجود الجدّ أم لا؟ أقوال:

الأوّل ـ وهو الأصحّ ـ: بطلان الوصيّة مطلقا؛ بمعنى أنّه إذا أوصى الأب إلى الأجنبي تبطل وصيّته بالنسبة إلى زمان كون الجدّ موجوداً وبعد موته أيضاً.

قال الشيخ في الخلاف: «لا يجوز ـ أي للأب ـ أن يوصي إلى أجنبيّ، بأن يتولّى أمر أولاده مع وجود أبيه، ومتى فعل لم تصحّ الوصيّة؛ لأنّ الجدّ أولى به»[١].

وكذا في المبسوط[٢].

وفي الشرائع: «ولو أوصى بالنظر في مال ولده إلى أجنبيّ وله أب، لم يصحّ، وكانت الولاية إلى جدّ اليتيم دون الوصيّ، وقيل: يصحّ ذلك في قدر الثلث ممّا ترك وفي أداء الحقوق»[٣].

وبه قال في التذكرة[٤] والتحرير[٥] وجعله أحد الاحتمالين في الدروس[٦].

وفي المسالك: «أنّ ولاية الجدّ وإن علا على الولد مقدّمة على ولاية وصيّ الأب، فإذا نصب الأب وصيّاً على ولده المولّى عليه مع وجود جدّه للأب وإن علا لم يصحّ؛ لأنّ ولاية الجدّ ثابتةٌ له بأصل الشرع، فليس للأب نقلها عنه ولا إثبات

---

(١) الخلاف ٤: ١٦١.

(٢) المبسوط للطوسي ٤: ٥٤.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجريّة.

(٥) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨١.

(٦) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٢.

شريك معه. ومعنى عدم صحّتها أنّها لا تقع ماضية مطلقاً»[١].

وكذا في جامع المقاصد[٢] والحدائق[٣]. وادّعى في الجواهر الإجماع عليه[٤]. واختاره في العروة وكذا في التعليقات عليها[٥].

واستظهره في المستمسك من كلمات الأصحاب، حيث قال: «فالذي يظهر منهم المفروغيّة عن عدم صحّة الوصاية للأجنبي مع معارضتها لولاية الجدّ»[٦].

وبه قال في الوسيلة[٧] وتحريرها[٨]. وكذا في تفصيل الشريعة[٩].

أدلّة هذا الحكم

ويمكن أن يستدلّ على هذا بأُمور:

الأوّل: الإجماع كما ادّعاه في الخلاف[١٠] والمبسوط[١١] والجواهر[١٢].

الثاني: الأصل، قال في المستمسك: «وهو مقتضى الأصل بعد قصور النصوص عن الإطلاق الشامل للصورة المذكورة، بل ذكرنا في «نهج الفقاهة» في

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٨.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٥.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

(٥) العروة مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٣.

(٦) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩١.

(٧) وسيلة النجاة: ٢/ ١٥١.

(٨) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٠ مسألة ٥٤.

(٩) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٩٥.

(١٠) الخلاف ٤: ٢ مسألة ٤٣.

(١١) المبسوط للطوسي ٤: ٥٤.

(١٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٧٧.

مبحث الولاية الإشكال في وجود إطلاق في دليل ولاية الأب في حال حياته فضلاً عن المقام. وعليه: فلا مجال للتأمّل في عدم الوصيّة بالولاية من الأب على الولد مع وجود الجدّ»[١].

وكذا في الجواهر، وأضاف بأنّ «ما دلّ على ولاية الجدّ والأب ممّا هو ظاهر في انحصار أمر الطفل فيهما مع وجودهما أو أحدهما على وجهٍ ينافيه ولاية أحدهما مع وصيّ الآخر»[٢].

الثالث: أنّ الأب لا ولاية له بعد موته مع وجود الجدّ وصلاحيّته للولاية، فإذا انقطعت ولاية الأب بموته لم تقع ولاية وصيّه، فإذا مات الجدّ افتقر عود ولاية الأب، ـ لتؤثّر في نصب الوصيّ ـ إلى دليل، إذ الأصل عدم عودها، فلا تصحّ في حياة الجدّ ولا بعد موته، كما في المسالك[٣] وجامع المقاصد[٤].

وقال السيّد الفقيه الخوئي: «الأولى أن يستدلّ له بأنّ ولاية الأب والجدّ بمقتضى دليلها ولاية مطلقة وغير مقيّدة.

ومن هنا لا ينسجم جعل الولاية لغيرهما مع وجود واحدٍ منهما في عرضه، حيث إنّ مقتضاه تقييد ولايته بعدم تصرّف ذلك الغير قبل تصرّفه.

فهو نظير ما ذكرناه في باب الأوامر من أنّ مقتضى إطلاق الأمر كونه تعيينيّاً لا تخييريّاً، باعتبار أنّ جعل البدل له ينافي إطلاقه. ففيما نحن فيه إطلاق الدليل ينافي كون الوليّ هو الجامع بين الباقي منهما ووصيّ الآخر، بل مقتضاه كون الباقي هو الوليّ لا غير»[٥].

---

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٩١.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٨.

(٥) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٢٨ـ٤٢٩.

بطلان الوصيّة في زمان ولاية الجدّ

القول الثاني: بطلان الوصيّة في زمان ولاية الجدّ خاصّة؛ بمعنى أنّه لو أوصى الأب إلى أجنبيّ فإنّ ولايته تبطل ما دام الجدّ موجوداً، وبعد موت الجدّ تعود الولاية إلى الوصيّ؛ لأنّ ولاية الأب شاملة للأزمنة كلّها إلّا زمان ولاية الجدّ، فيختصّ البطلان بزمان وجوده[١]. كما هو الظاهر من كلام العلّامة في القواعد، حيث قال: «ولا يجوز له نصب وصيٍّ على ولده الصغير أو المجنون مع الجدّ للأب، بل الولاية للجدّ، وفي بطلانها مطلقاً إشكال. نعم، تصحّ في إخراج الحقوق»[٢].

وقد ظهر ممّا تقدّم جوابه؛ لأنّ انقطاع ولاية الأب بموته مع وجود الجدّ الصالح للولاية أمر معلوم، وعودها بعد موت الجدّ يحتاج إلى دليل. ودعوى أنّ ولاية الأب ثابتة في جميع الأزمان المستقبلة ـ التي من جملتها ما بعد زمان الجدّ ـ غير معلوم، بل هو محلّ البحث والنزاع كما لا يخفى، وإنّما المعلوم انقطاع ولايته بعد موته مع وجود الجدّ بعده لا ثبوتها بعد موت الجدّ[٣].

صحّة الوصيّة في الثلث

القول الثالث: أنّه تصحّ وصيّة الأب للأجنبيّ مع وجود الجدّ في الثلث خاصّة؛ لأنّ له إخراج الثلث عن الوارث، فيكون له إثبات ولاية غيره بطريق أولى. اختاره الشيخ في موضعٍ من المبسوط[٤]. واستجاده العلّامة في المختلف[٥].

---

(١) جامع المقاصد ١١: ٢٦٩، مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٤.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٣.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٤.

(٤) المبسوط للطوسي ٤: ٥٢.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٣٣٦.

جاء في المسالك: «وفيه منع الأولويّة بل الملازمة؛ فإنّ إزالة الملك يقتضي إبطال حقّ الوارث منه أصلاً، وهو الأمر الثابت له شرعاً، وأمّا بقاؤه في ملك الوارث؛ فإنّه يقتضي شرعاً كون الولاية عليه لمالكه، أو وليّه الثابت ولايته عليه بالأصالة، فلا يكون للأب ولاية عليه بالنسبة إليه أصلاً»[١].

وكذا في جامع المقاصد[٢] والحدائق[٣] والجواهر[٤].

هذا كلّه في أمر الأطفال. وأمّا في قضاء الديون وإخراج الحقوق وتنفيذ الوصايا، فيجوز للأب أن يوصي إلى غير الجدّ؛ إذ لا ولاية للجدّ هنا أصلاً وإن لم ينصب وصيّاً، فأبوه أولى بقضاء الديون وأمر الأطفال[٥].

قال الشهيد الثاني: «واعلم أنّ قوله ـ: في القول الأخير: إنّها تصحّ في أداء الحقوق ـ أجنبيٌّ من المسألة التي هي موضع النزاع؛ لأنّ موضوعها الوصيّة بالنظر في مال ولده وله أب، لا وصيّته في ماله ليخرج منه الحقوق؛ فإنّ ذلك ثابت بالإجماع».

ثمّ قال: «ويمكن أن يفرض لجواز الوصيّة في إخراج الحقوق فائدةٌ، وهي: أنّ وصيّة الإنسان مع وجود أبيه في إخراج الوصايا وإن كانت جائزةً لكن لا تخلو من إشكال؛ لأنّ وصيّة الولد إنّما تصحّ بما لا ولاية للأب فيه، ولهذا لم تصحّ الوصيّة على الأطفال مع وجود الأب.

وإذا كان كذلك فلو لم يوصِ الولد بقضاء الدين وإنفاذ الوصايا مع وجود أبيه

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٧.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٦٩.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٩٥.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٩.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجريّة، جامع المقاصد ١١: ٢٦٩.

كان الأب أولى بذلك من غيره حتّى الحاكم، كما هو أولى بالأطفال كما نبّه عليه في التذكرة[١]»[٢].

آراء فقهاء أهل السنّة في نصب القيّم مع وجود الجدّ

يستفاد من كلماتهم في هذه المسألة أنّهم على قولين:

الأوّل: ذهب الشافعيّة إلى أنّه لا يجوز للأب أن يوصي إلى غيره في أمر الأطفال مع وجود الجدّ.

ففي المهذّب: «وإن كان له ـ أي للولد ـ جدّ لم يجز ـ للأب ـ أن يوصي إلى غيره؛ لأنّ ولاية الجدّ مستحقّة بالشرع، فلا يجوز نقلها عنه بالوصيّة»[٣].

وفي البيان: «وإن كان للصغير جدّ من أبيه يصلح للنظر، فأوصى الأب إلى غير الجدّ كان الجدّ أولى بالنظر... لأنّها ولاية يستحقّها الجدّ بالقرابة، فكان مقدّماً على وصيّ الأب، كولاية النكاح»[٤].

وكذا في المجموع[٥] ومغني المحتاج[٦] وروضة الطالبين[٧].

الثاني: أنّه ذهب جمهور الفقهاء من الحنفيّة والحنابلة والمالكيّة خلافاً للشافعيّة إلى أنّه لا ولاية للجدّ، وقالوا بجواز وصاية الأب ولو كان الجدّ موجوداً بصفة الولاية.

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٠، الطبعة الحجريّة.

(٣) المهذّب في فقه الإمام الشافعي ١: ٤٤٩.

(٤) البيان في مذهب الإمام الشافعي ٨: ١٤٩.

(٥) المجموع شرح المهذّب ١٦: ٢٩٩.

(٦) مغني المحتاج ٣: ٧٦.

(٧) روضة الطالبين ٥: ٣٧٦.

ففي الدرّ المختار: «ووصيّ أبي الطفل أحقّ بماله من جدّه، وإن لم يكن وصيّه فالجدّ»، وقال ابن عابدين في شرحه: «الولاية في مال الصغير للأب ثمّ وصيّه ثمّ وصيّ وصيّه ولو بعد، فلو مات الأب ولم يوص فالولاية لأب الأب»[١].

وفي مختصر اختلاف العلماء: «قال أصحابنا: وصيّ الأب أولى بالولاية على الصغير في الشراء والبيع من الجدّ ـ أب الأب ـ فإذا لم يكن أب ولا وصيّه، فالجدّ بمنزلة الأب في ذلك»[٢].

ويستفاد هذا أيضاً من ظاهر كلام السرخسي في المبسوط حيث قال: «وإذا أوصى إلى رجلٍ بماله، فهو وصيّ في ماله وولده وسائر أسبابه عندنا»[٣].

وفي الكافي: إنّ ولاية الأب على المال يقدّم كولايته على النكاح ثمّ وصيّه بعده؛ لأنّه نائبه ... ثمّ الحاكم؛ لأنّ الولاية من جهة القرابة قد سقطت، فثبت للسلطان[٤].

وكذا في الإقناع[٥] ومنتهى الإرادات[٦] وكشّاف القناع[٧].

وفي حاشية الدسوقي في فقه المالكي: إنّ الوصيّة على الأولاد المحجورين عليهم خاصّ بالأب أو وصيّه دون الأجداد والأعمام والإخوة[٨].

وفي حاشية الخرشي: «إنّ الوصيّة على الأولاد وإقامة من ينظر في حالهم

---

(١) حاشية ردّ المحتار ٦: ٧١٤ـ٧١٥.

(٢) مختصر اختلاف العلماء ٥: ٦٨.

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٨: ٢٦.

(٤) الكافي في فقه أحمد ٢: ١٠٧.

(٥) الإقناع في فقه الإمام أحمد: ٨٠.

(٦) منتهى الإرادات ٣: ٤٩٧.

(٧) كشّاف القناع ٤: ٤٨٤.

(٨) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٤٥٢.

مختصّ بالآباء لا بغيرهم من الأقارب ومن الأجداد»[١]. وكذا في مواهب الجليل[٢].

وفي عقد الجواهر الثمينة: «ويجوز نصب الوصيّ في حياة الجدّ؛ إذ لا ولاية له»[٣].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

(١) حاشية الخرشي على مختصر خليل ٨: ٥٠٣.

(٢) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٨: ٥٥٦.

(٣) عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤٢٩.

المبحث السابع:
الطرق المعتبرة لإثبات الوصيّة بالولاية

والبحث عنها يقع في مقامين:
الأوّل: إذا لم يكن بين الورثة والوصيّ اختلاف في مورد الوصيّة.
الثاني: إذا اختلفوا في ذلك.

إثباتها عند عدم الاختلاف

تثبت الوصيّة بالولاية ـ فيما إذا لم يكن هناك اختلاف ـ كغيرها بعدّة أُمور نذكرها على الترتيب التالي:

أ: العلم، تثبت الوصيّة بالولاية بالعلم الوجداني؛ لأنّ الموضوعات التي تعلّقت بها الأحكام إنّما يراد بها الأمور الواقعيّة، كما هو مقتضى مدلولات الألفاظ، والطريق إلى الواقع هو العلم، ولما حقّق في محلّه من أنّ العلم حجّة بذاته، والردع عن العمل على طبقه أمرٌ غير معقول، فلو علم الوصيّ أنّ الموصي أوصى له بذلك وقبلها وجب عليه إنفاذ الوصيّة فيما أوصى به إليه.

ب: إقرار الورثة، كذلك تثبت الوصيّة بالولاية بإقرار الورثة وتصديقهم للوصيّ. قال في التذكرة: «لو أقرّ الورثة بأسرهم بالوصيّة بالمال أو الولاية تثبت فيما لا تفتقر إلى الشهادة»[1] أي لا يكون اختلاف بين الورثة والوصيّ.

وقال في موضع آخر: «إذا ثبتت الوصيّة إمّا بالإشهاد أو بالإقرار فإنّ

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعة الحجريّة.

حكمها يثبت»[١].

وفي التحرير: «لو صدّقوا الورثة الوصيّ حكم عليهم بهذه الوصيّة»[٢].

وفي منهاج الصالحين: «تثبت الوصيّة العهديّة بإقرار الورثة جميعهم»[٣].

ويدلّ عليه بناء العقلاء على قبول الإقرار في هذا المقام، ولم يثبت ردع من الشرع.

ج: البيّنة؛ لأنّه قام الإجماع من الفقهاء على حجّية البيّنة مطلقاً؛ سواء كان في باب القضاء أو غيره؛ لأنّ من لاحظ كلماتهم في الأبواب المختلفة يستظهر منها أنّ اعتبار البيّنة متسالم عليه بين الأصحاب في باب القضاء، وكذلك في سائر الموضوعات، ولا يبعد أن يكون هذا الإجماع تعبّدياً كاشفاً عن قول المعصوم أو الدليل المعتبر، فلا شبهة في ثبوت الوصيّة بالولاية بشهادة عدلين، ولم يرد دليل يمنع عن اعتبارها في ذلك.

د: خبر الثقة، يدلّ عليه موثّقة إسحاق بن عمّار ـ التي رواها المشايخ الثلاثة ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له عندي دنانير وكان مريضاً، فقال لي: إن حدث بي حدث فأعط فلاناً عشرين ديناراً وأعط أخي بقيّة الدنانير، فمات ولم أشهد موته، فأتاني رجل مسلم صادق فقال لي: إنّه أمرني أن أقول لك انظر الدنانير التي أمرتك أن تدفعها إلى أخي فتصدّق منها بعشرة دنانير اقسمها في المسلمين ولم يعلم أخوه أنّ عندي شيئاً، فقال: «أرى أن تصدّق منها بعشرة دنانير كما قال»[٤].

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٣، الطبعة الحجريّة.

(٢) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٤.

(٣) منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ٢٢٨.

(٤) الكافي ٧: ٦٤ ح ٢٧، تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٧، الفقيه ٤: ١٧٥، وسائل الشيعة ١٣: ٤٨٢ الباب ٩٧ من كتاب الوصايا، ح ١.

فإنّها تدلّ[١] على حجّية قول الثقة في الموضوعات ـ كما استقرّت السيرة العقلائية على ذلك[٢]؛ فإنّ الرجل المسلم الصادق أخبر عن رجوع الموصي عن الوصيّة، وحكم الإمام عليه السلام باعتبار هذا الخبر وقال: «**أرى أن تصدّق منها بعشرة دنانير كما قال**» ـ (كما أمرك خ ل).

ومورد الرواية وإن كان في الوصيّة بالمال، ولكن لا فرق بين المال والولاية في أنّهما يثبتان بخبر العدل الواحد.

إثبات الوصيّة بالولاية بالكتابة

التحقيق في هذه المسألة يتوقّف على ذكر مقدّمة: وهي أنّه لا خلاف في صحّة الوصيّة بالكتابة والعمل بها في حال الضرورة وعدم إمكان التلفّظ مع وجود القرينة الدالّة عليها، كما في التنقيح الرائع[٣] وادّعى عليه الإجماع في الإيضاح[٤]، وفي جامع المقاصد: نفى الشكّ فيه[٥].

وبه صرّح في الجامع للشرائع[٦] والتبصرة[٧] والتذكرة[٨] والتحرير[٩]

---

(١) وقد أثبتنا في محلّه في كتاب الاجتهاد والتقليد عدم حجّية خبر الواحد الثقة أو العدل في الموضوعات وإنّما هو حجة في الروايات والأحكام، وبناءً على ذلك يمكن أن يقال باحتفاف قول الرّجل بالقرائن المفيدة للعلم، سيّما مع تعبيره بالمسلم الصادق. م ج ف.

(٢) دروس في فقه الشيعة ٢: ٦٠، بحوث في شرح العروة الوثقى ٢: ٨٦، مصباح الأصول ٢: ١٩٦، التنقيح في شرح العروة ٢: ١٦٧.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٦٤.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

(٥) جامع المقاصد ١٠: ٢٠.

(٦) الجامع للشرائع: ٤٩٨.

(٧) تبصرة المتعلّمين: ١٢٨.

(٨) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجريّة.

(٩) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٣.

والدروس[١] والروضة[٢] وغيرها[٣].

ويدلّ عليه ما روي عن أبي جعفر عليه السلام قال: «دخلت على محمّد بن عليّ بن الحنفيّة وقد اعتقل لسانه، فأمرته بالوصيّة فلم يُجب، قال: فأمرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع، فقلت له: خطّ بيدك، فخطّ وصيّته بيده في الرمل ونسخت أنا في صحيفة»[٤].

وإنّما الكلام في أنّه هل يكتفى بصرف الكتابة في حال الاختيار والقدرة على التلفّظ، أم لا يصحّ ذلك؟ فيه قولان:

الأوّل: وهو الظاهر من كلمات كثير من الفقهاء عدم الاكتفاء بالكتابة في حال الاختيار.

في التذكرة: «لا تنعقد الوصيّة إلّا باللفظ مع القدرة عليه، فلو كتب بخطّه: إنّي قد أوصيت لفلان بكذا، لم ينفذ إذا كان الشخص ناطقاً»[٥].

وفي الدروس: «ولو كتب القادر على النطق أو أشار لم يجب العمل به»[٦].

بل في السرائر نفى الخلاف فيه[٧]، وبه قال فخر المحقّقين[٨] والشهيد والمحقّق

---

(١) الدروس الشرعيّة ٢: ٢٩٥.

(٢) الروضة البهيّة ٥: ١٨.

(٣) كنز الفوائد ٢: ١٩٤.

(٤) الفقيه ٤: ١٤٦ ح ٥٠٥، تهذيب الأحكام ٩: ٢٤١ ح ٩٣٤، كمال الدين: ٣٦، وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٦ الباب ٤٨ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢ الطبعة الحجريّة.

(٦) الدروس الشرعيّة ٢: ٢٩٥.

(٧) السرائر ٢: ١٧٦.

(٨) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

الثانيان[١]، والشيخ الأعظم[٢]. وكذا في التنقيح الرائع[٣].

الثاني: صحّة الاكتفاء بالكتابة مطلقاً ولو مع القدرة على النطق.

احتمله في التذكرة[٤]، وهو الظاهر من عبارة النافع، حيث قال: «ولا تكفي الكتابة ما لم تنضمّ القرينة الدالّة على الإرادة»[٥].

ويمكن أن يستظهر ذلك من عبارة اللمعة أيضاً[٦].

وفي الرياض: «ولا يخلو عن قوّة مع قطعيّة دلالة القرينة على إرادة الوصيّة؛ لصدق الوصيّة معها عرفاً وعادةً، مضافاً إلى التأيّد بكثير من النصوص»[٧][٨].

واختاره في الجواهر[٩] والحدائق[١٠]. وذهب إليه السادة الفقهاء الاصفهاني[١١] والخوئي[١٢] والإمام الخميني[١٣] والسبزواري[١٤] والحكيم[١٥] قدّس الله أسرارهم. وكذا في العروة والتعليقات عليها إلّا تعليقة السيّد الفقيه

---

(١) الروضة البهيّة ٥: ١٩، جامع المقاصد ١٠: ٢٠.

(٢) الوصايا والمواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ٢٨.

(٣) التنقيح الرائع ٢: ٣٦٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجريّة.

(٥) المختصر النافع: ١٨٨.

(٦) اللمعة الدمشقيّة: ١٠٤.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٥٢ الباب ١ من كتاب الوصايا، ح ٥ ـ ٧.

(٨) رياض المسائل ٩: ٤٣٤.

(٩) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٩.

(١٠) الحدائق الناضرة ٢٢: ٦٣٧.

(١١) وسيلة النجاة ٢: ١٤٤.

(١٢) منهاج الصالحين ٢: ٢٠٨، مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٠٩.

(١٣) تحرير الوسيلة ٢: ٩٠ مسألة ٣.

(١٤) مهذّب الأحكام ٢٢: ١٦٣.

(١٥) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٧٨.

البروجردي[١]. واختاره الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني في تفصيل الشريعة[٢].

والقول الثاني هو الراجح عندنا. والأدلّة على هذا الترجيح ما يلي:

الأوّل: إطلاقات أدلّة الوصيّة؛ فإنّها غير مقيّدة باللفظ، بل مقتضاها اللزوم وحرمة التبديل بمجرّد صدق الوصيّة كيف ما تحقّقت. ودعوى تقييد الإطلاقات بالإجماع على احتياج العقود إلى اللفظ، مدفوعة بأنّه لو تمّ فهو إنّما يختصّ بالعقود اللازمة.

وأمّا العقود الجائزة التي منها الوصيّة ـ بناءً على كونها عقداً ـ فلا إجماع على اعتبار اللفظ فيها، كما في مستند العروة[٣].

الثاني: أنّه يمكن أن يستدلّ عليه بقوله عليه السلام: «**ما ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليلة إلّا ووصيّته تحت رأسه**»[٤]. وكذا نحوها[٥].

