

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 51, No. 3, Issue 118

Autumn 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v51i4.55570>



انفجور

سال پنجاه و یکم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۸، دانشگاه فردوسی مشهد

پاییز ۱۳۹۸، ص ۲۸-۹

## بررسی موقعیت سیره در میان ادله اقوال در معاملات صبی\*

دکتر بی بی راضیه آرام

دانش آموخته دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

Email: [razie\\_aram@yahoo.com](mailto:razie_aram@yahoo.com)

دکتر محمدتقی فخلعی<sup>۱</sup>

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: [fakhlai@um.ac.ir](mailto:fakhlai@um.ac.ir)

دکتر محمدحسن حائری

استاد دانشگاه فردوسی مشهد

Email: [haeri-m@um.ac.ir](mailto:haeri-m@um.ac.ir)

### چکیده

سیره به معنی طریقه و روش جاری و مستمر، چهره‌ای از عرف است که در متون اصولی معاصر بیش از گذشته موقعیتی در میان ادله استنباط احکام شرعی یافته و به‌رغم همه تلاش‌هایی که از سوی اصولیان برای تحدید ابعاد موضوعی و شرایط حجیت سیره صورت پذیرفته، در کارکردهای فقهی همچنان مشکلاتی بر سر راه بکارگیری دقیق و منضبطانه آن وجود دارد و نوعی پراکندگی و گسستگی آرا در این زمینه مشهود است. این مقاله به سبک مطالعه موردی به بررسی موقعیت سیره عقلا و متشرعه در میان ادله اقوال معاملات صبی پرداخته و پس از گذر سریع بر مفهوم شناسی سیره و صبی و مرور بر سایر ادله اقوال معاملات صبی، در پی ارائه گزارشی از دیدگاه‌های تنی چند از فقیهان در خصوص جایگاه سیره در صحیح یا باطل انگاری معاملات این‌چنینی برآمده است. حاصل این پژوهش این است که در بکارگیری دلیل سیره، طیفی از آرا پدید آمده و تضاد و منافرت میان آن‌ها حاکی از گسست چشمگیر میان صاحبان اندیشه فقهی است و ضرورت انضباط بخشی به افکار فقهی - اصولی را در این مورد بیش از پیش نمایان می‌کند.

**کلیدواژه‌ها:** سیره، سیره عقلا، سیره متشرعه، معاملات صبی، دلالت سیره در معاملات صبی، صحت

معاملات صبی ممیز

\*. تاریخ وصول: ۱۳۹۵/۰۲/۱۳، تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۰۲/۲۶.

۱. نویسنده مسئول

## The Status of Sira (custom) among the Evidences of Opinions Concerning the Infant's Contracts

**Bibi Raziéh Aram**, Ph.D. graduate of Islamic Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Ferdowsi University of Mashhad

**Mohammad Taghi Fakhlaei**, Ph.D., Professor, Ferdowsi University of Mashhad (corresponding author)

**Mohammad Hassan Haeri**, Ph.D., Professor, Ferdowsi University of Mashhad

### Abstract

Sira, meaning the continued way and method, is a manifestation of custom which has in contemporary Usuli works gained an unprecedented place in the inference of religious rules and despite all efforts by Usulis to delimit its thematic aspects and the conditions of its authority, there are problems with its accurate and systematic application from the aspect of jurisprudential functions and a sort of diversity of opinions and disagreement is noticeable in this regard. This paper, through a case study method, has studied the status of the conduct of wise and the custom of the people of the religion among the evidences of opinions regarding the infant's contracts and after a quick review of semantics of Sira and infant and an overview of other evidences of opinions regarding the infants contracts, has attempted to give a report on the opinions of a number of Islamic jurists with regard to the status of Sira in declaring validity or invalidity of such contracts. The results of this research show that in applying Sira as evidence, a spectrum of opinions has emerged and their contradiction indicates considerable diversity among the jurisprudential commentators and more than ever, reveals the necessity of regulating the jurisprudential and Usuli thoughts in this regard.

**Keywords:** Sira, the custom of wise, custom of people of religion, illustration of Sira in infant's contracts, validity of discerning infant's contracts.

## مقدمه

جامعه عرصه تبادل کالاها بین افراد مختلف حقیقی و حقوقی است. نیاز جوامع به وجود ضوابط و قوانین آنان را در طول تاریخ بر آن داشت تا با وضع مقرراتی مرتبط و منسجم، آرامشی نسبی در عرصه‌های معاملات بین افراد به وجود آورند. در مکتب حقوقی اسلام این قوانین و مقررات گاه برآمده از اراده تشریحی خالق عالم است که در نصوص صریح یا ظاهر قرآن و روایات ائمه اطهار (علیه‌السلام) رخ نمایانده است. گاه بر خرد ناب تکیه زده و گاه بر تأسیساتی چون اجماع، سیره عقلا و سیره متشرعه که جملگی نمایشگر حاکمیت اراده قانون‌گذار یکتای عالم هستی است. مرور بر سیرتطور منابع استنباط در موضوعات معاملی پرده از این واقعیت برمی‌دارد که نگاه‌های معطوف به نص فقیهان متقدم درگذر زمان به سمت ادله لبی چون سیره گرایش آشکار یافت به‌گونه‌ای که گاه موقعیت نص در ذیل دلایل دیگری چون سیره قرار گرفت و در پرتو آن بازخوانی شد. در این نوشتار بدون اینکه بخواهیم از دلایل چنین چرخش تاریخی سراغ گیریم، فعلاً درصدد آنیم که کاستی‌ها و مبهمات مربوط به فعال کردن موقعیت دلیل سیره در فقه معاملات را در مطالعه‌ای موردی بر روی ادله معاملات صبی شناسایی کنیم.

به عنوان مقدمه می‌توان گفت بررسی معاملات صبی از جمله مسائلی است که ذهن دانشوران فقهی را به خود مشغول کرده است. پرسش عمده در معاملات صبی این است که با توجه به اختلافات دامنه‌دار فقها در این زمینه، فقهای معاصر به‌ویژه با توجه به نقش سیره عقلا و متشرعه در معاملات صبی، چه رویکردی را دنبال کرده‌اند؟ آیا این معامله ذاتاً باطل است و یا اینکه بطلان آن به خاطر عدم استقلال صبی و صحت آن متوقف بر اذن ولی و یا امضاء وی است؟ در این بین در مورد نحوه استدلال به دلیل سیره و تعیین ماهیت این سیره نیز ابهام‌ها و اختلاف‌نظرهایی پدید آمده است که این مقاله درصدد بررسی همه‌جانبه آن است. قبل از هر چیز واژه‌شناسی صبی و صغیر حائز اهمیت است.

## واژگان شناسی بحث

## معناشناسی صبی

صبی: الصاد و الباء و الحرف المعتل، به معنی صغر سن است (احمد بن فارس، ۳/۳۳۱) و طفلی که به سن تمیز رسیده (فیومی، ۲/۳۷۴) و کودکی که هنوز به احتلام نرسیده را صبی گفته‌اند (راغب اصفهانی، ۴۷۵).

