

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۵۵

مسألة ٢: إذا ذهبت بكارتها بغير الوطاء من وثبة ونحوها فحكمها حكم البكر، وأمّا إذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه إشكال، ولا يبعد الإلحاق، بدعوى أنّ المتبادر من البكر من لم تتزوج، وعليه فإذا تزوّجت ومات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا يلحقها حكم البكر، ومراعاة الاحتياط أولى^(١).

وبما أنّ الروايات لم تتعرض معنى البكر والثيب بخصوصهما فن المحتمل أنّ البكارة هي من لم تذهب عذرتها، أو من لم تتزوج، أو من لم يدخل بها، كما أنّ الثيب: هي من زالت بكارتها بأيّ وجه، أو زالت بالوطء مطلقاً، أو زالت بالوطء عن نكاح شرعيّ أو من فارقتها الزوج بموت أو الطلاق.

واستظهر في «مباني العروة»^(٢) من اللغة بمساعدة العرف أنّ البكارة هي التي لم يدخل بها، وقال: أنّه هو المستفاد من قوله تعالى: ﴿إِنَّا أَنْشَأْنَاهُنَّ إِنْشَاءً * فَجَعَلْنَاهُنَّ أَبْكَاراً﴾^(٣) بضميمة قوله تعالى: ﴿فِيهِنَّ قَاصِرَاتُ الطَّرْفِ لَمْ يَطْمِئِنَّهُنَّ أَنْسَ قَبْلَهُمْ وَلَا جَانٌّ﴾^(٤) بدعوى أنّ الآية الثانية ناظرة إلى الأولى ومفسّرة لها من وصف الحور بالبكارة ثمّ قال: مضافاً إلى صراحة صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل هل

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠٠.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٢١.

(٣) الواقعة ٥٦: ٣٥ و٣٦.

(٤) الرحمن ٥٥: ٥٦.

يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها؟ قال: «نعم ليس يكون للولد أمر إلا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر»^(١) في أن المرأة التي لا تحتاج إلى إذن أبيها في صحة النكاح إنما هي التي دخل بها، ومن هنا فتكون هذه الرواية شارحة للنصوص الكثيرة الدالة على احتياج البكر إلى إذن أبيها، واستنتج صحة فتوى الماتن رحمته الله من أن البكارة إذا ذهبت بغير الوطء فحكمها حكم البكر.

والحاصل أنه ادعى بقاء حكم الباكرة على من ذهبت بكارتها بغير الوطء مستظهاً من اللغة ومساعدة العرف، والظاهر أن استظهاره من اللغة مستند إلى ما في «لسان العرب» «البكر من النساء التي لم يقربها رجل»^(٢).

وعن «الصحاح»: «امرأة تيب... إذا كانت المرأة قد دخل بها»^(٣).
وعن «العين»: «البكر التي لم تمس من النساء بعد» و«تاج العروس»: «البكر - بكسر - العذراء»^(٤) وغيرها من الكتب.

مع أن بعضهم فسروها بمن لم تزوج كما عن «المصباح المنير»: «البكر: خلاف التيب»، «وقيل للإنسان إذا تزوج تيب»^(٥).

وبعضهم فسروا بغير المفتض كما في «المفردات»: «وسميت التي لم تفتض بكرةً اعتباراً بالتيب لتقدمها عليها فيما يراد له النساء»^(٦)، وفي

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٦ / أبواب عقد النكاح ب ٩ ح ٨.

(٢) لسان العرب ٤: ٧٨.

(٣) صحاح اللغة ١: ٩٥.

(٤) تاج العروس ٦: ١١٠.

(٥) المصباح المنير: ٥٩ و ٨٧.

(٦) المفردات للراغب: ١٤٠.

«المنجد»: «التي لم تثقب»^(١).

وبعد ملاحظة الخلاف في تفسير اللغة عند أهلها يشكل الجزم بأن معنى البكر (هي التي لم يدخل بها)، ولعلّه لذلك ذهب بعضهم إلى أنّ معناه (بقاء عذرتها) في قبال (زوالها) على نحو الإطلاق لا بالوطة خاصة فكيف بوطة الزوج.

