

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۵۳

الثامنة: إذا ادّعت امرأة أنّها خلية، فتزوَّجها رجل ثمّ ادّعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها نعم، لو أقامت البيّنة على ذلك فرّق بينها وبينه وإن لم يكن هناك زوج معيّن، بل شهدت بأنّها ذات بعل على وجه الإجمال^(١).

قد مرّ في المسألة السابقة قبول دعوى المرأة بالنسبة إلى نفسها مستنداً إلى الروايات الواردة الدالّة على قبول قولها في دعوى كونها خلية وأنّها هي المصدّقة على نفسها، وعدم لزوم الفحص في ذلك، وما ورد من الأمر بالسؤال والفحص وارد في مورد المتعة، هذا أولاً. وثانياً: أنّ التعليل في رواية أبي مریم من «أنّ المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم، إنّهنّ كنّ يومئذٍ يومن واليوم لا يؤمن...»^(٢) دالٌّ على أو مشعر على خصوصية في بابها دون الزواج الدائم.

وعلى هذا لو ادّعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع؛ لتامة الدليل على اعتبار قولها بالنسبة إلى نفسها، وأمّا اعتبار قولها وحجّيته بالنسبة إلى الغير فلا دليل عليه؛ لعدم حجّية قولها وإخبارها في حقّ الغير، والأدلة المذكورة قاصرة عن إثبات ذلك، هذا أولاً.

وثانياً: أنّ الأدلّة المذكورة تثبت إعتبار قولها حدوثاً ومقتضى

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٩٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٣ / أبواب المتعة ب ٦ ح ١.

استصحاب اعتباره مناف لحجية الأخذ بدعوى المعارض لقولها الأول، مضافاً إلى أنّ الصحيحة الواردة في المقام عن حسن بن محبوب، عن هشام بن سالم، عن أبي بصير قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فقالت: أنا حبل، وأنا أختك من الرضاعة، وأنا على غير عدّة، قال: فقال: «إن كان دخل بها وواقعها فلا يصدّقها، وإن كان لم يدخل بها ولم يواقعها فليختبر وليسأل إذا لم يكن عرفها قبل ذلك»^(١) تدلّ على عدم اعتبار قولها في فرض كون دعواها بعد الوقاع والدخول، فما أفاده السيّد الماتن عليه السلام تام ولا سيّما في الفرض المذكور. نعم، لا بأس بالاحتياط بالفحص فيما إذا كانت الدعوى قبل الدخول إذا لم يكن يعرفها بالوثاقة وإن كان الأقوى عدم لزومه؛ لتامة الدليل على جواز الأخذ بقولها الأول والأمر بالاختبار والسؤال محمول على الاستحباب نعم، مقتضى إخبارها عدم استحقاقها المطالبة للمهر والنفقة.

نعم لو أقامت البيّنة على ذلك فرّق بينهما عملاً بحجية البيّنة من دون أن يعارضها الأدلّة السابقة وغيرها، فإنّها مختصّة بغير ذلك المورد.
التاسعة: إذا وكّلا وكليلاً في إجراء الصيغة في زمان معيّن لا يجوز لهما المقاربة بعد مضيّ ذلك الزمان إلا إذا حصل لهما العلم بإيقاعه، ولا يكفي الظن بذلك وإن حصل من إخبار مخبر بذلك وإن

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٦ / أبواب عقد النكاح ب ١٨ ح ١.

كان ثقة نعم، لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقة، بل مطلقاً؛ لأن قول الوكيل حجة فيما وكل فيه^(١).

والكلام في المقام هو الكلام في حجية قول الثقة أو العدل الواحد في الموضوعات كما في باب الأحكام.

لا إشكال في أن عمدة الدليل على حجية خبر الثقة هي السيرة العقلائية، وهي قائمة على الأحكام والموضوعات على حد سواء، إلا أنه ادعى معارضة خبر مسعدة لها بالنسبة إلى الموضوعات حيث إنها ينص على حلية كل شيء حتى حصول العلم بالحرمة والاستبانة أو قيام البيينة^(٢).