## معناشناسی صغیر

صغیر در لغت به معنی کوچک و خرد و لغویان در تعریف صغیر آن را مخالف کبیر دانسته‌اند. نیز

۱۲	فقه و اصول	شماره ۱۱۸
<p>صغیر به هر چیزی که دلالت بر قلت و حقارت می‌کند اطلاق می‌شود (راغب اصفهانی، ۱/ ۴۸۵؛ فراهیدی، ۴/ ۳۷۲؛ ابن منظور، ۴/ ۴۵۸؛ طریحی، ۳/ ۳۶۵). هرگاه این وصف در مورد انسان به کار رود، مراد شخصی است که در مراحل آغازین حیات طبیعی و قبل از تکمیل قوای جسمی و فکری خود قرار دارد؛ بنابراین در اصطلاح فقهی و حقوقی صغیر کسی است که از نظر سنی به نمو جسمانی و روحی لازم برای زندگی اجتماعی نرسیده باشد و در نتیجه فاقد اهلیت شناخته می‌شود (ابن زهره، ۲۵۱؛ فاضل آبی، ۱/ ۵۵۲؛ امامی، ۵/ ۲۴۳؛ صفایی، ۲۰۴).</p>		
<p>صغیر در یک تقسیم‌بندی به ممیز و غیر ممیز تقسیم می‌شود. صغیر غیر ممیز شخص نابالغی است که قوه درک و تمیز یا نیروی تشخیص سود و زیان را ندارد و نمی‌تواند اراده حقوقی (انشایی) داشته باشد؛ در مقابل، صغیر ممیز کسی است که دارای قوه درک و تمیز نسبی است؛ گرچه به سن بلوغ نرسیده زشت را از زیبا و سود را از زیان بازمی‌شناسد و می‌تواند اراده حقوقی داشته باشد (مکارم شیرازی، ۶۰؛ سعدی، ۲۰۷؛ جمعی از پژوهشگران، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۲/ ۶۳۷؛ صفایی، ۲۰۴). نیز گفته‌شده او کسی است که می‌تواند اثر ذاتی عقود و ایقاعات را از یکدیگر تشخیص دهد و سود و زیان و همچنین آثار و احکام مهم آن را بداند (عاملی، ۲۰۸؛ باریکلو، ۱۵۸).</p>		
معناشناسی «سیره»		
(۱) مفهوم لغوی		
<p>واژه «سیره» برون «فعل» اسم مصدر از ماده (س.ی.ر) و در اصل عربی (حمیری، ۵/ ۲۳۹۰) و به معنای طریقه و روش (فیومی، ۲/ ۲۹۹). «هیئت» و «حالت» است (طریحی، ۳/ ۳۴۰)، «جریان داشتن»، «روان شدن» و «گذر و حرکت در روز و شب» (ابن فارس، ۳/ ۱۲۱) حالتی غریزی یا اکتسابی که بر انسان و یا غیر او مستولی شود نیز از دیگر معانی آن است (راغب اصفهانی، ۴۳۳). طبق گفته‌ای سیره مصطلح، گاه به معنای هیئت و حالت فعالیت آدمی است که اگر این رفتار از انسان حکیمی به صورت پیوسته و مداوم سرزند و قانونمند باشد در این صورت مطالعه پیرامون آن می‌تواند، موجب دست‌یابی به سبک‌ها و روش‌های عملی - تربیتی را فراهم آورد (مطهری، ۲۱).</p>		
(۲) مفهوم اصطلاحی		
<p>سیره در اصطلاح اندیشمندان به راه و شیوه مستمر و بنای عملی مردم نسبت به فعل و یا ترک چیزی اطلاق می‌شود. (جناتی شاهرودی، ۴۱۳).</p> <p>سیره در اصطلاح اصولی در ضمن منابع حکم و استنباط و در دو قسم تحلیل می‌شود: سیره عقلا و سیره متشرعه.</p>		

برای سیره عقلا تعاریف مختلفی شده است از جمله:

- تکرار و استمرار عمل عقلا در امری و از آن جهت که عاقل اند، خواه بر سنت و آیین واحدی باشند و یا از دین و آیین مشترکی پیروی نکنند (نائینی، فوائد الاصول، ۳/ ۱۹۲ - ۱۹۳).
- استمرار عادت مردم و تبانی عملی شان بر انجام کاری و یا ترک عملی، مراد از مردم، جمیع عقلا و عرف عام از هر ملت و گروهی که شامل مسلمین و غیر مسلمین می شود (مظفر، ۳/ ۱۷۶).
- به باور برخی، اصطلاح بنای عقلا تنها شامل عمل و سلوک عقلا نیست، بلکه شامل مرتکبات عقلایی (آن احکام عقلایی که در ژرفای ادراک و فطرت خردمندان وجود دارد، هر چند بر طریق آن سلوک عملی واقع نشده) نیز می شود (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۴/ ۲۳۴).
- برای سیره متشرعه نیز تعاریف مختلفی شده است از جمله:
- فعل و یا ترک فعلی که از جانب گروهی از مردم که متصف به دین یا مذهب معینی هستند، صادر شود و در حقیقت گونه ای از بنای عقلا که در نوع کسانی که این بنا را نهاده اند، محدودیت صورت گرفته است (حکیم، الاصول العامة فی الفقه المقارن، ۱۹۲ - ۱۹۱).
- سلوک عمومی متدینان در عصر تشریع (صدر، المعالم الجدیدة، ۱۶۸).
- گفته شده این نوع سیره در حقیقت نوعی اجماع، بلکه معتبرترین نوع آن است؛ زیرا اجماع عملی همه مسلمانان، اعم از عالمان و غیر عالمان را شامل می شود، در حالی که اجماع قولی تنها در دایره علما مطرح است. در کلمات فقها از این نوع سیره به اجماع فعلی نیز تعبیر شده است.

#### تفاوت سیره متشرعه با سیره عقلا

برخی از اندیشمندان علم اصول، فرق میان سیره عقلا و سیره متشرعه را در ناحیه خاستگاه آن دو، این گونه تبیین کرده اند. به زعم آنان «سیره متشرعه»، تنها بر تأسیسی اطلاق می گردد که تدین پدیدآورندگان، علت منحصره و تامه تکون آن بوده است و خاستگاه دیگری برای آن قابل فرض نیست. از این رو، جریانش در امور توقیفی محض شرط است. این در حالی است که «حکم ظنی و غیر منجز عقل»، (آشتیانی، ۱/ ۱۷۱)، «مصلحت حفظ نظام»، (نائینی، فوائد الاصول، ۳/ ۱۹۳)، «اراده سیاسی سلاطین»، (همان، ۱۹۲) «تربیت پیامبرانه»، (همان)، «تمایلات غریزی»، (انصاری، فوائد الاصول، ۲/ ۵۸۲) «عقل و فطرت» (ر.ک: فخلعی، ۸۴/۱، ص ۱۰۴). از جمله خاستگاه های شناخته شده برای «سیره عقلا» معرفی شده است. البته این حد از تعریف برای تمایز بخشیدن به دو قسم سیره کافی نیست و نیازمند به بیان تفصیلی تر است. یکی از اشتباهات بسیار رایج نگاه شده های متأخر، کاربرد ناصحیح «سیره متشرعه» در مواضع عقلایی و خلط میان اقسام سیره است. چنانچه سیره متشرعه به سیره عقلانیّه بازگشت کند، دلیل واقعی همان سیره

عقلانیه است و استناد به سیره مشرعه حتی اگر روا باشد، تنها در حدّ مؤید مفید خواهد بود. این معنا زمانی بیشتر وضوح می‌یابد که بر سر این کبرای کلی توافق حاصل شود که مرام کلی شارع اسلام در موضوعات معاملی و تصرفات حقوقی، دایر بر امضای سیره‌های عقلانیه بوده است و خود بنای جدیدی را تأسیس نکرده است.