وأما دعوى مساعدة العرف، ففيه: أنّ الداعي على كتان كونها مثقوبة عند أهلها يثبت خلاف ذلك.

وأما الاستناد إلى الكتاب فلا يبعد دعوى كون الكتاب على خلاف ما ادعاه أدلّ حيث إنّ الآية تنطبق بكونهنّ مخلوقات باكرات، ومع زوالها بغير اللبس والمس فلا تبقى باكرة، مضافاً إلى أنّ دعوى مفسّرية الآية الثانية للأولى كما ترى.

وأما الاستدلال بالرواية والحكم بأنّ ملاك الاستقلال وعدمه هو الثبوت وهي التي دخل بها والباكرة هي التي لم يدخل بها وإنّ ذهبت بكارتها بغير الوطة، ففيه: أنّ لسان بعض الروايات إطلاق الثيب على المتزوج على نحو الإطلاق كما في رواية ابن ميمون «.. وإذا كانت قد تزوّجت لم يزوّجها إلا برضا منها»^(٢).

ولعلّه لذلك أشكل في المتن وتبعه كثير من الأعلام كما عليه عدّة ممن تقدّم عليه بعدم إلحاق المتزوج بالبكر وإنّ كانت باكرة بعد طلاقها أو مات عنها زوجها.

(١) المنجد ١: ٤٦.

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

وإن أورد بضعف السند ففي الباب روايات أخرى كصحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في المرأة التي تخطب إلى نفسها، قال: «هي أملك بنفسها تولى أمرها من شاءت إذا كان كفواً بعد أن تكون قد نكحت رجلاً قبله»^(١).

وهكذا رواية ابن سنان ... قال: «نعم هي أملك بنفسها تولى من شاءت إذا كان كفواً بعد أن تكون قد نكحت زوجاً قبله»^(٢).
ورواية عبد الرحمن أبي عبد الله: «... إذا كانت قد تزوجت زوجاً قبله»^(٣).

ورواية حسن بن زياد الصيقل: «... لا بأس به بعد أن تكون قد نكحت زوجاً قبل ذلك»^(٤).

فكما يمكن الاستناد بهذه الروايات على عدم دخل الدخول في تحقق الثبوت بل الزواج كاف لصدق هذا العنوان فكذلك يشكل تقييد الحكم بالدخول بالنسبة إلى المطلقة الباكرة أو التي مات عنها زوجها وهي باكرة. ودعوى الحمل على الغالب في الزواج حيث يستتبع الدخول بها، مخدوشة؛ لأن معنى الاحتراز هو تضييق دائرة الموضوع وإخراج ما عدا العقد عن شمول شخص الحكم له ولكن إثبات الحكم لموضوع لا ينبغي ثبوت سنخ الحكم بما عداه.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٩ / أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٩ / أبواب عقد النكاح ب ٣ ذيل الحديث ٤.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧١ / أبواب عقد النكاح ب ٣ ح ١٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٩ / أبواب عقد النكاح ب ٣ ذيل الحديث ٤، الكافي ٥: ٣٩٢/٦.

فعلى هذا لا يبعد البناء على التقييد بالأمرين أي الزواج وزوال البكارة به، فعليه يحكم بالإلحاق بالبكارة الزنا والوطء بالشبهة كما في من زالت بكارتها بغير الوطء، وهكذا بالنسبة إلى من تزوجت ومات عنها زوجها أو طلقها وهي باكرة.

مسألة ٣: لا يشترط في ولاية الجدّ حياة الأب ولا موته، والقول بتوقّف ولايته على بقاء الأب كما اختاره جماعة ضعيف، وأضعف منه القول بتوقّفها على موته كما اختاره بعض العامة^(١).

