

وقف نابالغ در مذاهب فقهی اسلامی

مرتضی رحیمی^۱

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۵/۳۰، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۷/۲۶)

چکیده

فقه اهل سنت نسبت به فقه شیعه در مورد وقف کودک و وصیت وی به وقف، سخت‌گیری بیشتری دارد؛ زیرا بین ممیز و غیرممیز و اینکه وقف با اجازه ولی کودک صورت گیرد یا خیر، فرق نگذاشته و در هر صورت، وقف صبی را از عموم اولیه منع تصرفات صبی، خارج ندانسته است. احتمال حمل روایات جواز صدقه کودک بر صدقه‌های جزئی و احتمال مراد بودن معنای خاص صدقه نه اعم از آن و وقف، از یک سو، و اطلاق صدقه بر وقف در روایات و تصریح فقهای، چون شیخ مفید و شیخ طوسی به یکی بودن وقف و صدقه، از سوی دیگر، حکم به جواز و صحت وقف کودک را با تردید همراه نموده است، از این رو، فقهای که به جواز وقف کودک رأی داده‌اند، تکرار وقف را در زمان بلوغ، مستحب و اولی و لازمه احتیاط دانسته‌اند. هریک از مذاهب فقهی امامیه و اهل سنت، اصل اولیه منع تصرفات صبی و حجر را پذیرفته و مواردی را با دلایلی به صورت تعبّدی از اصل مزبور خارج دانسته‌اند.

کلیدواژه‌ها: وقف، صبی، ممیز، غیرممیز، وصیت.

طرح مسئله

در فرهنگ اسلامی وقف از جایگاه و اهمیت بالایی برخوردار بوده و به صور گوناگون به آن تشویق شده و در پاره‌ای از روایات از صحت صدقه و وصیت مالی صبی، سخن به میان آمده است. از سویی ادله حجر صبی، همچون آیه «وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (نساء، ۶) و حدیث رفع قلم «رفع القلم عن الصبی حتی یبلغ و عن

۱. استادیار دانشگاه شیراز / mrahimi2@gmail.com

المجنون حتی یفیک» و اجماع نشانگر آن است که اصل اولیه در مطلق تصرفات صبی اعم از ممیز و غیرممیز آن است که صبی به دلیل حجر مجاز به تصرف در اموال خویش نیست. ادله‌ای که بر صحت وقف کودک نابالغ ممیز و نیز وصیت وی به مال خودش دلالت دارند، خروج از اصل اولیه منع تصرفات صبی را نشان می‌دهند.

در مورد صحت و بطلان وقف نابالغ تحقیق مستقلی صورت نگرفته است، از این رو پژوهش حاضر به این امر اختصاص یافته است، تا به پرسشهایی، چون «آیا از دیدگاه مذاهب فقهی اسلامی وقف کودک صحیح است؟»، «دلایل جواز و عدم جواز وقف کودک کدام است؟» و «دلیل خروج وقف صبی ممیز و وصیت وی به وقف از اصل اولیه عدم جواز تصرفات صبی چیست؟» پاسخ گوید.

تعریف صبی ممیز و غیرممیز

کودک ممیز به کودکی اطلاق می‌شود که فی‌الجمله بتواند آنچه زیان آور است و آنچه سودمند است را از یکدیگر تمیز داده و عقد بیع و عقد اجاره و کالای سودآور و زیان آور را بشناسد (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ۶۳۱/۲).

دو ضابطه برای تشخیص کودک ممیز از غیرممیز وجود دارد که عبارتند از:

۱. سن: برخی سن را ملاک بلوغ دانسته‌اند و از همین روی حنفیه و مالکیه به دلیل روایت گذشته، هفت ساله شدن را نشانه ممیز بودن فرد دانسته‌اند؛ زیرا کودک در کمتر از سن مزبور به نماز امر نمی‌شود. براساس ضابطه سن، از دیدگاه فقهای امامیه، ۱۰ سالگی نشانه ممیز بودن کودک است (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۲۴/۱۵ و ۳۲۵).

۲. حال و وضعیت کودک: براساس این ضابطه، کودک ممیز کودکی دانسته شده که سخن مخاطب خود را خوب بفهمد و خوب به آن جواب دهد (بهوتی، بی‌تا، ۲۴۵/۲).

موضوع واقع شدن کودک ممیز

در ابواب مختلف فقهی، کودک ممیز موضوع حکم قرار گرفته و در مواردی کار وی صحیح دانسته شده است، از جمله برای نمونه به موارد زیر اشاره می‌شود:

۱. وجوب نماز جمعه: برخی از حنابله نماز جمعه را بر کودک ممیز واجب دانسته‌اند (ابن قدامه، بی‌تا، ۱۷۲/۲).

۲. وجوب ردّ سلام کودک ممیز (سیفی مازندرانی، بی‌تا، کتاب الوقف، ۱۱۵).

۳. صحت نایب شدن او برای خواندن نماز قضای اموات (خمینی، ۱۳۸۰ش، ۸۴۷).

۴. صحت وکیل شدن وی (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۴۷/۲۲).

۵. حرام بودن غیبت کودک ممیز به دلیل آنکه مؤمن است و عباداتش شرعی است (سبحانی، ۱۴۲۴ق، ۵۷۴).
۶. جواز طلاق صبی ممیز از دیدگاه شیخ مفید و شیخ طوسی و پیروان ایشان (عاملی ترحینی، ۱۴۲۴ق، ۲۱/۷).
۷. حلال بودن خوردن از گوشت حیوانی که کودک ممیز ذبح کرده است (وجدانی فخر، ۱۴۲۶ق، ۲۵۲/۱۴).
۸. جواز عامل شدن کودک ممیز در جعاله (همان، ۲۶۲/۱).
۹. جواز وصیت کودک ممیز (حکیم، ۴۱۰ق، ۲۴۷/۲).
۱۰. وجوب معرفت و تعلم بر صبی ممیز (کاشف الغطاء، ۳۸۱ق، ۱۱۸/۲).
۱۱. جواز و عدم جواز صدقه دادن کودک ممیز (حسینی، ۱۴۰۹ق، ۵۴۷/۲۱).
۱۲. جواز یا عدم جواز وقف کودک ممیز (همان).

اصل اولیه در مطلق تصرفات صبی در فقه امامیه

دیدگاه بطلان وقف کودک ممیز با اصل اولیه که مطلق تصرفات کودک اعم از ممیز و غیرممیز را جایز نمی‌داند، همخوانی و سازگاری دارد، دلایل چندی بر اصل اولیه یاد شده دلالت دارند، از جمله:

اول؛ آیه «وَأْتَلُوا أَلْيَتَايَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (نساء، ۶)؛ در چگونگی دلیل بودن آیه یاد شده بر اصل اولیه منع تصرف صبی، باید گفت که آیه مزبور تصرف کودکان در اموالشان را منوط به بلوغ و رشد نموده است؛ زیرا منظور از یتیم کسی است که پیش از رسیدن به سن بلوغ، پدرش را از دست دهد، و با توجه به حدیث «لَا يَتِمُّ بَعْدَ احْتِلَامٍ» به فرد بالغ که پدرش را از دست دهد، یتیم اطلاق نمی‌شود. آیه مزبور آزمایش کودکان را تا زمان رسیدن ایشان به بلوغ، ضروری دانسته است، چه آنکه «بلغوا النکاح» کنایه از بلوغ است، از این رو افراد نابالغ مجاز به تصرف در اموال خود نیستند (طوسی، ۱۳۹۰ق، ۲۸۱/۲). با توجه به آیه یاد شده، کودک از هر نوع تصرفی در مال خود ممنوع است، تا آنکه بالغ شده و رشید گردد.

دوم؛ حدیث رفع قلم؛ در این حدیث آمده است: «الْقَلَمُ رَفَعٌ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَحْتَلِمَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يُفِيْقَ وَ عَنِ النَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۴۵/۱). در حدیث مزبور کودک تا زمان رسیدن به بلوغ مکلف نبوده و از این رو محجور می‌باشد (مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ۵۴۱).