توضیح بیشتر این‌که هرگاه عملی که «سیره» بر پایه آن قائم است، از امور توقیفی باشد که لاجرم باید از شارع تلقی گردد، شکی در کاشفیت چنین سیره‌ای از حکم شرعی نخواهد بود و اما اگر از امور غیر توقیفی باشد که عرف عقلا - پیش از شرع - به آن توجه یافته است، به احتمال قریب، بازگشت «سیره مسلمین» به «طریقه عقلانیه» خواهد بود؛ در این بین به باور نائینی این موضوع اشکالی بر استدلال به «سیره مشرعه» در امور غیر توقیفی وارد نمی‌سازد؛ بلکه نهایت امر آن است که در مورد اجتماع «سیره» و «طریقه عقلایی» مسئله از قبیل تعدّد دلیل بر مدلول واحد خواهد بود و «سیره مشرعه» نیز در کنار سیره عقلا در زمره ادلّه مسئله قرار خواهد گرفت (نائینی، فوائد الاصول، ۳/۱۹۴). گرچه امام خمینی سخن نائینی را ناتمام یافته و معتقد است که اتحاد متعلّق دو «سیره» - «سیره مشرعه» و «سیره عقلانیه» - مانع از طرح «سیره مشرعه» در قالب دلیلی مستقل در مواضع عقلایی است؛ بلکه بی‌شک در این‌گونه از مسائل، بازگشت «سیره مشرعه» به «بنائات عقلایی» خواهد بود (خمینی، تهذیب الاصول، ۲/۲۰۲؛ همو، انوار الهدایة، ۱/۳۱۵).

از سویی در تقریرات اصولی شهید صدر نیز از سه قسم «سیره» یاد می‌شود:

۱. قسم اوّل، سیره‌ای است که بر امور توقیفی و شرعی محض واقع گشته و پرواضح است که در آن تشریح مشرعه، حیثیتی تعلیلی یافته است. نظیر «سیره مشرعه» بر جهر در نماز ظهر در روز جمعه. به چنین سیره‌ای، «سیره مشرعه به معنای خاص» گفته می‌شود.

۲. قسم دوم، سیره‌ای است که ممارست مشرعه بر آن می‌تواند احتمالاً از حیث تشرعشان باشد و یا به مقتضای طبع عقلایی‌شان؛ مانند سیره اصحاب ائمه بر عمل به مضمون اخبار ثقات، بدون آن‌که قطع داشته باشیم که این «سیره» از طبیعت عقلایی آنان منشأ یافته است و یا از حیثیت تشرعشان. به چنین سیره‌ای، «سیره مشرعه به معنای عام» اطلاق می‌گردد.

۳. قسم سوم و نقطه مقابل دو قسم اخیر، سیره‌ای است که طبیعت عقلایی بدون وجود دواعی خارجی، انعقاد چنین سیره‌ای را مقتضی گشته است (صدر، بحوث فی علم الاصول، ۴/۲۴۷ - ۲۴۸). به باور شهید صدر در دو قسم اوّل از «سیره»، احراز شرط معاصرت با معصوم لازم است؛ چه آن‌که در میدان استنباط حکم شرعی، سیره‌ای مفید است که کاشف از موضع شارع باشد و کشف از موضع شارع بر

معاصرت سیره با عصر تشریح، موقوف است (همان، ۲۳۷).

نیز به باور شهید صدر، هر دو قسم از «سیره متشرّعه» به طریق برهان ائنی و کشف علّت به واسطه معلول، حجّیت می‌یابند؛ بدین معنا که صرف اثبات معاصرت، در حجّیت آنان کافی است. جز آن‌که دلالت «سیره متشرّعه به معنای خاص» از دلالت «سیره متشرّعه به معنای عام» قوی‌تر است؛ زیرا از یک سو احتمال آن‌که منشأ آن طبع عقلایی باشد، منتفی است و از طرف دیگر منشأ وقوع خطا در آن ممکن است خطای حسّی و به عبارت دیگر خطای متشرّعه در دریافت بیان شرعی باشد که این احتمال، بر اساس ویژگی کثرت، حساب احتمالات و منطق استقرا منتفی است (همان، ۲۴۸/۴).

البته این استدلال شهید صدر در مورد قسم دوم مورد نقد واقع شده و گفته شده است:

به نظر می‌رسد که قسم دوم نمی‌تواند به ملاک کشف علّت به واسطه معلول، حجّیت یابد؛ زیرا محتمل است که «سیره»، ریشه در ارتکازات ناب عقلایی داشته باشد. به دیگر بیان، اگرچه غفلت از فحص و پرسش نسبت به موقف شرعی از سوی جمیع متشرّعه - به حساب احتمالات و منطق استقرا - ممتنع است و در نتیجه، «سیره» - بنفسه - استناد به موقف شارع یافته و دیگر نیازی به فحص از رادع نیست؛ لیکن این سخن در مواردی که ارتکازی راسخ در طبع عقلایی داشته باشد، تام و تمام نخواهد بود؛ چه آن‌که در این صورت عمق و وسعت رسوخ ارتکاز، مظنه غفلت همگانی را از فحص و پرسش، قوّت می‌بخشد؛ به گونه‌ای که موجب می‌شود گمان شود موضع شارع در برابر آن موافق است. با این توضیح، بر خواننده محترم پوشیده نمی‌ماند که قسم دوم از «سیره متشرّعه» در حجّیت خود نیازمند توجهی فزون‌تر و فحص از رادع است؛ بنابراین، کفایت تحقّق «سیره» برای اثبات عدم ردع، تنها در مورد سیره‌های متشرّعی نوع نخست، صادق است (هاشمی شاهرودی، ۲/۲۴۷).

از سویی گرچه بنا بر برخی از مبانی، عدم ثبوت ردع در حجّیت سیره‌ها و بنائات عقلایی کافی است و به مثابه سیره‌های متشرّعی احتمال رادعیّت، مانع حجّیت نیست و تنها در صورت ثبوت ردع است که موجبات طرد «سیره» فراهم می‌آید؛ لیکن این سخن، وظیفه فحص از رادع را - آن‌گونه که در سیره‌های متشرّعه مطرح است - در باب بنائات عقلایی منتفی نمی‌کند، بلکه وظیفه فحص تا حصول اطمینان همچنان ثابت است.

از این روست که در باب حجّیت «سیره عقلا»، تحصیل موافقت شارع ولو به طریق عدم ثبوت ردع، شرط است و این در حالی است که «سیره متشرّعه» به خودی خود و تنها با احراز شرط معاصرت معصوم، حجّت خواهد بود (اصفهان‌ی، ۱/۱۰۵ - ۱۰۴؛ مظفر، ۳/۱۷۹).

توجه به نکات اصولی فوق و تقسیمات ارائه شده از سیره و وجوه تمایز آن‌ها ما را به اهمیت تفکیک

عرصه‌ها و تعیین حدود دخالت سیره در موضوعات مختلف بیشتر واقف می‌کند. در ادامه این مقاله این موضوع در ضمن مطالعه موردی معاملات صبی، عینی‌تر مورد مذاقه قرار می‌گیرد.

### حجیت سیره

طبق گفتمان اصولی مشهور، حجیت سیره عقلا درگرو احراز امضا و یا دست‌کم ثبوت عدم ردع معصوم است، البته برخی از اصولیان صرف عدم وصول ردع را در مسائل عام البلوی دلیل امضا گرفته‌اند. به عقیده آنان مسائل این‌چنینی اگر مورد مخالفت شارع قرار داشت، لازم می‌آمد در مناسبت‌های گوناگون و بایبانی صریح مخالفت خود را ابراز می‌کرد و در این صورت انگیزه‌ای برای پنهان ماندن مخالفت او وجود نداشت و ردع و منع او حتماً واصل می‌شد؛ بنابراین عدم وصول ردع، دلیل کافی بر نبود ردع محسوب می‌گردد. (نائینی، فوائد الاصول، ۳/ ۱۹۲ - ۱۹۳؛ صدر، دروس ۱/ ۲۷۰ - ۲۷۱؛ حکیم، الاصول العامة فی الفقه المقارن، ۱۹۸). این در حالی است که سیره‌های متشرعیه محض، برخاسته از احساس متدبانه‌ای است که از هرگونه احساسات مشوب گشته به بدعت و اوهام، به دور است، نیازمند به اثبات و احراز موافقت، ولو به طریق عدم ثبوت ردع و فحص از رادع نیست؛ به طوری که صرف اثبات معاصرت، نشان از موافقت شارع دارد؛ مگر آن‌که به دلیل خاص، ردعی قطعاً ثابت باشد.