وهذا القول منسوب إلى المشهور، مع أنّ جماعة من أعلام القدماء والمتأخرين كالشيخ^(٢) والصدوق^(٣) وابن جنيد^(٤) وأبي الصلاح^(٥) وابن براج^(٦) وابن زهرة^(٧) وغيرهم ذهبوا إلى اشتراط حياة الأب، إلا أنّ القائلين بعدم الاشتراط استدّلوا بتمامية إطلاق الأدلّة الدالّة على ثبوت الولاية للأب والجدّ، فإنّهما وإن كان موردها فرض وجود الأب ولكن مقتضى الفهم العرفي ثبوت الولاية لكلّ من الأب والجدّ من دون تقييد ولاية كلّ منهما بفرض وجود الآخر أو عدمه؛ لأنّ فرض وجود الأب في لسان الدليل لا يوجب تقييداً في إطلاق جعل الولاية للجدّ، بل يمكن دعوى إباء لسان الأدلّة عن

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠٠.

(٢) النهاية ٢: ٣١١-٣١٢.

(٣) الهداية: ٢٦٠.

(٤) نقل عنه في المختلف ٧: ١٠٠.

(٥) الكافي في الفقه: ٢٩٢.

(٦) المهذب ٢: ١٩٥.

(٧) غنية الزوج: ٣٤٢.

التقييد المذكور، وإليك نص الأدلة:

منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «إِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَةَ ابْنِهِ فَهُوَ جَائِزٌ عَلَى ابْنِهِ، وَإِبْنُهُ أَيْضاً أَنْ يَزَوِّجَهَا»، فقلت: فَإِنْ هُوَ أَبُوهَا رَجُلًا وَجَدَّهَا رَجُلًا؟ فقال: «الجد أولى بنكاحها»^(١).

منها: ما رواه عبيد بن زرارة مثل السابقة^(٢).

وأنّ المستفاد منها كون ولاية الجدّ مطلقة وغير مقيدة بوجود الأب بل يستفاد أقوائية ولاية الجدّ في فرض حياة الأب.

منها: صحيحة علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام: قال سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوج أحدهما وهوى أبوه الآخر، أيهما أحق أن ينكح؟ قال: «الذي هوى الجدّ أحقّ بالمجارية لأنّها وأباها للجدّ»^(٣).

وهذا التعليل أيضاً يدلّ على ثبوت الولاية للجدّ وأقوائته بل ولا يبعد دعوى أوضحية الدلالة على المدعى بدعوى أنّها لا يراد أنّ مجموع البنت والأب للجد بل يحكم بأنّ كل منهما مستقلاً وعلى حدة للجد وهذا يقتضي ثبوت الولاية له مستقلاً حتّى مع فقد الأب.

ومّا ذكر يصحّ الجواب عمّا أشكل في تمامية الاستناد إلى دعوى الإطلاق لأنّ الصحيحة الأخيرة بتعليلها كالصريحة في الاختصاص بصورة حياة الأب كما أنّ غيرها أيضاً مختص بصورة حياة الأب.

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

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

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩١ / أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ٨.

حيث إنّ دعوى اختصاص التعليل بصورة حياة الأب مردودة،
لعرفية هذا التعليل بالنسبة إلى الأموات، كما أنّ في غيرها أيضاً قد فرض
وسيق لبيان وجود الموضوع ومع عدم الأب لم يبق موضوع لمعارضة الجدّ
حتى يسأل عن معارضة الجدّ.

وبهذا البيان يندفع ماتوهمه البعض دليلاً للاشتراط في رواية
صحيحة الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «إنّ الجدّ إذا زوج
ابنت ابنه وكان أبوها حياً وكان الجدّ مرضياً جازاً»^(١) لأنّ الشرط لا مفهوم
له بل لبيان وجود الموضوع وهو مضي العقد وجوازه في صورة حياة الأب
المتوهم عدم نفوذه.