واشكال^(٣): بأن المراد بالبيينة فيها ليس هو المعنى الاصطلاحي في باب القضاء من الشاهدين أو الأربعة الشهداء أو الشاهد واليمين، وإنما المراد بها مطلق ما يتبين به الأمر؛ لعدم حصر الاستنابة بالشهادة المذكورة المقررة، بل هو يحصل بالإقرار وقول ذي اليد والاستصحاب ونحوها، فاستنتج عدم الدليل على اختلاف الحال في الأحكام والموضوعات وباعتبار التعدد في الموضوعات دون الأحكام.

والظاهر أن التأمل في دلالة السيرة يساعده؛ لأنه لا شبهة في قيام السيرة من العقلاء (أعم من الملتزم بالدين وغيره) على العمل بخبر الثقة،

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٩٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٧: ٨٩ / أبواب ما يكتسب به ب ٤ ح ٤.

(٣) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٩٧.

وهذه السيرة مستمرة إلى عصر المعصوم عليه السلام ولم يردع عنها .
 نعم ، تقييدها بالوثاقة يكشف عن أنّ المتيقن منها هو العمل بخبر الثقة
 الذي يعلم

تحرّزه عن الكذب الموجب لحصول الاطمئنان ، فعلى هذا تكون الحجة هو
 الاطمئنان والعلم ، ولا معنى للحكم بمعارضة البيّنة الاصطلاحية للعلم
 والاطمئنان نعم ، إذا حصل العلم بخلافه يكون هو المعتمد .

وهذا واضح ، فلذلك لا إشكال فيما أفاد من اعتبار حجية قول الثقة
 على نحو الإطلاق إلا ما خرج بالدليل كموارد خاصة في مثل باب القضاء ،
 ولا يعبأ بالقول بعدم حجية خبر الثقة إلا ما خرج بالدليل كباب الإخبارات
 في الأحكام واستناد اعتبارها وحجيتها إلى الأدلة التعبدية ، وللكلام مجال
 آخر نوكله إلى محله .

وبالجملة : الصحيح هو كفاية إخبار الثقة وإن لم يكن وكيلاً ؛ لأنّ
 الأصل حجّية خبره ، وأمّا مع كونه وكيلاً فبالأولوية ؛ لأنّه إقرار على
 النفس .

إلّا أنّ الكلام في اعتبار قول الوكيل على نحو الإطلاق وإن لم يكن ثقة ،
 أو على القول بحجّية قوله في الموضوعات فقط ، والسيد أفتى بحجّية قوله فيما
 وكلّ فيه ، وعللّ بكونه من مصاديق القاعدة المعروفة « من ملك شيئاً ملك
 الإقرار به » وعمومها يقتضي عموم الحكم لغير الثقة .

إلّا أنّ هذه القاعدة المدّعى عليها الإجماع إن كانت مستندة إلى

القاعدة المسلّمة من حيث النص والفتوى «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» فيمكن الركون إليها في المقام، إلا أنّ الشيخ الأعظم رحمته الله أشكل في استنادها إلى قاعدة الإقرار^(١)؛ لأنّ المشترط في قاعدة الإقرار كون الإقرار على المقر، وليس بمطلق، هذا أولاً، وثانياً: كون المقرّ مكلفاً، وفي المقام (أي قاعدة من ملك) إطلاق القاعدة يشمل الصبيان، وهذا يناه في حديث الرفع. ولذلك لا دليل عليها إلا الإجماع وإثبات إطلاقها وكليتها على نحو يشمل المقام بعيد في الغاية نعم، لا يبعد دعوى السيرة على سماع قول الوكيل وعدم مطالبته بالإثبات إذا أخبر عن العمل بوظيفته هذا والله العالم.

(١) الرسائل الفقهية : ١٧٩.

فصل

في أولياء العقد

وهم الأب والمجد من طرف الأب بمعنى أب الأب فصاعداً فلا يندرج فيه أب أم الأب والوصي لأحدهما مع فقد الآخر والسيّد بالنسبة إلى مملوكه والحاكم، ولا ولاية للأُم ولا الجد من قبلها ولو من قبل أم الأب ولا الأخ والعم والخال وأولادهم^(١).

ثبوت الولاية لهؤلاء الخمسة من القطعيات، وتدل عليه عدّة من النصوص، مضافاً إلى دعوى الإجماع عليها.

