

**مجموعه**  
**مباحث خارج فقه**

**استاد معظم**

**حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»**

**«کتاب النکاح»**

**شماره: ۵۸**



مسألة ١٠: لا يجوز للولي تزويج المولّى عليه بمن به عيب، سواء كان من العيوب المجوّزة للفسخ أو لا؛ لأنّه خلاف المصلحة نعم، لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز، وحينئذٍ لا خيار له ولا للمولّى عليه إن لم يكن من العيوب المجوّزة للفسخ، وإن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولّى عليه بعد بلوغه أو إفاقة وعدمه لأنّ المفروض إقدام الولي مع علمه به وجهان: أوجهها الأوّل؛ لإطلاق أدلّة تلك العيوب وقصوره بمنزلة جهله وعلم الولي والمحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولّى عليه، وغاية ما تفيد المصلحة أنّها هو صحّة العقد، فتبقى أدلّة الخيار بحالها، بل ربّما يحتمل ثبوت الخيار للولي أيضاً من باب استيفاء ما للمولّى عليه من الحق، وهل له إسقاطه أم لا؟ مشكل، إلّا أن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك، وأمّا إذا كان الولي جاهلاً بالعيب ولم يعلم به إلّا بعد العقد، فإن كان من العيوب المجوّزة للفسخ فلا إشكال في ثبوت الخيار له وللمولّى عليه إن لم يفسخ، وللمولّى عليه فقط إذا لم يعلم به الولي إلى أن بلغ أو أفاق، وإن كان من العيوب الأخر فلا خيار للولي، وفي ثبوته للمولّى عليه وعدمه وجهان؛ أوجهها ذلك؛ لأنّه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج، بل يمكن أن يقال: إنّ العقد فضولي حينئذٍ لأنّه صحيح وله الخيار<sup>(١)</sup>.

---

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠٣.

إنّ وجه الحكم بعدم جواز تزويج بذات العيب من الولي واضح، وعلى وفق القاعدة، وجوازه محتاج إلى الدليل، وما يظهر من الماتن وحكمه بالجواز مع وجود المصلحة (كدفع الخطر عن المولّى عليه مثلاً) يستفاد أنّ الحرمة والممنوعية يدور مدار المفسدة والمصلحة وعدمها؛ ففي «الشرائع» - على ما حكى عنه في «المستمسك»

أطلق - الحكم بجواز تزويجها للمجنون والخصيّ حيث قال: «... إذا زوّجها الولي بالمجنون أو الخصيّ صح ولها الخيار إذا بلغت وكذا لو زوّج الطفل من بها أحد العيوب الموجبة للفسخ»<sup>(١)</sup>.

واستدلّ للصحة في «المسالك»: بأنّ العيوب المذكورة لا تنافي الكفائة التي هي شرط الصحة<sup>(٢)</sup>.

كما استدلّ على الخيار بالأدلة الدالّة على ثبوت الخيار بالعيوب المذكورة.

وقال أيضاً: إنّ مقتضى ذلك أنّه إذا زوّج الولي بمن به عيب غير العيوب المذكورة كان العقد صحيحاً ولا خيار.

ثمّ حكى في «المسالك» عن الشيخ في «الخلافة»<sup>(٣)</sup> القول بالصحة ولم يذكر الخيار، وعن الشافعية قولاً بعدم الصحة من حيث أنّه لاحظ للمولّى عليه في تزويج المعيب، سواء علم الولي أم لم يعلم. ووجهها ثالثاً بالتفصيل بين علم الولي بالمعيب فيبطل، - كما لو اشترى له المعيب مع علمه

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٢.

(٢) مسالك الأفهام ٧: ١٧١.

(٣) الخلافة ٤: ٢٨٤.