وقد استدلل أيضاً بالاستصحاب بدعوى أنّ الولاية ثابتة للجدّ في
حياة الأب فبعد الشك في ثبوتها بعده يستصحب بقائها، واستثنى من موارد
جريانه صورة ما إذا كان الأب قد مات في حال كون الصغير حملاً فيكون
مقتضى الأصل العدم، كما استثنى أيضاً صورة ما إذا كان الجدّ حال حياة
الأب غير صالح للولاية عليها، مثلها إذا كان كافراً أو مجنوناً وهكذا العدم
الحالة السابقة.

وإن قيل مجريان الاستصحاب التعليقي في الموارد المستثناة، ولكن
الكلام في تمامية هذا الاستصحاب.
وأيضاً اشكل في الاستصحاب بعدم جريانه في الأحكام الكلية^(٢)،
وهذا أيضاً مبنيّ موكول إلى محله.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٠ / أبواب عقد النكاح ب ١١ ح ٤.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٢٣.

وأما دعوى توقف ولاية الجدّ على موت الأب ضعيف في الغاية؛
لتمامية الدليل على ثبوت الولاية له حال حياة الأب، بل وأقوائتها كما مرّ.
مسألة ٤: لا خيار للصغيرة إذا زوّجها الأب أو الجد بعد
بلوغها ورشدها بل هو لازم عليها، وكذا الصغير على الأقوى،
والقول بجخاره في الفسخ والإمضاء ضعيف، وكذا لا خيار للمجنون
بعد إفاقته^(١).

أما الحكم بالنسبة إلى الصغيرة، فادعي فيه عدم الخلاف كما عن
«المسالك»: «وهذا الحكم لا يظهر فيه مخالف»^(٢) بل المدعى فيه الإجماع،
وهذا مقتضى الصحاح العديدة.

منها: 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...»^(٣).

منها: صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام
عن الصبية يزوّجها أبوها ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها
زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر اليها؟ قال: يجوز عليها تزويج
أبيها^(٤).

منها: صحيحة علي بن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام أتزوج
الجارية وهي بنت ثلاث سنين، أو يزوّج الغلام وهو ابن ثلاث سنين، وما

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠١.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ١١٩.

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

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

أدنى حدّ ذلك الذي يزوّجان فيه ، فاذا بلغت الجارية فلم ترض ، فما حالها؟ قال: «لا بأس بذلك إذا رضي أبوها أو وليّها»^(١)، وغيرها ممّا تبلغ حدّ التظافر .

إلا أنّ في الباب نصوص يظهر منها الخلاف .

منها: رواية بريد الكناسي قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته ولا يستأمرها؟ قال: «إذا جازت تسع سنين ، فإن زوّجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين...»^(٢).

منها: صحيحة محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يزوّج الصبية؟ قال عليه السلام: «إن كان أبواهما اللذان زوّجا هما فنعم جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا، فإن رضيا بعد ذلك فإنّ المهر على الأب»، قلت: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره؟ قال: «لا»^(٣).

وقد أشكل في تمامية الاستدلال بالروايتين للحكم بالخيار للصبية بعد بلوغها حيث إنّ الرواية الأولى مشتملة على تفصيل بعيد، وهي إثبات الخيار للصغيرة بعد بلوغها إذا زوّجها في حال الصغر، وعدم ثبوت الخيار لها إذا زوّجها من دون إذنها بعد البلوغ مضافاً إلى معارضتها للنصوص الكثيرة الدالّة على نفوذ إنكاح الأب وأنّه ليس لها من الأمر شيء، وتقديم النصوص الكثيرة عليها، مضافاً إلى الضعف في السند^(٤).

أمّا الإشكال في التفصيل، فصرف استبعاد مع إمكان توجيه التفصيل

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٧ / أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٨ / أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٩.

(٣) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٧ / أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٨.

(٤) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٢٥-٢٢٦.

ولا سيّما بعد تسلّم القول باستقلال الأب في إنكاح البنت البالغة الباكرة لتامة الدليل على ولاية الأب عليها وليس لها مع أبيها أمر.