بل يدلّ عليه ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمّد الهمداني قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل كتب كتاباً بخطّه، ولم يقل لورثته: هذه وصيّتي، ولم يقل: إنّي قد أوصيت، إلّا أنّه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطّه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب عليه السلام: «**إن كان له وُلد ينفذون كلّ شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البرّ وغيره**»[٦].

وفي مباني العروة: «وطريق الشيخ ضعيف بعمر بن علي... حيث لم يرد فيه

---

(١) العروة مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥: ٦٧٠.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٣٨.

(٣) مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤٠٩.

(٤) المقنعة: ٦٦٦، وسائل الشيعة ١٣: ٣٥٢ الباب ١ من كتاب الوصايا، ح٧.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٧٩ الباب ١٦ من كتاب الوصايا ح١٠ وص ٣٨٧ الباب ١٨، ح٧، مستدرك الوسائل ١٤: ٨٨، ح٦ و٢: ١١٦، ح٢ و٥، سنن ابن ماجة ٤: ٢٦٨، ح٢٦٩٩، سنن الترمذي ٤: ٤٣٢، ح٢١٢٣.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٧ الباب ٤٨ من كتاب الوصايا، ح٢.

توثيقٌ، غير أنّ محمّد بن أحمد بن يحيى[١] قد روى عنه، ولم يستثنه ابن الوليد، إلّا أنّنا قد ذكرنا في كتابنا معجم رجال الحديث أنّ ذلك لا ينفع في إثبات الوثاقة للرجل فراجع[٢]. على أنّ الرواية ـ بطريقيها ـ ضعيفةٌ بإبراهيم إبن محمّد الهمداني نفسه؛ فإنّه لم تثبت وثاقته رغم كونه من وكلائهم عليهم السلام؛ لما أوضحناه في مقدّمة كتابنا معجم رجال الحديث من أنّ الوكالة وحدها لا تكفي في إثبات وثاقة الوكيل»[٣].

«نعم، ورد في جملة من النصوص مدح الرجل وتجليله، إلّا أنّها جميعاً ضعيفة السند»[٤]. وكذا في تفصيل الشريعة[٥].

وجاء في المستمسك: «لكن قصور سندها غير ظاهرٍ؛ فإنّ طريق الصدوق إلى إبراهيم المذكور أحمد بن زياد بن جعفر الهمداني، عن علي بن إبراهيم، عن أبيه، وأحمد بن زياد ثقة، وعليّ بن إبراهيم من الأجلّاء، وأبوه مصحّح الحديث. وأمّا إبراهيم فهو من الوكلاء الثقات»[٦].

وفي قاموس الرجال: «قال المصنّف: يأتي ـ في فارس ومحمّد بن إبراهيم هذا ـ رواياتٌ من الكشّي تدلّ على جلالة قدر إبراهيم هذا»[٧].

وفي رجال الكشّي عن أبي محمّد الرازي قال: كنت أنا وأحمد بن أبي عبدالله البرقي بالعسكر، فورد علينا رسول من الرجل[٨] فقال... وأيوب بن نوح

---

(١) الظاهر أنّ الصواب محمّد بن أحمد بن يحيى، ولعلّه سهو من المقرّر أو من النسّاخ.

(٢) معجم رجال الحديث ١٥: ٤٧ الرقم ١٠١٥٦، وفيه: «إذ لعلّه كان يبني على أصالة العدالة».

(٣) معجم رجال الحديث ١: ٧٥.

(٤) مباني العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤١٠.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية ١٣٨.

(٦) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٧٩.

(٧) قاموس الرجال ١: ٢٩٣ الرقم ٢٠٥.

(٨) وفي الهامش، المراد بقرينة الروايات هو أبوالحسن العسكري عليه السلام.

وإبراهيم بن محمّد الهمداني وأحمد بن حمزة وأحمد بن إسحاق ثقات جميعاً[١].

نقول: إبراهيم بن محمّد الهمداني عدّه الشيخ من أصحاب الرضا[٢] والجواد[٣] والهادي[٤] عليهم السلام. وكذا في رجال البرقي[٥]، وهو وكيل الناحية، كان حجّ أربعين حجّة[٦] وكتب إليه الجواد عليه السلام كتباً تدلّ على عظيم شأنه:

منها: ما رواه الكشّي عن عليّ بن محمّد قال: حدّثني محمّد بن أحمد، عن عمر بن علي بن عمر بن يزيد، عن إبراهيم بن محمّد الهمداني، قال: وكتب إليّ: **«وقد وصل الحساب تقبّل الله منك، ورضي عنهم، وجعلهم معنا في الدنيا والآخرة، وقد بعثت إليك من الدنانير بكذا، ومن الكسوة بكذا، فبارك لك فيه، وفي جميع نعمة الله عليك، وقد كتبت إلى النضر: أمرته أن ينتهي عنك، وعن التعرّض لك وبخلافك، وأعلمته موضعك عندي، وكتبت إلى أيّوب: أمرته بذلك أيضاً وكتبت إلى مواليّ بهمدان كتاباً أمرتهم بطاعتك والمصير إلى أمرك وأن لا وكيل لي سواك»**[٧].

ومنها: ما روى الشيخ في كتاب الغيبة عن أحمد بن إدريس، عن أحمد بن محمّد بن عيسىٰ، عن أبي محمّد الرازي قال: كنت وأحمد بن أبي عبدالله بالعسكر، فورد علينا رسول من قبل الرجل فقال: «أحمد بن إسحاق الأشعري وإبراهيم بن محمّد الهمداني وأحمد بن حمزة بن اليسع ثقات»[٨] وغيرها[٩].

---

(١) رجال الكشّي: ٥٥٧ و٥٥٨.

(٢ ـ ٣) رجال الطوسي: ٣٥٢ الرقم ١٦ وص ٣٧٣ الرقم ٢ وص ٣٨٣ الرقم ٨.

(٥) رجال البرقي: ٥٤ و٥٦ و٥٨.

(٦) جامع الرواة ١: ٣٣.

(٧) رجال الكشّي: ٦١١ ـ ٦١٢ الرقم ١١٣٦.

(٨) كتاب الغيبة للطوسي: ٤١٧، البحار ٥١: ٣٦٣.

(٩) تهذيب الأحكام ٨: ٥٧، ح١٨٦، الإستبصار ٣: ٣٩٤، ح١٠٢٧، وسائل الشيعة ١٥: ٣٢٠ الباب ٣٠ من أبواب مقدّمات الطلاق وشرائطه، ح١.

وذكره العلّامة ﷺ في القسم الأوّل من الخلاصة[١] أيضاً.

فمن مجموع هذه الأُمور خصوصاً كونه وكيلاً للإمام ﷺ تطمئنّ النفس على أنّ إبراهيم بن محمّد الهمداني ثقة ورواياته معتبرة، فلا إشكال في سند الرواية. وأمّا دلالتها على اعتبار الوصيّة بالكتابة في حال الاختيار، فأُورد عليها:

أوّلاً، بأنّها لا تصلح دليلاً للحكم، وذلك لما تضمّنته من حجّية هذه الوصية لأولاد الميّت خاصّةً، ومقتضى مفهومها عدم اعتبار الوصيّة بالكتابة لغير الأولاد، وهذا التفصيل بين الأولاد وغيرهم من الورثة لم يعرف قائل به ولا يمكن الإلتزام به، فلابدّ من رفع اليد عن هذا الخبر[٢].

وثانياً، يحتمل أن يكون تنفيذ الوصية بالكتابة من خواصّ الولد، نظير قضاء الصلاة والصوم، فتدلّ على عدم حجيّة الكتابة المجرّدة عن القول[٣].

نقول: إنّ الظاهر من الرواية اعتبار الوصيّة بهذا النحو وصحّتها مطلقاً، فيجب تنفيذها للأولاد وغيرهم، وليست مختصّة بالأولاد، بل ذكر الأولاد من باب أنّهم أولى بإنفاذ وصيّة أبيهم، مضافاً إلى أنّه لو ثبت تنفيذ هذه الوصيّة للأولاد ثبت لغيرها من الورثة بعدم الفصل؛ لأنّه ليس في المسألة إلّا القولين: التنفيذ مطلقاً، وعدم التنفيذ مطلقاً، ولا وجه لجعل ذلك من مختصّات الولد كقضاء الصلاة والصوم.

وبالجملة: فإنّ الخبر المذكور معتبر سنداً، واضح متناً، لا مجال للطعن فيه بوجه ولا معارض له، فالعمل به متعيّن.

الثالث: السيرة المستمرّة من المتشرّعة على الوصيّة بالكتابة.

---

(١) خلاصة الأقوال: ٥٢.

(٢) مستند العروة الوثقى، كتاب النكاح ٢: ٤١١، تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٣٨ مع تصرّف.

(٣) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٧٩.

الرابع: ما احتجّ به العلّامة في التذكرة من أنّ الكتابة بمثابة كنايات الألفاظ، وقد بيّنا جواز الوصيّة بالكناية التي ليست صريحة في دلالتها عليها مع القرينة، فإذا كتب وقال: نويت الوصيّة لفلان أو اعترف الورثة بعد موته به، وجب أن تصحّ[1].

الخامس: لا شكّ في أنّه يصدق الوصيّة على ذلك عرفاً وعادةً، ومع فرض تحقّق الوصيّة بالكتابة يترتّب عليه جميع أحكامها؛ لأنّ المناط صدق عنوان الإيصاء، ولا دليل على التقييد باللفظ.

قال في تفصيل الشريعة: «والوجه أنّه لا دليل على كون الوصيّة بأمر خاصّ»[2].

السادس: ما ذكره في مهذّب الأحكام من أنّ المناط في إبراز المقاصد على الدوالّ الخارجية المعتبرة عند المتعارف، والمفروض كون الوصيّة بالكتابة كذلك، فيكون المقتضي للصحّة موجوداً والمانع عنها مفقوداً، فتصحّ لا محالة[3].

وقد تحصّل ممّا ذكرنا أنّه يكفي في تحقّق الوصيّة مطلقاً ـ الوصيّة بالولاية وغيرها ـ كلّ ما دلّ عليها من لفظ صريح أو غير صريح أو فعل وإن كانت كتابةً أو إشارة، بلا فرق بين صورتي الاختيار وعدمه.

ولا مانع من ذلك إلّا دعوى نفي الخلاف من السرائر وكلمات الأصحاب.

وقال في الجواهر: «ومعقد نفي الخلاف في محكيّ السرائر غير ما نحن فيه... ولعلّ مراده عدم صحّة الشهادة عليه بذلك الإجمال»[4].

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجرية.

(٢) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ١٣٨.

(٣) مهذّب الأحكام ٢٢: ١٦٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٩.

ويمكن أيضاً حمل كلام الأصحاب على صورة عدم الوضوح والصراحة التي يكتفي بهما العرف في المحاورات الدائرة بينهم، كما في مهذّب الأحكام[١].

والحاصل: أنّه يمكن حمل كلام الأصحاب على عدم صحّة الوصيّة بالكتابة للإجمال، أو يكون المراد عدم الاكتفاء بالكتابة في ثبوت الوصيّة، بمعنى أنّه لا يجب العمل بما يوجد مكتوباً ما لم يثبت بالبيّنة أو لم تقم القرائن على إرادته الوصيّة بذلك[٢].

وبعد هذه المقدّمة والحكم لصحّة الوصيّة بالكتابة:

نقول: هل تثبت الوصيّة ـ الوصيّة بالولاية وغيرها ـ بصرف كتابتها سواء كتبها الموصي أو غيره، أم لا؟

يمكن أن نستفيد تصوير المسألة في كلمات الفقهاء في صور:

الصورة الأُولى، إذا وجدت وصيّة بخطّ الميّت ولم يكن أقرّ بها ولا أشهد عليها، فهل تثبت الوصيّة بذلك ويجب العمل بها أم لا؟

فيه ثلاث احتمالات بل أقوال:

الأوّل ـ هو الذي اعتقد به أكثر الأصحاب ـ أنّه لا تثبت ولا يجب العمل بها على الورثة.

جاء في المختصر النافع: «ولا يجب العمل بما يوجد بخطّ الميّت»[٣]. ووافقه الفاضل الآبي[٤] وابن فهد الحلّي[٥].

---

(١) مهذّب الأحكام ٢٢: ١٦٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٢٤٨.

(٣) المختصر النافع: ١٨٩.

(٤) كشف الرموز ٢: ٦٦.

(٥) المقتصر: ٢١٤.

وقال العلّامة: «لا يجب العمل بما يوجد بخطّه[١]».

وفي التذكرة: «بل لهم ـ للورثة ـ ردّها وإبطالها؛ سواء عملوا بشيء منها أو لا»؟[٢].

وقال في الدروس: «لم يجب العمل به ولو شوهد كاتباً أو علم خطّه[٣]». وكذا في الروضة[٤].

وجاء في جامع المقاصد: «إذا وجدت وصيّة بخطّ الميّت ولم يكن أقرّ بها ولا أشهد عليها لم يجب العمل بها على الورثة؛ سواء شاهدوه يكتب أم لا، وسواء اعترفوا بأنّه خطّه أو عرف أم لا، وسواء قدر على النطق أو لا، وسواء عمل الورثة ببعض الوصيّة أو لا. واستدلّ بأنّ الكتابة قد لا تكون على قصد الوصيّة[٥]». وكذا في غيرها[٦].

والحقّ ما ذهب إليه هؤلاء الأعلام رضوان الله عليهم. فإذن أمر الصغار إلى الحاكم، وهو الذي يعيّن القيّم عليهم، ويأتي الكلام فيه.

القول الثاني: أنّه يثبت ويجوز العمل بها.

قال الشيخ في النهاية: «وإذا وُجدت وصيّة بخطّ الميّت، ولم يكن أشهد عليها ولا أمر بها كان الورثة بالخيار بين العمل بها، وبين ردّها وإبطالها. فإن عملوا بشيء منها، لزمهم العمل بجميعها»[٧].

---

(١) تبصرة المتعلّمين: ١٢٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجريّة.

(٣) الدروس الشرعيّة ٢: ٢٩٥.

(٤) الروضة البهيّة ٥: ١٩.

(٥) جامع المقاصد ١٠: ١٩.

(٦) إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤، تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٣١، التنقيح الرائع ٢: ٣٦٣.

(٧) النهاية: ٦٢١ـ٦٢٢.

وفي الجامع للشرائع: «ويجوز للورثة العمل بوصيّةٍ في كتاب لم يشهد بها وببعضها، وتركها[١]».

القول الثالث: التفصيل بأنّه لو ثبت ما وجد بخطّه بإحدى الطرق المعتبرة المتقدّمة ـ أي العلم الوجداني، أو إعترف الورثة، أو أُقيم البيّنة، أو الخبر العدل الواحد ـ يجب العمل بها، وإلّا فلا.

ويحتمل كلام الشيخ في النهاية في أنّ الورثة اعترفوا بصحّة الوصيّة بالاستناد إلى هذا الخطّ، فيجب العمل بالجميع، كما في التذكرة[٢] والمهذّب البارع[٣] والإيضاح[٤].

وفي المختلف: «لا منافاة بين الأمرين ـ أي ما ذكره الشيخ في النهاية، وما في السرائر ـ فإنّ قول الشيخ﵀ يحتمل العمل بما وجدوه من خطّه؛ لأنّه أوصى بذلك مستندين إلى هذا الخط عارفين بصحّته، وحينئذٍ يجب العمل بالجميع»[٥].

ولعلّ يستفاد ذلك من معتبرة إبراهيم بن محمّد الهمداني المتقدّمة[٦]؛ لأنّ قوله﵀: «ينفّذون» صفة للولد، وجواب الشرط محذوف تقديره: إن كان له أولاد ينفّذون ما وجدوه في كتاب أبيهم فلهم ذلك.

ولذا قال في الحدائق: «إنّ الرواية المذكورة ظاهرة في وجوب تنفيذ ما يجدونه في وصيّته بخطّه»[٧].

---

(١) الجامع للشرائع: ٤٩٨.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢ الطبعة الحجريّة.

(٣) المهذّب البارع ٣: ٩٥.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

(٥) مختلف الشيعة ٦: ٣٧٧.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٤٣٧ الباب ٤٨ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٧) الحدائق الناضرة ٢٢: ٦٣٦.

الصورة الثانية: لو كَتَبَ وصيّةً فقال للشهود: إشهدوا عَلَيَّ بما في هذه الورقة، ولم يطّلعهم على ما فيها، أو قال: هذه وصيّتي فاشْهدوا عليَّ بها، لم تثبت الوصيّة بها ولم يجز لهم الشهادة على ذلك حتّى يسمعوا منه ما فيه أو يقرأ عليه فيقرّ به، كما في القواعد[١] والتذكرة[٢] والتحرير[٣] والدروس[٤] والتنقيح[٥] والروضة[٦].

وفي جامع المقاصد: «وذلك لأنّ الأمر المبهم لا يعقل تحمّل الشهادة به؛ لأنّ الشهادة مشروطة بالعلم، لقوله ﷺ مشيراً إلى الشمس: «**على مثلها فاشهد، أو دع**»[٧]»[٨].

وفي مفتاح الكرامة: «وقد حكينا في باب القضاء الإجماع عن السرائر في غير موضع على ذلك»[٩].

وفي الجامع للشرائع: «إشهاد الشخص على نفسه في الأملاك والوصايا على كتاب مدرج لا يصحّ إجماعاً»[١٠].

ولعلّه لأنّ الإشهاد مشروط بالعلم، وهو منفيّ هنا.

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٤٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٥٢، الطبعة الحجرية.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٣: ٣٣١.

(٤) الدروس الشرعية ٢: ٢٩٦.

(٥) التنقيح الرائع ٢: ٣٦٣.

(٦) الروضة البهية ٥: ١٩.

(٧) رواها في السرائر ٢: ١١٧، وشرائع الإسلام ٤: ١٣٢، ووسائل الشيعة ١٨: ٢٥١ الباب ٢٠ من كتاب الشهادات، ح٣.

(٨) جامع المقاصد ١٠: ٢٠.

(٩) مفتاح الكرامة ٩: ٣٨١.

(١٠) الجامع للشرائع: ٥٣٠.

وفي المختلف: «لا يجوز أن يشهد بمجرّد معرفة خطّه»[١].

وفي مفتاح الكرامة: «وهو قضيّة كلام الأردبيلي أو صريحه في باب القضاء»[٢].

الصورة الثالثة: أن يقرأ الشاهد ما كتب الموصي بعنوان الوصيّة، فيقول له الموصي: قد عرفت ما فيه فاشهد به عليَّ، ففيه قولان:

الأوّل: الأقرب إثبات الوصيّة وقبولها، كما يستفاد من القواعد[٣] والروضة[٤].

وفي الإيضاح: «هذا اختيار ابن الجنيد؛ لاعترافه بمعرفته بما فيه، فيحكم عليه للخبر، ولأنّه عبّر عنه بما لا يحتمل غيره، فكان نصّاً في الوصيّة والموصى به، فيصحّ»[٥].

وقال المحقّق الثاني في ذيل كلام العلّامة ـ يجوز في تاء «عرفت» الفتح والضمّ على إرادة الموصي نفسه أو الشاهد ـ: «ولعلّ الضمّ أولى ليكون إخباراً عن علمه بما في الكتاب، وأنّه ليس بمبهم عنده؛ فإنّ شرط الإشهاد كون المقرّ عالماً بما أقرّ به.

ووجه القرب: أنّ ذلك جارٍ في الصراحة مجرى ما لو أخبرهم به تفصيلاً؛ لأنّ الدلالة على الأُمور المتعدّدة إجمالاً كافية كالدلالة عليها تفصيلاً»[٦].

وفي الروضة: «والأقوى الاكتفاء بقراءة الشاهد له مع نفسه، مع اعتراف الموصي بمعرفة ما فيه وأنّه موصٍ به»[٧].

---

(١) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٨.

(٢) مفتاح الكرامة ٩: ٣٨١، مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٩٦.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٤٥.

(٤) الروضة البهيّة ٥: ١٩.

(٥) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

(٦) جامع المقاصد ١٠: ٢١.

(٧) الروضة البهيّة ٥: ١٩.

القول الثاني: عدم الاكتفاء به، لبقاء الإجمال والإبهام، وعلّله في الإيضاح بانتفاء الدلالات الثلاث، إذ الاعتبار بوضع اللغة[١].

فرع: حكم الوصيّة التي سجّلت في الشريط أو غيره

يمكن أن يسأل إذا أوصى الموصي بوصيّة وسجّلها في شريط المسجّل أو في شريط الفيديو أو غيرهما؛ كأن يكون عبر الإنترنيت، فهل تثبت الوصيّة بالولاية وغيرهما بمثل هذه الأُمور أم لا؟

فنقول: قد تقدّم منّا أنّه إذا لم يكن اختلاف ومخاصمة بين الورثة والوصيّ تثبت الوصيّة بالولاية بأُمور، ومنها: العلم الوجداني أو الاطمئنان، فحينئذٍ لو كانت الوصيّة التي سجّلت في الشريط أو غيره واضحة مفيدة للعلم أو الاطمئنان بصحّتها ولو بمعونة القرائن، فثبوت الوصيّة بها غير بعيد.

وأمّا إذا لم تكن مفيدة للعلم وكان خوف التزوير فلا تثبت؛ لأنّ أجهزة الصوت والتصوير يُحتمل فيها الوضع والتزوير.

ويمكن أن يستدلّ على ثبوت الوصيّة بهذه الأُمور بعموم التعليل الوارد في ذيل صحيحة ضريس الكناسي، وكذا موثّقة سماعة، وصحيحة الحلبي ومحمّد ابن مسلم؛ لأنّ الإمام عليه السلام علّل ذلك بأنّه «**لا يصلح ذهاب حقّ امرئ مسلم ولا تبطل وصيّته**»[٢].

ومن الواضح أنّه إذا لم نقل بوجوب إنفاذ الوصيّة التي كانت مسجّلة في الشريط، أو أرسلها الموصي عِبر الانترنيت، يلزم بطلان الوصيّة وتضييع حقّ امرئ مسلم.

---

(١) إيضاح الفوائد ٢: ٤٧٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٠ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا، ح ١ و ٣ و ٥.

كما أنّ المناط في إبراز المقاصد الدوالّ الخارجية المعتبرة عند العرف والعقلاء، والمفروض أنّ أجهزة الصوت والتصوير في هذا العصر من الدوالّ التي يبرز العقلاء مقاصدهم بها وتكون معتبرة عندهم.

إثبات الوصيّة بالولاية مع اختلاف الورثة

المقام الثاني: أنّه إذا كان بين الورثة والوصيّ اختلاف في مورد الوصيّة فيلزم لإثبات الوصيّة، بالولاية شهادة عدلين، ولا يثبت بشهادة النساء منفردات ولا بشاهد ويمين. واختلف الفقهاء في إثباتها بشهادة أهل الذمّة، ففي المقام يقع الكلام في جهات:

أ ـ إثباتها بشهادة عدلين

لا خلاف بين الفقهاء في أنّه يثبت الوصيّة بالولاية بشهادة عدلين.

قال المحقّق: «لا تثبت الوصيّة بالولاية إلّا بشاهدين، ولا تقبل شهادة النساء في ذلك، وهل تقبل شهادة شاهد مع اليمين؟ فيه تردّد، أظهره المنع»[1].

وفي التذكرة: «لاتقبل في الشهادة بالولاية إلّا شهادة رجلين عدلين مسلمين»[2]. وبه قال في القواعد[3].

وفي المسالك: لا شبهة في ثبوت الوصيّة بالولاية بشهادة شاهدين مسلمين عدلين؛ لأنّ ذلك ممّا يثبت به جميع الحقوق عدا ما استثني ممّا يتوقّف على أربعة، وحكم الوصيّة أخفّ من غيرها[4].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥١، المختصر النافع: ١٩٢.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعة الحجريّة.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٨.

(٤) مسالك الأفهام ٦: ٢٠٣.