سوم؛ اجماع؛ برخی از فقها اجماع را از جمله دلایل محجور بودن صبی برشمرده‌اند (طوسی، ۱۳۹۰ق، ۲/۲۸۱). علامه حلی در این باره گفته است: «صغیر از جمله افرادی است که به دلیل نص و اجماع، از تصرف در اموالش منع شده است» (حلی، ۱۴۱۴ق، ۱۴/۱۸۵).
 با توجه به ادله‌ای که به آنها اشاره رفت، کودک محجور می‌باشد، اما آیا حجر کودک از نوع حجر راهن است، یا از نوع حجر بر مفلس و یا از قبیل حجر بر مجنون و سفیه می‌باشد؟ در پاسخ باید گفت: حجر کودک از نوع حجر بر راهن و نیز از نوع حجر بر مفلس نیست؛ زیرا حجر راهن به دلیل تعلق مال غیر (مرتهن) به عین مرهونه است و طبق فرض دیگری در مال کودک حقی ندارد. حجر کودک از نوع حجر بر مفلس نیز نیست؛ زیرا حجر بر مفلس به خاطر حکم حاکم شرع می‌باشد.

اگر حجر بر صبی از نوع حجر بر سفیه باشد، منع از تصرفات کودک، به دلیل توجه به مصلحت وی می‌باشد؛ زیرا کودک به زیان و نفع خود آگاهی ندارد. اما اگر حجر بر کودک مشابه حجر بر مجنون باشد، عقود وی در مورد مالش صحیح نخواهند بود. برخی از فقها با استناد به آیه مورد بحث، حجر بر صبی را از نوع حجر بر مفلس دانسته‌اند (مظفر، بی‌تا، ۱/۹۳). همانندی حجر بر کودک با حجر بر سفیه منطقی‌تر به نظر می‌رسد، در این صورت در فرض ممیز بودن کودک، حجر بر وی در مورد هبه، صدقات و وصیت رفع می‌گردد.

اصل اولیه در مطلق تصرفات صبی در فقه اهل سنت

از دیدگاه مذاهب فقهی اهل سنت، اصل اولیه بر ممنوعیت تصرف صبی و حجر وی دلالت دارد (ابن قدامه، بی‌تا، ۴/۵۰۹ و ۵۱۰؛ ابن عابدین، ۱۴۱۵ق، ۶/۴۳۷؛ نووی، بی‌تا، ۳/۴۰۹-۴۱۱؛ کاسانی، ۱۴۰۹ق، ۷/۱۶۹؛ رافعی، بی‌تا، ۱۰/۲۷۵).

از دیدگاه مذاهب یاد شده، دلایل چندی بر اصل اولیه مزبور دلالت دارند، از جمله:
 اول؛ آیه «وَأْتَلُوا أَلْيَتَايَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (نساء، ۶). با توجه به آیه یاد شده، دادن مال یتیم (کودک نابالغ) به وی و تصرفات کودک در آن، منوط به رسیدن بلوغ و نیز تحقق رشد وی می‌باشد (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ۲۴/۱۶۲؛ ابن قدامه، بی‌تا، ۱/۳۵۳؛ ابن رشد، ۱۴۱۵ق، ۲/۲۲۶).

شافعیه با استناد به این آیه اشاره نموده‌اند که اگر کودکان به سن بلوغ برسند، اما در آنها رشد تحقق نیافته باشد، اموالشان به ایشان داده نمی‌شود (سایس، ۲۰۰۰م، ۱/۲۱۷). نگرش مزبور نشانگر آن است که رسیدن به سن بلوغ در رفع حجر و منع تصرف کودک کافی نیست، بلکه علاوه بر تحقق بلوغ، رشد کودک نیز باید تحقق یابد.

ابوحنیفه با وجود آنکه به حجر صبی باور دارد، با استناد به آیه «وَإِيتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»، جواز تصرف صبی با اذن ولی خود را نتیجه گرفته و گفته است: آیه مزبور مقتضی آن است که کودک پیش از رسیدن به سن بلوغ، مورد آزمایش قرار گیرد، تا معلوم شود که آیا وی صلاحیت تصرف در مال خودش به شکل خرید و فروش را دارد یا نه، بدیهی است که آزمایش یاد شده در فرض اذن ولی کودک امکان پذیر است (فخررازی، ۱۴۲۰ق، ۴۹۷/۹).

شافعی در پاسخ استدلال ابوحنیفه گفته است: «منظور از جمله «وابتلوا الیتامی» این نیست که در حال صغر ایشان اذن در تصرف داشته باشند؛ زیرا خداوند پس از جمله مزبور فرموده است: «فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ». خداوند در جمله مزبور امر فرموده که پس از بلوغ کودکان و مشاهده رشد کودکان، مالشان را به ایشان تحویل دهید، از این رو با توجه به ثبوت اینکه به موجب این آیه، دادن مال کودکان در هنگام صغر جایز نیست، واجب است که به عدم جواز تصرف کودک در حال کودکی اش حکم کنیم» (همان).

دوم: آیه «فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ» (بقره، ۲۸۲). آیه مزبور اشاره نموده که افرادی، چون سفیه، ضعیف و ... در صورت داشتن دین، باید ولی ایشان دین را املاء کند، از سویی ضعیف به معنای صبی است، از این رو به موجب آیه یاد شده، صبی محجور بوده و اصل اولیه منع تصرفات صبی می‌باشد (شریبینی، ۱۳۷۷ق، ۱۶۵/۲). سوم؛ حدیث رفع قلم که در آن آمده است: «رَفَعَ الْقَلَمُ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّىٰ يَحْتَلِمَ وَ عَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّىٰ يُفِيقَ وَ النَّائِمِ حَتَّىٰ يَسْتَيْقِظَ» (بیهقی، بی تا، ۴۹۷/۵). چهارم؛ اجماع، چنانکه ابن رشد گفته است: «علما بر وجوب حجر بر صبی اجماع نموده‌اند» (ابن رشد، ۱۴۱۵ق، ۲۲۶/۲).

مواردی که از اصل اولیه منع تصرفات خارج می‌شوند

موارد چندی، همچون وقف نابالغ، وصیت نابالغ، و تصرفات نابالغ با اذن ولی خود از تحت عموم اصل اولیه منع تصرفات صبی خارج می‌شوند که در دو قسم فقه امامیه و مذاهب فقهی اهل سنت به شکل ذیل مورد بررسی و اشاره قرار می‌گیرند:

۱. در فقه امامیه

در فقه امامیه موارد چندی از اصل اولیه ممنوعیت تصرفات کودک خارج می‌شوند، از جمله:

۱-۱. وقف کودک ممیز

در خصوص عدم جواز وقف کودک غیرممیز ادعای اجماع شده است؛ زیرا به منزله مجنون بوده که یکی از افراد سه‌گانه مذکور در حدیث رفع می‌باشد که (قلم تکلیف) از ایشان برداشته شده

است (حلی، بی تا، ۴۵۹/۲). با وجود پذیرش عدم جواز وقف صبی غیرممیز، استدلال مزبور در باره عدم جواز وقف وی درست نیست؛ زیرا صحت و بطلان وقف حکم وضعی است و از این رو رفع قلم تکلیف، دلیل بر عدم جواز وقف نابالغ نیست.

برخی از فقهای امامیه به عدم خروج وقف صبی ممیز از تحت اصل اولیه منع تصرفات صبی اذعان داشته و در نتیجه به بطلان وقف کودک ممیز حکم نموده‌اند. بطلان وقف کودک و عدم خروج آن از اصل اولیه منع تصرفات صبی مشهور بین فقها (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۱۸۱/۲۲)، به ویژه فقهای متأخر و معاصر می‌باشد (سیفی مازندرانی، بی تا، احکام الاسرة، ۲۸۶). صاحب ریاض آن را به همه فقهای متأخر نسبت داده و عدم جواز وقف صبی مزبور را ترجیح داده است (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۱۲۵/۱۰). محقق حلی گفته است: «در وقف کودکی که به ۱۰ سالگی رسیده، تردید است، اما جواز صدقه وی روایت شده است، نظر بهتر عدم جواز وقف وی است» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۶۷/۲). از دیگر طرف داران بطلان وقف صبی ممیز می‌توان به سلار (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۳۰۴/۹)، ابن‌ادریس (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ۲۰۶/۳)، علامه حلی (حلی، ۱۴۲۰ق، ۲۹۵/۳)، صیمری (صیمری، ۱۴۲۰ق، ۳۶۸/۲)، قطیفی (قطیفی، ۱۴۱۹ق، ۴۲)، دیلمی (سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق، ۲۰۳)، محقق کرکی (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ۳۶/۹) و شمس‌الدین حلی (شمس‌الدین حلی، ۱۴۲۴ق، ۵۵۳) اشاره نمود.