### معامله صبی

در بحث از معامله صبی عمده‌ترین اختلاف بر سر این است که آیا این معامله ذاتاً باطل است یا اینکه صحت آن متوقف بر اذن ولی و یا امضاء اوست و در این بین سیره چه نقشی در تعیین حکم معاملات صبی و تعیین قلمرو صحت و بطلان آن بر عهده دارد؟ این مقاله در پی بررسی رویکرد فقها در به‌کارگیری دلیل سیره عقلا و متشرعه در استدلال بر درستی برخی از معاملات صبی است.

### مرور بر دیدگاه‌های فقهی

#### ۱) دیدگاه بطلان بیع صبی به‌طور مطلق

فقیهانی که با صراحت و به‌صورت مطلق بیع صبی را باطل دانسته‌اند، خواه ممیز باشد یا نباشد، معامله جزئی یا کلان باشد، با اذن ولی یا بدون اذن باشد، عبارت‌اند از: طوسی، ۱۶۳/۲؛ ابن حمزه، ۲۳۶؛ ابن زهره، ۲۱۰؛ محقق حلّی، مختصر النافع، ۱۱۸؛ علامه حلّی، تذکره الفقهاء، ۱۱/۱۰؛ همو، نه‌ایة الاحکام، ۴۵۳/۲؛ همو، تحریر الاحکام، ۲۷۵/۲؛ همو، إرشاد الأذهان، ۳۶۰/۱؛ همو، مختلف الشیعة، ۵۸/۵؛



شهید اول، الدروس الشرعية، ۱۹۱/۳ - ۱۹۲ و اللمعة الدمشقية، ۱۱۰؛ شهید ثانی، مسالك الأفهام، ۳/ ۱۵۴ و الروضة البهية، ۳/ ۲۲۶؛ بحرانی، ۱۸/ ۳۶۷؛ حسینی عاملی، ۱۲/ ۵۴۵).

علامه حلی از جمله کسانی است که به صراحت بیع صبی را باطل دانسته، ایشان در بحث حجر فرموده است: «صبی در تمام تصرفاتش به دلیل نص و اجماع محجور است، خواه اینکه ممیز باشد یا نباشد. فقط مواردی چون: عبادات، اسلام، احرام، تدبیر، وصیت، ایصال هدیه و اذن در دخول استثناء شده است، البته در مسئله اذن در دخول دادن، تأملی وجود دارد که آیا قول صبی پذیرفته است یا نه؟» (تذکره الفقهاء، ۲/ ۷۳).

شیخ انصاری در تحلیل کلام علامه حلی می فرماید: ایصال هدیه و اذن در دخول، قرینه‌ای است بر اینکه مستثنا منه، مطلق افعال صبی است، ایصال هدیه نه تصرف قولی است و نه فعلی، زیرا صبی به منزله آلت و ابزار است و عمل او کاشف از رضایت مالک؛ بنابراین مستثنا منه در عبارت علامه خصوص تصرفات نیست، بلکه مطلق افعال است و مطلق افعال، انشاء صبی را نیز شامل می‌شود؛ از این رو انشاء صبی همانند فعل صبی لغو است (انصاری، کتاب المكاسب، ۳/ ۲۷۵ - ۲۷۶).

## ۲) دیدگاه اباحه تصرف در مورد معاملات صبی ممیز

کاشف الغطاء فقیهی است که قول اباحه تصرف به او نسبت داده شده است. وی معتقد است، عقد صبی اصالتاً و کالتاً ممنوع است ولی هنگامی که صبی ممیز به جای اولیای خود بنشیند و معامله کند و یا در مقابل مردم چنین وانمود شود، مردم گمان می‌برند از سوی آنان مجاز به انجام معامله است، در این صورت، خریدار اباحه تصرف می‌یابد، به ویژه در کالاهای کم بها (کاشف الغطاء، ۱/ ۲۵۶).

شیخ انصاری در نقد نظر کاشف الغطاء می‌گوید: تصرف و معامله با اذن ولی، چه به صورت بیع و چه به صورت معاطات، خلاف مشهور است. البته اگر منظور ایشان از اباحه تصرف، اباحه تصرفی باشد که از اذن و رضایت مالک ناشی شده است، این سخن بی‌راهی نیست و از محدوده نظر علما فراتر نرفته است؛ زیرا همانند آنان معتقد است، معامله صبی سبب اباحه تصرف نمی‌شود و با کشف رضایت ولی از اوضاع و احوال، سبب اباحه تصرف شناخته شده است؛ یعنی اینکه آنچه سبب اباحه تصرف می‌شود، قول صبی و معامله او نیست، بلکه رضایت و اذن ولی اوست که نحوه انجام معامله و اوضاع و احوال بر آن دلالت دارد (انصاری، المكاسب، ۳/ ۲۸۹ - ۲۸۸).

از این نقد شیخ انصاری می‌توان پی برد که قول اباحه تصرف فقط به گونه‌ای از معاملات صبی مربوط است که با دلالت ظاهر حال، بتوان اذن ولی را به دست آورد. ضمن اینکه مراد از اباحه تصرف عقد یا معامله معینی نیست، حتی نتوان آن را معاطات نامید.

### ۳) دیدگاه صحت بیع صبی ممیز

محقق اردبیلی از جمله فقیهانی است که جواز بیع و شرای صبی را در حالت تمیز و رشد و بصیرت معاملی، به گونه ای که صبی نفع و زیان خود و طریق حفظ مال را بازشناسد، بعید ندانسته است. چنانکه به گمان وی بسیاری از نابالغان در این مسائل از پدرانشان هوشمندترند؛ بنابراین مانعی از ایقاع عقد توسط صبی با اوصاف این چنینی وجود ندارد. البته ایشان در پایان نقش اذن ولی را نادیده نمی گیرد و معتقد می شود، ظاهر آیات و روایات و اصل صحت، جواز تصرفات و معاملات صبی به شرط تمیز تام و اذن ولی است (اردبیلی، ۱۵۳/۸).

### ۴) دیدگاه صحت معاملات صبی در اشیاء جزئی و کم ارزش

جمعی از فقیهان، معاملات جزئی و کم ارزش را در صورتی که صبی عرفاً وسیله ایصال مال به شمار آید، نه طرف عقد، صحیح یافته اند (صاحب جواهر، ۸/۱۳۵ - ۱۳۶؛ انصاری، المکاسب، ۳/۲۸۷ - ۲۸۹).

در ادامه مقاله، ابعاد این نظریه و سایر نظریه های مطرح در این باب در ضمن تحلیل دلیل سیره بیشتر تبیین و تحلیل خواهد شد.

## مروری بر ادله قائلین بطلان معاملات صبی

این ادله عبارتند از:

### ۱- آیه ابتلاء<sup>۱</sup>

مشهور فقها با استناد به این آیه معتقدند: صبی در تصرفات خود باید رشید و بالغ باشد و آیه دلالت دارد بر اینکه بیع و شرای صبی قبل از بلوغ مطلقاً (چه با اذن ولی و چه بدون اذن) صحیح نیست؛ چون حجر او باقی است و وی نمی تواند در مال خودش تصرف کند (صاحب جواهر، ۱۹/۲۶؛ نائینی، المکاسب و البیع، ۱/۳۹۶؛ خمینی، کتاب البیع، ۲/۱۰-۱۵ و ۲۱).

### ۲- اجماع

علامه حلی، صاحب جواهر، مراغی و شیخ انصاری به دلیل اجماع تصریح کرده اند (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۴/۲۴۱؛ صاحب جواهر، ۲۲/۲۶۰؛ مراغی، ۲/۶۷۴؛ شیخ انصاری، کتاب المکاسب، ۳/۲۷۸).