وفي الجواهر: «بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه»[١].

وبه قال السيّدان الفقيهان الخوئي[٢] والإمام الخميني[٣].

وجاء في تفصيل الشريعة: «الوصيّة إن كانت متعلّقة بالولاية؛ سواء كانت هي الولاية على المال، أو القيمومة على الأطفال، فهي لا تثبت إلّا بشهادة عدلين من الرجال، ولا تقبل فيها شهادة النساء لا منفردات، ولا منضمّات بالرجال»[٤].

ويستفاد هذا الحكم من الكتاب والسنّة والإجماع:

أمّا الكتاب: فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ...﴾ الآية[٥].

معنى الآية: أنّ الله ـ تعالى ـ أخبر أنّ حكمه في الشهادة على الموصي إذا حضره الموت أن تكون شهادة عدلين، فإن تعذّر عليه بأن كان في سفر ولم يكن معه أحد من المؤمنين فليشهد شاهدان ممّن حضره من أهل الكتاب.

أمّا السنّة: فروايات كثيرة مستفيضة:

منها: ما دلّ على عموم حجّية البيّنة[٦]، وأنّه يمكن إثبات كلّ حقّ بإقامتها، كما رواه في العلل وعيون الأخبار عن الرضا عليه السلام أنّه قال: «والعلّة في أنّ البيّنة في جميع الحقوق على المدّعي واليمين على المدّعى عليه ما خلا الدم لأنّ المدّعى عليه جاحد، ولا يمكنه إقامة البيّنة على الجحود؛ لأنّه مجهول» الحديث[٧].

---

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٤٧.

(٢) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٨.

(٣) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٣ ـ ١٠٤، كتاب الوصية مسألة ٦٣.

(٤) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠٥.

(٥) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

(٦) وسائل الشيعة ١٨: ١٦٧ الباب ١ من أبواب كيفيّة الحكم وص ٢٨٧ باب ٤٠ من كتاب الشهادات.

(٧) نفس المصدر ١٨: ١٧١ ـ ١٧٢ الباب ٣ من أبواب كيفيّة الحكم، ح ٦.

وما رواه الفضل بن شاذان عنه عليه السلام قال: «... فجعل الأذان شهادتين شهادتين كما جعل في سائر الحقوق شاهدان»[١].

ومنها: عموم ما دلّ على حجّية قول شاهدين عدلين بخصوصهما في إثبات الوصيّة، كما رواه يحيى بن محمّد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله ـ عزّ وجلّ ـ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾[٢].

قال: «اللذان منكم مسلمان واللّذان من غيركم من أهل الكتاب» الحديث[٣].

ومثله ما رواه حمزة بن حمران، عن أبي عبدالله عليه السلام، فإنّه قال عليه السلام فيه: «اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من أهل الكتاب»[٤].

وكذا صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته هل تجوز شهادة أهل ملّةٍ من غير أهل ملّتهم؟ قال: «نعم، إذا لم يوجد من أهل ملّتهم جازت شهادة غيرهم، إنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحدٍ»[٥].

وأمّا الإجماع، فإجماع المسلمين[٦].

ب ـ عدم إثبات الوصيّة بالولاية بشهادة النساء

لا خلاف بين الفقهاء في أنّه لا تقبل شهادة النساء في الوصيّة بالولاية

---

(١) نفس المصدر ١٨: ١٧٣ الباب ٥ من أبواب كيفيّة الحكم، ح ١.

(٢) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

(٣) (٤) (٥) نفس المصدر ١٣: ٣٩٠ ـ ٣٩٢ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا، ح ٣، ٦، ٧.

(٦) المبسوط للطوسي ٨: ١٨٧، إيضاح الفوائد ٢: ٦٣٤، غنية النزوع: ٤٤٠، جواهر الكلام ٢٨: ٣٤٧، مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٣٣، المغني والشرح الكبير ١٢: ٢، مغني المحتاج ٤: ٤٢٦، فتح القدير ٦: ٤٤٧، تبيين الحقائق ٤: ٢٠٧، كشاف القناع ٦: ٥١٣.

لا منفردات عن الرجال، ولا منضمّات إليهم؛ كما في الشرائع[١] والمختصر النافع[٢] والتحرير[٣] والقواعد[٤] وغيرها[٥].

وفي جامع المقاصد: «لا خلاف بين الأصحاب في أنّ الوصيّة بالولاية لا تثبت بشهادة النساء منفردات، ولا منضمّات»[٦].

وفي المسالك: «لا خلاف في عدم قبول شهادة النساء، منفردات في الولاية؛ لأنّها ليست وصيّة بمالٍ، بل هي تسلّط على تصرّف فيه، ولا ممّا يخفى على الرجال غالباً، وذلك ضابط محلّ قبول شهادتهنّ منفردات»[٧].

وقال في الجواهر في باب القضاء: «وأمّا حقوق الآدمي فثلاثة:

الأوّل منها: ما لا يثبت إلّا بشاهدين ذكرين، فلا يجزئ فيه النساء منضمّةً فضلاً عن الانفراد، ولا اليمين مع الشاهد.

وفي الدروس: ضبط الأصحاب ذلك بكلّ ما كان من حقوق الآدميّين ليس مالاً ولا المقصود منه المال[٨].

وفي كشف اللثام: «وهو ما يطّلع عليه الرجال غالباً، وما لا يكون مالاً ولا المقصود منه المال»[٩].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥١.

(٢) المختصر النافع: ١٩٢.

(٣) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٤.

(٤) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٨.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعة الحجريّة، مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٣٣، تحرير الوسيلة ٢: ١٠٣ ـ ١٠٤، تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ٢٠٥.

(٦) جامع المقاصد ١١: ٣١٠.

(٧) مسالك الأفهام ٦: ٢٠٦.

(٨) الدروس الشرعيّة ٢: ١٣٧.

(٩) كشف اللثام ١٠: ٣٢٦.

ولكن لم أقف في النصوص على ما يفيده، بل فيها ما ينافيه»[١].

وقال في باب الوصيّة: «قلت: كما أنّ ضابط قبولهنّ منضمّات كون المشهود عليه مالاً لا ولايةً، لكن يناقش بأنّها قد تتضمّن المال كما إذا أراد الوصيّ أخذ الأُجرة والأكل بالمعروف بشرطه، وبأنّ الولاية وإن لم تكن مالاً لكنّها متعلّقة به، كبيعه وإجارته وإعارته ونحو ذلك، ومن ذلك يتّجه القول بالقبول؛ لعموم ما دلّ على قبول خبر العدل الشامل للذكر والأُنثى ولو بقاعدة الاشتراك، اللّهمّ إلّا أن يقوم إجماع هنا بالخصوص على عدم ثبوت ذلك بشهادتهنّ منفردات ومنضمّات، كما هي عساه يشعر في الجملة نفي الخلاف المزبور[٢] مؤيّداً بعدم العثور على ما ينافيه»[٣].

ج ـ عدم إثباتها بشهادة العدل الواحد مع اليمين

الظاهر أنّه لا خلاف أيضاً في أنّه لا تثبت الوصيّة بالولاية بشهادة العدل الواحد مع اليمين.

قال في التحرير: «أمّا الوصيّة بالولاية... لا تقبل فيها... الشاهد واليمين[٤]».

وكذا في القواعد[٥] والتذكرة[٦].

وفي الحدائق: «هو المشهور عند الأصحاب، بل الظاهر أنّه لا خلاف فيه إلّا ما يظهر من المحقّق في الشرائع، حيث تردّد في ذلك»[٧].

---

(١) جواهر الكلام ٤١: ١٥٩.

(٢) مقصوده نفي الخلاف المتقدّم في كلام الشهيد الثاني ﷺ.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٣٥٤.

(٤) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٤.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٨.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعة الحجريّة.

(٧) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٠٣.

وقال الشهيد الثاني: «أمّا ثبوتها ـ أي ثبوت الوصيّة بالولاية ـ بشهادة الواحد مع اليمين فقد تردّد فيه المصنّف، ثمّ استظهر المنع[١].

وهو واضح؛ لأنّ ضابطه ما كان من حقوق الآدميّ مالاً أو المقصود منه المال[٢]. وولاية الوصاية ليست من أحدهما.

ويظهر وجه تردّده ممّا ذكرنا، ومن أنّها قد تتضمّن المال، كما إذا أراد أخذ الأُجرة أو الأكل بالمعروف بشرطه، ولما فيه من الإرفاق والتيسير، فيكون مراداً للآية[٣] والرواية[٤].

ولا يخفى ما فيه، وقد قطع الأصحاب بالمنع من غير نقل خلاف في المسألة ولا تردّد، ووافقهم المصنّف في مختصر الكتاب[٥] على القطع، وأبدل هذا التردّد بالتردّد في ثبوت الوصيّة بالمال بشاهد ويمين، وكلاهما كالمستغنى عنه، للاتّفاق على الحكم والقاعدة المقيّدة للحكم فيهما»[٦].

وفي الرياض: «إنّ النصوص المزبورة كاتّفاق المحكيّ في المسالك وغيره متّفقة الدلالة على انحصار قبولها في الحقوق الماليّة»[٧].

وأشار إلى ذلك في الجواهر، ولكن أضاف في ذيل كلامه: «قلت: بل لعلّ الأصل أيضاً يقتضي عدم ثبوتها بعد قيام الأدلّة على اعتبار التعدّد في الشهادة،

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ١٥١.

(٢) المبسوط للطوسي ٨: ١٨٩.

(٣) لعلّ المراد بها قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ سورة البقرة ٢: ١٨٥.

(٤) لعلّ المراد بها الإطلاقات الواردة في قبول الشاهد مع اليمين، لاحظ الوسائل ١٨: ١٩١ الباب ١٤ من أبواب كيفيّة الحكم.

(٥) المختصر النافع: ١٩٢.

(٦) مسالك الأفهام ٦: ٢٠٦ ـ ٢٠٧.

(٧) رياض المسائل ٦: ٣١٧.

وقيام اليمين مقام الواحد غير ثابت في المقام، فتأمّل جيّداً»[١].

د ـ إثباتها بشهادة عدول أهل الذمّة: هل تقبل لإثبات الوصيّة بالولاية شهادة أهل الذمّة؟ وجهان، بل قولان:

الأوّل: عدم القبول، ففي القواعد: «في قبول أهل الذمّة مع عدم عدول المسلمين نظر، أقربه عدم القبول»[٢]. وكذا في التذكرة[٣]. واختاره فخر المحقّقين[٤].

وفي جامع المقاصد: «هل تثبت ـ أي الوصيّة بالولاية ـ بشهادة عدول أهل الذمّة مع عدم المسلمين؟ فيه نظرٌ، ينشأ من أنّ الوصيّة المتضمّنة لنقل الملك تثبت بشهادتهما، فالوصيّة بالولاية التي هي عبارةٌ عن سلطنة التصرّف أولى؛ لأنّها أحقّ من نقل الملك، ولأنّ ظاهر الآية[٥] لا يأبى ذلك.

ومن أنّ قبول شهادة الكافر على خلاف الأصل؛ لأنّه فاسقٌ، فيجب التثبّت عند خبره، ولا يجوز الركون إليه؛ لأنّه ظالمٌ، وقبول الشهادة ركونٌ.

والأقرب عند المصنّف عدم القبول؛ لضعف دليله فإنّ الأولويّة ممنوعةٌ. والنصّ إنّما نزل على الشهادة بالمال، فلا يتجاوز به ذلك، وهذا هو المختار»[٦].

وفي الجواهر: «إنّ مقتضى إطلاق الاية والرواية قبول شهادة أهل الذمّة فيها، ولعلّه لذا ولأصالة عدم القبول نظر الفاضل فيها في القواعد، لكن قال: أقربه العدم، ولعلّه كذلك اقتصاراً فيما خالف الضوابط الشرعيّة على المتيقّن، ولا إطلاق

---

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٥٤.

(٢) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٨.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢٢، الطبعة الحجريّة.

(٤) إيضاح الفوائد ٢: ٦٣٧.

(٥) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

(٦) جامع المقاصد ١١: ٣١٠ـ٣١١.

في الأدلّة بحيث تطمئنّ به النفس على قبولها في ذلك بعد اقتصار المعظم على المال، فلاحظ وتأمّل»[١].

وهو الظاهر من كلام الشهيد الثاني في المسالك[٢]. واختاره أيضاً في الحدائق[٣].

الثاني: إنّه لا فرق في قبول شهادة الذمّي في الوصيّة مع فقد المسلم بين كونها بالمال، أو بالولاية أو بهما معاً، وفتاوى كثير من أصحابنا المتقدّمين مطلقة، ولا اختصاص فيها بالمال، كما أطلق الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف قبول شهادة أهل الذمّة في الوصيّة عند عدم المسلمين ولم يقيّده بالمال[٤].

وكذا المفيد في المقنعة[٥] والإسكافي[٦] والعماني[٧] والقاضي[٨] وابنا حمزة[٩] وزهرة[١٠] والحلبي[١١] وسلّار[١٢] والكيدري[١٣] والمحقّق في الشرائع في باب الشهادات[١٤]. وبه قال السيّد الخوئي[١٥]، إلّا أنّ ابن إدريس قيّده

(١) جواهر الكلام ٢٨: ٣٥٤ـ٣٥٥.
(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٠٦.
(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٤٩٩.
(٤) النهاية للطوسي: ٣٣٤، المبسوط ٨: ١٨٧، الخلاف ٦: ٢٧٢.
(٥) المقنعة: ٧٢٧.
(٦، ٧) مختلف الشيعة ٨: ٥١٩ مسألة ٨٧.
(٨) المهذّب لابن البرّاج ٢: ٥٥٧.
(٩) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٢.
(١٠) غنية النزوع: ٤٤٠.
(١١) الكافي في الفقه: ٤٣٦.
(١٢) المراسم العلويّة: ٢٣٤.
(١٣) إصباح الشيعة: ٥٢٩.
(١٤) شرائع الإسلام ٤: ١٢٦.
(١٥) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٨.

بالمال[١]. وتبعه ابن فهد الحلّي[٢]. واختاره في الوسيلة[٣] وتحريرها[٤]. وكذا في تفصيل الشريعة[٥].

نقول: مقتضى إطلاق الآية[٦] والأخبار قبول شهادة أهل الذمّة في الوصيّة بالولاية، ومن الأخبار:

صحيحة ضريس الكناسي قال: سألت أبا جعفرعليه السلام عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملّتهم؟ فقال: «**لا، إلّا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، وإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصيّة؛ لأنّه لايصلح ذهاب حقّ امرئ مسلم ولا تبطل وصيّته**»[٧].

وصحيحة هشام بن الحكم، عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله ـ عزّوجلّ ـ: ﴿**أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ**﴾ فقال: «**إذا (إن خ ل) كان الرجل في أرض غربة ولا يوجد فيها مسلم جازت شهادة من ليس بمسلم في (على خ ل) الوصيّة**»[٨].. وغيرها[٩].

ومع ملاحظة التعليل الوارد فيها؛ من أنّ تجويز قبول شهادتهم إنّما نشأ من مراعاة الحقّ عن الذهاب؛ فإنّ هذه العلّة موجودة في الوصيّة بالولاية أيضاً، يلزم

---

(١) السرائر ٢: ١٣٩.

(٢) المهذّب البارع ٤: ٥١١.

(٣) وسيلة النجاة ٢: ١٥٣.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ١٠٤، كتاب الوصية مسألة ٦٣.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠٥ ـ ٢٠٦.

(٦) سورة المائدة ٥: ١٠٦.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٠ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٨) وسائل الشيعة ١٨: ٢٨٧ الباب ٤٠ من كتاب الشهادات، ح ٣.

(٩) نفس المصدر ١٣: ٣٩٠ ـ ٣٩٢ الباب ٢٠ من كتاب الوصايا ح ٣، و٦ و٧ وج ١٨/٢٨٧، من كتاب الشهادات.

قبول شهادتهم.

وأيضاً وجود المقتضي، وهو تعذّر عدول المسلمين المفضي إلى تعذّر إثبات الوصيّة، وكذا ثبوت الوصيّة بالمال بشهادة أهل الذمّة، وإثبات الوصيّة بالولاية بها يكون بالأولويّة، فهذه الوجوه تدلّ على قبول شهادتهم، وأوجه الوجهين هو الوجه الثاني، وبما أنّ للوجه الأوّل أيضاً وجهاً، فيلزم أن لا يترك الاحتياط في المسألة.

فرع: يستحبّ الإشهاد على الوصيّة

قال في المقنعة: «وينبغي لمن أراد الوصيّة أن يشهد عليها شاهدين مسلمين عدلين؛ لئلّا يعترض الورثة على الوصي من بعده»[1].

وظاهر كلامه﵀ استحباب الإشهاد لا وجوبه.

وفي النهاية: «ومن شرط الوصيّة أن يُشهِد عليها الموصي نفسين عدلين مرضيّين لئلّا يعترض فيها الورثة، فإن لم يُشهِد أصلاً وأمكن الوصيّ إنفاذ الوصيّة، جاز له إنفاذها على ما أوصى به إليه»[2].

وصدر كلامه﵀ وإن كان يوهم الاشتراط، إلّا أنّ ذيله قرينة على عدمه.

نعم، يدلّ كلامه﵀ على الاستحباب. وبه قال ابن إدريس[3].

وفي جامع للشرائع: «وليس في الشرع عقد ولا إيقاع يفتقر صحّته إلى الشهادة سوى الطلاق وتوابعه»[4]. وكذا في مجمع الفائدة[5].

---

(١) المقنعة: ٦٦٧.

(٢) النهاية للطوسي: ٦١٢.

(٣) السرائر ٣: ٢٠٧.

(٤) الجامع للشرائع: ٥٤٣.

(٥) مجمع الفائدة والبرهان ١٢: ٥١١.

وبالجملة: ليس الإشهاد من شرط صحّة الوصيّة إلى الموصى إليه، بل يستحبّ استحباباً مؤكّداً لئلّا ينازع الوارث فيها، كما في التذكرة[١] والتحرير[٢].

إثبات الوصيّة بالولاية عند أهل السنّة

يستفاد من كلماتهم أنّه مع اختلاف الورثة والوصيّ في مورد الوصيّة، لا تثبت الوصيّة بالولاية إلّا بشهادة عدلين؛ لأنّه ذهب الجمهور منهم إلى أنّ ما يطّلع عليه الرجال غالباً ممّا ليس بمال ولا يقصد منه المال، كالنكاح والطلاق والوكالة... والوصاية ونحوها؛ فإنّه لا يثبت إلّا بشاهدين، ولا تثبت بشاهد ويمين، ولا بشاهد وامرأتين[٣].

ففي التهذيب: الوصاية لا تثبت إلّا برجلين عدلين[٤].

وقال الغزالي: «ما عدا الزنا ممّا ليس بمال ولا يؤول إلى مال، كالنكاح والرجعة والطلاق والعتق... حتّى الوصايا والوكالة فيثبت برجلين، ولا يثبت برجل وامرأتين»[٥].

وجاء في البيان: «وأمّا حقوق الآدميّين، فتنقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما هو مال أو المقصود منه المال، مثل البيع والرهن والضمان...

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥٢١، الطبعة الحجريّة.

(٢) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٤.

(٣) منهاج الطالبين ٣: ٤٤١، البيان في فقه الشافعيّ ١٣: ٣٣٠، التهذيب في فقه الشافعيّ ٨: ٢١٨، نهاية المحتاج ٨: ٣١٢، مغني المحتاج ٤: ٤٤٢، الوجيز ٢: ٢٥٠، حلية العلماء ٨: ٢٧٦، عقد الجواهر الثمينة ٣: ١٥٣، المغني ١٢: ٧، الشرح الكبير ١٢: ٩٠، حاشية الخرشي ٨: ٥٠، بلغة السالك والشرح الصغير ٤: ١٢١، العزيز شرح الوجيز ١٣: ٤٨، الإقناع ٤: ٤٤٥، كشّاف القناع ٦: ٥٤٩، الإنصاف ١٢: ٦٨.

(٤) التهذيب في فقه الشافعي ٨: ٢١٨.

(٥) الوجيز ٢: ٢٥٠.

والوصيّة له وما أشبهه، فهذا يثبت بشاهدين أو بشاهد وامرأتين؛ لقوله ـ تعالى ـ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ...﴾ الآية[١].

القسم الثاني: ما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطّلع عليه الرجال، كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والوكالة والوصيّة إليه... فلا تثبت إلّا بشاهدين، ولاتثبت بشاهد وامرأتين. وبه قال الزهري والنخعي ومالك»[٢].

وقال الدسوقي: «ودعوى أنّه وصيّ في غير المال، كالنظر في أحوال أولاده أو تزويج بناته، لا تثبت إلّا بعدلين. وأمّا دعوى أنّه وكيل أو وصيّ على التصرّف في المال، فإن كان نفع يعود على الوصيّ أو الوكيل كفى العدل، والمرأتان مع يمين من أحدهما، فإن لم يكن نفع يعود عليه فلا يثبت إلّا بعدلين، أو عدل وامرأتين»[٣].

وكذا ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّه لا تقبل شهادة أهل الكتاب في الوصيّة بالولاية؛ لأنّ الأصل في الشاهد أن يكون مسلماً، فلا تُقبل شهادة الكفّار على المسلم؛ لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾[٤] وقوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[٥]. والكافر ليس بعدل، وليس منّا؛ ولأنّه أفسق الفسّاق ويكذب على الله تعالى، فلا يؤمن منه الكذب على خلقه. وعلى هذا الأصل جرى مذهب المالكيّة والشافعيّة والحنفية[٦].

---

(١) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

(٢) البيان في فقه الشافعي ١٣: ٣٣٠.

(٣) حاشية الدسوقي ٤: ١٨٧.

(٤) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

(٥) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

(٦) أسنى المطالب ٤: ٣٣٩، تبيين الحقائق ٤: ٢٢٤، التهذيب في فقه الشافعيّ ٨: ٢٥٨، منهاج الطالبين ٣: ٤٢٧، البيان ١٣: ٢٧٧، الجامع لأحكام القرآن ٦: ٣٤٩، حلية العلماء ٨: ٢٤٨، مختصر المزني: ٣١١، مغني المحتاج ٤: ٤٢٧، نهاية المحتاج ٨: ٢٩٢.

وجاء في المدوّنة: قلت: «أرأيت الرجل إذا هلك في السفر وليس معه أحدٌ من أهل الإسلام أتجوز شهادة أهل الكفر الذين معه إن أوصى بوصيّة؟ قال: لم يكن مالكٌ يجيز شهادة أحدٍ من أهل الكفر لا في سفر ولا في حضرٍ، ولا أرى أن تجوز شهادتهم. وقال أيضاً: وقد ردّ شهادة أهل الذمّة غير واحدٍ من أهل العلم من أصحاب النبيّ ﷺ والتابعين»[١].

وقال في المغني: «وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: لا تُقبلُ شهادة أهل الذمّة في الوصيّة في السفر؛ لأنّ من لا تُقبَلُ شهادته على غير الوصية لا تقبل في الوصية كالفاسق، ولأنّ الفاسق لا تقبل شهادته، فالكافر أولى»[٢]. وكذا في الوجيز[٣].

ولكن ذهب الحنابلة إلى أنّه تقبل شهادة أهل الكتاب في الوصيّة في السفر.

ففي المقنع: «لا تقبل شهادة كافر إلّا أهل الكتاب في الوصيّة في السفر»[٤].

وجاء في الإقناع: «لا تقبل شهادة كافر ولو من أهل الذمّة ولو على مثله، إلّا رجال أهل الكتاب بالوصيّة في السفر ممّن حضره الموت من مسلم وكافر عند عدم مسلم، فتقبل شهادتهم في هذه المسألة فقط»[٥]. وكذا في كشّاف القناع[٦] والمغني[٧] والشرح الكبير[٨] والكافي[٩] والإنصاف[١٠].

---

(١) المدوّنة الكبرى ٥: ١٥٦ـ١٥٧.