قول صحت وقف صبی ممیز و خروج آن از اصل اولیه منع تصرفات صبی

بسیاری از فقهای متقدم و متأخر امامیه به جواز وقف صبی ممیز حکم نموده و آن را از اصل اولیه منع تصرفات صبی خارج دانسته‌اند. محقق کرکی گفته است: «مشهور آن است که تصرف صبی ممیز در وصیت و عقود و صدقه جایز است» (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ۱۸۴/۸). شیخ مفید (مفید، ۱۴۱۳ق، ۶۶۷و۶۶۸)، علامه حلی (حلی، ۱۴۱۰ق، ۴۵۱/۱)، سبزواری (سبزواری، محمدباقر، بی تا، ۵/۲)، ابن‌جنید (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۱۲۴/۱۰)، ابن‌زهره، (ابن‌زهره، ۱۴۱۷ق، ۳۰۵/۱)، محقق حلی (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲۱۳/۲) و صاحب حدائق (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۱۸۱/۲۲) به این دیدگاه گرایش نموده‌اند. عبارت «المنع اولی» از محقق حلی درباره وقف صبی ممیز (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲۱۳/۲) نشانگر میل وی به جواز وقف صبی ممیز است (حسینی، ۱۴۰۹ق، ۵۴۷/۲۱). شهید اول در الدرروس، درباره وقف صبی ممیز دو قول دارد (شهید اول، ۱۴۲۷ق، ۲۶۳/۲).

برخی از فقها از حکم ابوصلاح حلبی به جواز وصیت کودک ۱۰ ساله و وصیت کودک کمتر از ۱۰ ساله در صورتی که به معروف باشد (حلبی، ۱۴۰۳ق، ۳۶۴/۱)، جواز وقف از دیدگاه وی را نتیجه گرفته‌اند و حال آنکه بین جواز وصیت صبی ۱۰ ساله و جواز وقف وی ملازمه‌ای نیست.

نگرش ابن جنید که بین وصیت فرد بالغ و پسر هشت ساله و دختر هفت ساله، تفاوتی قائل نشده است (حلی، ۱۴۱۳ق، ۳۹۲/۶). نیز جواز وقف صبی ممیز از دیدگاه وی را نتیجه نمی‌دهد. قائلان به جواز وقف صبی ممیز، وقف و صدقه وی را مشروط به آن دانسته‌اند که برای مورد معروف و خوب صورت گیرند، قید مزبور از روایات وصیت صبی نتیجه گرفته شده است، شیخ مفید گفته است: «هرگاه کودک ۱۰ ساله شود، وصیت وی به معروف در وجوه بر جایز است، همچنین وصیت فردی که به خاطر سفاهتش محجور شده، اگر به بر و معروف باشد، جایز است و ولی حق محجور نمودن وی را ندارد، اما وصیت صبی و محجور علیه در آنچه که از وجوه معروف و بر خارج باشد، جایز نمی‌باشد، هبه آن دو باطل است، اما وقف و صدقه آن دو در صورتی که در وجوه معروف و خوب باشد، همانند وصیت ایشان جایز می‌باشد» (مفید، ۱۴۱۳ق، ۶۶۷ و ۶۶۸). ابن فهد حلی جواز وقف کودک ۱۰ ساله - اگر در وجوه خوب و معروف باشد - را به شیخ و تقی (ابوصلاح حلبی) و ابوعلی (فرزند شیخ طوسی) نسبت داده است (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ۵۶/۳؛ ابن فهد حلی، ۱۴۱۰ق، ۲۱۰).

آنچه گذشت در فرضی است که تصرف صبی ممیز، از جمله وقف وی صرف نظر از اینکه با اجازه ولی‌اش باشد، یا نباشد، مورد قضاوت و داوری قرار گیرد، اما در فرض اذن ولی صبی به تصرف مالی، از جمله وقف مال خود، دو فرض قابل تصور است که عبارتند از:

۱. صحت وقف وی: برخی از فقهای امامیه وقف صبی ممیز را در صورت اجازه ولی وی صحیح دانسته‌اند، چنان‌که آیت‌الله حکیم گفته است: «هرگاه کودک با اذن ولی خود وقف کند و وقف مزبور به مصلحت باشد، در بطلان چنین وقفی اشکال است، قول بهتر آن است که وقف مزبور صحیح است» (حکیم، ۱۴۱۰ق، ۲۴۷/۲).

۲. بطلان وقف وی: برخی از فقهای امامیه از بطلان وقف صبی حتی در فرضی که وقف وی به اجازه ولی‌اش باشد، سخن گفته‌اند، برای مثال آیت‌الله سیستانی گفته است: «وقف صبی، گرچه ۱۰ ساله باشد و یا ولی به وی اذن دهد، صحیح نیست» (سیستانی، بی‌تا، ۳۵۵/۲).

علامه حلی به عدم جواز تصرفات صبی ممیز بدون اذن ولی خود اشاره نموده و گفته است: «آیا تصرف کودک ممیز در آنچه که ولی به وی اذن تصرف داده جایز است؟ قول بهتر آن است که جایز نیست، همچنین اگر وی بدون اذن ولی خود تصرف کند، قول بهتر آن است که متوقف بر اجازه ولی نبوده بلکه، با اشکال باطل می‌شود» (حلی، ۱۴۲۰ق، ۵۴۶/۲).

دلایل عدم خروج وقف کودک ممیز از اصل اولیه منع تصرفات

در فقه امامیه دلایل چندی برای بطلان وقف کودک ممیز و عدم خروج آن از اصل اولیه منع تصرفات صبی مورد استناد قرار گرفته‌اند، از جمله:

۱. اجماع: ابن زهره بر عدم صحت وقف صبی ممیز (۱۰ ساله) ادعای اجماع نموده (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۶۰۲/۱) و شهید ثانی اجماع مسلمانان درباره عدم جواز چنین وقفی را مدعی شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۲۳/۵). از سخن محقق حلی که درباره سبب عدم جواز وقف صبی ممیز گفته است: «زیرا رفع حجر وی متوقف بر بلوغ و رشد است» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۶۷/۲). چنین برداشت شده که وی نیز در این باره مدعی اجماع می‌باشد (حسینی، ۱۴۰۹ق، ۵۴۵/۲۱) و حال آنکه از عبارت مزبور بر نمی‌آید که ایشان مدعی اجماع هستند.

۲. ادله حجر که در باب حجر مورد استناد قرار گرفته‌اند، بر عدم صحت چنین وقفی دلالت دارند (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ۳۳۲/۲۰). از سویی صبی محجور از تصرف در مالش بوده و رفع حجرش متوقف بر رسیدن به سن بلوغ و رشد وی می‌باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۱۶۷/۲). ابن‌ادریس گفته است: «بدون هیچ اختلافی کودک محجور علیه بوده و امت اسلامی در اینکه کارهای وی در تصرفات مالی‌اش پذیرفته نمی‌شود، اختلاف ندارند» (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ق، ۲۰۶/۳). ابن زهره نیز گفته است: «واقف باید مختار بوده و مالک چیزی باشد که در آن تصرف تبرعی می‌کند» (ابن زهره، ۱۴۱۷ق، ۲۹۶/۱). از عبارت ابن زهره استفاده شده که کودک اعم از ممیز و غیرممیز به دلیل آنکه به خاطر کتاب و سنت محجور علیه است، مالک نبوده (حسینی، ۱۴۰۹ق، ۵۴۵/۲۱) و از این رو وقف وی صحیح نمی‌باشد. برداشت مالک نبودن کودک از سخن ابن زهره منطقی نیست؛ زیرا ابن زهره به شرط مالک بودن واقف اشاره نموده، بدیهی است که شرط مزبور دلیل بر مالک نبودن کودک نیست، از سویی محجور بودن کودک نیز دلیل بر عدم مالکیت وی نمی‌باشد.