۱. «وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَ لَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَ بَدَارًا أَنْ يَكْبُرُوا وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَ مَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ وَ كَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا» (النساء / ۶).

آخوند خراسانی و محقق اصفهانی قدر متیقن از محل انعقاد اجماع را جایی دانسته‌اند که صبی در معامله خود استقلال ورزد (آخوند خراسانی، ۴۶؛ اصفهانی، ۱۶/۲).

چنین به نظر می‌رسد فقیهان متأخر در صحت دلیل اجماع تردید کرده یا قلمرو آن را محدود کرده‌اند.

### ۳- روایات

روایات در این زمینه به چهار دسته تقسیم می‌شوند: از دسته نخست غایت یتیم بلوغ، دسته دوم غایت یتیم رشد، دسته سوم غایت یتیم بلوغ یا رشد و دسته چهارم غایت یتیم بلوغ و رشد استفاده می‌شود.

از بررسی روایات، به ظاهر بطلان معامله صبی به طور مطلق فهمیده می‌شود. با وجود این شیخ انصاری می‌فرماید: روایاتی که بر عدم جواز بیع صبی دلالت دارد، اطلاق نداشته و بیع صبی با اذن ولی در محدوده‌ای که سیره اقتضا می‌کند بدون اشکال است و قدر متیقن از آن اشیاء خرد و کم‌ارزش (کتاب المکاسب، ۳/ ۲۷۷ - ۲۷۸).

بدین وسیله این فقیه بابی را می‌گشاید که در آن سیره توان محدود کردن اطلاق ادله بطلان تصرفات صبی را می‌یابد.

### ۴- سیره

تحقیق نشان می‌دهد در استناد به دلیل سیره، فقها رویکردهای ناهمگونی را پایه‌گذاری کرده‌اند. برخی از آنان برای بطلان معامله صبی و برخی برای صحت آن به سیره استدلال کرده‌اند. در مورد دامنه و قلمرو سیره نیز اقتراحات متفاوتی ارائه شده است که در ادامه این مقاله بر یکایک آرا و اقوال و استنادات، مرور می‌شود.

### موقعیت سیره در میان ادله قائلان به بطلان معاملات صبی

یکی از فقهای معاصر به سیره عقلا بر بطلان معاملات صبی استدلال کرده است. به گفته او: «بنای عقلا در همه ادوار تاریخی و در میان همه ملل بر بی‌اعتباری جمیع تصرفات صبی قائم شده است. این بنا از سوی شارع اسلام نیز ردع نشده، بلکه مورد تأیید نیز واقع شده است.» (مکارم شیرازی، ۱۹۸).

به باور این فقیه هرگونه استقلال ورزیدن صبی در تصرفات حقوقی به دلیل اجماع و سیره عقلا باطل است. وی در توضیح دلیل سیره می‌گوید:

«سیره مستمر عقلا در همه ازمنه قدیم و جدید بر محجوریت صبی در جمیع تصرفات مالی قائم گشته و در این سیره فرقی میان اصحاب دیانات و دیگران وجود ندارد. جملگی برای ورود صبی به عرصه معاملات، سن قانونی معینی را معتبر دانسته‌اند و شارع اسلام نیز این سیره را اجمالاً مورد تأیید قرار داده و

فقط در ناحیه سن ملاحظات خاصی را اعمال کرده است.» (همو، ۲۰۶ - ۲۰۷).

### موقعیت سیره در میان ادله اقوال تفصیل دهنده

برخی از فقها معاملات صبی را در اشیاء خرد و موارد جزئی صحیح یافته‌اند. دلایل آنان عبارت است از: قاعده لاجرح، سیره عقلا، سیره متشرعه و روایات.

مورد نخست، استدلال به قاعده لاجرح است. فیض کاشانی اولین کسی است که فتوا داد، به منظور اینکه حرجی پیش نیاید، بیع صبی در آن مقداری که در عرف جریان دارد، یعنی چیزهای کوچک، جایز و صحیح است؛ زیرا مردم معمولاً خرید اشیای خرد را به کودکان می‌سپارند و اگر صبی از معامله در اشیاء خرد منع شود، زندگی دچار حرج می‌شود، از آن رو بنا بر قاعده لاجرح این قبیل معامله صحیح است (فیض کاشانی، ۴۶/۳).

فقیهان چندی به مصاف دلیل نفی حرج اقامه شده از سوی فیض رفته و آن را به نقد کشیدند (ر.ک: انصاری، المکاسب، ۲۸۷/۳) و یا به دفاع از آن برخاستند خمینی در کتاب البیع (۴۶/۲) است که به دلیل خروج موضوعی از این مقاله، از آن‌ها عبور می‌کنیم.

پس از فیض، فقیهان بزرگی قد برافراشتند و صحت چنین معاملاتی را در پرتو دلیل سیره مورد بررسی قرار دادند. البته آنان در نحوه استدلال به سیره و قلمرو حضور سیره رویکرد یکسانی نداشتند. در پیشاپیش این گروه صاحب ریاض قرار دارد. او می‌نویسد: «معاملات صبی آنگاه صحیح است که صبی همچون وسیله‌ای در دست دارنده اهلیت تصرف باشد. ایشان دلیل صحت چنین معامله‌ای را استقرار سیره و استمرار آن دانسته، سیره‌ای که با اعتراضی از سوی شارع روبرو نشده است، بلکه می‌توان ادعای اجماع مسلمین را در مورد آن مطرح کرد.» (طباطبایی، ۲۱۷/۸)

شیخ انصاری به نقد این استدلال روی آورده و گفته است:

«احتمال قوی وجود دارد که این سیره همچون بسیاری از دیگر رویه‌های عرفی ناشی از بی‌پروایی در دین باشد. مؤید این مطلب این است که سیره فقها بر بطلان معاملات صبی همواره بر عدم تفکیک میان معاملات خرد و درشت و معاملات مستقل و غیرمستقل و معاملاتی که صبی در آن‌ها حکم آلت و ابزار دارد و دیگر معاملات دایر گشته است.» (انصاری، کتاب المکاسب، ۲۸۸/۳).

می‌توان حدس زد سیره مورد نقد شیخ انصاری، سیره متشرعه بوده، آنجا که آن را برخاسته از تساهل و بی‌پروایی مردم در دین قلمداد کرده است. ضمن اینکه عبارت اجماع مسلمین در عبارت صاحب ریاض نیز نشانه‌ای است بر اینکه سیره مورد نظر وی همان سیره متشرعه بوده است.

پس از ریاض، صاحب مقابس الانوار فقیه دیگری است که بر صحت معاملات خُرد، افزون بر دلیل نفی حرج، به سیره مستمره تمسک می‌کند. البته وی تصریح نمی‌کند که مراد از این سیره، سیره عقلانیه است یا متشرعه و فقط از این عبارت استفاده می‌کند: «مضافاً إلى السیره المستمرة» (تستری، ۱۱۳). فقیهان دیگری مبنای عمل سیره را اباحه تصرف از سوی مالکان حقیقی و متصرفان واقعی قلمداد می‌کنند. فقیهی می‌نویسد:

«در مورد صحت معامله صبی در همه جوامع به سیره جاری میان متدینان تمسک بسته و قدر متیقن از جریان سیره معامله‌ای است که احتیاج به سنجش سود و زیان و چانه زدن بر سر بهای کالا ندارد؛ چراکه قیمت چنین عینی در خارج معین است، به طوری که از ولی انشاء تسلط صادر می‌شود و صبی صرفاً ابزار و واسطه ایصال است، ولی آنچه به ذهن نزدیک‌تر است این است که ماهیت این قبیل معاملات، اباحه مال در برابر عوض از سوی ولی و طرف دیگر عقد است.» (امامی خوانساری، ۱۹۸ - ۱۹۷).