(٢) المغني ١٢: ٥١، الشرح الكبير ١٢: ٣٥.

(٣) الوجيز ٢: ٢٤٨.

(٤) المقنع لابن قدامة: ٣٤٦.

(٥) الإقناع ٤: ٤٣٦.

(٦) كشّاف القناع ٦: ٥٢٨.

(٧) المغني ١٢: ٥١.

(٨) الشرح الكبير ١٢: ٣٥.

(٩) الكافي في فقه أحمد ٤: ٢٧١.

(١٠) الإنصاف ١٢: ٣٤.

وجاء في الجامع لأحكام القرآن: «تكون شهادة أهل الكتاب على المسلمين جائزة في السفر إذا كانت وصيّة، وهو الأشبه بسياق الآية مع ما تقرّر من الأحاديث. وهو قول ثلاثة من الصحابة الذين شاهدوا التنزيل: أبو موسى الأشعري، وعبدالله بن قيس، وعبدالله بن عبّاس»[1].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٦: ٣٤٩.

المبحث الثامن: الرجوع عن الوصيّة أو استبدالها

الوصيّة سواءكانت بالمال أو بالولاية، عقدجائز من الطرفين، ويجوز للموصي والوصيّ الرجوع فيها، ولكن هناك حالات تلزم الوصيّة فيها ولا يجوز ردّها.

وبتعبير آخر: يستثنى من هذه القاعدة ـ جواز ردّ الوصيّة ـ موارد لا يجوز ردّ الوصيّة فيها. وللتحقيق فيه نقسّم هذا المبحث إلى مطالب ثلاثة نذكرها على الترتيب التالي:

المطلب الأوّل: رجوع الموصي عن الوصيّة

لا خلاف بين الفقهاء في أنّه يجوز للموصي الرجوع في الوصيّة بالولاية وغيرها، فلو أوصى إلى رجل بالقيام بأُمور صغاره جاز له أن يرجع عن ذلك ما دام حيّاً، ويوصي إلى غيره، وأن يُشرك معه غيره.

كما في الوسيلة[١] والسرائر[٢] وكشف الرموز[٣] والتحرير[٤] والدروس[٥] والروضة[٦] وغيرها[٧].

---

(١) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٣.

(٢) السرائر ٣: ١٩٢.

(٣) كشف الرموز ٢: ٨٠.

(٤) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٣.

(٥) الدروس الشرعية ٢: ٣٢٩.

(٦) الروضة البهيّة ٥: ٨١.

(٧) غنية النزوع: ٣٠٦، إصباح الشيعة: ٣٥٤، الكافي في الفقه: ٣٦٦، المختصر النافع: ١٩١، شرائع الإسلام ٢: ٢٤٤، الحدائق الناضرة ٢٢: ٤٠٢، التنقيح الرائع ٢: ٣٦٨، جامع المقاصد ١١: ٢٨٢، مسالك الأفهام ٦: ١٣٥، تحرير الوسيلة ٢: ١٠٢ مسألة ٦٠، مهذّب الأحكام ٢٢: ٢٢٩، منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ٢٢٦.

في المقنعة: «وللموصي أن يستبدل بالأوصياء ما دام حيّاً، فإذا مضى لسبيله لم يكن لأحد أن يغيّر وصيّته ولا يستبدل بأوصيائه»[١].

وفي النهاية: «وللإنسان أن يرجع في وصيّته ما دام فيه روح، ويغيّر شرائطها وينقلها من شيء إلى شيء ومن إنسان إلى غيره، وليس لأحد عليه فيه اعتراض»[٢].

وفي الشرائع: «الوصيّة عقد جائز من طرف الموصي ما دام حيّاً؛ سواء كانت بمال أو ولاية»[٣].

وفي التذكرة: «حكم الوصيّة بالولاية الجواز من الموصي، فله الرجوع في وصيّته متى شاء، كما كان له الرجوع في وصيّته بالمال، ولا نعلم فيه خلافاً، فيجوز له الاستبدال بالموصى إليه، وتخصيص ولايته وتعميمها وإدخال غيره معه، وإخراج من كان معه»[٤].

وجاء في تفصيل الشريعة: «فله أن يرجع فيها مادام فيه الروح كلّاً أو بعضاً من جهة الكميّة أو الكيفيّة، كما أنّ له تغيير الوصي والموصى له وغير ذلك، غاية الأمر أنّه لو رجع عن بعض الجهات يبقى غيرها بحاله... وكما له الرجوع في الوصيّة المتعلّقة بالمال، كذلك له الرجوع في القيّم وفي الأمور التي يتصدّاها»[٥].

أدلّة جواز الرجوع من الوصيّة

وقد استدلّ لهذا الحكم بوجوه:

الأوّل: الإجماع

---

(١) المقنعة: ٦٦٩.

(٢) النهاية للطوسي: ٦٠٩.

(٣) شرائع الإسلام ٢: ٢٤٤.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجريّة.

(٥) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ٢٠١ـ٢٠٢.

ففي التذكرة: «إنّ الوصيّة عقد جائز من الطرفين، فللموصي الرجوع في وصيّته؛ سواءكانت الوصيّة بمال أو منفعة أو ولاية، بلا خلاف بين علمائنا في ذلك»[١].

وفي المسالك: «لا خلاف في جواز رجوع الموصي في وصيّته ما دام حيّاً، لأنّه ماله وحقّه»[٢].

وكذا في الجواهر، وزاد: «بل الإجماع بقسميه عليه»[٣].

الثاني: أنّ الوصيّة من العقود غير اللازمة، فيجوز الرجوع فيها[٤].

الثالث: النصوص المستفيضة:

منها: صحيحة عبيد بن زرارة قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «**للموصي أن يرجع في وصيّته إن كان في صحّةٍ أو مرض**»[٥].

ومنها: صحيحة بريد العجلي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**لصاحب الوصيّة أن يرجع فيها ويحدث في وصيّته ما دام حيّاً**»[٦].

وكذا غيرهما من النصوص الكثيرة بل المتواترة[٧].

ودلالة الروايات على جواز الوصيّة من قبل الموصي، وأنّ من حقّه الرجوع عنها وتبديلها متى شاء ثابتةٌ بوضوح.

المطلب الثاني: رجوع الموصى إليه عن الوصيّة

لا خلاف أيضاً في أنّه لا يجب على الوصيّ قبول الوصيّة؛ سواء كانت الوصيّة

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٤، الطبعة الحجريّة.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ١٣٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٢٦٥.

(٤) التنقيح الرائع ٢: ٣٦٨.

(٥، ٦) وسائل الشيعة ١٣: ٣٨٦ الباب ١٨ من كتاب الوصايا، ح ٣ و ٤.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٨١ـ٣٨٩ الباب ١٧ ـ ١٩ من كتاب الوصايا.

بالولاية أم غيرها، بل كان بالخيار في القبول وردّها ما دام الموصي حيّاً بشرط أن يبلغه الرد[١].

ففي النهاية: «إذا وصّى الإنسان إلى غيره، كان بالخيار في قبول الوصيّة وردّها إذا كان الوصيّ حاضراً وشاهداً، فإن كان الموصى إليه غائباً كان له ردّ الوصيّة مادام الموصي حيّاً»[٢]. وكذا في المقنعة[٣].

وقال الصدوق في المقنع: «وإذا أوصى رجل إلى رجلٍ وهو شاهدٌ فله أن يمتنع من قبول وصيّته»[٤].

وفي الحدائق: «لا خلاف بين الأصحاب رضي الله عنهم في أنّ للوصيّ أن يردّ الوصاية ما دام الموصي حيّاً بشرط أن يبلغه ذلك»[٥].

أدلّة جواز ردّ الوصيّة للوصيّ

وقد استُدِلَّ لهذا الحكم بأمور:

الأوّل: الأصل كما في الروضة[٦] والجواهر[٧]. وفي المهذّب: «لأصالة عدم

---

(١) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٣، الكافي لأبي الصلاح: ٣٦٦، المهذّب للقاضي ٢: ١١٧، إصباح الشيعة: ٣٥٦، السرائر ٣: ١٩١، المختصر النافع: ١٩١، شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، الجامع للشرائع: ٤٩٣، قواعد الأحكام ٢: ٥٦٥، تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٧٩، تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجريّة، الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٥، كشف الرموز ٢: ٨٠، مسالك الأفهام ٦: ٢٥٥، جامع المقاصد ١١: ٢٨٢، وسيلة النجاة ٢: ١٤٩، تحرير الوسيلة ٢: ٩٠، تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ١٨٢.

(٢) النهاية للطوسي: ٦٠٧.

(٣) المقنعة: ٦٧٢.

(٤) المقنع: ٤٨٣.

(٥) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٤.

(٦) الروضة البهيّة ٥: ٨١.

(٧) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٥.

الوجوب في كلّ ما لم يثبت وجوبه بدليلٍ معتبر»[١].

الثاني: إطلاق الفتاوى بعدم الوجوب وإرساله إرسال المسلّمات، وعدم استنكار عدم القبول عند المتشرّعة في الجملة، ولو كان واجباً مطلقاً لشاع وبانَ في هذا الأمر العام البلوى[٢].

الثالث: ما ذكره في المسالك من «أنّ الوصاية إذنٌ للوصيّ في التصرّف المخصوص، فله أن لا يقبل هذا الإذن كالوكالة»[٣].

الرابع: الإجماع، كما هو ظاهر التذكرة والمسالك[٤].

الخامس ـ وهو العمدة ـ: الأخبار الواردة في هذا المقام، التي تدلّ بظاهرها عليه:

منها: صحيحة محمّد بن مسلم ـ التي رواها المشايخ الثلاثة رضوان الله عليهم ـ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «**إن أوصى رجلٌ إلى رجل وهو غائبٌ فليس له أن يردّ وصيّته، وإن أوصى إليه وهو بالبلد فهو بالخيار إن شاءَ قَبِلَ وإن شاء لم يقبل**»[٥].

قال في تفصيل الشريعة: «الظاهر أنّ التفصيل بين الغيبة والحضور في البلد إنّما هو بملاحظة إمكان بلوغه الردّ وعدمه، وإذا كان الأمر في الغيبة كذلك ففي صورة الموت بطريق أولى»[٦].

ومنها: صحيحة الفضيل بن يسار، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجلٍ يوصي إليه، قال: «**إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها، وإن كان في مصر يوجد فيه غيره**

---

(١) مهذّب الأحكام ٢٢: ٢١٣.

(٢) مهذّب الأحكام ٢٢: ٢١٣.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٥.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجريّة، مسالك الأفهام ٦: ٢٥٦.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٦) تفصيل الشريعة، كتاب الوصية: ١٨٣.

فذاك إليه»[١].

ومنها: صحيحة منصور بن حازم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا أوصى الرجل إلى أخيه وهو غائبٌ فليس له أن يردّ عليه وصيّته؛ لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»[٢] وكذا غيرها[٣].

هذه الروايات تدلّ على جواز ردّ الموصى إليه الوصيّة في حياة الموصي إمّا بالإطلاق أو بالعموم، وعلى عدم وجوب القبول.

نعم، يستحبّ ذلك لمن يثق من نفسه بالكفاية والأمانة؛ لأنّه من باب التعاون والتناصر.

قال الفاضل المقداد: «لا كلام أنّه مع عجزه وعدم كفايته لا يجب عليه، بل ولا يستحبّ؛ لعدم حصول الغرض، خصوصاً إذا لم يثق من نفسه بالأمانة؛ فإنّها تحرم قطعاً»[٤].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

المطلب الثالث: موارد عدم جواز ردّ الوصيّة فيها

تمهيد

شرّع الله تبارك وتعالى الوصيّة ليتدارك بها المؤمن ما فاته من فعل الخير، وليتبرّع بما تيسّر له ممّا أفاء الله عليه من الثروة والمال، قال ـ تعالى ـ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[٥] وهكذا شرّع الوصيّة اهتماماً بشؤون الأيتام والصغار.

---

(١) تهذيب الأحكام ٩: ١٥٩ ح٦٥٤، وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح٣.

(٣) نفس المصدر.

(٤) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٢.

(٥) سورة البقرة ٢: ١٨٠.

بتعبير آخر: الإسلام اهتمّ بأمر الأيتام والصغار أشدّ الاهتمام، ولم يتركهم بعد موت آبائهم وأُمّهاتهم سدىً وبلا وليّ بأيّ حال من الأحوال، ولذا أوجب قبول الوصيّة والقيمومة للأطفال، وحرّم ردّها على بعض الناس، حيث إنّ جواز ردّ الوصيّة وعدم قبول قيمومة الصغار في الموارد التي نتلوها عليك قريباً، كان موجباً لترك الصغار بلا وليّ وقيّم، والإضرار بهم وإتلاف أنفسهم وأموالهم، وهذا ممّا لا يرضى به الشارع الرؤوف بالأيتام والصغار قطعاً.

وبالجملة: يستثنى من جواز ردّ الوصيّة موارد لا يجوز فيها الردّ، بل يجب للموصيّ القيام بها، نذكرها فيما يلي:

الأوّل والثاني: عدم جواز ردّ الوصيّة بالولاية من الموصى إليه بعد موت الموصي، وكذا لا يجوز الردّ إذا كان الردّ في حال حياة الموصي، ولكن لا يبلغه حتّى مات؛ لأنّ جواز ردّ الوصيّة مشروط بأن يكون الموصي حيّاً كما تقدّم، فإذا كان بين الموصي والوصيّ مسافة ومات الموصي قبل الردّ، أو امتنع الموصى إليه من قبول الوصيّة في حال حياته ولكن لم يبلغه خبره حتّى مات، لم يكن للردّ أثر وكانت الوصيّة لازمة، ويجب على الموصى إليه القيام بها. كما في المقنعة[1] والنهاية[2] والسرائر[3] والشرائع[4] وغيرها[5].

ونسبه العلّامة في التذكرة إلى ظاهر كلام الأصحاب[6]. وفي الحدائق

---

(١) المقنعة: ٦٧٢.

(٢) النهاية للطوسي: ٦٠٧.

(٣) السرائر ٣: ١٨٥ و ١٩١.

(٤) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٦٦، الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٣، الجامع للشرائع: ٤٩٣.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجرية.

إلى المشهور[١]. وبذلك روايات كثيرة:

منها: صحيحة محمّد بن مسلم المتقدّمة[٢]؛ لأنّ المراد من قوله عليه السلام: «**وهو غائبٌ فليس له أن يردّ وصيّته**» أنّه مات الموصي في تلك الغيبة قبل أن يُعلِمَهُ الوصي بالقبول أو الردّ؛ فإنّه يجب القيام بالوصاية وإن لم يقبل.

ومنها: صحيحة الفضيل[٣]، والتقريب فيها ما تقدّم في الصحيحة السابقة؛ بمعنى أنّه مات الموصي بعد البعث وقبل وصول الجواب إليه بالقبول والردّ.

وحاصله: أنّه إذا أوصى إلى رجل وهو غائبٌ عن البلد ثمّ مات، لزمه القيام بالوصية قَبِلَ أو رَدَّ.

وكذا صحيحة منصور بن حازم[٤].

ويؤيّده ما رواه في الفقه الرضوي: «**إذا أوصى رجل إلى رجلٍ وهو شاهد، فله أن يمتنع من قبول الوصيّة، وإن كان الموصى إليه غائباً، ومات الموصي من قبل أن يلتقي مع الموصى إليه؛ فإنّ الوصيّة لازمةٌ للموصى إليه**»[٥].

وقال في الحدائق: لو لم يبلغ الردُّ الموصيَ، أو لم يبلغه الخبر إلّا بعد موت الموصي؛ فإنّه ليس له الردّ، بل يجب عليه القبول، وحينئذٍ فالحكم في هذه الصورة كما في الصورة الأُولى؛ أعني موت الموصي بعد قبول الوصي؛ فإنّه ليس للوصيّ الردّ بعد موته اتّفاقاً[٦].

ولكن ذهب في التحرير إلى جواز الرجوع في حياة الموصي وبعده[٧].

وقال في المختلف: «أطلق الأصحاب عدم جواز ردّ الوصية إذا لم يعلم الوصيّ

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٦.

(٢ـ٨ـ٩) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح١ـ٣.

(٥) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٢٩٨، مستدرك الوسائل ١٤: ١١٠ الباب ٢٢ من كتاب الوصايا، ح٢.

(٦) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٦.

(٧) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨٠.

بها حتّى يموت الموصي، أو يعلم ويردّ ولما يعلم الموصي بالردّ... والوجه عندي: المصير إلى ذلك إن كان قد قبل الوصية أوّلاً، وإن لم يكن قَبِلَ ولا عَلِمَ، جاز له الرجوع ـ إلى أن قال: ـ وقد نبّه الشيخ في المبسوط[١] ومسائل الخلاف[٢] عليه، فقال: إذا قبل الوصيّة، له أن يردّها ما دام الموصيّ حيّاً، فإن مات فليس له ردّها.

واستدلّ بإجماع الفرقة، وبأنّ الوصيّة قد لزمته بالقبول»[٣].

ومال إليه المحقّق والشهيد الثانيان[٤].

واستدلّ لهذا الحكم بوجوه:

أ ـ الأصل؛ أي عدم لزوم الوصيّة على الموصى إليه.

ب ـ آية نفي الحرج[٥]، وحديث لا ضرر[٦]؛ بمعنى أنّ إثبات الوصيّة ووجوب القيام بها على الوصي على وجه قهريّ ضرر وحرج عليه[٧]، وهما منفيّان بالآية والحديث.

ج ـ أنّ تسليط الموصي على إثبات وصيّته على من شاء بحيث يوصي ويطلب من الشهود كتمان الوصيّة إلى حين موته ممّا ينافي أُصول المذهب، ولا يعرف له في الشرعيّات مثل، كما في جامع المقاصد[٨].

---

(١) المبسوط للطوسي ٤: ٣٧.

(٢) الخلاف ٤: ١٤٨ المسألة ٢١.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٢٩٩ ـ ٣٠٠.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٨٤، مسالك الأفهام ٦: ٢٥٨.

(٥) سورة الحجّ ٢٢: ٧٨.

(٦) الكافي ٥: ٢٨ ح ٤ وص ٢٩٤، ح ٨، الفقيه ٣: ٤٥، ح ١٥٤ وص ١٤٧ ح ٦٤٨، تهذيب الأحكام ٧: ١٤٦، ح ٦٥١ وص ١٦٤ ح ٧٢٧.

(٧) والدليلان إنّما يدلّان على عدم لزوم القيام بالوصيّة في فرض الحرج والضرر، ولكن لا يدلّان على جواز الردّ، فتدبر. م ج ف.

(٨) جامع المقاصد ١١: ٢٨٥.

د ـ قال في المسالك: هذه الأخبار ليست صريحة في المدّعى؛ لتضمّنها أنّ الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً، والغائب يلزمه مطلقاً، وهو غير محلّ النزاع.

نعم، في تعليل الرواية المتقدّمة ـ حسنة هشام بن سالم ـ إيماء إلى الحكم، إلّا أنّ إثبات مثل هذا الحكم المخالف للأُصول الشرعيّة ـ بإثبات حقّ الوصاية على الموصى إليه على وجه القهر، وتسليط الموصي على إثبات وصيّته على من شاء، بحيث يوصي ويطلب من الشهود كتمان الوصيّة إلى حين موته، ويدخل على الوصيّ الحرج والضرر غالباً ـ بمجرّد هذه العلّة المستندة إلى سند غير واضح بعيد، ولو حملت هذه الأخبار على سبق القبول، أو على شدّة الاستحباب كان أولى[1].

نقول: كلام الشيخ﵀ في المبسوط والخلاف ليس صريحاً في ذلك، بل أنّه﵀ لم يتعرّض للصورة التي لم يقبل الوصيّ فيها الوصيّة، أو لم يعلمها حتّى مات الموصي، ولعلّ إطلاق كلامه يشمل كلتا الصورتين: القبول وعدمه، حيث قال: «وليس له ردّها بعد وفاته».

أمّا الأصل، فلا مورد له لوجود الدليل.

وأمّا الضرر والمشقّة، فإن أراد بالضرر والمشقّة مطلق المشقّة فلا نسلّم أنّ ذلك موجب للردّ، فإنّ التكاليف كلّها ملزومة للمشقّة، كما في التنقيح الرائع[2]، مضافاً إلى أنّا نمنع حصول الضرر والحرج الموجب للردّ بمجرّد الوصيّة إليه.

وإن أراد بالضرر والحرج ما تؤدّي إليه الوصيّة من ضرر دينيّ، أو دنيويّ، أو مشقّة لا يتحمّل مثلها عادةً، أو لزم من تحمّلها عليه ما لا يليق بحاله من شتم ونحوه ـ كما فرضه الشهيد الثاني في آخر كلامه ـ فذلك داخل في قسم العجز، وسيأتي حكمه، ويجوز له الرجوع دفعاً للضرر عن نفسه أو عرضه.

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٨.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٣.

وأمّا ما ذكره ـ أي الشهيد ـ من أنّ إثبات هذا الحكم مخالف للأصول الشرعيّة بإثبات حقّ الوصاية على الموصى إليه على وجه القهر، فأجاب عنه في الحدائق: بـ «أنّه إذا ثبت ذلك بالأدلّة الصحيحة؛ فإنّه يجب تخصيص الأُصول التي ذكرها بهذه الأخبار ـ المتقدّمة، ولا تقاوم مع هذه الأخبار ـ التي عمل بها الأصحاب ـ ولم يبق حينئذٍ إلّا مجرّد الاستبعاد العقلي الذي فرضه ـ أي الشهيد الثاني ﷺ ـ وهو غير مسموع في مقابلة الأخبار، سيّما مع صحّتها وتكاثرها ووضوح دلالتها»[1].

وأمّا حمل الأحاديث على سبق القبول؛ فإنّه غير موجّهٍ، لأنّه تأويل لا يحتمله لفظ الحديث، لأنّ الواو في قوله ﷺ: «وهو غائب» للحال، فيقيّد الإيصاء بغيبة الوصيّ، فلا يتقدّر قبوله قبل الموت بناءً على الظاهر، وإنّما يتقدّر لو كان حاضراً فأوصى إليه وقبل ثمّ سافر وردّ في غيبته، لكن ذلك لا يحتمله لفظ الحديثين، كما أشار إليه في التنقيح الرائع[2].

وأمّا ما ذكره من «أنّ هذه الأخبار ليست صريحة في المدّعى، لتضمّنها أنّ الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً، والغائب يلزمه مطلقاً، وهو غير محلّ النزاع»[3].

ففيه أوّلاً: أنّ الغيبة والحضور كناية عن بلوغ الردّ إلى الموصي وهو حسيّ، للإجماع على مدخلية الردّ الذي يبلغ إلى الموصي[4].

وقال ابن زهرة: «لا يجوز للمسند إليه ـ الموصى إليه ـ ترك القبول إذا بلغه ذلك

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٨.

(٢) التنقيح الرائع ٢: ٣٩٣.

(٣) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٨.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٧.

بعد موت الموصي، ولا ترك القيام بما فوّض إليه من ذلك، إذا لم يقبل وردّ فلم يبلغ الموصي ذلك حتّى مات، بدليل إجماع الطائفة»[١].

فالمراد بالغيبة والحضور في النصوص إمكان وصول الردّ إليه عرفاً وعدم الإمكان كذلك، ولا موضوعيّة لنفس الغيبة والحضور من حيث ذاتهما.

وثانياً: مقتضى التعليل الوارد في صحيحة منصور بن حازم بقوله عليه السلام: «**لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره**»[٢] أنّ صحّة الردّ مشروطة ببلوغ خبر الردّ إلى الموصي.

وثالثاً: عدم الصراحة لو سلّم لا ينفي أصل الاستدلال، إذ أكثر الفقه مبنيّ على الظواهر[٣].

ويؤيّده فتاوى الأصحاب وما رواه في فقه الرضوي المتقدّم، حيث ورد في ذيلها «**وإن كان الموصى إليه غائباً، ومات الموصي من قبل أن يلتقي مع الموصى إليه؛ فإنّ الوصية لازمة للموصى إليه**»[٤].