علامه حلی درباره اجماعی بودن حجر از تصرفات صغیر گفته است: «کودک - اعم از ممیز و غیرممیز - به دلیل نص و اجماع در همه تصرفاتش محجور علیه می‌باشد، مگر مواردی که به کودک در آنها اذن داده شده است، مانند عبادات، اسلام، احرام، تدبیر، وصیت، هدیه دادن و اذن دادن به داخل شدن در خانه، در این باره هیچ اختلافی وجود ندارد» (حلی، ۱۴۱۴ق، ۱۸۵/۱۴).

۳. شاذ بودن روایاتی که از جواز وقف کودک ممیز سخن می‌گویند (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۲۳/۵). این روایات با روایات متواتری که تصرفات مالی کودک را منع می‌کنند، توان معارضه ندارند (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ۳۶/۹).

۴. مخالف بودن چنین وقفی با اصول مذهب شیعه (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۲۳/۵): از همین روی شهید ثانی گفته است: «نظر صحیح‌تر آن است که وقف وی مطلقاً ممنوع می‌باشد» (شهید ثانی، بی تا، ۵۲۱).

۵. عدم ذکر ۱۰ سالگی در روایات: در روایاتی که برای جواز وقف کودک ممیز مورد استناد قرار گرفته‌اند، به ۱۰ ساله بودن اشاره نشده و تنها لفظ «الغلام» به معنای پسر بچه به کار رفته، که طبق تصریح شیخ به کودک ۱۰ ساله و بالاتر از وی تفسیر شده است (همان؛ طوسی، ۱۳۹۰ق، ۳/۳۰۳).

۶. روایتی به عنوان وقف کودک وارد نشده است: براساس این دلیل در هیچ‌یک از روایاتی که برای جواز وقف کودک مورد استناد قرار گرفته‌اند، به صراحت از وقف سخنی به میان نیامده و تنها به صدقه اشاره شده است، چنان‌که شهید اول گفته است: «به روایتی که با لفظ وقف، متضمن جواز وقف کودک باشد، برنخورد» (شهید اول، ۱۴۱۴ق، ۲/۴۲۴). پس از آن به عنوان نمونه به روایت زراره از امام باقر(ع) اشاره نموده که حضرت در آن فرموده است: «هرگاه پسر بچه ۱۰ ساله شود، برای وی جایز است که با کمک مالش بنده آزاد کند، یا مالش را در راه خوب و معروف صدقه داده یا به آن وصیت کند» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۱۳/۳۸۳). از همین روی محقق حلی پس از ورود به مسئله مزبور در آن تردید نموده و آن‌گاه گفته است: «جواز صدقه دادن وی روایت شده است» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲/۱۶۷) و نگفته جواز وقف وی روایت شده است.

۷. بطلان قیاس وقف به وصیت: گرچه به استناد روایات وصیت، وصیت کودک ۱۰ ساله صحیح است، اما قیاس وقف به وصیت و نتیجه گرفتن جواز وقف صبی ۱۰ ساله مجاز نیست (حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق، ۵/۶۰). برخی از قائلان به جواز وقف صبی ۱۰ ساله، به روایات صحت وصیت کودک ده ساله استناد نموده‌اند (بحرانی آل عصفور، بی‌تا، ۱۱/۲۵۵).

۸. شهرت: براساس تصریح صاحب ریاض، شهرت عظیمه بر عدم جواز وقف صبی ممیز دلالت دارد (طباطبایی، ۱۴۱۸ق، ۱۰/۱۲۶).

۹. استصحاب حالت قبل (همان): براساس این دلیل عدم جواز وقف صبی پیش از ۱۰ سالگی، یقینی است و اکنون که به ۱۰ سالگی رسیده، در حالت سابقه شک می‌شود که با استصحاب، عدم جواز را نتیجه می‌گیریم.

۱-۲. وصیت مالی صبی ممیز

از جمله مواردی که از اصل اولیه منع تصرفات صبی خارج می‌شود، وصیت مالی صبی ممیز، از جمله وصیت وی به وقف مالش می‌باشد، گرچه وصیت کودکی که به سن ۱۰ سالگی نرسیده، به دلیل عدم کمال عقلش صحیح نیست، اما بنا بر قول مشهورتر، وصیت کودک ممیز که از بصیرت لازم برخوردار بوده، در وجوه خیر صحیح است، خواه برای خویشان خود وصیت کند، یا غیر خویشاوندانش. برخی بر صحت وصیت کودک ممیز ادعای اجماع نموده‌اند، دلیل بر صحت وصیت کودک ممیز آن است که ادله دال بر جواز صحت وصیت وی، همچون «هرگاه پسر بچه ۱۰

ساله شود، وصیت وی جایز خواهد بود» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۱۳/۳۹۰) اطلاق داشته و عام هستند (نجفی، بی تا، ۲۷۱/۲۸) و از این رو وصیت کودک ممیز را نیز شامل می‌شوند.

از آنجا که وصیت به وقف مال، وصیت در وجوه معروف و خوب است، وصیت کودک ممیز به وقف مال خود صحیح است. سید ابوالحسن اصفهانی پس از اشاره به ضرورت بالغ بودن موصی گفته است: «از این رو بنا بر اقوی وقف کودک گرچه ۱۰ ساله باشد، صحیح نیست، آری از آنجا که بنا بر اقوی وصیت کودک ۱۰ ساله - همان گونه که خواهد آمد - صحیح است، اگر کودک مزبور به وقف مال خود وصیت کند، وقف مزبور صحیح خواهد بود» (اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۵۳۵). سبزواری به وجوب عمل به وصیت کودک به وقف مالش اشاره نموده و گفته است: «بر فرض صحت وصیت کودک ۱۰ ساله، بر وصی واجب است که به وصیت وی عمل کند و وقف مزبور به ناگزیر صحیح می‌باشد» (سبزواری، عبدالاعلی، ۱۴۱۳ق، ۲۲/۴۰).

۲. در فقه اهل سنت

مذاهب فقهی اهل سنت با وجود آنکه به حجر صبی و اصل اولیه منع تصرفات وی اذعان دارند، موارد چندی را از اصل اولیه یاد شده خارج می‌دانند که عبارتند از:

۲-۱. تصرف کودک ممیز با اجازه ولی خود

مذاهب فقهی اهل سنت به اتفاق بلوغ را شرط واقف دانسته و از همین روی به عدم جواز وقف صبی اعم از اینکه ممیز باشد، یا غیرممیز، حکم نموده‌اند. از دیدگاه ایشان ولی کودک حق ندارد که مال کودک را وقف کند. همچنین قاضی حق ندارد که مال کودک را وقف نموده، یا وقف مال وی را اجازه دهد (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ۲/۵۹۳؛ سدلان، ۱۴۲۵ق، ۹۹).

شافعیها وقف کودک و مجنون حتی در فرضی که وقف با اشراف و نظارت اولیا صورت گیرد را صحیح ندانسته و تصریح کرده‌اند که اگر کودک ممیز یا دیوانه‌ای چیزی را وقف کنند، حتی اگر اولیای آنها وقف ایشان را اجازه دهند، وقف آنها باطل خواهد بود؛ زیرا از نظر شرع عبادت کودک و مجنون قابل قبول نیست، از همین رو وقف آن دو صحیح نمی‌باشد (خن و دیگران، ۱۴۱۳ق، ۱۳/۵؛ قلیوبی، ۱۴۱۵ق، ۳/۹۹).

با توجه به آنچه گذشت، از دیدگاه مذاهب فقهی اهل سنت، وقف کودک ممیز از اصل اولیه منع تصرفات صبی و حجر وی خارج نمی‌شود. با این وجود برخی از مذاهب فقهی اهل سنت برخی از تصرفات صبی ممیز با اجازه ولی وی را جایز دانسته و برخی از ایشان از عدم جواز آن سخن گفته‌اند، برای مثال حنفیها بر این باورند که تصرفات کودک ممیز، بدون اذن ولی‌اش، در صورتی صحیح است که موجب نفع محض کودک باشد، مثل آنکه هبه یا وصایا یا اوقاف را بدون پرداخت عوضی در مقابل آنها بپذیرد، اما تصرفاتی، مانند بیع، شراء، رهن، اجاره و عاریه دادن، که احتمال

سود و زیان کودک در آنها وجود دارد، جز با اجازه ولی کودک جایز نیستند (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ۶۳۱/۲؛ ابن عابدین، ۱۴۱۵ق، ۱۰۸/۳).