بالعيب - والجهل فيصح . ويثبت الخيار للولي على أحد الوجهين أوّلهما عند البلوغ ، قال : « وهذا الوجه الأخير موجه » . واختاره المصنف ، وعلّله بأنّه خلاف المصلحة . وكأنّه يريد بذلك أنّه فيه مفسدة ، ولو الغضاضة العرفية والاستنكار ، وحينئذ يكون البطلان في محله ، لما عرفت من اشتراط تصرف الولي بعدم المفسدة ، ولذا قال في « الجواهر » : « لا يخلو من قوة إن لم يكن إجماعاً ولم تحصل مصالح تقتضي الفعل أو مرجّحات بحيث ترتفع المرجوحية معها وحينئذ ينفذ ويلزم على المولى عليه »<sup>(١)</sup> . والوجه في الحكم الثاني أيضاً إطلاق أدلة الولاية .

ومّا ذكرنا يظهر أنّ المراد بالعيب في كلام المصنف لا بدّ وأن يكون خصوص ما كان وجوده موجبا للضرر عرفاً فلا يشمل العيب الذي لا يكون وجوده ضرراً على الزوجة ولا مهانة عليها ، مثل كونه ناقصاً بعض الأصابع أو زائدها ، وإلا كان الوجه الصحة عملاً بإطلاق الأدلة »<sup>(٢)</sup> .

نقلنا العبارة بطولها عن « المستمسك » ليتضح الحكم في المسألة عند القدماء وتوجيهه ، فتبيّن أنّ الحكم بالجواز قد أطلق في كلام المحقق ، وعلّل في بيان « المسالك » بأنّ التزيوج المذكور لا ينافي الكفاءة التي هي شرط الصحة ؛ لأنّ أدلة الخيار بالنسبة إلى العيوب المنصوصة رافعة للضرر ، ولا خيار مع غير هذه العيوب ؛ لعدم كونها ضرورية ، والمنقول عن الشيخ في « الخلاف »<sup>(٣)</sup> أنّه أطلق جواز تزيوج الولي الصغيرة بعبد أو مجنون أو

(١) جواهر الكلام ٢٩ : ٢١٣ .

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤ : ٤٦٧ .

(٣) الخلاف ٤ : ٢٨٤ .

محبوب ... مع عدم ذكر الخيار فيستفاد منه الصحة وعدم الخيار للبت بعد بلوغها حيث إنه نقل عن الشافعي القول بعدم الصحة ثم نقل القول بالتفصيل .

وقوّاه في « الجواهر »، وما يظهر من السيّد رحمه الله: جواز النكاح بذات العيب مع وجود المصلحة لا على نحو الإطلاق إلاّ أنّه حكم بثبوت الخيار - إذا كان العيب من العيوب المجوزة للفسخ - للموئى عليه، ومع عدم كونه منها فلا خيار له، ثمّ احتمل ثبوت الخيار للولي أيضاً من باب استيفاء الحق . ثمّ أشكل في جواز اسقاط الخيار المذكور، وفي الأخير احتمل ثبوت الخيار للموئى عليه دون الولي في غير العيوب الموجبة للفسخ، ثمّ استظهر فضولية العقد لا الصحة مع الخيار .

أمّا الكلام في ثبوت الخيار، فقد احتمل عدمه بتوجيه أنّ الولي قد أقدم على هذا مع علمه بذلك، فمثاله في المقام مثال البالغ الذي أقدم بهذا مع العلم بذلك العيب فكما أنّه لا خيار له فكذلك الأمر بالنسبة إلى فعل الولي، والحال في سائر المعاملات التي يوقعها الولي أو الوكيل على المعيب كذلك .

وبالجملة: إنّ علم الولي بمنزلة علم الموئى عليه، كما أنّ علم الوكيل بمنزلة علم الموكل في خروجه عن منصرف أدلّة الخيار .

وأشكل عليه: بأنّ التوكيل أو الولاية لا يقتضيان إلاّ كون الفعل الصادر من الوكيل أو الولي بمنزلة الفعل الصادر من الموكل أو الموئى عليه؛ وأمّا كون علمهما بمنزلة علمهما فهو ممّا لا يمكن إثباته بدليل، ولا موجب لتقييد المطلقات الدالّة على ثبوت الخيار عند ظهور العيوب المعينة .