وقال في الدروس ـ بعد نقل كلام العلّامة في المختلف: يجوز الردّ إذا لم يعلم بالوصيّة حتّى مات للحرج والضرر ـ: «ولم نعلم له موافقاً عليه... وعلى ما قلناه من اللزوم بالموت وعدم الردّ، فلا عبرة بقبول الوصيّ وعدمه، بل العبرة بعدم الردّ الذي يبلغ الموصي، فإن حصل وإلّا التزم»[٥].

وقال المحقّق الفقيه القمّي ـ بعدما حكى كلام العلّامة والشهيد الثاني عليهما السلام وما استدلّا به ـ: «وأنت تعلم أنّ الظهور كافٍ في الاستدلال، والعمومات والأصل

---

(١) غنية النزوع: ٣٠٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٣.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٩.

(٤) الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام: ٢٩٨.

(٥) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٦.

وغيرهما لا تعارض مع النصوص الخاصّة التي عمل بها الأصحاب، خصوصاً مع دعوى الإجماع عليه»[١].

وجاء في المستمسك: ومقتضى تلك الأخبار أنّه يجب العمل بالوصيّة على الموصى إليه إذا لم يردّ، أو إذا ردّ ولكن لم يبلغ الموصي الردّ[٢].

وأمّا ضعف سند رواية منصور بن حازم ففير واضح؛ لأنّ طريق الصدوق إلى عليّ بن الحكم صحيحٌ ـ كما في المشيخة ـ وعلي بن الحكم بن الزبير وعلي بن الحكم الأنباري وعلي بن الحكم الكوفي الذي وثّقه الشيخ متّحد، وهم شخص واحد كما صرّح بذلك الوحيد البهبهاني[٣] والسيّد الخوئي[٤] والعلّامة التستري[٥]. وذكروا القرائن للاتّحاد، ولم نذكرها للاختصار.

فالأقرب ما ذهب إليه المشهور من أنّه لا يجوز للوصيّ ردّ الوصيّة بعد وفاة الموصي؛ سواء مات قبل الردّ، أو بعده ولم يبلغه الردّ وكانت الوصيّة لازمة للموصى إليه، ولكن ينبغي أن يستثنى من ذلك ما يستلزم الضرر والحرج دون غيره، وأمّا استثناء ما عجز عنه فواضح، كما في الروضة[٦].

وفي المهذّب: «والمنساق من مجموعها ـ بعد ردّ بعضها إلى بعض ـ أنّ القبول بحسب الذات من حقوق الأُخوّة الإيمانيّة بل الإنسانيّة؛ لأنّه من مصاديق قضاء الحوائج وفرع قبول الهديّة والعطيّة. فكما أنّ قضاء حاجة المؤمن وقبول هديّته وعطيّته راجحة بحسب الذات، ويتّصف بالوجوب تارةً والحرمة أُخرى لعوارض

---

(١) جامع الشتات ٤: ٢٣٣.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٥٣٦.

(٣) تعليقات على منهج المقال: ٢٣١.

(٤) معجم رجال الحديث ١١: ٣٤٤، الرقم ٨٠٨٧.

(٥) قاموس الرجال ٧: ٤٤٧، الرقم: ٥١١٨.

(٦) الروضة البهيّة ٥: ٨٢.

خارجة، فكذا قبول الوصيّة، فهو راجح بذاته، وقد يجب إن لزم من ردّها ضرر وتضييع حقّ الموصي، وقد يحرم إن لزم من قبولها ضرر على الوصي»[١].

المورد الثالث: وهو أن لا يستطيع الموصي أن يُوصِي إلى شخص آخر. وبعدما عرفت أنّه يُشتَرَطُ في جواز الردّ في حال الحياة بلوغ الخبر إلى الموصي، يقع الكلام في أنّه لو بلغه الخبر، ولكن لم يمكنه إقامة وصيٍّ غيره، فهل يكفي في جواز الردّ مجرّد بُلوغِ الخبر وإن لم يوجد وصيٌّ غيره، أو لابدّ من تقييده بإمكان وجود وصيّ آخر؟ فيه وجهان:

الأوّل: أنّه يكفي مجرّد بلوغ الردّ إلى الموصي، ولا يشترط في جواز الردّ أمر آخر، وهو ظاهر إطلاق الفتاوىٰ، حيث إنّها لم تكن مقيّدة بتمكّن الموصي من إقامة وصيّ آخر.

الثاني: أنّه يُشتَرَط ـ مع بلوغ الردّ إلى الموصي ـ إمكانُ إقامته وصيّاً غيره.

وبه قال في المسالك[٢] والرياض[٣] والجواهر[٤]. وقال السيّد الخوئي: «يجوز للموصىٰ إليه أن يردّ الوصيّة في حال حياة الموصي بشرط أن يبلغه الردُّ، بل الأحوط اعتبار إمكان نصب غيره له أيضاً»[٥].

وبه قال الإمام الخميني[٦]. وكذا في تفصيل الشريعة[٧].

وجاء في مباني المنهاج: «هل يجوز الردُّ مع عدم إمكان جعل غيره وصيّاً؟

---

(١) مهذّب الأحكام ٢٢: ٢١٣.

(٢) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٦.

(٣) رياض المسائل ٩: ٤٩٣.

(٤) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٧.

(٥) منهاج الصالحين للسيّد الخوئي ٢: ٢٢٤.

(٦) تحرير الوسيلة ٢: ٩٨ مسألة ٤١.

(٧) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ١٨٢.

لا يبعد أن يستفاد من نصوص الباب وجوب القبول وعدم جواز الردّ في هذه الصورة»[١].

وبالجملة: هذا هو الظاهر من النصوص:

منها: صحيحة هشام بن سالم، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يوصي إلى رجلٍ بوصيّةٍ فيكره أن يقبلها، فقال أبو عبدالله عليه السلام: «لا يخذله على هذه الحال»[٢].

قال المحدّث البحراني: ومقتضاها أنّه مع عدم وجود الغير لا يجوز له الرد[٣].

نقول: لعلّ مراده عليه السلام من قوله: «هذه الحال» حال عدم وجود الغير، ولكن لا قرينة عليه.

ومنها: صحيحة فضيل بن يسار المتقدّمة؛ لأنّ قوله عليه السلام فيها: «وإن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه»[٤]. وكذا قوله عليه السلام في صحيحة منصور بن حازم: «لأنّه لو كان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره»[٥] ظاهران في تعليق جواز الردّ على وجود الغير، فلو لم يوجد الغير لقبول الوصيّة لم يجز له الردّ.

ونعم ما قال في المسالك بعد نقل الرواية: «فإنّ العلّة المنصوصة تتعدّى على الأقوى، ولانتفاء الفائدة بدونه، فعلى هذا لو كان حيّاً ولكن لم يمكنه نصب أحد ولو بالإشارة لم يصحّ الردّ»[٦].

والحاصل: أنّه إذا كان هناك شخص آخر يمكن أن يجعله وصيّاً، جاز للوصي ردّ الوصيّة، وأمّا إذا لم يكن هناك شخص آخر يقبل ويتحمّل مسؤولية الوصيّة،

---

(١) مباني منهاج الصالحين ٩: ٣٢٦.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٩ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٤.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٠.

(٤ و٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٢ و٣.

(٦) مسالك الأفهام ٦: ٢٥٦.

أو كان الأشخاص الذين يمكن أن يوصى إليهم لا يمكن الاعتماد بهم، فالوصيّة هنا تلزم على الوصي؛ سواء قبِلها أم لم يقبلها.

أمّا لو أمكن للموصي نصب وصيّ آخر ولكن كان المنصوب غائباً، بحيث يتوقّف ثبوت وصايته على البيِّنة، ولم يحضر الموصي من تثبت به الوصاية، ففي تنزيله منزلة عدم التمكّن من الوصاية وجهان: من حصول أصل القدرة وتحقّق الشرط، ومن انتفاء فائدته باعتبار عدم ثبوته[١]. وبه قال في الجواهر[٢].

المورد الرابع: أن يكون الموصي أباً وقد أوصى إلى ابنه، قال الصدوق في المقنع: «وإذا دعا رجل ابنه إلى قبول وصيّته، فليس له أن يأبى»[٣].

وفي الدروس[٤]: «وقال الصدوق إذا أوصى إلى ولده وجب القبول، وكذا إلى أجنبيّ إذا لم يجد غيره، وهما مرويّان قويّان»[٥].

ويظهر من المختلف الميل إليه في آخر كلامه، حيث قال: «وبالجملة: فأصحابنا لم ينصّوا على ذلك، ولا بأس بقوله»[٦]. وبه قال أيضاً في الوسائل[٧] ومستدرك الوسائل[٨] والرياض[٩] والحدائق[١٠]. واحتاط وجوباً في تحرير الوسيلة[١١] وكذا في

---

(١) نفس المصدر: ٢٥٦ـ٢٥٧.

(٢) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٥.

(٣) المقنع: ٤٧٩.

(٤) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٦.

(٥) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح٢ وص ٤٠٠ ب٢٤، ح١.

(٦) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٢.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٤٠٠ الباب ٢٤ من كتاب الوصايا، ح١.

(٨) مستدرك الوسائل ١٤: ١١١ الباب ٢٣.

(٩) رياض المسائل ٦: ٢٧٧.

(١٠) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٩.

(١١) تحرير الوسيلة ٢: ٩٨.

التفصيل الشريعة[١].

واستُدِلّ لهذا الحكم بمكاتبة علي بن الريّان «رئاب خ ل يه» قال: كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: رجل دعاه والده إلى قبول وصيّته، هل له أن يمتنع من قبول وصيّته؟ فوقّع عليه السلام: «ليس له أن يمتنع»[٢]؛ فإنّ قوله عليه السلام: «ليس له أن يمتنع» صريح في أنّه لا يجوز للولد ردّ وصيّة والده.

واستدلّ العلّامة في المختلف بأنّ امتناع الولد عن قبول وصيّة والده نوع عقوق[٣].

وفي الرياض: «وهو كذلك ـ أي لا بأس بقول الصدوق ـ إن لم ينعقد الإجماع على خلافه، ولا يمكن دعواه ـ أي الإجماع ـ بإطلاق عبائر الأصحاب بجواز الردّ مطلقاً؛ لعدم تبادر المقامين[٤] منه جدّاً»[٥].

وقد أورد على الاستدلال لهذا القول في الجواهر[٦] والمهذّب[٧] وغيرهما[٨] إيرادات وأطالوا الكلام فيها، ولكنّ الظاهر أنّه لا ثمرة لهذا البحث، حيث إنّه وإن لم يثبت وجوب قبول وصية الأب على الولد بمقتضى الأدلّة التي استندوا بها لإثبات هذا القول، لكن لا شكّ في أنّه إن أمر الوالد ولده بأن يقبل وصيّته، أو كان عدم قبوله على وجه يؤذيه، يجب عليه قبولها ولا يجوز ردّه قطعاً؛ لأنّ ردّ الوصية

---

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ١٨٢.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤٠٠ الباب ٢٤ من كتاب الوصايا، ح ١.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٢.

(٤) أي في وصيّة الأب لولده، وللأجنبي إذا لم يوجد غيره.

(٥) رياض المسائل ٦: ٢٧٧.

(٦) جواهر الكلام ٢٨: ٤١٦ وما بعده.

(٧) مهذّب الأحكام ٢٢: ٢١٤ وما بعده.

(٨) الفقه للشيرازي، كتاب الوصيّة: ٣٤٣.

في هذا الحـال نوع عقوق للوالد، وهو حرام، كما هو ظاهر بعض النصوص أيضاً، مثل ما رواه علي بن مهزيار قال: كتب أبو جعفرﷺ إلى جعفر وموسى: «**وفيما أمرتكما من الإشهاد بكذا وكذا نجاة لكما في آخرتكما، وإنفاذ لما أوصى به أبواكما**» الحديث[١].

وهذا يدلّ على أنّ إنفاذ وصيّة الأب واجب على الولد مطلقاً؛ سواء قبل الولد الوصيّة أم لا.

المورد الخامس: من الموارد التي لا يجوز ردّ الوصيّة أن يكون الموصى إليه منحصراً فيه ولم يجد الموصي غيره.

قال الصدوق: «وإذا أوصى رجل إلى رجل فليس له أن يأبى إن كان حيث لم يجد غيره»[٢].

وفي المختلف: « ومن لم يوجد غيره يتعيّن عليه؛ لأنّه فرض كفايةً »[٣].

وفي الدروس: «قال الصدوق: إذا أوصى إلى ولده وجب القبول، وكذا إلى أجنبي إذا لم يجد غيره، وهما مرويّان قويّان»[٤]. وكذا في الحدائق[٥] والرياض[٦].

والدليل على ذلك مفهوم صحيح الفضيل بن يسار[٧]؛ لأنّ قولهﷺ: «**إن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه**» يكون مفهومه هكذا: إن لم يوجد في مصر

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٢ الباب ٣٢ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٢) حكاه العلّامة عنه في مختلف الشيعة ٦: ٣٦١، ولكن لم نجده في المقنع المطبوع.

(٣) مختلف الشيعة ٦: ٣٦٢.

(٤) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٦.

(٥) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٧٩.

(٦) رياض المسائل ٩: ٤٩٢.

(٧) وسائل الشيعة ١٣: ٣٩٨ و٣٩٩ الباب ٢٣ من كتاب الوصايا، ح ٢.

غيره لم يجز الردّ ووجب عليه قبول الوصيّة.

وكذا ظاهر إطلاق صحيحة هشام بن سالم، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يوصي إلى رجلٍ بوصيّةٍ فيكره أن يقبلها، فقال أبو عبدالله عليه السلام: «**لا يخذله على هذه الحال**»[1] ولعل مراده عليه السلام من «**هذه الحال**» حالة عدم وجود الغير الذي يوصي إليه.

وقال في التذكرة: «يجوز الدخول في الوصيّة، بل يستحبّ، بل قد يجب على الكفاية؛ لأنّ الإيصاء واجب، قال الصادق عليه السلام: الوصيّة حقّ على كلّ مسلم[2]. وأوصت فاطمة إلى أمير المؤمنين عليه السلام، ويعده إلى ولديها الحسن والحسين عليهما السلام»[3]؛ وإذا وجب الإيصاء فلابدّ من محلّ له ومن يجب عليه العمل بالوصيّة، وإلّا لم يكن مفيداً[4].

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی

(١) نفس المصدر والباب: ٣٩٩ ح٤.

(٢) نفس المصدر ١٣: ٣٥٢ الباب ١ من كتاب الوصايا، ح٢ ـ ٤ و ٦.

(٣) بحار الأنوار ٤٣: ١٨٥.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٤، الطبعة الحجريّة.

المبحث التاسع: كون الوصيّ أميناً

الظاهر أنّه لا خلاف بين الفقهاء في أنّ الوصيّ أمين، ولا يضمن ما في يده من أموال الصغار التي صار وليّاً عليها من جهة الوصيّة بالولاية إلّا مع التعدّي أو التفريط.

جاء في الشرائع: «الوصيّ أمين لا يضمن ما يتلف إلّا عن مخالفته لشرط الوصيّة أو تفريط»[١]. وكذا في المختصر النافع[٢] والدروس[٣] والتحرير[٤] والقواعد[٥].

وبه قال الشيخ الأعظم[٦] والسادات الفقهاء: الخوئي[٧] والاصفهاني[٨] والإمام الخميني[٩]. واختاره في تفصيل الشريعة[١٠].

وفي السرائر: «والوصيّ إذا خالف ما أمر به كان ضامناً للمال»[١١].

وفي المسالك: «وعبّر ـ أي المحقّق ـ عن التعدّي بمخالفة شرط الوصيّة؛ فإنّه إذا لبس الثوب مثلاً فقد خالف شرط الوصيّة؛ لأنّ مقتضاها حفظه للطفل، أو بيعه

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٢) المختصر النافع: ١٩١.

(٣) الدروس الشرعيّة ٢: ٣٢٦.

(٤) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٨١.

(٥) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٥.

(٦) الوصايا والمواريث، ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣٠.

(٧) منهاج الصالحين ٢: ٢٢٣، مباني المنهاج ٩: ٤٠٨.

(٨) وسيلة النجاة ٢: ١٥٠ مسألة ٤٩.

(٩) تحرير الوسيلة ٢: ٩٩ مسألة ٤٨.

(١٠) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ١٨٩.

(١١) السرائر ٣: ١٩٢.

وصرفه في الجهة المأمور بها ونحو ذلك، فاستعماله لا يدخل في شرط الوصيّة... هذا إذا لم يتعلّق به غرض يعود على ماله فيه الولاية بحيث لا يتمّ بدونه، كما لو ركب الدابّة لقضاء حوائج الطفل واستيفاء دينه حيث يتوقّف على الركوب»[1].

وجاء في جامع المقاصد: «لا خلاف بين أهل الإسلام في أنّ الوصيّ أمين، ومعناه: أنّه لا يضمن ما بيده من أموال الطفل لو تلف إلّا بتعدٍّ كما لو لبس الثوب، أو تفريط كما لو قصر في حفظه، أو مخالفة لشرط الوصيّة كما لو أوصى إليه أن يصرف شيئاً على وجه، فصرفه على وجه آخر؛ لأنّ الوصاية في معنى الوكالة، ولأنّ الوصيّ نائب عن الأب والجدّ، وهما أمينان»[2].

وفي الجواهر: «الوصيّ أمين بلا خلاف أجده فيه»[3].

وفي الحدائق: «ينبغي أن يكون المدار في التعدّي وعدمه على مخالفة شرط الوصيّة وعدمها، فلو ركب الدابّة أو لبس الثوب لا لغرض يعود إلى الطفل أو نفع يترتّب عليه، كان ذلك تعدّياً... أمّا لو تعلّق بذلك غرض يعود إلى الطفل، كأن يركب الدابّة للمضيّ في حوائج الطفل من استيفاء دينه، أو جمع حواصله أو نحو ذلك، ولبس الثوب لدفع الضرر عنه باللبس ... فإنّه لا يكون تعدّياً، بل ربما صار في بعض الأفراد واجباً عليه إذا علم حصول الضرر بدون ذلك.

وظاهر كلامهم أنّ غاية ما يوجبه التعدّي والتفريط وجوب الضمان مع بقائه على الوصاية، ولا يوجب ذلك عزله، مع أنّهم قد صرّحوا بأنّه إن ظهر منه خيانة وجب على الحاكم عزله، والظاهر أنّ التعدّي والتفريط نوع خيانة أيضاً، إلّا أنّهم لم يصرّحوا بذلك، بل ربما ظهر من كلامهم في الحكم الأوّل عدم كون ذلك خيانة،

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٠.

(٢) جامع المقاصد ١١: ٢٨٥.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٠.

فينبغي التأمّل في ذلك»[1].

نقول: الظاهر أنّ مخالفة شرط الوصيّة أو التفريط فيها لا تكون خيانة؛ لأنّ المراد من التفريط التكاسل في أمر الوصيّة والتهاون فيها، والخيانة غيرهما.

وبالجملة: لو شكّ عند إرادة التصرّف في أنّه هل هذا تصرّف حسب المتعارف أم لا؟ لا يجوز له التصرّف إلّا بعد إحراز تحقّقه، فلو عمل والحال هذه فظهر ضرر أو تلف كان ضامناً.

وأمّا إذا كان المتعارف احتمال الضرر، لكنّ العرف يُقدِمُ، لم يكن به بأسٌ، كما إذا كانت التجارة بالمال في البُعد خطيراً، لكنّ العرف يقدم على ذلك، وإن تلف لم يضمن.

وكذا إذا كان إجراء العملية الجراحية للطفل بموافقة القيّم أمراً خطيراً، لكنّ الآباء يقدمون على ذلك من باب الأهمّ والمهمّ، صحّ له الإقدام، ولو تلف الطفل لم يضمن، ولو تلف الطفل بدون تعارف الإقدام فهو ضامن لديته.

أدلّة عدم ضمان الوصيّ

ويدلّ على عدم ضمان الوصيّ أُمور:

الأوّل: إذن الموصي.

بمعنى أنّ إذن الموصي وتسليطه الوصيّ على التصرّف فيما أوصى إليه يقتضي عدم ضمانه فيها.

بتعبير آخر: إذن المالكيّة من طرف الموصي وكذا إذن الشرعيّة ـ حيث إنّه

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨١.

يجوز له التصرّف شرعاً أيضاً ـ يوجبان ذلك، على هذا يكون في تصرّفه أميناً[١] فلايضمن ما يتلف في يده إلّا ما كان عن مخالفته لشرط الوصيّة أو تفريط، كما هو الحال في كلّ أمين[٢].

وتدلّ على عدم ضمان الأمين أخبار مستفيضة:

منها: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن العارية يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق؟ فقال: «**لو كان أميناً فلا غرم عليه**»[٣]. حيث علّق الإمام عليه السلام الحكم بالأمانة، بمعنى أنّ الأمانة علّة لعدم الضمان.

ومنها: مرسلة أبان، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: وسألته عن الّذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان؟ فقال: «**ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً**»[٤].

قال الشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني دام ظلّه في شرح الحديث: «ومقتضى تعليق الحكم بعدم الغرامة ـ في الجواب على كون الرجل أميناً ـ ثبوت الحكم في جميع موارد ثبوت الأمانة، ولو في غير مورد السؤال، من دون فرق بين أن تكون الأمانة مالكيّة أو شرعيّة»[٥].

ومنها: رواية مسعدة بن زياد، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عليهما السلام «أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: **ليس لك أن تتّهم من قد ائتمنته، ولا تأتمن الخائن**

---

(١) والمراد من الأمين هو أن يكون مال الغير في يده بإذن المالك، أو من الله من غير خيانة له بالنسبة إلى ذلك المال، من فعل أو ترك يوجب تلفه أو نقصاً فيه. القواعد الفقهيّة للمحقّق البجنوردي ٢: ١٣.

(٢) الاقتباس من الجواهر ٢٨: ٤٢٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٣: ٢٣٧ الباب ١ من كتاب العارية، ح٧.

(٤) نفس المصدر ١٣: ٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعة، ح٥.

(٥) القواعد الفقهيّة للشيخ الفقيه الفاضل اللنكراني: ٢٩.

وقد جرّبته»[١]، وكذا رواية أُخرى لمسعدة بن زياد[٢].

ومنها: ما روي عن عليّ عليه السلام أنّه قال: «ليس على مؤتمن ضمان»[٣].

ومنها: الخبر المعروف بينهم **«ليس على الأمين إلّا اليمين»**[٤].

ولذلك قام الإجماع على أنّ الأمين لا يضمن؛ فإنّ الفقهاء رضوان الله عليهم يستندون لعدم الضمان في موارد عديدة بأنّه أمين، ويرسلونه إرسال المسلّمات من غير إنكار لأحد، فكان هذه كبرى مسلّمة عند الكلّ، وهي أنّ الأمين لا يضمن[٥]، ولا خلاف فيه بينهم.

الثاني ـ وهو العمدة ـ: النصوص المستفيضة الواردة في الباب، وهي على ثلاث طوائف:

الأُولى: التي تدلّ على أنّه لو أفرط أو فرّط الوصيّ في المال الموصى به فهو ضامنٌ، وإلّا فلا يضمن.

١ ـ مثل صحيحة محمّد بن مسلم ـ التي رواها المشايخ الثلاثة عطّر الله مراقدهم ـ قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجلٌ بعث بزكاة ماله لتقسّم فضاعت، هل عليه ضمانها حتّى تُقسّم؟ فقال: **«إذا وجدَ لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامنٌ** ـ إلى أن قال ـ: **وكذلك الوصيّ الذي يوصى إليه يكون ضامناً لما دفعَ إليه إذا وجد ربّه الذي أُمِرَ بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان»**[٦].

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٢٢٩ الباب ٤ من كتاب الوديعة، ح ١٠.