از دیدگاه حنفیها صبی غیرممیز در مال خودش هیچ نوع تصرفی نمی‌تواند بکند، خواه ولی وی آن را اجازه دهد، یا اجازه ندهد. خواه تصرف وی در چیزهای کوچک باشد، یا چیزهای بزرگ (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ۶۳۱/۲؛ ابن قدامه، بی‌تا، ۲۹۷/۴). ابوحنیفه تصرف کودک ممیز را در صورتی که با اجازه ولی او صورت گیرد، اجازه داده است (مناوی، ۱۴۱۵ق، ۴۷/۴).

حنبلیه‌ها تصرفات کودک ممیز را با اجازه ولی خود صحیح دانسته‌اند. همچنین از دیدگاه ایشان تصرفات کودک غیرممیز در چیزهایی کوچک، مانند فروش گنجشک به مردی تا آن را آزاد کند، یا خرید حلوا از کسی که به کودکان حلوا می‌فروشد، حتی بدون اذن ولی صحیح است (ابن‌قدامه، بی‌تا، ۲۹۶/۴).

مالک بن انس تصرف کودک ممیز را در صورتی که به اجازه ولی او صورت گیرد، اجازه داده است (مناوی، ۱۴۱۵ق، ۴۷/۴). امام شافعی تصرفات کودک - اعم از ممیز و غیر ممیز - را گرچه با اجازه ولی او صورت گیرد، باطل دانسته است، دلیل ایشان درباره حکم مزبور آن است که کودک، مکلف نیست (همان) و شبیه به کودک غیرممیز می‌باشد، از سویی به دلیل مخفی بودن عقل، تشخیص آن دشوار بوده و از همین روی شارع آن را به بلوغ منوط نموده است (ابن‌قدامه، بی‌تا، ۲۹۷/۴).

۲-۲. وصیت مالی

برخی از مذاهب فقهی اهل سنت، وصیت مالی کودک را از اصل اولیه منع تصرفات صبی خارج دانسته و برخی از ایشان آن را از اصل مزبور خارج ندانسته و وصیت مالی کودک را منع نموده‌اند، چنان‌که شافعی براساس یکی از دو قول خود، وصیت کودک به هرچه موجب تقرب به خداوند است، از جمله تدبیر وی را جایز دانسته است (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ۱۸۴/۷) و از همین روی عمل به وصیت کودک در هرچه را که به دیگران نفع می‌رساند و صالحان آن را درست می‌دانند، واجب دانسته است (همان، ۹۲/۲۸).

ابوحنیفه وصیت کودک نابالغ را جایز ندانسته است (ابن‌رشد، ۱۴۱۵ق، ۲۷۲/۲). بدیهی است که تعبیر یاد شده وصیت به وقف مال را نیز شامل می‌شود. مالکیه وصیت کودک ممیز را در مورد مال خودش جایز دانسته‌اند (مالک، ۱۴۰۶ق، ۷۶۲/۲). این تعبیر وصیت به وقف مال را نیز شامل می‌شود. حنابله وصیت کودک کمتر از هفت ساله را جایز ندانسته‌اند و در این باره مالک، اوزاعی و اصحاب رأی با ایشان هم‌داستان هستند (ابن‌قدامه، بی‌تا، ۵۲۸/۶).

دلایل خروج وقف صبی ممیز از اصل اولیه منع تصرفات در فقه امامیه

روایات چندی برای جواز وقف صبی ممیز مورد استناد قرار گرفته و از آنها خروج وقف کودک ممیز از اصل اولیه عدم جواز تصرفات کودک نتیجه گرفته شده است، هیچ‌یک از روایات به صراحت با لفظ «وقف» از جواز وقف صبی ممیز سخن نمی‌گویند، بلکه با توجه به جواز صدقه دادن یا طلاق دادن و یا وصیت نمودن کودک که در برخی از روایات مورد اشاره قرار گرفته‌اند، جواز وقف صبی ممیز و خروج آن از عموم منع تصرفات صبی نتیجه گرفته شده است، از جمله:

۱. روایت زراره از امام باقر(ع) که فرمود: «هرگاه پسر بچه ۱۰ ساله شود، برای وی جایز است که با کمک مالش بنده آزاد کند، یا مالش را در راه خوب و معروف صدقه داده، یا به آن وصیت کند» (کلینی، ۴۲۹/۱، ق، ۳۸۳/۱۳).

۲. موقوفه حلبی و محمد بن مسلم از امام صادق(ع): در روایت مزبور، حضرت درباره صدقه پسر بچه‌ای که محتلم نمی‌شود، فرموده است: «بلی ایرادی ندارد، اگر آن صدقه را در مورد مناسب انجام دهد» (طوسی، ۱۴۰۷/۱، ق، ۱۸۲/۹). این روایت نیز با همان بیان روایت قبل، برای جواز وقف صبی ممیز مورد استناد قائلان به جواز، قرار گرفته و خروج از عموم منع تصرفات صبی را نتیجه می‌دهد.

۳. خیر جمیل بن درّاج از امام باقر یا امام صادق(ع): در روایت مزبور آمده است: «طلاق پسر بچه و صدقه و وصیت وی در هنگامی که عقل یافته گرچه محتلم نشود، صحیح است» (همان).

۴. مضمرة زرعه از سماعه: در این روایت از طلاق پسر بچه و صدقه دادن وی در هنگامی که محتلم نمی‌شود، پرسش شده، امام(ع) در پاسخ فرموده است: «إِذَا طَلَّقَ لِلسُّنَّةِ وَ وَضَعَ الصَّدَقَةَ فِي مَوْضِعِهَا وَ حَقَّهَا فَلَا بَأْسَ وَ هُوَ جَائِزٌ» (ابن بابویه، ۱۴۱۳/۱، ق، ۵۰۴/۳).

در روایات یاد شده از جواز وقف صبی ممیز سخن به میان آمده است، از سویی صدقه مصادیق زیادی دارد، تا جایی که در روایات آمده است: «كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ» (همان، ۲۶۷/۷). از طرفی در روایات به طور خاص از وقف به عنوان «صدقه جاریه» تعبیر شده، چنان‌که پیامبر(ص) فرموده است: «إِذَا مَاتَ آدَمُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا عَنِ ثَلَاثٍ: وَلَدٌ صَالِحٌ يَدْعُو لَهُ وَ عِلْمٌ يَنْتَفَعُ بِهِ وَ صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ» (نوری، ۱۴۰۸/۱، ق، ۲۳۰/۱۲). از همین روی برخی از فقها در تعریف وقف گفته‌اند: «أَنَّ الصَّدَقَةَ الْجَارِيَةَ» (فاضل مقداد، ۱۴۰۴/۱، ق، ۳۰۶/۲).

شیخ مفید گفته است: «الْوَقُوفُ فِي الْأَصْلِ صَدَقَاتٌ» (مفید، ۱۴۱۳/۱، ق، ۶۵۲). علامه حلی نیز گفته است: «بنا بر قول کسی که صدقه کودک ۱۰ ساله را اجازه داده، باید وقف وی را جایز دانست؛ زیرا وقف نوعی صدقه می‌باشد» (حلی، بی تا، ۴۲۸/۲). آیت‌الله حکیم نیز گفته است: «وقف با همه اقسام آن نوعی صدقه می‌باشد» (حکیم، بی تا، ۳۴۱).

استفاده جواز وقف صبی از جواز وصیت وی در روایات یاد شده و روایات وصیت، نوعی قیاس غیرقابل قبول می‌باشد، اما چنان‌که خواهیم دید، وصیت کودک به وقف مالش جایز می‌باشد. روایت زرعه از سماعه (روایت چهارم) به دلیل مضر بودن و نیز به دلیل قرار داشتن برخی از واقفیه در سند آن، ضعیف می‌باشد (موسوی عاملی، ۱۴۱۱ق، ۸/۲) و از این رو نمی‌توان از آن برای جواز صدقه صبی ممیز بهره گرفت.