فقیه دیگری که پیش‌تر دیدگاه معارض او در مورد صحت معاملات صبی گزارش شد، در مقام ارزیابی دیدگاهی که قائل به صحت و نفوذ معاملات خُرد صبی شده، ضمن تأکید بر استقرار سیره و ارجاع ماهیت این سیره به طبع انسانی و رد این احتمال که چنین سیره‌ای ناشی از تساهل و عدم مبالات مردم باشد، سرانجام به این نتیجه می‌رسد که معاملات این چنینی صرفاً مفید اباحه تصرف از سوی مالکین و اولیای طفل است و بیش از آن دلالتی ندارد (مکارم شیرازی، ۲۱۲ - ۲۱۴).

استدلال به سیره متشرعه در عبارات این دو فقیه کاملاً ظاهر است، به ضمیمه اینکه ارجاع سیره به طبع انسانی در عبارت مکارم حاکی از تلاش این فقیه برای آشتی دادن میان سیره متشرعه و سیره عقلا و ارجاع اولی در بحث جاری به دومی است. محدوده جریان سیره در این قول، معاملات خُردی است که بر روی کالای باقیمت معین صورت می‌گیرد و صبی نقش ابزاری بر عهده دارد و ماهیت این قبیل معامله نیز اباحه مال از سوی ولی است، یا هرکسی که به سمت نمایندگی از اهلیت تصرف در مال صبی برخوردار است. مرحوم نائینی جزء فقیهانی است که پس از تحلیل جوانب گوناگون مرتبط به دلیل سیره صحت معاملات صبی را از باب معاطات تفسیر کرده است. او ابتدا به جریان سیره اذعان کرده و در مورد صحت پاره‌ای از معاملات صبی در برابر عمومات بطلان، چند احتمال مطرح کرده است:

نخست اینکه سیره مخصص عمومات و اطلاقات باشد و تصرفات جاری در محدوده سیره، مخصص آن. او از این احتمال پاسخ می‌دهد، سیره متدینان از عصر معصوم تا این زمان مخالف با چنین تخصیصی است؛ چه اینکه آنان از معامله با صبی در مواردی چون گوشت و لباس خودداری می‌کردند. دوم اینکه، بگوییم این سیره در میان افراد بی‌مبالات و متساهل در محرمات جاری بوده است.

وی التزام به این قول را نیز مشکل تر یافته است؛ زیرا به عقیده وی خرید و فروش چیزهای کوچکی چون دانه های خوراکی همواره بین متدینان معمول بوده است.

احتمال سوم این که در مواردی که جریان سیره ثابت شده است، صبی به منزله ابزار و واسطه ایصال در نظر آید. وی پس از نام بردن از چند تفسیر برای این احتمال سوم، ترجیح می دهد معاملات این چنینی صبی را مصداقی از معاطات یا در حکم معاطات بدانند؛ چه اینکه به باور او حقیقت معاطات، همان تسلیط مالکانه است و صرف رضایت طرفین و وصول دو عوض به طرفین کفایت می کند و این امر در این قبیل معاملات نیز وجود دارد. سرانجام نائینی بر آن می شود که قدر متیقن از جریان سیره متشرعه معامله ای است که نیازمند به مساومه نیست، بهای مال در خارج معین است و صبی صرفاً آلت و واسطه ایصال است (نائینی، منیة الطالب، ۱/ ۱۷۵ - ۱۷۶).

امام خمینی در اعتراض به کلام نائینی می گوید:

«در معاملات صبی بی شک و شبهه خود او طرف معامله است، در حالی که نائینی او را طرف معامله نیافته، بلکه ولی را طرف معامله دانسته و به زعم او صبی نقش ابزار محض را دارد. اگر مرحوم نائینی اصل سیره یا اتصال

سیره را به عصر پیامبر (ص) را انکار می کرد، آسان تر بود تا اینکه چنین توجیهاتی را مطرح کند و ملتزم به خلاف واقع شود.» (خمینی، کتاب البیع، ۲/ ۴۹).

دیدگاه مؤلف مصباح الفقاهه هم سویی با نائینی قرار دارد. ایشان در مقام ارزیابی دلیل سیره، گرچه استقرار سیره را در معاملات صبی در امور خرد غیرقابل انکار یافته، لیکن معتقد است سیره از نافذ بودن معاملات مستقل صبی حکایت نمی کند، بلکه جهت آن همان چیزی است که در بیع معاطاتی بین مردم متداول است و آن اینکه مردم در معاملات جزئی بهای چیزی را در محل خاص خود قرار می دهند و شیء مورد نیاز خود را نیز از محل خود برمی دارند. معاملات خرد صبی نیز چیزی از این قبیل است (خویی، ۳/ ۲۶۹).

ایشان نظر نهایی خود را در مورد ماهیت دلیل سیره چنین ابراز می کند:

«حاصل این که اگر مراد از سیره، سیره عقلایی است، چنین سیره ای به وسیله روایات دال بر بطلان تصرفات صبی رد شده است و اگر مراد سیره متشرعه است چنین سیره ای بر ابزار محض بودن صبی، قائم شده، نه بر صحت معاملات استقلالی او. در صورت تردید، باز هم نتوان به صحت معاملات صبی در امور خرد حکم کرد.» (همو).

از سخنان این دو فقیه بزرگ استفاده می شود که قلمرو سیره در تصرفات صبی، اشیای خرد را در

برمی‌گیرد و صبی صرفاً آلت و ابزار تصرفات ولی است، ولی ماهیت این معاملات، معاطات است. از سویی در عبارات نائینی قرائن کافی موجود بود که نشان دهد مراد وی از سیره، سیره متشرعه است، ولی شاگرد مکتب فقهی و اصولی وی هر دو احتمال سیره عقلا و متشرعه را از نظر دور نداشت. در برابر این دیدگاه، دیدگاه فقیه معاصر دیگری قرار دارد که خوش‌بینانه به دلیل سیره نظر افکنده و می‌نویسد:

«ظاهر این است که دلالت سیره متشرعه بر صحت معاملات صبی ممیز، موردشک و شبهه نیست؛ زیرا بعید به نظر می‌رسد که در عصر ائمه (ع) اطفال ممیز دخالتی در کارها نداشته باشند، همچنان که سیره عقلا نیز بر این مطلب استقرار یافته است؛ چراکه آنان در نفوذ و صحت معامله میان کودکی که پانزده سال او تمام گشته با کودک ممیزی که چند ساعت عمر او از پانزده سال کمتر است، تفاوتی نگذاشته‌اند.» (حکیم، نهج‌الفقاهه، ۱۸۳).

دیدگاه امام خمینی نیز دقیقاً در مقابل دیدگاه نائینی و مؤلف مصباح‌الفقاهه قرار دارد. ایشان با تأکید بر صحت معاملات خرد صبی می‌فرمایند:

«معاملات خرد صبی اختصاص به زمان معینی نداشته، از اول تشکیل اجتماع بوده است و باور به حادث شدن معامله صبی در موارد جزئی بعد از عصر پیامبر (ع) و ائمه (ع) اعتقاد باطلی است؛ بنابراین متعارف این است که صبی در موارد جزئی معامله کند و چنین امر شایعی را با یک اطلاق نمی‌شود ردع کرد؛ بلکه ردع نیازمند به بیان زائد است.»

«چنانچه مراد شارع از آیات و روایات دال بر بطلان تصرفات صبی، مطلق باشد و منهی بودن معامله با صبی، حتی در اشیای خرد نیز اراده شده باشد، در سنجش واقعیت تاریخی سه احتمال پدید می‌آید: نخست این‌که در عصر پیامبر، معاملات خرد صبی متعارف نبوده و اصلاً موضوع نداشته است. پاسخ این‌که چنین احتمالی ضرورتاً باطل است و مسلم است که صبیان در زمان پیامبر (ص) و خلفا معاملات خرد را انجام داده‌اند.