(٢) نفس المصدر: ٢٣٧ الباب ١ من كتاب العارية، ح ١٠.

(٣) دعائم الإسلام ٢: ٤٩١ ح ١٧٥٥، مستدرك الوسائل ١٤: ١٦، ح ٤.

(٤) القواعد الفقهيّة للمحقّق البجنوردي ٢: ١١، ولم نجده في المصادر الحديثيّة.

(٥) نفس المصدر.

(٦) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٧ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ١.

وجه الدلالة: أنّه من كان أميناً لا يضمن فيما بيده من الأموال إلّا إذا وجد صاحبها الذي أُمر بدفعه إليه فهو له ضامن؛ لأنّه فرّط في دفع المال إلى صاحبه، فإذن يكون ضامناً.

٢ ـ صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال في رجل توفّي فأوصى إلى رجل، وعلى الرجل المتوفّى دَينٌ، فَعَمدَ[١] الذي أوصى إليه فعزل الذي للغرماء فرفعه في بيته، وقسّم الذي بَقِيَ بين الورثة، فَسُرِقَ الذي للغرماء من الليل، ممّن يؤخذ؟ قال: «**هو ضامن حين عزله في بيته، يؤدّي من ماله**»[٢].

لأنّه عليه السلام علّل الضمان بعزل الوصي الزكاة في بيته ولم يؤدّها للغرماء، فكأنّه أفرط في تنفيذ الوصية، فهو ضامن ويؤدّي من ماله.

الطائفة الثانية: وهي التي تدلّ على الضمان مطلقاً؛ سواء كان بتعدٍّ وتفريط أم لا.

١ ـ مثل صحيحة إسماعيل بن سعد الأشعري، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سألته عن مال اليتيم هل للوصيّ أن يعينه أو يتّجر فيه؟ قال: «**إن فعلَ فهو ضامن**»[٣]. حيث تدلّ بوضوح على الضمان مطلقاً.

٢ ـ وصحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: في مال اليتيم عليه زكاة؟ فقال: «**إذا كان موضوعاً فليس عليه زكاة، فإذا عملت به فأنت له ضامن والربح لليتيم**»[٤].

والمراد بالعامل هو الوصيّ أو أمين الحاكم؛ لأنّ الرواية في مورد اليتيم، وهي منصرفة عن الجدّ.

---

(١) عَمَدْتُ إليه: قصدتُ، المصباح المنير: ٤٢٨، مادّة عمد.

(٢) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٨ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٢.

(٣) نفس المصدر ١٣: ٤١٨ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٥.

(٤) نفس المصدر ٦: ٥٤ الباب ١ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ١.

٣ ـ ومرسلة أبان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلٍ أوصى إلى رجل أنّ عليه ديناً؟ فقال: «**يقضي الرجل ما عليه من دينه، ويقسّم ما بقي بين الورثة**» قلت: فسرق ما أوصى به من الدين ممّن يؤخذ الدين أمِنَ الورثة أم من الوصيّ؟ قال: «**لا يؤخذ من الورثة ولكن الوصيّ ضامن لها**»[١]. وكذا خبر عبدالله الهاشمي[٢] وخبر منصور الصيقل[٣] وغيرها[٤].

ويستفاد من هذه الأخبار أنّ الوصي ضامن للمال مطلقاً، ولكن يحمل ذلك على ما إذا فرّط أو أفرط، كما في الرياض[٥] والجواهر[٦].

ويؤيّده ما رواه في دعائم الإسلام عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال: «**إذا اتّجر الوصيّ بمال اليتيم لم يجعل له في ذلك في الوصيّة، فهو ضامن لما نقص من المال والربح لليتيم**»[٧].

الطائفة الثالثة: الأخبار التي تدلّ على أنّ الوصيّ ضامن بتبديله الوصية وتغييرها، وهي أيضاً مستفيضة بنفسها:

منها: صحيحة محمّد بن مارد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجلٍ أوصى إلى رجل وأمره أن يعتق عنه نسمة بستّمائة درهم من ثلثه، فانطلق الوصيّ فأعطى الستّمائة درهم رجلاً يحجّ بها عنه؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام: «**أرى أن يغرم الوصيّ ستّمائة درهم من ماله ويجعلها فيما أوصى الميّت في نسمةٍ**»[٨].

(١، ٢) نفس المصدر ١٣: ٤١٨ الباب ٣٦ من كتاب الوصايا، ح ٣، ٤.

(٣) نفس المصدر ٦: ٥٨ الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة، ح ٧.

(٤) نفس المصدر ١٢: ١٩٠ ـ ١٩١ الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢، ٣، ٤.

(٥) رياض المسائل ٩: ٤٩٦.

(٦) جواهر الكلام ٢٨: ٤٢٢.

(٧) دعائم الإسلام ٢: ٣٦٤، ح ١٣٢٧.

(٨) وسائل الشيعة ١٣: ٤١٩ الباب ٣٧ من كتاب الوصايا، ح ١.

فإنّ الضمان من جهة تبديل الوصية وتغييرها.

ومنها: صحيحة سعيد الأعرج، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجلٍ يوصي بنسمةٍ فيجعلها الوصيّ في حجّة؟ قال: فقال: «يغرمها ويقضي وصيّته»[1].

ومنها: خبر أبي سعيد، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سُئل عن رجل أوصى بحجّة فجعلها وصيّه في نسمة؟ فقال: «يغرمها وصيّه ويجعلها في حجّة كما أوصى به، فإنّ الله ـ تبارك وتعالى ـ يقول: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾»[2][3].

وكذا خبر علي بن زيد «فرقد كا»[4]. والمستفاد من هذه الطائفة: أنّ الوصيّ قد تعدّى عن الوصيّة؛ لأنّ المدار في التعدّي وعدمه على مخالفة الوصيّة وعدمها، ومن التعدّي تبديل الوصيّة؛ وكأنّ المحقّق في الشرائع[5] أراد بمخالفة شرط الوصيّة ما يشمل التعدّي.

وجاء في القواعد: «الوصيّ أمين لا يضمن ما يتلف إلّا بتعدٍّ أو تفريط أو مخالفة لشرط الوصيّة»[6].

وقال المحقّق الثاني في شرحه: «ولو اقتصر المصنّف على التعدّي لأغنى عن الباقين؛ لأنّ المفرط متعدّ»[7].

---

(١) وسائل الشيعة ١٣: ٤٢٠ الباب ٣٧ من كتاب الوصايا، ح٣.

(٢) نفس المصدر، ح٥.

(٣) سورة البقرة ٢: ١٨١.

(٤) وسائل الشيعة ١٣: ٤٢٠ و ٤١٩ الباب ٣٧ من أحكام الوصايا، ح٢.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٦) قواعد الأحكام ٢: ٥٦٥.

(٧) جامع المقاصد ١١: ٢٨٥.

وفي المسالك: «وعبّر ـ أي المحقّق ـ عن التعدّي بمخالفة شرط الوصيّة»[١].

فهذه الطائفة من الأخبار أيضاً تحمل على أنّ الوصيّ قد تعدّى في الأموال فيكون ضامناً؛ لأنّ عدم ضمان الوصيّ مشروط بعدم التعدّي والتفريط.

فرع

إذا ضَمِنَ الوصيّ مال اليتيم؛ بأن أتلفه بالتعدّي أو التفريط، أو أنفق عليه أزيد من المعروف، أو بتبديله الوصيّة وتغييرها، فالواجب عليه أن يدفعه إلى الحاكم.

قال في التذكرة: «لا يبرأ عن ضمانه حتّى يدفعه إلى الحاكم ثمّ يردّه الحاكم عليه إن ولّاه، وأمّا الأب فيبرأ من ضمان ما أتلفه بقبض مال الضمان من نفسه لولده»[٢].

نقول: لم يظهر لنا وجه واضح لهذا الحكم؛ لأنّ ولاية الوصيّ إنّما نشأت من ولاية الأب أو الجدّ. فإذا قال الأب: أوصيت إليك جميع أُمور أولادي، يكون القبض لمال الضمان من أحد هذه الأُمور، والفرض أنّ غاية ما يوجب التعدّي والتفريط هو وجوب الضمان، ولا يوجب ذلك عزله، ويبقى ولايته في مورد الوصاية، فلماذا نحكم بوجوب دفعه المال إلى الحاكم حتّى يرد الحاكم إليه ثانياً.

ولعلّ مراده‌ﷺ أنّ مورد الوصاية لا يشمل مثل هذا المورد ومنصرف عنه؛ بأن يوصي الأب للوصي أن يأخذ ما أتلفه نفسه بالإفراط أو التفريط، فإذن لا ولاية للموصى إليه بقبض مال الضمان.

---

(١) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١١، الطبعة الحجريّة.

المبحث العاشر: الحاكم وصيّ لمن لا وصيّ له

لا خلاف بين الفقهاء، بل الإجماع على أنّه لو مات شخص ولم يوص إلى أحد، وكان له أموال وأطفال، وكذا لو مات الوصيّ ولم يأذن له الموصي أن يوصي، كان النظر في تركته للحاكم الشرعي، وهو الذي يعيّن القيّم حتّى يحفظ أموال الأطفال، ويفعل ما كان مصلحة لهم من البيع والشراء والمضاربة والإنفاق عليهم وغيرها، وكذلك ذهب مشهور الفقهاء، بل كلّهم إلّا قليلاً منهم[١] إلى أنّه لو لم يكن ثَمَّ حاكم يجب على العدول من المؤمنين كفاية أن ينظروا في أمور الأطفال ويتولّونهم في ذلك.

جاء في المقنعة: «فإن مات ـ أي الوصيّ ـ كان الناظر في أمور المسلمين يتولّى إنفاذ الوصيّة على حسب ما كان يجب على الوصيّ أن ينفذها، وليس للورثة أن يتولّوا ذلك بأنفسهم، وإذا عدم السلطان العادل ـ فيما ذكرناه من هذه الأبواب ـ كان لفقهاء أهل الحقّ العدول من ذوي الرأي والعقل والفضل أن يتولّوا ما تولّاه السلطان، فإن لم يتمكّنوا من ذلك فلا تبعة عليهم فيه»[٢].

وبه قال في النهاية[٣] والوسيلة[٤] والكافي[٥] والشرائع[٦] والمختصر النافع[٧]

---

(١) وهو ابن إدريس في السرائر ٣: ١٩٤، حيث قال: «فلا يجوز لمن ليس بفقيه تولّي ذلك بحال، فإن تولّاه فإنّه لا يمضي شيء ممّا يفعله، لأنّه ليس له ذلك».

(٢) المقنعة: ٦٧٥.

(٣) النهاية للطوسي: ٦٠٨.

(٤) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٤.

(٥) الكافي في الفقه: ٣٦٦.

(٦) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧.

(٧) المختصر النافع: ١٩١.

والإرشاد[١] والمهذب[٢].

وهكذا قال به جماعة من المتأخّرين[٣].

ففي جامع المقاصد: «إنّ الولاية بالأصالة على الطفل ثابتة لأبيه ثمّ لجدّه... ومع عدم الجميع فالحاكم، والمراد به الإمام المعصوم عليه السلام أو نائبه الخاصّ، وفي زمان الغيبة النائب العامّ، وهو المستجمع لشرائط الفتوى والحكم... فإن فقد الكلّ فهل يجوز أن يتولّى النظر في تركة الميّت من المؤمنين من يوثق به ... يستفاد الإذن فيه من دلائل الأمر بالمعروف...»[٤].

وفي المسالك: «فإن فقد الجميع، فهل يجوز أن يتولّى النظر في تركة الميّت من المؤمنين من يوثق به؟ قولان: أحدهما المنع، ذهب إليه ابن إدريس... والثاني وهو مختار الأكثر... الجواز»[٥].

وقد أشبعنا الموضوع بذكر الأقوال وبيان الأدلّة في البحث عن ولاية الحاكم وعدول المؤمنين على أموال الصغار مفصّلاً، ولا تفاوت بين المسألتين فلا نعيدها خوفاً من التطويل[٦].

ويترتّب على هذا الحكم أنّه إن ظهر من الموصى إليه عجز أو ضعف في القيام بالوصيّة، كان للناظر في أُمور المسلمين أن يقيم معه أميناً قويّاً ضابطاً يعينه

---

(١) إرشاد الأذهان ١: ٤٦٤.

(٢) المهذّب البارع ٣: ١١٨.

(٣) الروضة البهيّة ٥: ٧٨، التنقيح الرائع ٢: ٣٩٨، الحدائق الناضرة ٢٢: ٥٨٩، رياض المسائل ٩: ٥٠٩، جواهر الكلام ٢٨: ٤٣٠، كتاب الوصايا ضمن تراث الشيخ الأعظم ٢١: ١٣١.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٦٦.

(٥) مسالك الأفهام ٦: ٢٦٥.

(٦) راجع الفصل العاشر من الباب الرابع، المبحث الأوّل والرابع.

على تنفيذ الوصيّة، ولم يكن له عزله لضعفه[١].

وأمّا إذا ظهر منه خيانة بعده ـ أي بعد موت الموصي ـ عزله الحاكم وأقام أميناً مقامه.

وكذا لو جُنّ أو أُغمي عليه[٢]، وكذا لو تغيّر حاله بالفسق، عزله الحاكم وأقام غيره مقامه على قول بعضهم[٣].

قال في التذكرة: «إذا أوصى إلى من اجتمعت فيه الشروط فتغيّرت حالة الموصى إليه، فإن كان لضعف من كبر أو مرض، لم تخرج ولايته بذلك عنه ويضمّ الحاكم إليه من يشاركه في النظر ويساعده عليه، احتياطاً للموصى عليهم. وإن تغيّرت حاله بفسق، فإن كان قبل موت الموصي، فإن قلنا: تشترط العدالة عند الوصاية بطلت وصيّته، وإن لم يشترط وتجدّدت العدالة حالة الموت صحّت ولايته، وإلّا بطلت.

وإن كان تغيّره بعد موت الموصي، إمّا لتعدّيه في المال أو لغير ذلك بطلت ولايته وانعزل عن النظر، ويكون النظر إلى الحاكم أو نائبه، وإلّا تولّاه بعض

(١، ٢) المقنعة: ٦٦٩، النهاية للطوسي: ٦٠٧، السرائر ٣: ١٩٢، المهذّب لابن البرّاج ٢: ١١٧، الكافي في الفقه: ٣٦٦، الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٣، شرائع الإسلام ٢: ٢٥٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٥١٢، الطبعة الحجريّة.

(٣) قال المحقّق في الشرائع ٢: ٢٥٥: «هل يعتبر العدالة ـ أي من الوصيّ ـ؟ قيل: نعم؛ لأنّ الفاسق لا أمانة له. وقيل: لا؛ لأنّ المسلم محلّ الأمانة، كما في الوكالة والاستيداع، ولأنّها ولاية تابعة لاختيار الموصي فيتحقّق بتعيّنه».

وجاء في تحرير الأحكام ٣: ٣٧٧ «اختيار الشيخ أنّ العدالة شرط فلا تصحّ الوصيّة إلى الفاسق وإن كان مؤمناً» ومنعه ابن إدريس ـ «السرائر» ٣: ١٨٩ ـ وقال: عندي فيه نظر. وقال في المختلف ٦: ٣٥١ ـ ٣٥٢: شرط الشيخ في المبسوط ـ ٤: ٥١ ـ والمفيد في المقنعة ـ: ٦٦٨ ـ... عدالة الوصيّ، ومنعوا من الوصية إلى الفاسق ـ إلى أن قال: ـ والأقرب عدم الاشتراط؛ لأنّها نيابة، فتتبع اختيار المنوب، كالوكالة. نعم، إنّه مستحبّ.

المؤمنين مع تعذّر الحاكم ونائبه؛ لزوال الشرط»[١].

وفي تحرير الوسيلة «لو ظهرت خيانة الوصيّ، فعلى الحاكم عزله ونصب شخص آخر مكانه، أو ضمّ أمين إليه حسب ما يراه من المصلحة، ولو ظهر منه العجز عن الاستقلال ضمّ إليه من يساعده. وأمّا إن عجز عن التدبير والعمل مطلقاً ـ بحيث لا يرجى زواله كالهرم والخرف ـ فالظاهر انعزاله، وعلى الحاكم نصب شخص آخر مكانه»[٢].

وكذا في تفصيل الشريعة، وأضاف بأنّ في الفرع الثالث ـ أي صورة عجز الوصيّ عن التدبير مطلقاً ـ فقدان ما هو المعتبر في صحة جعله وصيّاً يوجب أن ينعزل الوصيّ بنفسه، ولا حاجة إلى عزل الحاكم في هذه الصورة، بل اللّازم عليه نصب شخص آخر مكانه[٣].

ثمّ إنّه على تقدير اشتراط العدالة في الوصيّ لو نصب عدلاً، ثمّ ظهر فسقه، وكذا على القول بعدم اشتراط العدالة لو أُوصي إلى العدل من حيث كونه عدلاً، ثمّ ظهر منه الفسق بعد موت الموصي، فهل يبطل وصايته؟ فمن قال باعتبار العدالة ابتداءً أبطل الوصيّة هنا، لفوات شرط الوصية، ومن لم يقل باعتبارها ابتداء أبطل به هنا؛ لأنّه ربما كان الركون إليه بالإيصاء في الابتداء وثوقاً بعدالته، وقد زالت. ولا تعود ولايته لو عادت العدالة؛ لزوالها شرعاً.

وفي الجواهر في الأمر الثاني[٤]: «ينبغي الجزم به... بلا خلافٍ أجده فيه،

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٥١١، الطبعة الحجريّة.

(٢) تحرير الوسيلة ٢: ٩٩، كتاب الوصيّة مسألة ٤٦.

(٣) تفصيل الشريعة، كتاب الوصيّة: ١٨٨.

(٤) الإيصاء إلى العدل بوصف كونه عدلاً.

بل عن المهذّب وشرح الصَّيمري الإجماع عليه[١] إلّا من الحلّي[٢]... لعدم مقتضيها، ضرورة كون عبارة النصب له من حيث العدالة، فمع فسقه لم تشمله عبارة النصب، فلا يكون وصيّاً»[٣].

وجاء في جامع المقاصد: «كأنّه لا خلاف في ذلك عندنا؛ لأنّ الموصي إنّما أوصى إليه بهذا الوصف، وربما كان هو الباعث الأصلي على التفويض إليه، وقد فات. وينعزل من حين الفسق وإن لم يعزله الحاكم لوجود المانع»[٤].

وبه قال أيضاً في المسالك[٥].

آراء فقهاء أهل السنّة في المقام

اتّفق فقهاء أهل السنّة في أنّه إن تغيّرت حال الوصيّ لضعف أو كبر أو مرض لم يعزله الحاكم، بل يضمّ إليه أميناً يعاونه، واختلفوا في أنّه هل كانت العدالة شرطاً في الوصيّ حتّى إذا فسق عزله، أم لا يشترط فيه ذلك؟ فإليك نصّ بعض كلماتهم:

أ ـ الشافعيّة

في المهذّب: «وإن وصّى إلى رجل فتغيّر حاله بعد موت الموصي، فإن كان لضعف ضمّ إليه معين أمين، وإن تغيّر بفسق أو جنون بطلت الوصيّة إليه ويقيم الحاكم من يقوم مقامه»[٦]. وكذا في المجموع[٧].

---

(١) المهذّب البارع ٣: ١١٦، غاية المرام ٢: ٤٤١.

(٢) السرائر ٣: ١٩٨.

(٣) جواهر الكلام ٢٨: ٣٩٦.

(٤) جامع المقاصد ١١: ٢٧٧.

(٥) مسالك الأفهام ٦: ٢٤٣.

(٦) المهذّب في فقه الشافعي ١: ٤٦٣.

(٧) المجموع شرح المهذّب ١٦: ٤٣١.

وفي البيان: «فإن أوصى إلى من جمع الشرائط ثمّ تغيّرت حال الوصيّ بعد موت الموصي، فإن تغيّر لضعف عن الحساب أو الحفظ لم ينعزل بذلك، بل يضمّ إليه الحاكم أميناً يعاونه؛ لأنّ الضعف لا ينافي الولاية، بدليل أنّ الأب والجدّ يليان مال ولدهما وإن كان فيهما ضعف. ولو كان الحاكم هو الذي نصب الأمين فضعف فله عزله؛ لأنّه نصبه. وإن فسق الوصيّ أو جنّ انعزل عن الوصيّة؛ لأنّ الفسق والجنون ينافيان الولاية»[١]. ومثل ذلك في الوجيز[٢] والعزيز[٣] ومغني المحتاج[٤].

ب ـ الحنابلة

فقد جاء في المغني: «إذا كان الوصيّ فاسقاً فحكمه حكم من لا وصيّ له، وينظر في ماله الحاكم، وإن طرأ فسقه بعد الوصيّة زالت ولايته وأقام الحاكم مقامه أميناً، هذا اختيار القاضي، وهو قول الثوري والشافعي وإسحاق، وعلى قول الخرقي لا تزول ولايته ويضمّ إليه أمين ينظر معه... وإذا تغيّرت حال الوصي بجنون أو كفر أو سفه زالت ولايته وصار كأنّه لم يوص إليه، ويرجع الأمر إلى الحاكم، فيقيم أميناً ناظراً للميّت في أمره وأمر أولاده»[٥].

وكذا في الكافي[٦] والإقناع[٧] وكشّاف القناع[٨] والإنصاف[٩].

---

(١) البيان في فقه الشافعي ٨: ٣٠٦.

(٢) الوجيز ١: ٤٦١.

(٣) العزيز شرح الوجيز ٧: ٢٧١ وما بعده.

(٤) مغني المحتاج ٣: ٧٥.

(٥) المغني ٦: ٥٧٢ ـ ٥٧٣ والشرح الكبير: ٥٨٥.

(٦) الكافي في فقه أحمد ٢: ٢٩١.

(٧) الإقناع ٣: ٧٩.

(٨) كشّاف القناع ٤: ٤٧٨.

(٩) الإنصاف ٧: ٢٧٥.

وفي المبدع: «تصحّ ـ أي الوصيّة ـ إلى الفاسق ويضمّ الحاكم إليه أميناً... جمعاً بين نظر الموصي وحفظ المال...»[١].

ج ـ الحنفيّة

جاء في البحر الرائق: «ومن عجز عن القيام ضمّ إليه غيره؛ لأنّ في الضمّ رعاية الحقّين: حقّ الوصيّ وحقّ الورثة؛ لأنّ تكميل النظر يحصل به؛ لأنّ النظر يتمّ بإعانة غيره»[٢].

وكذا في البناية[٣] وأحكام الصغار[٤].

د ـ المالكيّة

فقد جاء في حاشية الخرشي: «إنّ الفسق إذا طرأ على الوصيّ؛ فإنّه ينعزل عن الإيصاء على المشهور؛ إذ يشترط في الوصي العدالة ابتداءً ودواماً»[٥].

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

وفي عقد الجواهر الثمينة: «ولو ولي العدل ثمّ طرأ الفسق عليه وجب عزله عنها»[٦] أي وجب على الحاكم عزله.

وكذا في حاشية الدسوقي[٧] ومواهب الجليل[٨].

---

(١) المبدع شرح المقنع ٦: ١٠١.

(٢) تكملة البحر الرائق ٩: ٣١١.

(٣) البناية ١٢: ٦٣٦.

(٤) أحكام الصغار: ٣٧١ـ٣٧٢.

(٥) حاشية الخرشي ٨: ٥٠٥.

(٦) عقد الجواهر الثمينة ٣: ٤٢٨.

(٧) حاشية الدسوقي ٤: ٤٥٣.

(٨) التاج والإكليل مع مواهب الجليل ٨: ٥٥٧.