دلایل خروج وصیت صبی ممیز به وقف مالش از اصل اولیه منع تصرفات در فقه امامیه

۱۲ روایت - که موثق یا صحیح یا غیر آن هستند - از جواز وصیت کودک ممیز ۱۰ ساله سخن می‌گویند، این روایات علاوه بر آنکه بر خروج وصیت صبی به وقف مالش از اصل اولیه منع تصرفات صبی دلالت دارند، بر خروج وقف صبی ممیز از اصل اولیه یاد شده، دلالت دارند، از جمله آن روایات به دو مورد زیر اشاره می‌شود:

از امام صادق(ع) از جواز وصیت پسر بچه پرسش شده، حضرت در پاسخ فرموده است: «اگر ۱۰ ساله باشد، وصیتش جایز است» (طوسی، ۱۴۰۷ق، ۱۸۲/۹).

ابوبصیر و ابویوب از امام صادق(ع) درباره پسر بچه ۱۰ ساله‌ای که وصیت نموده، پرسیده‌اند، حضرت در پاسخ فرموده است: «اگر وصیت در جای مناسب باشد، جایز است» (همان، ۱۸۱/۹). از روایات مزبور برای امکان وقف صبی ممیز نیز بهره گرفته شده است (حسینی، ۱۴۰۹ق، ۵۴۸/۲۱). استفاده مزبور یک نوع قیاس مردود بوده و از سویی بین جواز وصیت کودک ۱۰ ساله که مورد پذیرش فقها قرار گرفته، با جواز وقف وی، ملازمه‌ای نیست، از این رو باید از ادله صدقه صبی برای این امر بهره گرفته شود، از سویی از آنجا که وصیت کودک ۱۰ ساله با توجه به روایات یاد شده و مشابه آنها، مورد قبول است، وصیت کودک ممیز به وقف مالش جایز می‌باشد.

دلایل خروج وصیت صبی و تصرفات با اذن ولی وی از اصل اولیه منع تصرفات در فقه اهل سنت

۱. آیه «وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» (نساء، ۶). چنان‌که گذشت ابوحنیفه با وجود پذیرش حجر صبی، با استناد به آیه مزبور، تصرفات صبی ممیز با اذن ولی خود را اجازه داده و گفته است: آیه مزبور مقتضی آن است که کودک پیش از رسیدن به سن بلوغ، مورد آزمایش قرار گیرد، تا معلوم شود که آیا وی صلاحیت تصرف در مال خودش به شکل خرید و فروش را دارد، یا خیر، بدیهی است که آزمایش یاد شده در فرض اذن ولی کودک امکان پذیر است (فخررازی، ۱۴۲۰ق، ۴۹۷/۹).

۲. حدیث عمر که براساس آن عمر وصیت «یافع»، یعنی کودک نابالغ و نزدیک بلوغ را اجازه داده است (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ۹۲/۲۸؛ کاسانی، ۱۴۰۹ق، ۳۳۴/۷؛ ابن قدامه، بی تا، ۵۲۷/۶).

تعبدی یا عقلی بودن خروج برخی از تصرفات صبی از اصل اولیه منع تصرفات
چنان‌که گذشت، از دیدگاه فقه امامیه دلایلی، چون آیه ۶ سوره نساء و روایاتی، همچون حدیث رفع (خوانساری، بی تا، ۱۹۳) و ... نشانگر آن هستند که مطلق تصرفات کودک اعم از ممیز و غیرممیز صحیح نیستند، عموماً اولیه یاد شده، عاری از تخصیص نبوده و با روایات دال بر تصرفات صبی در مورد صدقات و وصیت تخصیص می‌خورند (سیفی مازندرانی، بی تا، احکام الاسرة، ۲۸۷).

با توجه به آنکه عموماً منع تصرف کودک برای حفظ مال کودک و حمایت از وی هستند، و از سویی پاره‌ای از روایات، وقف کودک ممیز و وصیت وی را جایز دانسته‌اند، خروج وقف کودک ممیز و وصیت وی از تحت عموماً اولیه منع تصرفات صبی تعبدی خواهد بود. دلیل خروج تعبدی وصیت و وقف کودک از عموماً منع تصرف کودک آن است که به لحاظ حقیقت وقف و وصیت کودک ممیز تصرف محسوب شده، عموماً منع تصرف آن را دربر می‌گیرد، همان‌گونه که در جملاتی، چون «لا ربا بین الوالد و الولد» (حلی، ۱۴۱۹ق، ۵۵۳/۲)، نمی‌توان به صورت حقیقی ربای بین آن دو را نفی کرد، اما می‌توان تعبداً ربای بین پدر و فرزند را خارج از ادله حرمت ربا دانست.

برخی از فقهای شیعه و اهل سنت (فخررازی، ۱۴۲۰ق، ۴۹۷/۹)، با استناد به آیه «وَأَتْلُوا لَیَّتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَیْهِمْ أَمْوَالَهُمْ» که مهم‌ترین دلیل حجر صبی می‌باشد، جواز تصرف صبی را نتیجه گرفته‌اند، با این بیان که به موجب آیه مزبور، شرط دادن مال یتیمان به ایشان رشد است که بلوغ اماره و نشانه آن می‌باشد، از سویی موضوع بودن افراد نابالغ در آیه مزبور، نشانگر آن است که در صورت وجود رشد در افراد نابالغ، تصرف ایشان مؤثر است. در فرض مزبور خروج وقف و وصیت صبی ممیز از عموم حجر صبی، تخصصی و عقلی خواهد بود. اما با توجه به امکان اشاره آیه به اینکه آزمایش افراد نابالغ، برای آگاهی از بلوغ و عدم بلوغ ایشان است و با توجه به آنکه آزمایش یتیمان (افراد نابالغ) برای احراز رشد ایشان با اشتراط بلوغ منافات نداشته و قابل جمع هستند، عقلی بودن خروج وقف و وصیت صبی منطقی به نظر نمی‌رسد.

چنان‌که گذشت از دیدگاه مذاهب فقهی اهل سنت، وقف صبی از اصل منع تصرفات صبی خارج نیست، اما تصرفاتی، مانند وصیت مالی صبی ممیز و تصرفات با اذن ولی صبی از اصل اولیه منع

تصرفات صبی خارج هستند. از آنجا که در موارد مزبور نیز تصرف صدق می‌کند، خروج آنها از اصل اولیه منع تصرفات تعبدی می‌باشد نه عقلی.

جمع بندی و نقد و نظر

در فقه امامیه، در روایات صدقه صبی، از جواز صدقه دادن کودک ممیز در صورتی که صدقه در جای مناسب و به شکل معروف و خوب باشد، سخن به میان آمده و کاربرد صدقه در زبان اخبار در معنای وقف امری شایع و متداول بوده، اما با توجه به مصادیق گوناگون صدقه، در انطباق صدقه بر وقف تردید شده است؛ زیرا از آنجا که صدقه در دو معنای عام و خاص به کار می‌رود، اراده مفهوم خاص صدقه از روایات یاد شده و مشابه آنها متیقن است، در این صورت اگر معنای خاص صدقه مراد باشد، استفاده از آنها برای جواز وقف کودک ممیز ممکن نخواهد بود، از سویی اراده معنای اعم از صدقه که وقف را نیز شامل گردد، مشکوک است. اراده معنای خصوص وقف از لفظ صدقه نیز ممکن نیست.

از زاویه دیگر، با وجود آنکه وقف بدون قصد قربت صحیح است، همه وقفها صدقه نیستند، وقفهایی که در آنها قصد قربت وجود داشته باشد، صدقه هستند، اما وقفهایی که خالی از قصد قربت باشند، صدقه نیستند (نجفی، بی تا، ۸/۲۸). از تعبیر صاحب جواهر برمی‌آید که وقف به دو نوع تقسیم پذیر است که عبارتند از: وقف با قصد قربت و وقف بدون قصد قربت. از این رو با توجه به تقسیم یاد شده، با وجود صحت نیت کودک ممیز (محقق حلی، ۱۴۰۸ ق، ۱/۱۶۹)، استفاده جواز هردو نوع وقف توسط کودک ممیز از روایات مزبور، مورد تردید قرار گرفته است.