منها: صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبيّة يزوّجها أبوها ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها

التزويج أو الأمر إليها؟ قال: «يجوز عليها تزويج أبيها»^(٢).

ومنها: صحيحة عبدالله بن الصلت قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوّجها أبوها، لها أمر إذا بلغت؟ قال عليه السلام: «لا، ليس لها مع أبيها أمر»، قال: وسألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء، أها مع أبيها

(١) العروة الوثقى ٢: ٦٩٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٥ / أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ١.

أمر قال عليه السلام: «ليس مع أبيها أمر ما لم تكبر»^(١).

منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «إذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه، ولابنه أيضاً أن يزوجه»، فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً وجدّها رجلاً فقال: «الجدّ أولى بنكاحها»^(٢).

منها: صحيحة هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إذا زوج الأب والجدّ كان التزويج للأول، فإن كانا جميعاً في حال واحدة فالجدّ أولى»^(٣).

منها: صحيحة فضل بن عبد الملك قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغير؟ قال: «لا بأس»، قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال: «لا»، قلت: على من الصداق؟ قال: «على الأب»^(٤).

مضافاً إلى دلالة مفهوم بعض الروايات كصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: في الصبي يتزوج الصبيّة، يتوارثان؟ فقال: «إذا كان أبوهما اللذان زوّجهما فنعم»، قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: «لا»^(٥).

ومقتضى هذه الروايات وغيرها ثبوت الولاية لهما منحصراً، وما

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٦ / أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٩ / أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٩ / أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة ٢١: ٢٨٧ / أبواب المهمور ب ٢٨ ح ٣.

(٥) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٢ / أبواب عقد النكاح ب ١٢ ح ١.

يستفاد عن ظاهر المنسوب في «المختلف» إلى ابن أبي عقيل من نفي الولاية للجد حيث، قال: «.. الولي الذي هو أولى بنكاحهنّ هو الأب دون غيره من الأولياء»^(١) إن لم تكن محمولة على أنّ المراد من الأب بمعناه الواسع الشامل للجد وإن علا.

مندفع بتنصيب النصوص المذكورة في ولاية الجد، بل وحتى مقدماً على ولاية الأب عند التعارض.

وبذلك يندفع نفي ولاية الجدّ المتوهم من مفهوم رواية محمد بن مسلم بثبوت الولاية للأب، وروايته الأخرى عن أحدهما عليهما السلام قال: «... يستأمرها كل أحد ما عدا الأب»^(٢).

وهكذا رواية أبي مريم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الجارية البكر التي لها أب لا تزوّج إلا بإذن أبيها»^(٣) وأمثالها.

حيث إنّ الأب فيها محمول على المورد الواسع، أو أنّها ناضرة إلى ما يستفاد من دلالة بعض الروايات وفتوى جماعة من أنّ ولاية الجد موقوفة على حياة الأب؛ لأنّ الجدّ ولي الأب.

وكيف كان لا إشكال في ثبوت الولاية لهما، أي الأب والجدّ منحصراً،

(١) مختلف الشيعة ٧: ١١٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٣ / أبواب عقد النكاح ب ٤ ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٣ / أبواب عقد النكاح ب ٤ ح ٢.

وأن الظاهر المتبادر من الجدّ ليس جدّ أمّ الأب كما استدلّ به في «الرياض»^(١) (أي بالتبادر) واستدلّ أيضاً بما يستفاد من قول النبي ﷺ: «أنت ومالك لأبيك» المروي في رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إني لذات يوم عند زياد بن (عبدالله الحارثي) إذا جاء رجل يستعدي عن أبيه، فقال: أصلح الله الأمير، إنّ أبي زوج ابنتي بغير اذني، فقال زياد لجلسائه الذين عنده: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل، قال: ثمّ أقبل عليّ فقال: ما تقول يا أبا عبد الله عليه السلام، فلمّا سألتني أقبلت على الذين أجابوه، فقلت لهم: أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله ﷺ أن رجلاً جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا، فقال له رسول الله ﷺ: أنت ومالك لأبيك؟ قالوا: بلى، فقلت لهم: فكيف يكون هذا وهو وماله لأبيه ولا يجوز نكاحه؟ قال: فأخذ بقولهم وترك قولي»^(٢).