المبحث الحادي عشر: فروع حول الوصيّة للحمل

قد تقدّم ـ في الفصل السادس من الباب الأوّل تحت عنوان حقوق الحمل ـ صحّة الوصيّة له وبيان شرائطها وبقيت فروع لم نتعرّض لها هناك، وحيث إنّها ترتبط بباب الوصيّة فناسب ذكرها في هذا الفصل، وهي ما يلي:

الأوّل: قال في القواعد: «لو أوصى لحمل فأتت به لأقلّ من ستّة أشهر استحقّ ـ أي الموصى به ـ فإن ولدت آخر لأقلّ من ستّة أشهر من ولادة الأوّل شاركه، لتحقّق وجوده وقت الوصيّة»[١].

وقال المحقّق الثاني في شرحها: «وذلك لأنّهما حمل واحد إجماعاً، ولا فرق في ذلك بين أن يكون فراشاً أو لا.

ولو جاءت بالثاني لستّة أشهر فما زاد لم يشارك؛ لإمكان تجدّده، ولا يخفى أنّ ذلك إنّما يتصوّر إذا لم يتجاوز مجموع المدّتين أقصى[٢] مدّة الحمل»[٣].

وفي التذكرة: «ولو ولدت أحد التوأمين لأقلّ من ستّة أشهر، ثمّ ولدت الثاني لأقلّ من ستّة أشهر من الولادة الأُولى صحّت الوصيّة لهما وإن زاد ما بين الثاني والوصية على ستّة أشهر وكانت المرأة فراشاً؛ لأنّهما حمل واحد إجماعاً»[٤]. وكذا في الرياض[٥]، والحكم واضح لا خلاف فيه.

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٥٣.

(٢) يجيء التحقيق في مسألة أقصى مدّة الحمل في الباب السادس ذيل البحث عن إلحاق الولد بأبيه «الولد للفراش» فانتظر.

(٣) جامع المقاصد ١٠: ٨٧.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١ الطبعة الحجريّة.

(٥) رياض المسائل ٦: ٢٣٧.

وبه قال فقهاء أهل السنّة[١]، ففي الوجيز في فقه الشافعيّة: «فلو أوصى لحمل، جاز بشرط أن ينفصل حيّاً لوقت يعلم وجوده عند الوصيّة، وهو لما دون ستّة أشهر. فإن كان لما فوقه، والمرأة ذات زوج، لم يستحقّ؛ لظهور طريان العلوق، وإن لم يكن فأظهر الوجهين أنّه يستحقّ، إلّا أن يجاوز أربع سنين؛ لأنّ طريان وطء الشبهة بعيد»[٢].

وكذا في منهاج الطالبين[٣] والحاوي الكبير، وأضاف بأنّه «وإن وضعته لأكثر من ستّة أشهر من وقت الوصيّة ولأقلّ من أربع سنين، فإن كانت ذات زوج أو سيّد يمكن أن يطأها فحدث، فالوصيّة باطلة؛ لإمكان حدوثه فلم يستحقّ بالشكّ، وإن كانت غير ذات زوج أو سيّد يطأ، فالوصيّة جائزة؛ لأنّ الظاهر تقدّمه، والحمل يجري عليه حكم الظاهر في اللحوق، فكذلك في الوصيّة»[٤].

الفرع الثاني: قال الشيخ في المبسوط: «إن أوصى فقال: إن كان الذي في بطنها ذكراً فله ديناران، وإن كان أُنثى فلها دينار، فإن أتت بذكر فله ديناران، وإن أتت بأُنثى فلها دينار، وإن أتت بهما فلا شيء لهما. والفرق بين هذه وبين الأُولى حيث قال: إن كان في بطنها ذكر فله ديناران، وإن كان أُنثى فلها دينار، وقد كان ذكر وأُنثى، وليس كذلك هاهنا؛ لأنّه... أراد إن كان كلّ الذي في بطنها ذكراً أو كلّ الذي في بطنها انثى وما وجد تلك الصفة؛ لأنّه كان كلّه ذكراً وأُنثى»[٥]. وكذا

---

(١) بدائع الصنائع ٦: ٤٣١، تبيين الحقائق ٦: ١٨٦، المقنع: ١٧١، المغني ٦: ٤٧٤ والشرح الكبير ٦: ٤٧٤، كشّاف القناع ٤: ٤٣٢، الفروع ٤: ٥١٤، المبدع ٦: ٣٥، المدوّنة الكبرى ٦: ٧٣، بلغة السالك والشرح الصغير ٤: ٣١٧.

(٢) الوجيز ١: ٤٤٤.

(٣) منهاج الطالبين ٢: ٣٥٦.

(٤) الحاوي الكبير ١٠: ٤٢.

(٥) المبسوط للطوسي ٤: ١٣ ـ ١٤.

في التذكرة[١].

وبه قال المحقّق[٢] والقاضي ابن البرّاج[٣] وابن حمزة[٤] وكذا الشافعيّة[٥] والحنفيّة[٦] والحنابلة[٧] ولم نجد قولاً من المالكيّة.

الفرع الثالث: قال العلّامة في التذكرة: «إذا أوصى لحمل امرأة فولدت ذكراً وأُنثى، تساويا في الوصيّة لأنّ ذلك عطيّة وهبة، فأشبه ما لو وهبهما شيئاً بعد ولادتهما. ولو فَصَّل بينهما اتّبع كلامه، كالوقف.

وإن قال: إن كان في بطنها غلامٌ فله ديناران، وإن كان فيه جارية فلها دينار، فولدت غلاماً وجارية، فلكلّ واحدٍ منهما ما وصيّ له به؛ لوجود الشرط فيه.

وإن ولدت أحدهما منفرداً فله وصيّته»[٨].

وكذا في الرياض[٩].

وبه أيضاً قال الشافعيّة[١٠] والحنفيّة[١١] والحنابلة[١٢].

الفرع الرابع: قال في القواعد: «لو أوصى للحمل فوضعت حيّاً وميّتاً صرف

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعة الحجريّة.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٢٥٠.

(٣) المهذّب لابن البرّاج ٢: ١٠٨.

(٤) الوسيلة: ٣٧٦.

(٥) المهذّب في فقه الشافعي ١: ٤٥٦، البيان في مذهب الشافعي ٨: ١٦٧، المجموع شرح المهذّب ١٦: ٣٧٥، الحاوي الكبير ١٠: ٤٣.

(٦) بدائع الصنائع ٦: ٤٣١.

(٧) الكافي في فقه أحمد ٢: ٢٧٧، الإقناع ٣: ٥٨ ـ ٥٩.

(٨) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعة الحجريّة، تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٣٦٥.

(٩) رياض المسائل ٦: ٢٣٦.

(١٠) المهذّب في فقه الشافعي ١: ٤٥٦، المجموع شرح المهذّب ١٦: ٣٧٤، البيان في مذهب الشافعي ٨: ١٦٥.

(١١) بدائع الصنائع ٦: ٤٣١، المغني والشرح الكبير ٦: ٤٧٧.

(١٢) الكافي في فقه أحمد ٢: ٢٧٧، الإقناع ٣: ٥٨ ـ ٥٩.

الجميع إلى الحيّ مع احتمال النصف»[١].

وقال المحقّق الثاني في شرحه:

«وجه الأوّل: أنّ الميّت كالمعدوم فيكون الحيّ كأنّه تمام الحمل، فتكون الوصية له كما في الميراث الموقوف.

ووجه الثاني: أنّ تمام الحمل هو الحيّ والميّت، وكون الميّت كالمعدوم إنّما هو في عدم ثبوت الوصيّة له لا مطلقاً.

ولو كانا حيّين لكان لكلّ منهما النصف؛ لأنّ الحمل مجموعهما، فيكون كلام الموصي مُنَزّلاً عليهما، فلا يتفاوت الحال بموت أحدهما؛ لأنّ من أوصى لحيٍّ ومن ظُنّ حياتُهُ فتبيّن موته، لا يُصرَفُ الحصّة التي أوصى بها للميّت إلى الحيّ قطعاً فكذا هنا. والفرق بين الوصيّة والإرث ظاهرٌ؛ فإنّ الإرث للقريب اتّحد أو تعدّد»[٢].

وقال أيضاً في القواعد: «وكذا لو أوصى لأحد هذين وجوّزنا الوصيّة المبهمة ومات أحدهما قبل البيان»[٣].

وأضاف المحقّق الثاني في شرحه: «أي وكذا الحكم فيما لو أوصى لأحد هذين[٤] وجوّزنا الوصيّة المبهمة ومات أحدهما قبل البيان؛ فإنّه يحتمل فيه استحقاق الباقي الجميع والنصف؛ نظراً إلى أنّ الميّت كالمعدوم، فتكون الوصية كلّها للحيّ، والتفاتاً إلى التردّد في أنّ الحيّ يستحقّ الجميع؛ لكونه الموصى له، أو لا يستحقّ شيئاً؛ لكون الموصى له غيره، فيحكم بالنصف ـ ولقد أجاد

---

(١) قواعد الأحكام ٢: ٤٥٤.

(٢) جامع المقاصد ١٠: ٩٧.

(٣) قواعد الأحكام ٢: ٤٥٤.

(٤) في المصدر لهذين، والصواب ما أثبتناه.

في الإيراد عليه حيث قال :ـ وفي هذا نظرٌ ؛ لأنّ الوصيّة لأحد هذين على طريق الإبهام، لا على معنى أيّهما كان يجب أن تكون باطلة ؛ لأنّ المبهم في حدّ ذاته يمتنع وجوده والعلم به ، فتمتنع الوصيّة له .

وما ذكره من قوله : «ومات أحدهما قبل البيان» يشعر بأنّ الإبهام إنّما هو عند السامع لا عند الموصي ، وحينئذٍ فلا يجيء الاحتمالان باستحقاق الباقي الجميع أو النصف ، بل يجب أن يُقال : إن أمكن البيان من الموصي، أو من يقوم مقامه فلا بحث ، وإن تعذّر أمكن القول بالقرعة والبطلان»[1].

ولم نجد في كلمات فقهاء أهل السنّة قولاً في هذا الفرع إلّا من الحنفيّة، حيث قال في البدائع : «لو قال : أوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة، فولدت لأقلّ من ستّة أشهر من وقت موت الموصي ولداً ميّتاً لا وصيّة له ... ولو ولدت ولدين حيّاً وميّتاً فجميع الوصيّة للحيّ ؛ لأنّ الميّت لا يصلح محلّاً لوضع الوصيّة فيه ، ولهذا لو أوصى لحيّ وميّت كان كلّ الوصيّة للحيّ»[2].

الفرع الخامس : قال الشيخ في المبسوط : «إن كان ـ أي الوصيّة ـ مقيّداً فقال : أوصيتُ لحمل هذه الجارية وهو من فلان ، فإن أتت به لأقلّ من ستّة أشهر ولحقه النسب ، فإنّه تصحّ الوصيّة ؛ لأنّا بيّنا أنّه كان مخلوقاً موجوداً حال الوصيّة ؛ لأنّ أقلّ الحمل ستّة أشهر ، وإن أتت به لأكثر من ستّة أشهر فالحكم على ما مضى في المسألة الأولى .

فإن كان لها زوج فلا تصحّ له الوصيّة ؛ لأنّه يجوز أن يكون حدث بعد الوصيّة . وإن لم يكن لها زوج نظرت؛ فإن أتت به لأقلّ من تسعة أشهر ؛ فإنّه يلحق النسب وتثبت له الوصيّة، وإن أتت به لأكثر من ذلك؛ فإنّه لا يلحق النسب

---

(١) جامع المقاصد ١٠ : ٩٧.

(٢) بدائع الصنائع ٦ : ٤٣٣.

ولا تصحّ الوصيّة، فإن أوصى لحمل جارية وقال: هو ابن فلان فأتت به ونفاه زوجها باللعان صحّت الوصيّة؛ لأنّه ليس فيه أكثر من انقطاع النسب بين الولد ووالده، فأمّا من الأجنبيّ فلا»[1].

وفي التذكرة: لو قال الموصي: أوصيت لحمل فلانة من زيد، فكما يشترط العلم بوجوده عند الوصيّة، يشترط أن يكون ثابت النسب من زيد حتّى لو كانت الوصيّة بعد زوال الفراش فأتت بولد لأكثر من سنة ـ عندنا ـ ومن أربع سنين ـ عند الشافعي ـ من وقت الفراق والأقلّ من ستّة أشهر من يوم الوصيّة، فلايستحقّ؛ لأنّ النسب غير ثابت منه.

بخلاف ما إذا اقتصر على الوصيّة لحمل فلانة ولم يصرّح بأنّه من زيد، لم يشترط بكونه ثابت النسب من زيد، ولو اقتضى الحال ثبوت النسب من زيد، لكنّه نفاه باللعان أو الإنكار، فقال بعضهم: لا تصحّ الوصيّة وأنّه لا شيء له، لأنّه لم يثبت نسبه، بل نفى نسبه عنه، وإذا لم يثبت نسبه لم يوجد شرطه.

وقال آخرون: إنّه يستحقّ؛ لأنّه كان النسب ثابتاً، إلّا أنّه انقطع باللعان، واللعان إنّما يؤثر في حقّ الزوجين خاصّة، ولهذا لا يجوز لغير الزوج رميها بذلك.

وهذا الخلاف كالخلاف في أنّ التوأمين المنفيين باللعان يتوارثان بإخوة الأُمّ وحدها، أو بإخوة الأبوين»[2].

وبه قال الشافعيّة والحنفيّة.

جاء في العزيز: لو قال الموصي: أوصيت لحمل هذه المرأة من زيد، لم تصحّ الوصيّة له إلّا بشرطين:

أحدهما: العلم بوجوده عند الوصيّة كما تقدّم.

---

(١) المبسوط للطوسي ٤: ١٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦٠ ـ ٤٦١ الطبعة الحجريّة.

والثاني: ثبوت نسبه من أبيه المذكور في الوصيّة، وأن يكون ثابت النسب من زيد، حتّى لو كانت الوصيّة بعد زوال الفراش، فأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الفراق، ولأقلّ من ستّة أشهر من يوم الوصيّة، فلا يستحقّ؛ لأنّ النسب غير ثابت منه، ولو اقتضى الحال ثبوت النسب من زيد لكنّه نفاه باللعان، فعن ابن سريج وعامّة الأصحاب: أنّه لا شيء له؛ لأنّه لم يثبت نسبه.

وعن أبي إسحاق وأبي منصور أنّه يستحقّ؛ لأنّه كان النسب ثابتاً، إلّا أنّه انقطع باللعان، واللعان إنّما يؤثّر في حقّ الزوجين[١].

وكذا في البيان[٢] وروضة الطالبين[٣] والمغني والشرح الكبير[٤] وغيرها[٥].

الفرع السادس: أنّه إذا أوصى للحمل صحّت الوصيّة، وكان القابل لها أبوه أو جدّه أو من يلي أموره بعد خروجه حيّاً، ولو قَبِلَ قَبْلَ انفصاله حيّاً ثمّ انفصل حيّاً، ففي الاعتداد بذلك القبول إشكال[٦].

أُشير إلى هذا الفرع في كلام الشافعيّة أيضاً[٧].

نقول: لم نقف في هذه الفروع على نصٍّ، إلّا أنّ ظاهر الأصحاب الاتّفاق على ما ذكرناه؛ فإنّه لم ينقل هنا خلاف في شيء من هذه الأحكام.

الفرع السابع: عدم صحّة الوقف للحمل، الظاهر لا خلاف في أنّه لا يصحّ الوقف للحمل.

---

(١) العزيز شرح الوجيز ٧: ١٠ ـ ١١.

(٢) البيان ٨: ١٦٥.

(٣) روضة الطالبين ٥: ١٧٣.

(٤) المغني ٦: ٤٧٥، الشرح الكبير ٦: ٤٧٦.

(٥) المجموع شرح المهذّب ١٦: ٣٢٧، مغني المحتاج ٣: ٤١، الحاوي الكبير ١٠: ٤٤.

(٦) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٦١، الطبعة الحجريّة.

(٧) العزيز شرح الوجيز ٧: ١١، روضة الطالبين ٥: ١٧٤.

قال الشيخ في النهاية: «ولا يجوز أن يقف على من لم يوجد بعد، فإن وقف كذلك كان الوقف باطلاً»[١].

وبه صرّح أيضاً في المقنعة[٢] والخلاف[٣] والمبسوط[٤]، والمهذّب[٥] والوسيلة[٦] وغيرها[٧].

لعدم أهليّة المعدوم للتملّك وهو واضح. وصرّح الفقهاء بأنّ في معناه الحمل أيضاً؛ لأنّه وإن كان موجوداً إلّا أنّه غير صالح للتملّك ما دام حملاً.

ففي المبسوط: «ومن شرط صحّة الوقف أن يكون الموقوف عليه ابتداءً ممّن يملك المنفعة، ولا يجوز أن يقف على من لا يملك في الحال... أو على حمل هذه الجارية ولم ينفصل الحمل بعد بلا خلاف»[٨].

وفي الخلاف: «إذا وقف على من لا يصحّ الوقف عليه مثل العبد، أو حمل لم يوجد ... يبطل الوقف»[٩].

وبه صرّح ابن حمزة[١٠] والراوندي[١١] والحلّي[١٢] وابن زهرة[١٣]

---

(١) النهاية للطوسي: ٥٩٦.

(٢) المقنعة: ٦٥٥.

(٣) الخلاف ٣: ٥٤٤.

(٤) المبسوط للطوسي ٣: ٢٩٢.

(٥) المهذّب لابن البرّاج ٢: ٨٨.

(٦) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٠.

(٧) الجامع للشرائع: ٣٧٠، شرائع الإسلام ٢: ٢١٤، قواعد الأحكام ٢: ٣٩٠، جامع المقاصد ٩: ٣٨.

(٨) المبسوط للطوسي ٣: ٢٩٢.

(٩) الخلاف ٣: ٥٤٤.

(١٠) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٠.

(١١) فقه القرآن ٢: ٢٩٣.

(١٢) السرائر ٣: ١٥٦.

(١٣) غنية النزوع: ٢٩٧.

والفاضلان[١].

وقال في تحرير الوسيلة: «يعتبر في الوقف الخاصّ وجود الموقوف عليه حين الوقف، فلا يصحّ الوقف ابتداءً على المعدوم ومن سيوجد بعد، وكذا الحمل قبل أن يولد»[٢].

ولم نقف على نصّ في المقام، إلّا أنّه مضافاً إلى الاتّفاق في المسألة، بل تسالم الكلّ عليها، حيث إنّ الوقف إمّا تمليك العين والمنفعة، وإمّا تمليك المنفعة فقط، فلابدّ من قابليّة الموقوف عليه للتملّك، والحمل لا يصلح لذلك، بخلاف الوصيّة، حيث إنّها تمليك في المستقبل، ولذا اشترطوا فيها وضعه حيّاً، فلو مات قبل خروجه حيّاً بطلت الوصيّة كما تقدّم.

ولذا جاء في جامع المقاصد: «أمّا الحمل؛ فلأنّه لم يثبت تملّكه إلّا في الوصيّة، ولعدم القطع بحياته. والفرق بين الوصيّة والوقف، أنّ الوصيّة تتعلّق بالمستقبل، والوقف تسليط في الحال»[٣].

وفي المسالك: «تفريع الحمل على المعدوم لا يخلو من تجوّز؛ لأنّه في نفسه موجود، غايته استتاره، وإنّما يشاركه في الحكم بعدم صحّة الوقف عليه من جهة أُخرى؛ وهي أهليّة الموقوف عليه للتملّك؛ فإنّها شرط من حيث إنّ الوقف إمّا تمليك العين والمنفعة إن قلنا: إنّ الوقف يملكه الموقوف عليه. وإمّا تمليك المنفعة إن لم نقل به، والحمل لا يصلح لشيءٍ منهما»[٤].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤، قواعد الأحكام ٢: ٣٩٠، تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٢٩٧، تذكرة الفقهاء ٢: ٤٢٨، الطبعة الحجريّة.

(٢) تحرير الوسيلة ٢: ٦٧، مسألة ٣٥.

(٣) جامع المقاصد ٩: ٣٨ـ٣٩.

(٤) مسالك الأفهام ٥: ٣٢٧.

وخالف السيّد اليزدي ما ذهب إليه المشهور، حيث قال بصحّة الوقف للحمل لولا الإجماع، واعتقد أنّه لا إجماع في المسألة، وذكر في تحقيق المسألة ما ملخّصه:

أوّلاً: لا فرق بين الحمل والرضيع خصوصاً مع فصل قليل، كما إذا كان قبل الوضع بربع ساعة، واشتراط إرثه بتولّده حيّاً ليس لعدم قابليّته للملكيّة، بل للدليل الخاصّ، فلا يصحّ القياس عليه.

وثانياً: بالنقض بما إذا كان تبعاً لموجود، فإنّه يجوّزونه، كما إذا وقف على أولاده الموجودين ومن سيوجد منهم، وكما في سائر البطون اللاحقة، فإنّ تمليك المعدوم لو كان غير معقول لم يكن فرق بين الاستقلال والتبعيّة.

وثالثاً: لا فرق في المعقوليّة وعدمها بين كون المالك معدوماً أو المملوك، مع أنّهم يجوّزون تمليك الكلّي في الذمّة، مع أنّه ليس شيئاً موجوداً في الخارج، وأيضاً يجوّزون بيع الثمار قبل بروزها عامين أو مع الضميمة، ويجوّزون تمليك المنافع وليست موجودة بل يستوفي شيئاً فشيئاً.

ورابعاً: التحقيق أنّ الملكيّة من الأمور الاعتباريّة، فوجودها عين الاعتبار العقلائي... فيكفيها المحلّ الموجود في اعتبار العقلاء، كيف؟ وإلّا لزم عدم تعلّق الوجوب بالصلاة، ولا الحرمة بالزنا إلّا بعد وجودهما في الخارج. نعم، مبانيها من الحبّ والبغض والإرادة والكراهة أعراض خارجيّة.

وخامساً: أنّ الوقف ليس تمليكاً، والظاهر عدم الإشكال في جواز الوقف على الحجّاج والزوّار مع عدم وجود زائر أو حاجّ حين الوقف، وكذا الوقف على طلّاب مدرسة معيّنة مع عدم وجودهم فيها حاله ـ إلى أن قال: ـ إنّه إن تمّ الإجماع على عدم صحّة الوقف على المعدوم الذي سيوجد، وإلّا فالأقوى صحّته، وتحقّق الإجماع الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام دونه خرط القتاد»[1].

---

(١) تتمّة العروة الوثقى، كتاب الوقف ١: ٢٠٠ ـ ٢٠١.

نقول: لو لم يكن في المسألة إجماع كان لما أفاده﵀ وجه، ولكنّ الظاهر ثبوت الإجماع بل تسالم الفريقين، ولم تكن في النصوص مستند لهذا الإجماع حتّى يستشكل بأنّه مدركيّ، بل غير بعيد أنّ فتوى القدماء ـ مثل المفيد والمشايخ الثلاثة ـ خصوصاً إذا اتّفقوا على أمرٍ، يكشف ذلك عن تلقّيهم ذلك الأمر من الأئمّة﵈، على هذا قول المشهور هو الأقوى، وهو المعتمد، والله العالم بحكمه.

وقال بعض الأعلام في تفصيل الشريعة في المقام: «إن تمّ الإجماع على عدم صحّة الوقف على المعدوم الذي سيوجد، وإلّا فالأقوى صحّته، والإجماع ـ على تقديره ـ لا يكون كاشفاً عن رأي المعصوم﵇؛ لأنّهم يعلّلون بهذا التعليل العليل، وتوجيه عدم الصحّة من طريق اعتبار القبض في الصحّة ممنوع بعدم اشتراط الفوريّة في القبض، وبإمكان قبض الحاكم أو المتوليّ»[1].

هذا إذا وقف على الحمل مستقلّاً، أمّا لو وقف على المعدوم والحمل تبعاً للموجود صحّ كما صرّح به في المقنعة[2] والمبسوط[3] والوسيلة[4] والغنية[5] والسرائر[6] والشرائع[7] والتذكرة[8] والتحرير[9] والدروس[10] واللمعة[11] وجامع

---

(١) تفصيل الشريعة، كتاب الوقف: ٥٠.