نعم في خصوص المال المشتري بأغلى من ثمن المثل لمصلحة تقتضي

صحة العقد يمكن القول بعدم ثبوت خيار الغبن للمولى عليه والموكل، وذلك لأن منشأ هذا الخيار إنما هو الاشتراط الضمني بمبادلة كل من المتبايعين ماله بما يساويه في المالية من الآخر، ومن الواضح أن هذا الشرط الضمني يتوقف على الجهل بالغبن، إذ مع العلم به لا يمكن القول باشتراط التساوي في المالية (ولهذا يكون علم الولي والوكيل هو علم المولى عليه والموكل الذي طرف للمعاملة).

إلا أن هذا أجنبي عن محل الكلام (أي النكاح) فإن عدم ثبوت الخيار فيه (المعاملات) إنما هو من جهة فقد المقتضي، أعني الاشتراط الضمني بالتساوي في المالية، فلا يمكن التعدي إلى المقام حيث إن تقييد المطلقات يحتاج إلى الدليل، ولا دليل على كون علم الولي بمنزلة علم المولى عليه انتهى كلامه<sup>(١)</sup>.

بتوضيح أن الخيار في باب النكاح مجعول شرعي في الموارد الخاصة للزوجين وسقوطه محتاج إلى الدليل، والدليل الموجب للسقوط علم الزوجين إذا ترتب على العلم أثر (كما فيما بعد البلوغ).

وأما فيما إذا لم يكن للعلم أثر، بل هو مساوق للجهل، ولم يكن في البين دليل على أن علم الولي بمنزلة علم المولى عليه فلا يترتب أحكام العالم بالعيب، ومن جملتها سقوط خياره، فالخيار ثابت للمولى عليه بعد بلوغه أو إفاقته مستنداً إلى إطلاقات أدلة الخيار.

قد يقال: بعدم إمكان التمسك بالإطلاقات المذكورة لحاكمية أدلة

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٤١.

الولاية عليها، والقول بأنَّ قصور الصغير بمنزلة جهله فممنوع، بل الأولى أن يقال: علم الولي بمنزلة علمه فلا مناص عن القول بالصحة وعدم الخيار أو القول بالفساد لعدم شمول أدلة الولاية، والأوّل هو الأقوى؛ لأنّه كعقد البيع على المعيب مع علم الولي به واقتضاء المصلحة له كأن يكون بقيمة رخيصة جدّاً.

والظاهر أنّه قد غفل عن بيان الفرق بين موارد المعاملات والنكاح، وأنَّ الخيار فيها ثابت على حسب الشرط الضمني والارتكازي بين المتابعين في موارد العيب والجهل بهما بخلاف ما إذا علم بها فإنَّ مع العلم يكون الشرط المذكور منتفياً.

مع أنّ في باب النكاح يكون الخيار بالنسبة إلى عيوب خاصة مجعول يجعل من الشارع وسقوطه محتاج إلى الدليل. وبعبارة واضحة: إنَّ العقد في غير النكاح واقع على التبادل مع وجود العلم بالعيب الموجب لسقوط الشرط الارتكازي أمّا في النكاح وإن وقع الزّواج مع العلم بالعيب، إلا أنّ هذا العلم للولي لا أثر له بالنسبة إلى المولّي عليه؛ لكونه بمنزلة وقوعه جهلاً من المولّي عليه، وعلم الولي لا يوجب نفي الخيار المجعول من الشارع للزوجين أوّلاً وبالذات؛ لعدم الدليل على أنّ علم الولي بمنزلة علم المولّي عليه في المقام لقصور المولّي عليه، وعلم الولي لا ينفى الخيار الثابت لهما بنفس العقد يجعل من الشارع، فإطلاقات أدلة الخيار محكمة وأدلة الولاية قاصرة عن الحكومة عليها بما ذكرناه.

نعم لا مناص من الحكم بصحة العقد بعد ما اقتضت المصلحة إيجاده، ولكن أدلة الخيار باقية مجاهداً؛ لأنَّ الخيار ثابت للعقد الصحيح، ومع الحكم



بالبطان لا موضع للخيار حينئذٍ، ويظهر من «الجواهر»<sup>(١)</sup> ثبوت الخيار للولي أيضاً، بدعوى وحدة العقد المضاف بالنسبة إلى كل من الولي والمولى عليه، وأنه نائب عن المولى عليه، إلا أن ذلك مشكل لأن الخيار الثابت للمولى عليه موكول إلى البلوغ والإفاقة فقبله لاحق للمولى عليه حتى يستوفيه الولي وبعد حصول الإفاقة والبلوغ فلا ولاية .