وأما الصغيرة: فأدلة الولاية مقيدة بهذه الرواية، أي ثبوت الخيار بعد بلوغها تسع سنين، ولا يُعد بعد التعبد من الشارع، ويشهد لذلك ملاحظة ذيل الرواية (قلت: فإن زوجها أبوها ولم تبلغ تسع سنين فبلغها ذلك فسكتت ولم تأب ذلك، أيجوز عليها؟ قال: «ليس يجوز عليها رضى في نفسها ولا يجوز لها تأب ولا سخط في نفسها حتى تستكمل تسع سنين، وإذا بلغت تسع سنين جاز لها القول في نفسها بالرضا ولا التأب وجاز عليها بعد ذلك وإن لم تكن أدركت مدرك النساء...»).

المستفاد منه الفرق بين الموردين وأن غير البالغ تسع سنين لا يمضي عليه الرضا والسخط.

وأما الإشكال في السند وإن أثبت في «الوسائل» (بريد) ورماه بالضعف في «مستند العروة» إلا أن في «التهذيب» و«الاستبصار»^(١) هو (يزيد) الكناسي الموثق بتوثيق النجاشي^(٢)، وإن اشكل بعدم اتّحاده مع أبي خالد القمّاط الموثق، فهو مع ذلك حسن لا بأس به.

وأما الرواية الثانية، فهي وإن دلت بظاهرها على اشتراط رضاها بعد البلوغ، بل يمكن دعوى الصراحة فيها بعدم لزوم العقد الصادر من الولي؛ لأنّ حمل الخيار على الطلاق بعيد غايته، فهي مقيدة للنصوص الدالة على نفوذ عقد الأب.

(١) التهذيب ٧: ٣٨٢/١٥٤٤، الاستبصار ٣: ٢٣٧/٨٥٥.

(٢) رجال النجاشي: ٤٥٢/١٢٢٣.

إلا أن المحتمل توجيه الرواية بأنها في مقام بيان نفوذ عقد الأب للصبي والصبية حال صغرهما وكون الأب له الخيار في ذلك، وعدم نفوذ عقده بالنسبة إليهما بعد بلوغهما وأنه لا خيار له بعد ذلك .

وإن أبيت فالمهم في حل المشكلة إعراض المشهور، بل الكل عن الفتوى بمضمونها في الصغيرة، فإن تم الإجماع المذكور (من عدم ثبوت الخيار لها) فلا بد من رفع اليد عنهما ورد علمها إلى أهله، وكيف كان فالإحتياط بالطلاق عند عدم رضاها بالعقد بعد البلوغ هو الأولى .

وأما الصغير: فقد قوى السيد عليه السلام عدم خياره بعد البلوغ وفاقاً للمشهور ومستدلاً بصحيفة الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين، فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه، وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: «أما التزويج فهو صحيح، وأما طلاقه فينبغي أن تجس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنه كان قط طلق، فإن أقرّ بذلك وأمضاه فهي واحدة بائة»^(١).

وهكذا صحيفة عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوجه ابنه وهو صغير، قال: «إن كان لابنه مال فعليه المهر، وإن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن»^(٢) بدعوى أن التفصيل في المهر دال على المفروغية عن صحة النكاح .

وكذلك رواية الفضل بن عبد الملك الصحيفة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوجه ابنه وهو صغير قال: «لا بأس...»^(٣).

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ٢٢٠ / أبواب ميراث الأزواج ب ١١ ح ٤ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٢٨٧ / أبواب المهور ب ٢٨ ح ١ .

(٣) وسائل الشيعة ٢١: ٢٨٧ / أبواب المهور ب ٢٨ ح ٢ .

فإن مقتضى إطلاقها وغيرها هو النفوذ حتى بعد بلوغ الصغير وفسخه للعقد .