ولا يخفى تمامية هذا التعليل بالنسبة إلى الجدّ من ناحية الأب دون الأمّ، والحكم المترتب عليه يختص به دون غيره.
وأشكّل عليه: بأنّ بهذا التعليل يثبت الولاية للجدّ من ناحية الأب، إلّا أنّه لا يستفاد حصر الدليل لولايته بهذا التعليل دون غيره.

(١) رياض المسائل ١٠: ٨٨.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٠ / أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ٥.

ولعلّه لذلك اكتفي في المقام بدعوى الإجماع على خلاف الحكم بالتعميم بجد الأمي، ويؤيده مفهوم رواية محمد بن مسلم المتقدمة الظاهر في عموم نفي الولاية عن غير الأب، هذا مضافاً إلى الأصل الأوّلي أي عدم ثبوت الولاية لأحد على أحد إلا من خرج بالدليل بمعنى أن نفوذ العقد محتاج إلى الدليل، وإلا فهو محكوم بالبطلان، وهذه الولاية ثابتة للأب والجد وعدم ثبوتها لغيرهما.

وقد نسب إلى ابن الجنيد الالتزام بثبوت الولاية للأم^(١) مستدلاً ببعض النصوص كرواية إبراهيم بن ميمون عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر، وإذا كانت قد تزوّجت لم يزوّجها إلا برضا منها»^(٢). بدعوى ظهورها في عدم اختصاص الولاية للأب وثبوتها للأم أيضاً، والظاهر أنّه لا بأس بسندها على المبنى، إلا أنّها فسّرت في «روضة المتّقين»^(٣) على نحو لا ينافي الحكم المجمع عليه (عدم الولاية للأم) وأنّ المراد بقوله «أبويها» هو الأب والجد أي الأب مع الواسطة، وليس المراد هو الأب والأم ولكن هذا التأويل خلاف الظاهر، كما

(١) مجموعة فتاوى ابن الجنيد: ٢٥٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٤ / أبواب عقد النكاح ب ٩ ح ٣.

(٣) روضة المتّقين ٨: ١٣٤.

استبعده «الحدائق»^(١) وفي «مستند العروة»^(٢) إشكال آخر على الاستناد بهذه الرواية لثبوت الولاية للأُم وهو أنه مخالف للإجماع المحقق القائم على استقلال الأب في الولاية وعدم وجود ضميمة في ولايته، مع أن الرواية اعترف فيها باذن الأبوين عرضاً.

وأشكل عليه: بعدم ظهورها في وجوب الجمع بين إثنين لو لم نقل بظهورها في وجوب الاستئذان من كل منهما مستقلاً، إلا أن هذا الإشكال لا يرفع مخالفة اشتراط اذن الأم للإجماع.

هذا وقد يستدل ببعض النصوص التي تستشم منها الولاية للأُم.

منها: رواية سعدان بن مسلم (التي رواها الشيخ) قال: قال أبو عبد الله

عليه السلام: «لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير اذن أبيها»^(٣).

بدعوى أنها في حال الصغر يشترط فيها اذن الأب والأُم معاً، إلا أن

«الوسائل»^(٤) رواها «من غير اذن أبيها»، مع أن الشيخ عليه السلام حملها على المتعة

وعلى من عضلها أبوها.

منها: رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال:

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٢٣١.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ١٩٩.

(٣) التهذيب ٧: ٣٨٠، ١٥٣٨، الاستبصار ٣: ٢٣٦/٨٥٠.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٥ / أبواب عقد النكاح ب ٩ ح ٤.

« لا تستأمر الجارية في ذلك إذا كانت بين أبيها، فإذا كانت ثيباً فهي أولى بنفسها»^(١).

وهذه كناية عن أنه لا أمر لها مع كونها بكرًا ومع والديها وفي رضاها كفاية .

منها: رواية ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: إنني أريد أن أتزوج امرأة وأنّ أبويّ أرادا أن يزوّجاني غيرها، فقال: «تزوج التي هويت، ودع التي يهوى أبواك»^(٢).