هذا مضافاً إلى أنه لو استشكلنا في جواز اسقاط الخيار مستنداً إلى أنه ينتهي إلى إبطال حق المولى عليه بعد بلوغه، وتضييع ذلك الحق، فالكلام هو الكلام في أمر الفسخ فإنه لو فسخ العقد فقد ضييع حق المولى عليه للاحتال أنه بعد بلوغه يريد بقاء العقد المذكور وقد ضييع الموضوع بيد الولي قبل ذلك وتفويت حقه والافساد في أمره، وعلى الأقل ثبوت الولاية على نحو الإطلاق حتى إلى هذا الحد مشكل، إلا أن تكون هناك مصلحة ملزمة لذلك كما في نفس العقد من باب الحسبة .

قوله ﷺ: «وأما إذا كان الولي جاهلاً بالعيب...»

يشكل الحكم بثبوت الخيار للولي، - وإن كان الماتن صرح بعدم الإشكال في ثبوته، ولعله بدعوى ولايته ونيابته عن المولى عليه - لعدم الدليل على ثبوت الخيار للولي مستنداً إلى ولايته، لتحديد دائرة الولاية، وكون الخيار من موارد أول الكلام، بل ويشكل كما تقدم لاستلزام التصرف في حق المولى عليه .

نعم لو كان ذلك من الأمور الراجعة إلى المولى عليه وفيها المصلحة له

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٢١٢ .

فيمكن المحكم مجواز التصرف فيه ، ولا يبعد المحكم ببطلان العقد المذكور؛ لأنّ الولي أنكحها بتخييل الصّحة والسلامة ، وبعد تبينّ الخلاف فلاوجه للمحكم بصحة العقد الواقع الكذائي حتّى يقال بثبوت الخيار للولي نعم ، لو فرض وجود المصلحة المتداركة للعيب وكان الولي جاهلاً به فكان العقد صحيحاً ويثبت الخيار للموئى عليه ، ولا يبعد ثبوته للولي مستنداً إلى إطلاق أدلّة الخيار .

هذا ، ولا إشكال في ثبوت الخيار للموئى عليه مع عدم علم الولي إلى أن بلغ أو أفاق .

قوله ﷺ : وإن كان من العيوب الآخر فلا خيار للولي .

إذا كان المراد من نفي الخيار للولي في قبال الموئى عليه وأصالة اللزوم في العقد اللازم الواقع ، فلا إشكال ، وأمّا نفي الخيار عن الولي من حيث كونه ولياً مما لا وجه بعد كونه ولياً على الموئى عليه ونائباً عنه في المورد ، وكيف كان يحكم بثبوت الخيار للموئى عليه في هذه الموارد على القول بصحّة العقد الواقع المذكور .

واستدلّ له في المتن بإنكشاف عدم المصلحة في ذلك التزويج ، إلا أنّ الإشكال عليه أنّ ذلك خروج عن مفروض المسألة حيث إنّ الكلام في صدر المسألة هو جواز تزويج الموئى عليه بمن به عيب إذا اقتضت المصلحة ذلك ، وانكشاف الخلاف لا يوجب ثبوت الخيار بعد فرض علم الولي ومصلحة الموئى عليه ، وموارد الخيارات في باب النكاح منحصرة بموارد خاصة ولا يكون المورد منها .

نعم لو انكشف عدم المصلحة أو المفسدة احتمل كون العقد فضولياً؛

لعدم الموجب للصحة، فإن تعقبه الإجازة يتم وإلا فلا، فحينئذٍ لا وجه للحكم بالصحة وثبوت الخيار للموئى عليه.

ويشكل ذلك أيضاً بأن العقد الفضولي عبارة عن العقد الجامع لجميع شرائط الصحة إلا إذن من كان إذنه دخيلاً في الصحة والتامة، وفيما نحن فيه يكون المفروض صدور العقد من الولي، وهو غير الفضول حيث إن عقده وإذنه بمنزلة عقد الموئى عليه وإذنه، فيدور أمر هذا العقد من الصحة والبطالان كالموئى عليه لا أن العقد الصادر منه يكون مراعى بإجازة الموئى عليه، وحيث أنه لا يلاحظ المصلحة أو لاحظته وكشف عدمها فالعقد محكوم بالبطالان، والله العالم.