فلا يقال: إن الصحة لا تنافي عدم اللزوم وثبوت الخيار، بل وأن موضوع الخيار هو العقد الصحيح لعدم مجال جريان الخيار في العقد الباطل . لأنه يقال: إن موضوع الخيار هو نفس الصحة، وعدم الخيار مستفاد من إطلاقها لا منها بنفسها، بتوضيح: أن موضوع الخيار أصل الصحة في الجملة على نحو القضية المهملة ولكن الصحة في الروايات (ولا سيما في صحيحة الحلبي) تقتضي إطلاق النفوذ والصحة الشامل لما بعد البلوغ، بمعنى أنه ولو فسخ بعد بلوغه يكون العقد الواقع الواجد لشرائط الصحة لازماً حتى بعد الفسخ .

إلا أنه ولو سلمنا تمامية الإطلاق والشمول لما بعد البلوغ ولزوم العقد ولكن لا تدل على نفي مطلق الراجع لما بعد اللزوم كالطلاق والفسخ؛ لأن أدلة الأحكام لا تثبت أكثر من مؤداهما، والالتزام بأكثر من ذلك يستلزم عدم صحة عقد البيع من المشتري وإخراج المبيع عن ملكه بعد شرائه من البائع الأول، أو عدم صحة الطلاق بعد النكاح، أو عدم جواز الفسخ بعد ظهور العيب في أحد الزوجين، مع أنه لا يمكن القول بذلك .

وبعبارة أخرى: أن الدليل لا يشمل الروافع من باب أن المتكلم ليس في مقام البيان من هذه الجهة، فلذلك لا يشمل الدليل المطلق بالنسبة إليها . فبما ذكرنا يشكل التمسك بعدم الخيار للصغير بالإطلاق المدعى في المقام .

ولعله لذلك استدلل في كلمات القدماء «... بأن عقد الولي عقد صدر

من أهله في محله فكان لازماً كسائر العقود المالية...». أي الدليل على نفي الخيار في الصغير هو الأدلة الدالة على اللزوم، وأشكل على هذا الاستدلال في «الحدائق»: «...فإن الخصم يمنع ذلك في هذه الصورة، وهل هو إلا أصل المدعى، فيكون مصادرة».

والتجأ إلى إثبات مدعاه وهو الصحة الملازمة للزومه حتى بعد البلوغ بالروايات الواردة في باب الميراث كرواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان، فقال: «إذا كان أبواهما اللذان زوّجتهما فنعم»، قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: «لا»^(١) وهكذا رواية عبيد بن زرارة.

ثم قال: والتقريب فيها أنه رتب عليه السلام التوارث الذي هو ثمرة النكاح الصحيح (ولو كان التوارث قبل بلوغ كل منهما بأن ماتا صغيرين) على مجرد كون تزويجها من الولدين ولو توقف صحته على الاختيار بعد البلوغ كما يدعيه ذلك القائل لما حسن ذلك ولا صح وهذا بحمد الله سبحانه ظاهر للناظرين)^(٢).

وما أفاده وإن أثبت به صحة العقد الواقع ولزومه حتى لما بعد البلوغ إلا أنه لا يثبت به عدم جواز الفسخ لأحدهما بعد البلوغ والرشد، لأن الحكم بالتوارث يدور مدار بقاء العقد الواقع الصحيح ولا يكون ذلك دليلاً على عدم جواز الفسخ، ولعله لذلك أفتى الشيخ في «النهاية» بثبوت الخيار للصبي بعد البلوغ مع حكمه بالتوارث لو ماتا قبل البلوغ وهذا نص كلامه

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

(٢) الحدائق الناضرة ٢٣: ٢٠٦.

متى عقد الرجل لابنه على جارية وهو غير بالغ، كان له الخيار إذا بلغ. ومتى عقد الأبوان على ولديهما قبل أن يبلغا ثم ماتا يتوارثان: تراث الجارية الصبي والصبي الجارية^(١) وأيد كلامه في «السرائر» بقوله (هذا صحيح بغير خلاف بين أصحابنا)^(٢) والتصريح بعدم الخيار للصبي في كلام السرائر (...). وليس كذلك إذا عقد على بنته غير بالغة لأنها إذا بلغت لا خيار لها) وهكذا الكيدري في «الإصباح»^(٣) وابن البراج في «المهذب»^(٤).