اگر منظور از صدقه در روایات صدقه صبی، صدقه‌های کوچک باشد که برخی از فقها به آن گرایش نشان داده و تصریح نموده‌اند که چنین صدقه‌ای نوعاً مورد رضایت و اذن ولی بوده و کودک همچون آلت در آن است (سبزواری، عبدالاعلی، ۱۴۱۳ ق، ۴۰/۲۲)، در این صورت استفاده وقف از این روایات، مورد تردید قرار می‌گیرد، مگر آنکه از اطلاق و عموم روایات صدقه، شمول آن در صدقات کوچک و بزرگ را نتیجه بگیریم.

اشکالات یاد شده از یک سو و کاربرد صدقه در معنای وقف در لسان برخی از روایات و تصریح برخی از فقها به یک معنی بودن صدقه و وقف از سوی دیگر موجب شده که برخی از فقها با وجود آنکه به امکان استفاده جواز وقف صبی ممیز از روایات مزبور باور دارند، اما تکرار و تجدید وقف مزبور را پس از رسیدن کودک به سن بلوغ، احوط و مستحب دانسته‌اند (سیفی مازندرانی، بی تا، احکام/الاسرة، ۲۹۲).

با وجود تردیدهای یاد شده، اطلاق ادله صدقه صبی ممیز هردو نوع صدقه را شامل شده، از این رو استفاده جواز وقف صبی ممیز از آن ادله ممکن است. در عین حال با توجه به قیود «قد

عقل» و «بصیراً»، «فی موضعها» و ... صدقه و وقف کودک باید در وجوه خیر باشد و برای این امر، از رشد لازم برخوردار باشد.

در فقه امامیه فقهای زیادی، اعم از متقدمان و متأخران از جواز وقف کودک ممیز (۱۰ ساله) سخن گفته‌اند، از این رو اجماعی که مخالفان وقف صبی ممیز از آن سخن گفته‌اند، عملاً منتفی است، از این گذشته با توجه به احتمال استناد مخالفان جواز وقف کودک ممیز ۱۰ ساله به عموماً منع تصرف صبی، اجماع مدرکی بوده و از این رو قابل استناد نخواهد بود.

با توجه به روایت زراره «هرگاه پسر بچه ۱۰ ساله شود، برای وی جایز است که با کمک مالش بنده آزاد کند، یا مالش را در راه خوب و معروف صدقه داده، یا به آن وصیت کند» (کلینی، ۱۴۲۹ق، ۳۸۳/۱۳) که پیش از این مورد استناد قرار گرفت، ادعای عدم ذکر و عدم تصریح به عشر در روایات مربوط به وقف کودک نادرست می‌نماید؛ زیرا در روایت مزبور علاوه بر ذکر «غلام» به ۱۰ ساله بودن و جواز صدقه دادن وی تصریح شده است، چنان‌که خواهیم دید، وقف از جمله مصادیق صدقه است. از طرفی قید «قد عقل» در برخی از روایات وقف صبی ممیز (همان، ۶۴۵/۱۱) قرینه‌ای بر ممیز بودن صبی است.

محجور علیه بودن کودک نیز دلیلی بر عدم جواز وقف نمودن وی نیست؛ زیرا قائلان به جواز وقف کودک ممیز به حجر وی در مورد وقف مالش باور ندارند، بلکه بر این باورند که تصرف کودک در مالش جهت هبه، وقف و وصیت از عموماً حجر استثناء شده است. با توجه به عدم حجر کودک در موارد یاد شده، توقف رفع حجر وی بر بلوغ و رشدش نیز منطقی نبوده و مصادره به مطلوب می‌باشد.

عدم ورود روایتی به لفظ وقف برای جواز وقف صبی ممیز، دلیل بر عدم جواز وقف وی نیست؛ زیرا چنان‌که گذشت، وقف یک نوع صدقه بوده و در روایات از آن به «صدقه جاریه» (ابن‌ابی‌جمهور، ۱۴۰۵ق، ۹۷/۱) تعبیر شده است، از همین روی برخی از فقها در تعریف وقف گفته‌اند: «أنه الصدقة جاریه» (فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ۳۰۶/۲).

چنان‌که گذشت، قائلان به جواز وقف صبی ممیز، غیر از روایت سماعه به دلایل و روایات دیگری نیز استناد نموده‌اند، از این رو ضعف سماعه دلیل بر ضعف دیدگاه جواز وقف صبی ممیز نیست. از سویی با وجود واقفی بودن سماعه (طوسی، ۱۴۲۷ق، ۳۳۷؛ ابن‌داود، ۱۳۸۳ش، ۴۶۰)، رجال نویسانی، چون نجاشی (نجاشی، ۱۴۰۷ق، ۱۹۳) و علامه حلی (حلی، ۱۳۸۱ق، ۲۲۸) وی را توثیق نموده‌اند.

رفع قلم صبی که در پاره‌ای از روایات از آن سخن به میان آمده (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۴۵/۱) و برای حجر صبی و عدم صحت وقف و وصیت وی به مالش مورد استناد قرار گرفته است

(مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ۵۴۱)، دلیل بر عدم صحت وقف صبی و وصیت مالی وی نیست؛ زیرا حدیث مزبور تنها از مکلف نبودن کودک سخن می‌گوید.

با توجه به روایات زیادی که در این باره وجود دارد، نسبت شذوذ به روایات دال بر جواز وقف صبی ممیز درست نمی‌نماید. مذاهب فقهی اهل سنت همچون فقه امامیه، صبی غیرممیز را مشمول حجر و عموم منع تصرفات صبی دانسته و تصرفات وی را مجاز ندانسته‌اند، اما برخلاف فقه امامیه، به عدم خروج وقف صبی ممیز و وصیت وی به وقف مالش از اصل اولیه منع تصرفات صبی باور دارند. اما حنبلیها و مالک بن انس تصرفات صبی ممیز را در فرض اذن ولی وی از عموم حجر و منع تصرف صبی خارج دانسته و به جواز تصرفات صبی ممیز در فرض اجازه ولی-اش حکم نموده‌اند.

استناد ابوحنیفه به آیه «وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ»، نشانگر آن است که از دیدگاه ایشان، تصرف صبی ممیز با اذن ولی‌اش از عموماًت حجر و منع تصرف صبی خارج است. امام شافعی با وجود آنکه به بطلان تصرفات صبی ممیز و غیرممیز اذعان نموده، اما در یکی از دو قولش به جواز وصیت کودک در هرچه که موجب تقرب به خداوند است، حکم نموده (سرخسی، ۱۴۰۶ق، ۱۸۴/۷) و در مواردی آن را واجب دانسته است (همان، ۹۲/۲۸). این نگرش و نیز نگرش حنابله که وصیت کودک بالاتر از هفت ساله را اجازه داده‌اند (ابن‌قمامه، بی‌تا، ۵۲۸/۶). نشانگر آن است که از دیدگاه ایشان، تصرفات مزبور صبی از عموماًت حجر صبی و منع تصرف وی خارج می‌باشند.

نتیجه

۱. در فقه اهل سنت نسبت به فقه شیعه سخت‌گیری بیشتری در مورد وقف کودک و وصیت وی به وقف به چشم می‌خورد، از همین روی بین ممیز و غیرممیز و اینکه وقف با اجازه ولی کودک صورت گیرد، یا صورت نگیرد، فرق قائل نشده و خروج وقف صبی ممیز و وصیت وی را از اصل اولیه منع تصرفات صبی نپذیرفته‌اند.

۲. احتمال حمل روایات جواز صدقه کودک بر صدقه‌های جزئی و احتمال آنکه منظور از صدقه، معنای خاص آن است، نه اعم از آن و وقف، از یک سو، و اطلاق صدقه بر وقف در زبان پاره‌ای از روایات و ادعای فقهایی، چون شیخ مفید و شیخ طوسی به یکی بودن وقف و صدقه، از سوی دیگر، حکم به جواز و صحت وقف کودک را با تردید همراه نموده است و از همین روی فقهایی که به جواز وقف کودک اذعان نموده‌اند، تکرار وقف را در زمان بلوغ مستحب و اولی و لازمه احتیاط دانسته‌اند، مستحب بودن تکرار وقف در زمان بلوغ با جواز وقف صبی منافات ندارد.