دوم این‌که مسلمان‌ها از ابتدا در مورد بطلان بیع صبی در اشیاء خرد، با حکم اسلام مخالفت کرده و وظیفه نهی از منکر را به غفلت سپرده‌اند.

به عقیده امام خمینی این ادعا فاسدتر از مدعای پیشین است.

سوم این‌که معاملات صبی در محقرات صحیح باشد و همین هم مطلوب است.

نتیجه این‌که سیره عقلا قرینه‌ای است بر اینکه از اطلاق ادله بطلان بیع صبی، رفع ید شود؛ چراکه ادله بطلان معاملات صبی از مورد سیره انصراف دارد.

امام خمینی در پی این سخن می‌گوید:

۲۴	فقه و اصول	شماره ۱۱۸
<p>«از آنجا که سیره، دلیلی لئی است، مقید می‌شود به معاملات خردی که صبی به اذن ولی انجام بدهد، اذنی که بتوان آن را به طریقی گرچه ظاهر حال اکتشاف کرد، نه آنجا که صبی استقلالاً به معامله‌ای دست یازد.» (خمینی، کتاب البیع، ۴۴/۲ و ۴۵ و ۴۸).</p>		
<p>توضیح این‌که لیبی بودن دلیل سیره مانع از اطلاق آن است و سبب می‌شود که به قدر متیقن دلیل لیبی بسنده شود و قدر متیقن از سیره در مورد صحت معاملات صبی در موارد خرد، معاملاتی است که با اذن ولی انجام شود.</p>		
<p>نکته جالب توجه اینکه امام خمینی استدلال خود بر صحت معاملات غیر مستقل صبی را بر پایه سیره عقلائی قرار داده و معتقد است، سیره به مثابه قرینه لئی موجب انصراف ادله بطلان معاملات صبی است، در حالی که در عبارات پیش گفته مؤلف مصباح الفقاهه از رادعیت ادله بطلان معاملات صبی سخن به میان آمد.</p>		
<p>در این بین دیدگاه صاحب عروه بیش از همه جالب توجه است. وی معتقد است، صغیر ممیز به میزان قابلیت در انجام معامله، از سوی ولی، مأذون است. صاحب عروه برخلاف نظر صاحب ریاض، جواز معامله صبی را از جهت آلت و ابزار بودن نیافته، بلکه معتقد است صبی، خود صاحب اراده مستقل است. محدوده سیره نیز همین را اقتضا می‌کند، خواه در اشیای خرد باشد یا درشت (طباطبایی یزدی، ۱/۱۱۵). وی ضمن خدشه در ادله متنی از قبیل حدیث «رفع القلم» و «عمد الصبی خطأ»، قدر متیقن از اجماع بر بطلان تصرفات صبی را صورت عدم اذن یافته و سرانجام بر آن شده است که حکم به جواز تصرفات صبی در مورد سیره، تابع دو ویژگی تمیز و اذن است و لا غیر؛ بنابراین در دیدگاه صاحب عروه مبنای صحت معاملات صبی، قابلیت او در انجام معامله است، البته به ضمیمه اذن ولی. به نظر می‌رسد مراد ایشان، اذن در اصل معامله است و اراده صبی در نحوه اجرای معامله، مستقل و به قابلیت‌های وی وابسته است. نظر محقق ایروانی در این زمینه صریح‌تر است. وی پس از اینکه رشد را علت تامه در تصرفات صبی دانسته و صحت این تصرفات را به بلوغ منوط ندانسته، همه احتمالات ارائه شده در خصوص قلمرو سیره را رد کرده و معتقد شده است: «سیره بر این امر قائم شده که معاملات صبی، مادام که بتواند تعقل ورزد و عقل معاش داشته باشد، همچون معامله بالغ است بدون اینکه وجود ولی یا اذن او در آن شرط باشد.» (ایروانی، ۱/۱۰۷).</p>		

### نتیجه‌گیری

در این نوشتار ضمن مروری بر اقوال فقیهان در مورد معاملات صبی، جایگاه سیره در میان ادله اقوال به طور ویژه مورد بررسی قرار گرفت و پراکندگی اقوال و نحوه‌های استناد به دلیل سیره به خوبی آشکار



گشت. در دو سر طیف فقیهانی قرار داشتند که در سویی از دلالت سیره بر بطلان معاملات صبی سخن گفتند و در سوی دیگر بر صحت معاملات وی. در این میان بر سر اینکه آیا محدوده سیره همه معاملات را دربر گرفته یا معاملات خرد را و نقش صبی آیا ابزار محض است یا اینکه او متصرف مستقل است و نیز اینکه ماهیت تصرف، معاطات است یا اباحه تصرف، اختلاف‌های دیگری بروز کرده بود. این امر، خود یکی از آسیب‌های ناشی از عدم درک درست و واقعی نسبت به مجاری و ملاکات سیره در موضوعات معاملی است که تردیدهای جدی را در مورد کارایی سیره به مثابه یک دلیل معتبر و اطمینان بخش به بار می‌آورد.

نکته دیگر اینکه بایستی معلوم شود سیره مورد استناد، کدام یک از دو قسم عقلانیه و متشرعه است، از برخی عبارات، ظهور کافی در یکی از دو مورد یا هر دو استفاده می‌شد، برخی نیز از این حیث مجمل بود. به نظر راقمان این سطور، تفکیک میان سیره متشرعه و عقلانیه ضروری می‌نماید، زیرا استدلال به هریک از اقتضائات ویژه خود برخوردار است. با توجه به نکات اصولی چندی که در مدخل ورود به مبحث معامله صبی بیان شد بایستی در موضوع جریان سیره در بیع صبی به داوری نشست. شاید داوری درست در مورد آمیختن دو قسم سیره در عبارات فقها این‌گونه صورت گیرد که موضوعات معاملی چون بیع صبی قطعاً از ویژگی امور توقیفی برخوردار نیست و حیثیت ناب تشرعی در آن دخیل نیست و بی‌گمان در همه ادوار قبل از اسلام نیز مورد ابتلا و توجه جوامع مختلف بوده‌است؛ بنابراین ممکن نیست سیره جاری در این مورد را به قسم اول از اقسام سه‌گانه در بیان شهید صدر بازگردانیم و شاید بتوان با اطمینان خروج آن از قسم دوم را نیز مدعی شد؛ چه اینکه بنا بر احتمال قریب به واقع، طبع عقلایی موجب انعقاد این سیره است نه حیث تشرعی. این دو نیز یکجا و در مسئله واحد با یکدیگر گرد نمی‌آیند؛ بنابراین بایستی همراه با دیدگاه امام خمینی این ادعای نائینی که تعدد دلیل را در موضوع سیره در دو قالب سیره عقلا و سیره متشرعه ممکن یافته مردود دانست. نتیجه این که ویژگی معاملی و عرفی بیع اقتضا می‌کند جریان سیره را بر اساس رویکردها و مصلحت‌اندیشی‌های عقلایی دنبال کنیم. در این صورت حجیت چنین سیره‌ای درگرو اثبات معاصرت معصوم و احراز عدم ردع - بنا بر برخی مبانی - و یا کفایت عدم وصول ردع، آن‌هم پس از فحص و جستجوی اطمینان‌بخش از وجود رادع - طبق مبنای دیگر - است. گرچه عام البلوا بودن موضوع، خود کمک می‌کند عدم وصول ردع را قرینه بر نبود قطعی ردع بیابیم و بدین طریق میان دو مبنا مفاهمه پدید آوریم. البته در این صورت داوری بر سر اینکه آیا ادله بطلان معامله صبی، اطلاق و عموم دارد و این اطلاق یا عموم، رادع سیره است - آن‌گونه که محقق خوبی معتقد است - و یا اینکه سیره قرینه انصراف و مانع از انعقاد اطلاق برای آن‌هاست - آن‌گونه که امام خمینی بدان باور یافته است - کاری دشوار می‌نماید.