فما ذكرنا يعلم أن الحكم بعدم ثبوت الخيار لا يمكن استناده إلى الإطلاقات الدالة على الصحة وتلازمها مع لزوم العقد هذا، ولنا في المقام رواية ادعى بعض المعاصرين دلالة ذيلها على لزوم العقد الواقع على الصغير كما في الصغيرة نذكرها بتمامها الدعوى وعدمها.

وهي رواية أبي عبيدة الحذا الصحيحة، قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مُدركين قال: فقال: «النكاح جائز وأبيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا»، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر قال: «يجوز ذلك عليه إن هو رضي»، قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثره؟ قال: «نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك، وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ

(١) النهاية ٢: ٤٦٦.

(٢) الرائر ٢: ٥٦٦.

(٣) اصباح الشيعة: ٤٠٦.

(٤) المهذب ٢: ١٩٧.

الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر» قلت: فان ماتت الجارية ولم تكن ادركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال: «لا لأن لها المختار إذا أدركت»... قلت: فان كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك، قال: «يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية»^(١).

وبدعوى أن المراد بقوله «يجوز عليها وعلى الغلام» يفيد لزوم العقد على الصغير كالصغيرة ولا يمكنه فسخ العقد.

إلا أن الإشكال فيه أن الجواز بمعنى المضي لا تدل على أكثر من نفوذ العقد وصحته وأما أن هذه الصحة لازمة ولا يمكن فسخه هو عين المدعى والمصادرة الذي تنبه به الحدائق ولا سيما أن الحكم بالجواز والمضي بنحو المطلق ينافي الحكم بعدم ثبوت الميراث بينهما لو ماتا قبل البلوغ في صدر الرواية.

بل ينافي الحكم أيضاً فيها بعزل ميراث الصبيبة بعد موت الصبي، وحلقها بعد إدراكها بأنه ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج. وهكذا الحكم بعدم ميراث الزوج المدرك عن الصبيبة غير المدركة معللاً بأن لها الخيار إذا أدركت.

فإن هذه الأحكام الصادرة في صدر الرواية من ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ وعدم الميراث لو ماتا قبله والتفريق في الحكم بالتوارث بين الموارد ينافي الحكم بالجواز بمعنى اللزوم.

(١) وسائل الشيعة ٢٦: ٢١١ / أبواب ميراث الأزواج ب ١٠ ح ١.

فإن قيل إنّ الأحكام المترتبة في الصدر راجع إلى التزويج الصادر من الولي بقول مطلق مع أنّ التزويج من الأب والاختلاف في اللزوم وعدمه نشأ من تحديد دائرة الولاية في الأولياء فإذا كان الولي هو الأب كان العقد الصادر منه لازماً وإن كان غيره يتوقف لزومه على اجازة الصبي بعد بلوغه .

قلنا: إنّ من قال بثبوت الولاية للأب والمجدّ والوصي و... لم يقل بالفرق في حدّ الولاية لهم ولا يستفاد ذلك من أدلتها هذا أولاً وثانياً أنّ التعبير في الصدر والذيل في الحكم بجواز العقد واحد حيث قال في الصدر جواباً عن السؤال في تزويج أولياء غير المدركين: «النكاح جائز» .

وفي الذيل «يجوز عليها وعلى الغلام» .

وثالثاً: أنّ هذه الرواية صدرت وديلاً غير مشتملة على أزيد ممّا في رواية محمد بن مسلم الصحيحة «إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا، فإن رضيا بعد ذلك فإنّ المهر على الأب»^(١) .

وللكلام في المقام مجال نكتفي بما ذكر، وبالجملته لا يتم التسمك بهذه الرواية لإثبات المطلوب .

ولعلّه لذلك ذهب الشيخ^(٢) وابن براج^(٣) وابن حمزة^(٤) وابن ادريس^(٥)

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٧ / أبواب عقد النكاح ب ٦ ح ٨ .