مسألة ١١: مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى<sup>(١)</sup>.

مسألة ١٢: للوصي أن يزوج المجنون المحتاج إلى الزواج، بل الصغير أيضاً لكن بشرط نصّ الوصي عليه سواء عينّ الزوجة أو الزوج أو أطلق، ولا فرق بين أن يكون وصياً من قبل الأب أو الجد، لكن بشرط عدم وجود الآخر، وإلا فالأمر إليه<sup>(٢)</sup>.  
في المسألة أقوال:

منها: ولاية الوصي على المجنون والصغير في أمر النكاح إذا اقتضت الضرورة ذلك.

منها: ولايته عليهما فيه إذا نصّ عليه الوصي.

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠٤.

(٢) العروة الوثقى ٢: ٧٠٤.

منها: عدم الولاية له مطلقاً نعم ، مع الضرورة يتصدى الحاكم .  
وقد استدلل لثبوتها بوجوه :

منها: الآية الشريفة ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا  
الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ \* فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَمَا  
سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ \* فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوَصِّ  
جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿١﴾ .

بدعوى أن صدرها وإن كان يقتضي نفوذ الوصية المالية بالنسبة إلى  
خصوص الوالدين والأقربين ، إلا أن المستفاد من قوله : ﴿ فَمَنْ خَافَ مِنْ  
مُوَصِّ... ﴾ نفوذها مطلقاً ولزوم العمل بمقتضاها دائماً باستثناء ما خرج ، أعني  
ما كان فيها جنف أو إثم أو ضرر على الوارث ، ومن هنا فتكون الآية شاملة  
للوصية للمجنون فيجب العمل على وفق الوصية ؛ لأن في مخالفتها تبديل لها ،  
فيكون إثمه على الذين يبدلون .

واشكك عليه (٢) : بأن الآية الشريفة الأولى في مقام أصل التشريع  
والترغيب إلى الوصية وبيان التأكيد لمواردها من الوصية للوالدين  
والأقربين ثم حذر على التبديل والتغيير بالنسبة إلى الوصية الصادرة في  
مواردها (من الأمور المالية) وفي الآية الثانية خصصت نفوذها في مطلق  
الأمور المالية بما إذا لم يترتب عليها الجنف والإثم وتضييع حقوق الوارث ،  
بل ويجوز للوصي إصلاح ما يرى الوصي فيه الخلاف والانحراف .  
فعلى هذا لا يصح التمسك بها لا ثبات ما شك في صحته أصل الوصية ،

(١) البقرة ٢: ١٨٠ - ١٨٢ .

(٢) مهذب الأحكام ٢٤: ٢٧٧ .

مع أنّ المفروغ هو التوصية بالوصية في الأموال، والشك في الصحة مساوق لعدمها.

منها: الآية الشريفة ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَاجْحُونُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾<sup>(١)</sup>.

بدعوى جواز العمل بما يصلح لليتامى (أي الصغار منهم) ومنه توزيع الصغيرة فيما كان فيه صلاحها.

وأشكل في الاستدلال بها<sup>(٢)</sup>: بأنّ الكلام في المقام في القدرة على هذا الإصلاح والحثّ على المقدور وليست الآية في مقام تشريع القدرة، هذا مع أنّها لو تمت لم تختص بالوصي، بل تعمّ غيره من الأقارب والأجانب.

مضافاً إلى أنّ المستفاد من ذيل الآية ومن الروايات المفسّرة أنّ المسلمين بعد نزول الآية الشريفة المحذّرة من تقريب أموال اليتامى ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ﴾ وأنّ أكله ظلماً يوجب العذاب والنار ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾<sup>(٣)</sup> أخرجوا اليتامى من عندهم فأنزل الله تبارك وتعالى الآية المباركة بالحثّ على الإصلاح والمخالطة معهم بالخير، فالآية في مقام ردّ توهم الحظر والمنع من التدخّل في أمورهم ولا يرتبط بتزويجهم الأوصياء.