بدعوى أنّ المرتكز عند السائل ولايتها، فلذلك سأل الإمام عليه السلام عن حكم المسألة .

منها: رواية محمد بن قيس - الصحيحة - عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى أميرالمؤمنين عليه السلام في امرأة أنكحها أخوها رجلاً ثمّ أنكحها أمّها بعد ذلك رجلاً وخالها أو أخ لها صغير، فدخل بها فحبلت فاحتكما فيها، فأقام الأوّل الشهود فألحقها بالأوّل، وجعل لها الصداقين جميعاً، ومنع زوجها الذي حقّت له أن يدخل بها حتى تضع حملها ثمّ ألحق الولد بأبيه»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧١ / أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ١٣ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٢ / أبواب عقد النكاح ب ١٣ ح ١ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٠ / أبواب عقد النكاح ب ٧ ح ٢ .

بدعوى الولاية للأمّ، ولولاها لا وجه لصحة نكاحها لابنتها.

منها: رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنّه سأله عن رجل زوجته أمّه وهو غائب؟ قال: «النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمّه»^(١).

بدعوى أنّ صحّة العقد من دون الوكالة تكشف عن ولايتها.

منها: رواية محمد بن مسلم (المتقدمة) «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها ليس لها مع الأب أمر، وقال: يستأمرها كل أحد ما عدا الأب»^(٢).

إلا أنّ الإشكال في الاستدلال بهذه الروايات لإثبات ولاية الأمّ على الصبي أو الصبية مضافاً إلى ما في سند الأكثر واختلاف النسخ في بعضها، أولاً أنّها معارضة بالروايات المحاصرة في إثبات الولاية للأب والجدّ، ونفي الولاية عن غيرهما.

وثانياً، أنّ المشتملة على «... إذا كانت بين أبويها» وإن كانت ظاهرة في المدعى إلا أنّ بعضها لا يتحمل هذا الظهور حيث إنّ بعضها مذيلة بقوله «... يستأمرها كل أحد ما عدا الأب» وهذا قرينة على أنّها في مقام بيان الواقع الخارجي، وأنّ الصبية والصبي حينما يعيشان مع الوالدين لا خيار لهما،

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٠ / أبواب عقد النكاح ب ٧ ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٣ / أبواب عقد النكاح ب ٤ ح ٣.

وأمرهما بيد الوالدين ، ولو كان ذلك حكماً تعبيرياً شاملاً للأب والأم لا معنى للتصريح بوجوب الاستثمار عنها دون الأب .

وأما بعضها كصحيحه محمد بن قيس على إثبات الولاية للخال والأخ مع أن المفروغ عدم ثبوتها لهما ، فلا بد من حملها على التوكيل كما أن الأخيرة أيضاً كذلك أو على الفضولي .

مضافاً إلى أن في الباب روايات نافية لولاية الأم ، وقد تقدّم بعضها كرواية محمد بن مسلم «...يتوارثان ؟ فقال : إذا كان أبواهما الذان زوّجها فنعنم»^(١) . وهكذا الروايات المفسرة لقوله تعالى : عن الذي ﴿بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(٢) الناصّة بأنه هو الأب ولم تذكر فيها الأم .

وأما الأخ ، فعدم ولايته ممّالا خلافاً فيه ، ومضافاً إلى أن ذلك مقتضى الأصل أن في المقام روايات دالة عليه .

منها : صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال : سئل عن رجل يريد أن يزوّج أخته ، قال : «لو يؤامرهما فإن سكتت فهو إقرارها وإن أبت لا يزوّجها»^(٣) .

منها : صحيحة داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يريد أن

(١) وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩٢ / أبواب عقد النكاح ب ١٢ ح ١ .

(٢) البقرة ٢ : ٢٣٧ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٣ / أبواب عقد النكاح ب ٤ ح ٤ .

يزوّج أخته، قال: «يؤامرها، فإن سكتت فهو إقرارها وإن أبت لم يزوّجها، فإن قالت زوّجني فلاناً زوّجها ممن ترضى، واليتيمة في حجر الرجل لا يزوّجها إلا برضاها»^(١).