(٢) النهاية ٢: ٣١٦ .

(٣) المهذب ٢: ١٩٧ .

(٤) الوسيلة: ٣٠٠ .

(٥) السرائر ٢: ٥٦٨ .

إلى ثبوت الخيار للصغير بعد البلوغ والرشد .

ووجه كلامهم مضافاً إلى دلالة رواية محمد بن مسلم ورواية بريد الكناسي المتقدمين أن الحال في الابن يختلف عن البنت من حيث احتمال تطرق الضرر عليهما، فإن الابن يجب عليه بذل المهر والنفقة دون مقابل بخلاف البنت حيث إنهما تأخذهما دون أن تخسر شيئاً، ومن هنا فلا بد من جعل الخيار للابن لكي يتمكن من دفع الضرر عن نفسه دون البنت حيث إنهما ليست بحاجة إليه .

والإشكال في هذا التوجيه واضح بعد كونه وجه اعتباري محض لا يمكن إثبات الحكم الشرعي به، هذا، مضافاً إلى أن النكاح نوع من المعاوضة فلا يكون بذل المهر والنفقة بإزاء لا شيء، فإنه يملك الزوجة بإزائها وكذلك المرأة لا تحصل المهر والنفقة إلا بإزاء البضع ووقوعها في حبالته فإذا قلنا بالخيار فهو ثابت لهما، هذا مضافاً إلى أنه ربما لا يترتب أي ضرر كما إذا تعهد الأب للمهر والنفقة .

بقي الكلام في الروايتين، أمّا الرواية الأولى (رواية الكناسي): فقد مرّ الإشكال فيها من إعراض المشهور، بل الكل عنها، مضافاً إلى أنها واردة في الصبية دون الصبي الصغير المبحوث عنه في المقام .

وأما الرواية الثانية (رواية محمد بن مسلم)، فهي أيضاً وإن كانت مخالفة للمشهور بالنسبة إلى الصبية، إلا أنه لا مانع من الأخذ بها في مورد الصغير (بناء على التفكيك في الحجية) .

ولكن الإشكال في الاستدلال بها لإثبات الخيار في عقد الصغير بعد بلوغه هو أنه احتمال اختصاصها بما إذا كان الزوجان معاً صغيرين،

فلا تشمل ما لو زوج الأب الصغير من المرأة البالغة فتكون الرواية أخص من المدعى، كما احتملنا آنفاً اختصاص الرواية بنفوذ عقد الأب بالنسبة إلى الصغيرين، وبيان أن الأبوان لا خيار لهما بعد بلوغهما وأن أمر الصغيرين بعد الإدراك بأيديهما، فإذن تكون الرواية أجنبية عن المدعى.

بقي الكلام في رواية أبان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا زوج الرجل ابنه كان ذلك إلى ابنه، وإذا زوج ابنته جاز ذلك»^(١) الدالة على خيار الابن في أمر النكاح بخلاف البنت، إلا أن هذه الرواية لا يمكن إثبات المطلوب وهو ثبوت الخيار للصغير بعد بلوغه ورشده؛ لأن ظاهرها إثبات الخيار للابن بالفعل، مع أن الصغير لا خيار له حال الصغر، فهي واردة بالنسبة إلى الصغير والصغيرة حال الرشد والبلوغ وأن أمر البنت إلى الأب إذا أراد وأمر الإبن موكول إلى نفسه.

وبالجملة لم يبق في المقام دليل إثباتي على ثبوت الخيار للصغير كما أن دعوى عدم الخيار ولزوم العقد بالنسبة إليه مشكل، فالاحتياط (في الصغير) لا يترك من لزوم إمضاء العقد من الصغير بعد البلوغ إذا أراد البقاء وإجراء الطلاق عند إرادة الفراغ وعدم الاكتفاء بالفسخ، والله العالم.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٣ / أبواب عقد النكاح ب ١٣ ح ٣.