## منابع

## قرآن کریم

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین، *کفایة الاصول*، تهران، بی تا.
- آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر، *القواعد الفقهية* (بحر الفوائد فی شرح الفرائد)، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، قم، ۱۴۰۳ ق.
- ابن زهره، حمزه بن علی، *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*، قم، مؤسسه الامام الصادق، ۱۴۱۷ ق.
- ابن فارس، احمد ابن فارس، *معجم مقانیس اللغة*، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۰۴ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
- اصفهانى، محمدحسین، *حاشیة کتاب المکاسب* (للأصفهانی، ط - الحدیثة)، قم، أنوار الهدی، ۱۴۱۸ ق.
- امامی خوانساری، محمد، *الحاشیة الثانية علی المکاسب*، بی تا، بی تا.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، کتاب فروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۵۷.
- انصاری، مرتضی بن محمدامین، *فرائد الاصول*، چاپ عبدالله نورانی، قم، ۱۳۶۵.
- \_\_\_\_\_، *کتاب المکاسب* (ط - الحدیثة)، کنگره جهانی شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ق.
- ایروانی، علی، *حاشیة المکاسب*، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶ ق.
- باریکلو، علیرضا، *اشخاص و حمایت های حقوقی آنان*، انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- تستری، اسدالله کاظمی، *مقابس الأنوار و نقائس الأسرار*، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی تا.
- جمعی از پژوهشگران، *فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت عليهم السلام*، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، قم - ایران، ۱۴۲۶ ق.
- جناتی شاهرودی، محمدابراهیم، *منابع اجتهاد* (از دیدگاه مذاهب اسلامی)، کیوان، تهران، ۱۳۷۰.
- حسینی مراغی، میر عبد الفتاح بن علی، *العناوين الفقهية*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- حکیم، محسن، *نهج الفقاهه*، قم، دارالفقه، ۱۳۷۹ ق.
- حکیم، محمدتقی، *الاصول العامة فی الفقه المقارن*، بیروت، مؤسسه آل البيت، ۱۹۷۹ م.
- حمیری، نشوان بن سعید، *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم*، حسین بن عبدالله العمری - مطهر بن علی الاریانی - یوسف محمد عبدالله، بیروت - لبنان، دار الفکر المعاصر، ۱۴۲۰ ق.
- خمینی، روح الله، *انوار الهدایة فی التعلیقة علی الکفایة*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۵ ق.
- خوئی، ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، قم، مؤسسه انصاریان، ۱۴۱۷ ق.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *المفردات فی غریب القرآن*، لبنان، بیروت، دارالعلم، الدار الشامیه، ۱۴۱۲ ق.

- ۲۷ پاییز ۱۳۹۸ بررسی موقعیت سیره در میان ادله اقوال در معاملات صبی
- سعدی، ابو جیب، *القاموس الفقہی لغة واصطلاحاً*، دمشق- سوریه، دار الفکر، ۱۴۰۸ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة*، محمدتقی مروارید- علی اصغر مروارید، بیروت- لبنان، دار التراث- الدار الإسلامیة، ۱۴۱۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة* (حاشیه کلانتر)، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۳ ق.
- صدر، محمدباقر، *المعالم الجدیة للاصول* (طبع قدیم)، تهران، کتابفروشی النجاشی، ۱۳۹۵ ق.
- \_\_\_\_\_، *بحوث فی علم الاصول*، مقرر: محمود هاشمی شاهرودی، بی جا، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- \_\_\_\_\_، *دروس فی علم الاصول: حلقات ثلاثه*، بیروت، ۱۹۷۸ م.
- صفایی، حسین و قاسم زاده مرتضی، *حقوق مدنی اشخاص و محجورین*، انتشارات سمت، ۱۳۸۲.
- طباطبایی یزدی، محمدکاظم، *العروة الوثقی*، تهران، بی تا.
- \_\_\_\_\_، *حاشیة المکاسب*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱ ق.
- طباطبایی، علی بن محمدعلی، *ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل* (ط- الحدیثه)، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۸ ق.
- طریحی، فخرالدین بن محمد، *مجمع البحرین*، تهران، ایران، کتابفروشی مرتضوی، ۱۴۱۶ ق.
- عاملی، جواد بن محمد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه* (ط- الحدیثه)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
- عاملی، یاسین عیسی، *الاصطلاحات الفقهیة فی الرسائل العملیة*، بیروت، دار البلاغه للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۳ ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف، *إرشاد الأذهان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، ۱۴۱۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *المختصر النافع فی فقه الإمامیة*، قم، مؤسسه المطبوعات الدینیة، چاپ ششم، ۱۴۱۸ ق.
- \_\_\_\_\_، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة* (ط- الحدیثه)، قم، مؤسسه امام صادق، ۱۴۲۰ ق.
- \_\_\_\_\_، *تذکره الفقهاء* (ط- الحدیثه)، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.
- \_\_\_\_\_، *مختلف الشیعة فی أحكام الشریعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
- \_\_\_\_\_، *نهایة الأحکام فی معرفة الأحکام*، قم، مؤسسه آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۹ ق.

شماره ۱۱۸	فقه و اصول	۲۸
	فاضل الابی، حسن بن ابی طالب، <i>کشف الرموز فی شرح مختصر النافع</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.	
	فیخلعی، محمدتقی، مقاله «پژوهشی در چیستی سیره عقلا و نسبت آن با حکم عقل»، <i>مجله علمی - پژوهشی «مطالعات اسلامی: فقه و اصول»</i> ، سال چهل و دوم، شماره پیاپی: ۸۴/۱، بهار و تابستان ۱۳۸۹	
	فراهیدی، خلیل بن احمد، <i>کتاب العین</i> ، قم، منشورات الهجره، ۱۴۱۰ ق.	
	فیض کاشانی، محمد محسن ابن شاه مرتضی، <i>مفاتیح الشرایع</i> ، قم، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، بی تا.	
	فیومی، احمد بن محمد، <i>المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی</i> ، قم، دارالهجره، ۱۴۱۴ ق.	
	کاشف الغطاء، جعفر بن خضر، <i>کشف الغطاء عن مبهمات الشریعة الغراء</i> (ط - الحدیثه)، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.	
	مطهری، مرتضی، <i>سیری در سیره نبوی</i> ، تهران، صدرا، ۱۳۶۶.	
	مظفر، محمدرضا، <i>اصول الفقه</i> (طبع انتشارات اسلامی)، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۳۰ ق.	
	مکارم شیرازی، ناصر، <i>البیع</i> ، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.	
	_____، <i>أنوار الفقاهة - کتاب النکاح</i> ، انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، قم، ۱۴۲۵ ق.	
	_____، <i>أنوار الفقاهة</i> ، قم، انتشارات مدرسه الإمام علی بن أبی طالب علیه السلام، ۱۴۲۵ ق.	
	_____، <i>تهذیب الاصول</i> ، مقرّر: جعفر سبحانی تبریزی، تهران، اسماعیلیان، ۱۳۸۲.	
	نایینی، محمدحسین، <i>المکاسب و البیع</i> ، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.	
	_____، <i>فوائد الاصول</i> ، تقریر: محمدعلی کاظمی خراسانی، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۷ ق.	
	_____، <i>منیة الطالب فی حاشیة المکاسب</i> ، تهران، المكتبة المحمدية، ۱۳۷۳ ق.	
	نجفی، محمدحسن، <i>جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام</i> ، عباس قوچانی - علی آخوندی، بیروت - لبنان، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.	
	هاشمی شاهرودی، محمود، <i>اضواء و آراء، تعليقات حول بحوث فی علم الاصول</i> ، قم، مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی، ۱۴۳۱ ق.	