۳. هر یک از مذاهب فقهی امامیه و اهل سنت اصل اولیه منع تصرفات صبی و حجر را پذیرفته و مواردی را با دلایلی به صورت تعبدی از اصل مزبور خارج دانسته‌اند.

فهرست منابع

- قرآن کریم.
- ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن علی، *عوالی اللثالی*، قم، سیدالشهداء، ۱۴۰۵ق.
- ابن ادريس حلی، *السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- ابن بابویه، محمد بن علی، *من لا یحضره الفقیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- ابن داود حلی، حسن بن علی، *رجال ابن داود*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۳ش.
- ابن رشد، محمد بن احمد، *بداية المجتهد و نهاية المقتصد*، تصحیح: خالد عطار، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
- ابن زهره حلبی، حمزه بن علی، *غنية النزوع الى علمی الاصول و الفروع*، تحقیق: ابراهیم بهادری و دیگران، قم، مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۷ق.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۵ق.
- ابن فهد حلی، *المقتصر من شرح المختصر*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ق.
- همو، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، بیروت، دارالکتب العربی، بی تا.
- اصفهانی، سید ابوالحسن، *وسيلة النجاة*، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۲ق.
- بحرانی آل عصفور، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع*، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
- بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ق.
- بهوتی، منصور بن یونس، *الروض المربع شرح زاد المستتقع*، تحقیق: سعید اللحام، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- بیهقی، احمد بن حسین، *معرفة السنن و الآثار*، بیروت، دارالکتب العلمیه، بی تا.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، ۱۴۰۹ق.
- حسینی، سید جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح القواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۹ق.
- حسینی روحانی، سید محمدصادق، *فقه الصادق(ع)*، قم، مدرسه امام صادق، ۱۴۱۲ق.
- حکیم، محسن، *منهاج الصالحین*، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
- همو، *نهج الفقاهة*، قم، ۲۲ بهمن، بی تا.
- حلبی، ابوصلاح، *الکافی فی الفقه*، تحقیق: رضا استادی، اصفهان، کتابخانه امام امیرالمؤمنین، ۱۴۰۳ق.

- حلی، حسن بن یوسف، *ارشاد الازدهان*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤١٠ق.
- همو، *تحریر الاحکام الشرعیة*، قم، مؤسسه امام صادق، ١٤٢٠ق.
- همو، *تذکره الفقهاء*، قم، مؤسسه آل البيت، ١٤١٤ق.
- همو، *خلاصة الاقوال*، نجف، المطبعة الحیدریة، ١٣٨١ق.
- همو، *مختلف الشیعه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ١٤١٣ق.
- همو، *نهاية الاحکام فی معرفة الاحکام*، قم، مؤسسه آل البيت، بی تا.
- خمینی، روح الله، *التعلیقة علی العروة الوثقی*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ١٣٨٠ش.
- خن، مصطفی؛ و دیگران، *الفقه المنهجی علی مذهب الامام الشافعی*، دمشق، دارالقلم، ١٤١٣ق.
- خوانساری، محمد، *الحاشیة الثانية علی المكاسب*، بی جا، بی نا، بی تا.
- رافعی، عبدالکریم، *فتح العزیز فی شرح الوجیز*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- سایس، محمدعلی، *تفسیر آیات الاحکام*، بی جا، المكتبة العصرية، ٢٠٠٠م.
- سبحانی، جعفر، *المواهب فی تحریر احکام المكاسب*، قم، مؤسسه امام صادق، ١٤٢٤ق.
- سبزواری، عبدالاعلی، *مهذب الاحکام فی مسائل الحلال و الحرام*، قم، مؤسسه المنار، ١٤١٣ق.
- سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفاية الاحکام*، اصفهان، بی نا، بی تا.
- سدلان، صالح بن غانم، *رسالة فی الفقه المیسر*، عربستان، وزارة الشؤون الاسلامیة و الاوقاف و الدعوة و الارشاد، ١٤٢٥ق.
- سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفة، ١٤٠٦ق.
- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة*، قم، الحرمین، ١٤٠٤ق.
- سیستانی، سید علی، *منهاج الصالحین*، بی جا، بی نا، بی تا.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر، *دلیل تحریر الوسیلة - احکام الاسرة*، بی جا، بی نا، بی تا.
- همو، *دلیل تحریر الوسیلة - کتاب الوقف*، بی جا، بی نا، بی تا.
- شریینی، محمد بن احمد، *معنی المحتاج*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ١٣٧٧ق.
- شمس الدین حلی، محمد، *معالم الدین فی فقه آل یس*، قم، مؤسسه امام صادق، ١٤٢٤ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤٢٧ق.
- همو، *غایة المراد فی شرح نکت الارشاد*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ١٤١٤ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *حاشیة الشرایع*، قم، دفتر تبلیغات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، بی تا.

- همو، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ق.
- صيمرى، مفلح، *غاية المرام فى شرح شرايع الاسلام*، بيروت، دارالهادى، ۱۴۲۰ق.
- طباطبايى، سيد على، *رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۸ق.
- طوسى، محمد بن حسن، *الاستبصار*، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ۱۳۹۰ق.
- همو، الرجال، قم، دفتر تبليغات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم، ۱۴۲۷ق.
- همو، تهذيب الاحكام، تهران، دارالكتب الاسلاميه، ۱۴۰۷ق.
- عاملى ترحينى، محمدحسن، *الزبدة الفقهية*، قم، دارالفقه، ۱۴۲۴ق.
- فاضل مقداد (سيورى حلى)، *مقداد بن عبدالله، التنقيح الرائح لمختصر الشرائع*، قم، كتابخانه آيت الله مرعشى، ۱۴۰۴ق.
- فخررازى، محمد بن عمر، *مفاتيح الغيب*، بيروت، داراحياء التراث العربى، ۱۴۲۰ق.
- قطيفى، على بن ابراهيم، *شرح ترددات المختصر النافع*، قم، دارالمصطفى لاحياء التراث، ۱۴۱۹ق.
- قليوبى، احمد بن احمد، *حاشيتان قليوبى*، بيروت، دارالفكر، ۱۴۱۵ق.
- كاسانى، ابوبكر بن مسعود، *بدائع الصنائع*، پاكستان، المكتبة الحبيبة، ۱۴۰۹ق.
- كاشف الغطاء، على بن محمدرضا، *النور الساطع فى الفقه النافع*، نجف، مطبعة الآداب، ۱۳۸۱ق.
- كلينى، محمد بن يعقوب، *الكافى*، قم، دارالحديث، ۱۴۲۹ق.
- مالك بن انس، *الموطأ*، بيروت، داراحياء التراث العربى، ۱۴۰۶ق.
- محقق حلى، جعفر بن حسن، *شرايع الاسلام فى مسائل الحلال والحرام*، قم، اسماعيليان، ۱۴۰۸ق.
- محقق كركى، على بن حسين، *جامع المقاصد فى شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۴ق.
- مصطفوى، سيد محمدكاظم، *فقه المعاملات*، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۲۳ق.
- مظفر، محمدرضا، *حاشية المظفر على المكاسب*، بى جا، بى نا، بى تا.
- مغنیه، محمدجواد، *الفقه على المذاهب الخمسة*، بيروت، دارالتيار الجديد؛ دارالجواد، ۱۴۲۱ق.
- مفيد، محمد بن محمد، *المقنعه*، قم، كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد، ۱۴۱۳ق.
- مناوى، محمد عبدالرؤوف بن على، *فيض التدير شرح الجامع الصغير*، بيروت، دارالكتب العلميه، ۱۴۱۵ق.
- موسى عاملى، محمد بن على، *نهاية المرام فى شرح مختصر شرايع الاسلام*، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۱ق.
- نجاشى، احمد بن على، *رجال النجاشى*، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۰۷ق.
- نجفى، محمدحسن، *جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام*، بيروت، داراحياء التراث العربى، بى تا.
- نورى، ميرزا حسين، *مستدرک الوسائل*، بيروت، مؤسسه آل البيت لاحياء التراث، ۱۴۰۸ق.
- نووى، يحيى بن شرف، *روضة الطالبين*، بيروت، دارالكتب العلميه، بى تا.
- وجدانى فخر، قدرت الله، *الجواهر الفخرية*، قم، سما قلم، ۱۴۲۶ق.