منها: رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن مملوكة كانت بيني وبين وارث معي فأعتقناها ولها أخ غائب وهي بكر، أيجوز لي أن أزوّجها أو لا يجوز إلا بأمر أخيها؟ قال: «بلى يجوز لك أن تزوّجها»، قلت: فأتروّجها إن أردت ذلك؟ قال: «نعم»^(٢).

واشكّل في ذلك: بأنّها لا تدل على نفي الولاية للأخ على نحو الإطلاق حيث إنّها واردة في مورد الكبيرة كما يشعر بذلك التعبير بالمؤامرة والإقرار أو الإباء والأمر بالتزويج ممن ترضى وإن كان أمر الزواج إليها في الأخيرة. فلذلك يمكن الحكم بتولي أمر لأخيها مستنداً إلى ما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الذي بيده عقدة النكاح قال: «هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيتباع لها ويشتري، فأبي هؤلاء عفا فقد جاز»^(٣).

وكذلك رواية وليد بيباع الأسفاط قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام - وأنا

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٨ / أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٠ / أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ٩.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٣ / أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ٤.

عنده - عن جارية كان لها أخوان زوّجها الأكبر بالكوفة وزوّجها الأصغر بأرض أخرى، قال: «الأوّل بها أولى، إلا أن يكون الآخر قد دخل بها، فهي امرأته ونكاحه جائز»^(١).

بدعوى نصوصية الأولى في ولاية الأخ، وظهور الثانية، وإن اشكل في الأخيرة بعدم الدلالة، بل أنّ ظهورها في العقد الفضولي للتفصيل بين الدخول وعدمه، وكيف كان لورودها مورد الكبيرة.

وبالجملة: أنّ هذه الروايات لا بدّ من تأويلها أو التصرف فيها بالحمل على صورة الوكالة أو التقية حيث إنّ العامّة قائل بولاية الأخ عند فقد الأب، للإجماع المحقّق على عدم ثبوت الولاية له، ومع التنزل تكون الروايات المثبتة معارضة للطائفة النافية فتساقطان ويكون المرجع هو الأصل والروايات الحاصرة لإثبات الولاية للأب والمجدّ الدالّة بمفهومها على عدم الولاية لغيرهما.

وهكذا لا ولاية للعم والخال، للإجماع والأصل المتقدّم ومفهوم الروايات الحاصرة كصحيحة محمد بن مسلم، واستدلّ أيضاً في العم برواية محمد بن الحسن الأشعري قال: كتب بعض بني عمّي إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام ما تقول في صبية زوّجها عمّها، فلما كبرت أبت التزويج، فكتب لي: «لا

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨١ / أبواب عقد النكاح ب ٧ ح ٤.

تكره على ذلك، والأمر أمرها»^(١).

واشكّل في سندها بمحمّد بن الحسن الأشعري (بن الخالد) المعروف بالشنبولة ولم يرد فيه توثيق، إلاّ أنّه عدّ في عداد الحسان^(٢).
وأما الإشكال في الدلالة بأنّه «لا تکره علی ذلك والأمر أمرها» لا يدلّ على بطلان عقد العمّ، بل لعلّه يشكّف عن أنّ جواز عقد العمّ مراعى برضاها والزوجية جائزة غير لازمة، ويكون الردّ منها بمنزلة الفسخ، فهو مدفوع؛ حيث إنّ المبحوث عنه في ثبوت الولاية صحة العقد الملازم مع لزومه، إلاّ أن يقال بأنّ التعبير بالكراهة كناية عن صحّة العقد الواقع من العمّ، وبعد الكبر لزومه موكول إلى رضاها كما في ولاية الأب «... ليس مع أبيها أمر ما لم تكبر» الكاشف عن أنّ بعد الكبر لها الأمر.
إلاّ أنّ الذي يسهل الخطب عدم ثبوت الولاية للعمّ والخال بحكم الإجماع وعدم ذكرهما في عداد من بيده عقدة النكاح في لسان الأدلّة، ومما ذكر بالنسبة إليهما يظهر الحكم بالنسبة إلى أولادهما.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٦ / أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٢.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٠١.