(٢) المقنعة: ٦٥٥.

(٣) المبسوط للطوسي ٣: ٢٩٢.

(٤) الوسيلة لابن حمزة: ٣٧٠.

(٥) غنية النزوع: ٢٩٧.

(٦) السرائر ٣: ١٥٦.

(٧) شرائع الإسلام ٢: ٢١٤.

(٨) تذكرة الفقهاء ٢: ٤٢٨، الطبعة الحجرية.

(٩) تحرير الأحكام الشرعيّة ٣: ٢٩٧.

(١٠) الدروس الشرعيّة ٢: ٢٦٩.

(١١) اللمعة الدمشقيّة: ٥٧.

المقاصد[١] والمسالك[٢] وغيرها[٣].

قال في تحرير الوسيلة: «ولو وقف على المعدوم أو الحمل تبعاً للموجود؛ بأن يجعل طبقةً ثانية، أو مساوياً للموجود في الطبقة بحيث شاركه عند وجوده، صحّ بلا إشكال، كما إذا وقف على أولاده الموجودين ومن سيولد على التشريك أو الترتيب»[٤].

الوقف على الحمل عند أهل السنّة

ذهب المالكيّة إلى أنّه يصحّ الوقف على مَن هو أهل للتملّك كمن سيولد.

في مواهب الجليل: «المشهور المعمول عليه صحّته ـ أي الوقف ـ على الحمل... وزعم بعضهم أنّه لا يجوز على الحمل، والروايات واضحة بصحّته»[٥].

وجاء في حاشية الدسوقي: ويصحّ على من سيولد فيعطاها ما لم يحصل مانع من الوجود كموت إلّا أنّه غير لازم بمجرّد عقده، بل يوقف لزومه إلى أن يوجد[٦].

وأمّا الشافعيّة، فقد نصّوا على عدم صحّة الوقف على الحمل؛ لعدم صحّة تملّكه؛ سواء أكان مقصوداً أم تابعاً، حتّى لو كان له أولاد وله جنين عند الوقف

---

(١) جامع المقاصد ٩: ٣٩.

(٢) مسالك الأفهام ٥: ٣٢٨.

(٣) فقه القرآن للراوندي ٢: ٢٩٣، الجامع للشرائع: ٣٧٠، قواعد الأحكام ٢: ٣٩١، إرشاد الأذهان ١: ٤٥٢، تبصرة المتعلّمين: ١٢٦، التنقيح الرائع ٢: ٣٠٨، الروضة البهيّة ٣: ١٧٨، الحدائق الناضرة ٢٢: ١٨٩، جواهر الكلام ٢٨: ٢٧، مفتاح الكرامة ٩: ٤٨، رياض المسائل ٩: ٣١١، وسيلة النجاة ٢: ١٣٠، منهاج الصالحين للخوئي ٢: ٢٤٠.

(٤) تحرير الوسيلة ٢: ٦٨ كتاب الوقف مسألة ٣٥.

(٥) مواهب الجليل ٧: ٦٣٢.

(٦) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤: ٧٧.

لم يدخل إلّا إذا انفصل حيّاً؛ فإنّه يدخل معهم[١].

فـي الوجـيز: «ولا يجـوز ـ أي الوقـف ـ عـلى الجـنين؛ لأنّـه لا تسـليط في الحال»[٢] وكذا في فتح الوهّاب[٣].

وجاء في المهذّب: «ولا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد والحـمل؛ لأنّـه تمليك منجّز، فلم يصحّ على من لا يملك كالهبة والصدقة»[٤].

وبه قال الحنابلة، فقد جاء في المغني: «ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم يستحقّ شيئاً قبل انـفصاله؛ لأنّـه لم تـثبت له أحكـام الدنـيا قـبل انفصاله»[٥].

وفي الشرح الكبير: «ولا يصحّ على حيوان لا يملك كالعبد القنّ... والحـمل والملك...»[٦].

وكذا في الإنصاف، وأضاف: وهذا المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم[٧].

ولم نعثر للحنفيّة فيما استطعنا الوصول إليه من كتبهم في باب الوقف على نصّ خاصّ في هذه المسألة.

---

(١) مغني المحتاج ٢: ٣٧٩.

(٢) الوجيز في فقه الشافعي ١: ٤٢٥.

(٣) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ١: ٤٤١.

(٤) المهذّب في فقه الشافعي ١: ٤٤١.

(٥) المغني ٦: ٢٠٥.

(٦) الشرح الكبير ٦: ١٩٨.

(٧) الإنصاف ٧: ٢١.

فهرس أحكام الأطفال وأدلّتها

الجزء الثاني

الفصل السادس: ولاية الوكيل ٥

المبحث الأوّل: معنى الوكالة وذكر الأقوال فيها ٥

المبحث الثاني: أدلّة هذا الحكم ١٠

المبحث الثالث: ولاية الوكيل عند الجمهور من أهل السنّة ١٣

الفصل السابع: ما يترتب على نكاح الصغيرين ١٧

المبحث الأوّل: التوارث بين الصغيرين ١٧

أدلّة توارث الصغيرين عن الآخر ١٨

إذا عقد على الصغيرين غير وليّهما ١٩

الجواب عن شبهتين في الصحيحة ٢٢

رأي بعض أهل السنّة في المسألة ٢٣

المبحث الثاني: من عليه المهر ٢٥

تترتّب على هذه المسألة فروع ٢٩

رأي بعض أهل السنّة في ضمان الأب المهر ٣١

المبحث الثالث: الحرمة بالمصاهرة ٣٢

المسألة الأولى: نكاح أُمّ الزوجة الصغيرة ٣٣
أدلّة قول الأوّل ٣٤
الثالث: الأخبار الكثيرة ٣٧
حرمة أُمّ الزوجة الصغيرة على الزوج ٣٩
أدلّة هذا القول ٤٠
الترجيح للأخبار التي دلّت على التحريم ٤٣
التوقّف في المسألة ٤٤
آراء فقهاء أهل السنّة في المسألة ٤٥
رأي المحقّق القمّي في تزويج الصغيرة ٤٦
الجواب عن المحقّق القمّي ﷺ ٥٢
المسألة الثانية والثالثة: حرمة زوجة كلٍّ من الأب والابن على الآخر ٥٦
المبحث الرابع: عدم جواز وطء الزوجة قبل التسع ٥٩
المطلب الأوّل: حرمة وطء الزوجة قبل التسع ٥٩
المطلب الثاني: حكم الدخول بالزوجة قبل التسع ٦١
المطلب الثالث: عدم كون الإفضاء موجباً للبينونة ٦٤
المطلب الرابع: وجوب الدية بالإفضاء ٦٥
المطلب الخامس: وجوب نفقتها على الزوج ٦٩
المطلب السادس: وجوب المهر لها ٧٠
المطلب السابع: جواز وطئها لو اندمل الموضع ٧٠
آراء فقهاء أهل السنّة في جواز وطء الصغيرة قبل التسع ٧١
المبحث الخامس: حكم نفقة الزوجة الصغيرة ٧٣
كون وجوب النفقة، مشروطاً بالتمكين الكامل ٧٤
أدلّة اشتراط وجوب النفقة بالتمكين ٧٥
اقتضاء عقد النكاح بذاته للنفقة ٨١

أدلّة هذا القول ٨٣
الأوّل: الآياتُ ٨٣
الثاني: الأخبار ٨٤
عدم وجوب النفقة على الزوج الصغير ٨٨
أدلّة هذا القول ٨٩
وجوب نفقة الزوجة على الزوج الصغير ٩١
آراء فقهاء أهل السنّة في نفقة الزوجة الصغيرة ٩٢
المبحث السادس: حكم عدّة الصغيرة في الطلاق ٩٥
جواب العلّامة والشهيد عن استدلال السيّد المرتضى ٩٧
الروايات التي تدلّ على مذهب السيّد المرتضى وأتباعه ١٠٠
إيضاحٌ ١٠٢
عدم وجوب العدّة على الزوجة الصغيرة ١٠٢
أدلّة عدم ثبوت العدّة للصغيرة ١٠٤
وجوب عدّة الوفاة على الزوجة الصغيرة ١٠٦
رأي فقهاء أهل السنّة في عدّة الصغيرة ١٠٩
وجوب الحداد على الزوجة الصغيرة ١١٠
المبحث السابع: عدم الولاية على الطلاق ١١٤
أدلّة عدم جواز طلاق الوليّ عن الصبيّ ١١٥
آراء فقهاء أهل السنّة في هذه المسألة ١١٧
فرعٌ ١٢٠
تنبيه ١٢١
الفصل الثامن: النظر إلى الصبيّ والصبيّة ولمسهما وتقبيلهما ١٢٣
تمهيد ١٢٣
المبحث الأوّل: النظر إلى جسد الصبيّة والصبيّ وعورتهما ١٢٥

أ ـ النظر إلى الصبيّة ١٢٥
أدلّة جواز النظر إلى الصغيرة ١٢٦
عدم جواز النظر إلى الصغيرة مع تلذّذ وشهوة ١٣٠
ب ـ نظر المرأة إلى الصغير ١٣١
ج ـ نظر الصبيّ إلى المرأة الأجنبيّة ١٣٢
إيضاح ١٣٧
د ـ النظر إلى عورة الصغيرة ١٣٧
هـ ـ نظر المميّز إلى عورة الرجل أو المرأة ١٣٨
المبحث الثاني: لمس الصبيّة والصبيّ ١٤٣
المبحث الثالث: تقبيل الرجل الصبيّة والمرأة للصبيّ ١٤٦
المطلب الأوّل: تقبيلهما قبل أن يأتي عليهما ستّ سنين ١٤٦
أدلّة هذا الحكم ١٤٦
المطلب الثاني: تقبيلها بعد أن يأتي عليها ستّ سنين ١٥١
إيضاح ١٥٣
أنظار فقهاء أهل السنّة في مباحث هذا الفصل ١٥٤
الفصل التاسع: ولاية الأب والجدّ على أموال الصغار ١٦١
تمهيد ١٦١
المبحث الأوّل: ثبوت ولاية الأب والجدّ على الأموال وأدلّتها ١٦٣
إيراد المحقّق الاصفهاني والجواب عنه ١٦٩
إيراد المحقّق الإيرواني والسيّد الخوئي والجواب عنهما ١٧٠
الإيراد على الاستدلال بهذه الأخبار والجواب عنه ١٧٣
الولاية على أموال الصغار عند فقهاء أهل السنّة ١٧٨
المبحث الثاني: تعميم الولاية للأجداد كلّهم ١٨١
المطلب الأوّل: عدم اختصاص الولاية بالجدّ الداني ١٨١

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

الإيراد على الاستدلال والجواب عنه ١٨٢
المطلب الثاني: كون الأجداد في مرتبة واحدة ١٨٣
المطلب الثالث: تقارن تصرّف الأب والجدّ ١٨٥
آراء فقهاء أهل السنّة في مسائل هذا المبحث ١٨٧
المبحث الثالث: شرائط ولاية الأب والجدّ على أموال الصغار ١٨٩
المطلب الأوّل: اشتراط العدالة ١٨٩
أدلّة هذا الشرط ١٩٠
الجواب عن الاستدلال بآية النبأ ١٩٣
إيضاحٌ ١٩٥
عدم اشتراط العدالة في ثبوت الولاية للأب والجدّ ١٩٦
أدلّة قول الثاني ١٩٧
القول الثالث: التوقّف في المسألة ٢٠٣
اشتراط العدالة في الولاية على الأموال، عند بعض أهل السنّة ٢٠٤
المطلب الثاني: اشتراط المصلحة أو عدم المفسدة ٢٠٥
كون نفوذ تصرّفات الأب والجدّ منوطاً بعدم المفسدة ٢٠٧
تصرّفات الوليّ مشروطٌ بالمصلحة ٢١٠
أدلّة اعتبار المصلحة في تصرّفات الأب والجدّ ٢١١
مناقشة الشيخ الأعظم على الاستدلال بالآية والجواب عنه ٢١٥
اشتراط إحراز المصلحة أو عدم المفسدة ٢١٩
آراء جمهور أهل السنة في مسائل هذا البحث ٢٢١
المبحث الرابع: ولاية الوصيّ على أموال الصغار وشرائطها ٢٢٣
المطلب الأوّل: ولاية الوصيّ ٢٢٣
أدلّة ولاية الوصي على أموال الصغار ٢٢٤
آراء فقهاء أهل السنّة في ولاية الوصيّ على أموال الصغار ٢٢٧

المطلب الثاني: بيان شرائطها ٢٣٠
اشتراط تصرّفات الوصيّ للمصلحة عند أهل السنّة ٢٣١
المبحث الخامس: نفوذ تصرفات الوكيل على أموال الصغار ٢٣٣
الفصل العاشر: ولاية الحاكم والقاضي وعدول المؤمنين على أموال الصغار ٢٣٥
المبحث الأوّل: ولاية الحاكم ٢٣٥
أدلّة ولاية الحاكم على أموال الصغار ٢٣٨
إيراد المحقّق الخوئي على الاستدلال بالآية والجواب عنه ٢٤٠
الإيراد على الاستدلال بالصحيحة والجواب عنه ٢٤٦
جواز التصرّف في أموال الصغار حسبةً ٢٥٩
ولاية الحاكم على أموال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّة ٢٦١
المبحث الثاني: اعتبار المصلحة في تصرّفات الحاكم وأمينه ٢٦٣
أدلّة هذا الحكم ٢٦٥
الأوّل: الآيات ٢٦٥
الثاني: النصوص ٢٦٧
توهّم التعارض والجواب عنه ٢٧٠
فرعان ٢٧٢
اعتبار الأصلحيّة في تصرّفات الحاكم ٢٧٧
عدم اعتبار المصلحة في تصرّفات الحاكم ٢٨٠
أدلّة هذا القول ٢٨٠
اعتبار المصلحة في ولاية الحاكم عند فقهاء أهل السنّة ٢٨١
المبحث الثالث: ولاية القضاة ٢٨٤
تمهيد ٢٨٤
أدلّة ولاية القضاة على أموال الصغار ٢٨٧
ولاية القضاة على أموال الأيتام عند فقهاء أهل السنّة ٢٩٢

تذكرةٌ ٢٩٣
المبحث الرابع: ولاية عدول المؤمنين ٢٩٥
أدلّة هذا الحكم ٢٩٩
عدم ولاية عدول المؤمنين على أموال الأيتام ٣٠٦
يجوز لعدول المؤمنين نصب القيّم للأيتام ٣٠٧
عدم ثبوت الولاية على أموال الصغار للفسّاق ٣٠٩
آراء مذاهب أهل السنّة في المسألة ٣١١
المبحث الخامس: شرائط ولاية عدول المؤمنين ٣١٣
عدم اشتراط ولاية عدول المؤمنين بتعذّر الإذن من الفقيه ٣١٦
تذكرةٌ ٣٢٠

الباب الخامس: بيان موارد تصرّف الأولياء

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى

تمهيد ٣٢١
الفصل الأوّل: البيع والشراء والإتّجار والمصالحة بمال الصبيّ ٣٢٣
المبحث الأوّل: البيع والشراء والاتّجار بمال الصبيّ ٣٢٣
أدلّة جواز البيع والشراء بمال الطفل ٣٢٥
آراء فقهاء أهل السنّة في هذه المسألة ٣٢٧
المبحث الثاني: الفروع التي تنشأ من ولاية الأولياء على أموال الصغار ٣٣١
آراء فقهاء أهل السنّة في اختلاف الوصيّ مع الصغير ٣٤٨
المبحث الثالث: المصالحة بمال الطفل ٣٥٠
أدلّة جواز المصالحة بمال الطفل ٣٥١
عدم تبرئة ذمّة من عليه الحقّ ٣٥٢
حكم المصالحة بمال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّة ٣٥٤

الفصل الثاني: الأمور التي هي من شؤون الإتّجار ٣٥٧
المبحث الأوّل: المضاربة والإبضاع بمال اليتيم ٣٥٨
أدلّة هذين الحكمين ٣٦١
المضاربة والإبضاع بمال الصبيّ عند أهل السنّة ٣٦٣
المبحث الثاني: الرهن والإرتهان والإقراض والاقتراض ٣٦٧
أدلّة جواز رهن مال الصّبي ٣٦٩
الارتهان للصغير ٣٧٠
اشتراط كون الرهن مساوياً لمال الصغير أو أزيد ٣٧٢
آراء فقهاء أهل السنّة في المسائل التي تقدّمت ٣٧٣
اقتراض الوليّ من مال الصبيّ ٣٧٨
أدلّة جواز اقتراض الوليّ من مال الصبيّ ٣٧٩
عدم جواز الاقتراض من مال الصبيّ ٣٨٠
اقتراض الوليّ من مال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّة ٣٨١
المبحث الثالث: إيداعُ مال الصبيّ وعاريته ٣٨٢
أدلّة جواز إيداع مال الصبيّ ٣٨٤
الإيداع والعارية في مال الصبيّ عند فقهاء أهل السنّة ٣٨٤
الفصل الثالث: إجارة الوليّ الصبيّ أو ماله ٣٨٧
المبحث الأوّل: إجارة الوليّ نفس الصبيّ ٣٩٠
جواز فسخ الصبيّ بعد بلوغه ورشده ٣٩٤
عدم جواز فسخ الصبيّ بعد بلوغه ورشده ٣٩٦
أدلّة هذا القول ٣٩٧
المبحث الثاني: إجارة الوليّ ما يملكه الصبيّ ٤٠٠
فرع ٤٠٤
إجارة الوليّ نفس الصبيّ أو ماله عند فقهاء أهل السنّة: ٤٠٥

المبحث الثالث: جواز أخذ الأُجرة من مال الطفل ٤٠٩
المقام الأوّل: أن يكون المتولّي فقيراً ٤٠٩
أدلّة جواز أخذ الوليّ أُجرة المثل ٤١٤
المقام الثاني: أن يكون الوليّ غنيّاً ٤٢١
المناقشة في الاستدلال بالآية ٤٢٢
المناقشة في الاستدلال بالموثّقة ٤٢٤
جواز أخذ الأُجرة ٤٢٧
أدلّة جواز أخذ الأُجرة مع الغنى ٤٢٨
أُمور هامّة ينبغي ذكرها ٤٣٠
آراء فقهاء أهل السنّة في جواز أخذ الأُجرة من مال الطفل ٤٣٣
الفصل الرابع: استيفاء حقوق الطفل ٤٣٩
تمهيد ٤٣٩
المبحث الأوّل: استيفاء حقّ الشفعة ٤٤٠
أدلّة استيفاء حق الشفعة للصبيّ ٤٤١
للصبي أخذ الشفعة بعد البلوغ ٤٤٢
ليس للصبي أخذ الشفعة بعد البلوغ ٤٤٣
أخذ الوليّ الشفعة عند فقهاء أهل السنّة ٤٤٤
المبحث الثاني: استيفاء حقّ الخيار للصبيّ ٤٤٨
أدلّة ثبوت حقّ الخيار للصبيّ ٤٤٩
ثبوت الخيار للوليّ في حال كونه موجباً وقابلاً باعتبارين ٤٥١
فرع ٤٥٣
استيفاء حقّ الخيار عند فقهاء أهل السنّة ٤٥٣
المبحث الثالث: الولاية على القبول والقبض في الهبة ٤٥٦
أدلّة جواز الهبة بالمعاطاة ٤٥٩

إيضاح ٤٦٠
قبول الوليّ الهبة والهدية للصبي ٤٦١
فرع ٤٦٣
آراء فقهاء أهل السنّة في المسألة ٤٦٤
المطلب الثاني: الولاية على قبض الهبة ٤٦٥
أدلّة قبض الوليّ الهبة للصبيّ ٤٦٨
اشتراك الصدقة والهبة في القبض ٤٧٠
فروع ٤٧٠
آراء فقهاء أهل السنّة في الولاية على قبض الهبة ٤٧٢
المبحث الرابع: الولاية على القبض في الوقف على الأطفال ٤٧٧
المطلب الأوّل: أن يتولّى الأب أو الجدّ أو الوصيّ القبض عن الصغير ٤٧٧
أدلّة هذا الحكم ٤٧٩
المطلب الثاني: اعتبار قصد القبض أو عدمه عن الصبيّ ٤٧٩
أدلّة عدم اعتبار قصد القبض عن الصبيّ ٤٨٢
فرع ٤٨٦
الولاية على القبول والقبض في الوقف عند أهل السنّة ٤٨٦
المبحث الخامس: الولاية على قبول الوصيّة للصغير ٤٩٢
الولاية على القبول في الوصيّة للصغير عند فقهاء أهل السنّة ٤٩٥
الفصل الخامس: الوصيّة بالولاية ٤٩٩
المبحث الأوّل: تعريفها وأركانها ٥٠٠
أ ـ تعريفها ٥٠٠
ب ـ أركانها ٥٠٠
إيضاح ٥٠٢
المبحث الثاني: ولاية الأب والجدّ في الوصيّة بأُمور أولادهم ٥٠٤

أدلّة جواز الوصيّة بالولاية ٥٠٦
فرع ٥٠٩
آراء فقهاء أهل السنّة في الوصيّة بالولاية ٥٠٩
إيضاح ٥١٢
المبحث الثالث: ولاية الوصيّ في المقام ٥١٤
أدلّة الصورة الأُولى ٥١٤
عدم جواز الوصيّة بالولاية: ٥١٦
إطلاق الوصيّة ٥١٨
جواز الوصيّة بالولاية ٥٢٠
آراء فقهاء أهل السنّة في الوصية بالولاية من الوصيّ ٥٢٣
المبحث الرابع: عدم ولاية الحاكم على الوصية بالولاية ٥٢٦
أدلّة عدم جواز الوصيّة بالولاية للحاكم ٥٢٧
فرع ٥٢٨
إيضاح ٥٣٠
المبحث الخامس: عدم تولّي الأُمّ الوصيّة بالولاية ٥٣٢
فرع ٥٣٣
آراء فقهاء أهل السنّة في الوصية بالولاية للأُمّ ٥٣٥
المبحث السادس: نصب القيّم مع وجود الجدّ ٥٣٦
أدلّة هذا الحكم ٥٣٨
بطلان الوصيّة في زمان ولاية الجدّ ٥٣٨
صحّة الوصيّة في الثلث ٥٤٠
آراء فقهاء أهل السنّة في نصب القيّم مع وجود الجدّ ٥٤٣
المبحث السابع: الطرق المعتبرة لإثبات الوصيّة بالولاية ٥٤٣
إثباتها عند عدم الاختلاف ٥٤٣

إثبات الوصيّة بالولاية بالكتابة ٥٤٥
فرع: حكم الوصيّة التي سجّلت في الشريط أو غيره ٥٥٨
إثبات الوصيّة بالولاية مع اختلاف الورثة ٥٥٩
فرع: يستحبّ الإشهاد على الوصيّة ٥٦٨
إثبات الوصيّة بالولاية عند أهل السنّة ٥٦٩
المبحث الثامن: الرجوع عن الوصيّة أو استبدالها ٥٧٣
المطلب الأوّل: رجوع الموصي عن الوصيّة ٥٧٣
أدلّة جواز الرجوع من الوصيّة ٥٧٤
المطلب الثاني: رجوع الموصى إليه عن الوصيّة ٥٧٥
أدلّة جواز ردّ الوصيّة للوصيّ ٥٧٦
المطلب الثالث: موارد عدم جواز ردّ الوصيّة فيها ٥٧٨
المبحث التاسع: كون الوصيّ أميناً ٥٩٢
أدلّة عدم ضمان الوصيّ ٥٩٤
فرع ٦٠٠
المبحث العاشر: الحاكم وصيّ لمن لا وصيّ له ٦٠١
آراء فقهاء أهل السنّة في المقام ٦٠٥
المبحث الحادي عشر: فروع حول الوصيّة للحمل ٦٠٨
الوقف على الحمل عند أهل السنّة ٦١٩

مركز تحقيقات كامپيوترى علوم اسلامى