وبالجملة: أنّها أجنبية عن المدعى حتّى ولو كان التوزيع لهم خيراً؛ لأنّ أعمال الخير محتاج إلى الإذن، والتمسك بالآية للجواز والإذن تمسك

(١) البقرة ٢: ٢٢٠.

(٢) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٧٢.

(٣) النساء ٤: ١٠.

بالدليل في الموضوع المشكوك، هذا كله على فرض التمامية راجع إلى الصغير، وأمّا المجنون فلا دليل عليه إلا فيما كان جنونه متصلًا بصغره.

منها: صحيحة أبي 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 ويشترى، فأبي هؤلاء عفا فقد جاز»<sup>(١)</sup>، وصحيحة محمد بن مسلم إلا أنه قال: «فأبي هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر إذا عفا عنه»<sup>(٢)</sup>.

ومن المعلوم أن ذكر الوصي في عداد الأولياء يدل على أن للوصي أن يزوّج الموصى له مع رعاية المصلحة.

وأشكل في الاستدلال بها<sup>(٣)</sup>: بأن ذكر الأخ فيها مما يستوجب القصور في الدلالة لاحتمال إرادة الوكيل من الأخ والموصى إليه، وليس بمطلق فتختص بالكبيرة، وما في «الجواهر»<sup>(٤)</sup> من أن الاشتغال على ذكر الأخ لا يسقط النص عن الحجية في غيره غير ظاهر في مثل المقام مما يكون بين الطرفين نحو ارتباط في الدلالة نعم، يتم مع الاستقلال في الدلالة في كل من الطرفين.

كما أشكل بأن بعد كونها في مقام المحصر والاستقصاء وأسقط الحد لا يمكن الأخذ بظاها من الدلالة على أن المراد منهم الأولياء.

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

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٣ / أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ٥.

(٣) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٧٤.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ١٩.

مضافاً: إلى ذكر عنوان (الذي يجوز أمره في مال المرأة) إن كان المراد منه الولي المنصوص الشرعي فهو الأب أو الوصي في أمورها المالية، كما يشهد به التقسيم في نص الحديث، وإن كان المراد منه شخص آخر، فمن هو غير الوكيل؟ وهو مما لا يمكن في الصغير والمجنون، وبالجملة أن الرواية هذه وغيرها في مقام بيان موارد الغالب والمتعارف خارجاً في تصدّي أمور المرأة في أمثال المقام من الأب والأخ والوصي والوكيل، فلا يمكن الاستناد بها للمدعى، ويشهد لما ذكرناه التأمل في سائر الروايات الواردة بهذا المضمون ولا سيما رواية العياشي في قول الله عز وجل: ﴿أَوْ يَعْطُو الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾<sup>(١)</sup> قال: «هو الأخ والأب والرجل الذي يوصى إليه والذي يجوز أمره في ماله بقيمة»، قلت له: رأيت إن قالت لا أجز ما يصنع؟ قال: «ليس ذلك لها أتجز بيعه في مالها ولا تجيز هذا» فإن التعليل يكشف عن أن المراد بالعنوان المذكور هو الوكيل.

منها: صحيحة محمد بن مسلم أو موثقة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، وأن تكون الربح بينه وبينهم، فقال: «لا بأس به من أجل أن أباهم قد أذن له في ذلك وهو حي».

بدعوى أن مقتضى عموم التعليل في الرواية (أن أباهم..) فقال الوصي مقام الموصي بالنسبة إلى الصغار في جميع ما للموصي حال حياته، مع أنه لو قلنا بمحصر جواز التصرف بالأموال المالية في أمر الوصية لا معنى لجواز

(١) البقرة ٢: ٢٣٧.

الاتجار بالمال ومضاربة مال اليتيم .

منها: ما رواه الكليني باسناد عن ابن ابي عمير عن عبدالرحمن بن الحجاج عن خالد الطويل قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الريج واعطهم النصف وليس عليك ضمان، فقد متني أم ولد أبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى، فقالت: إن هذا يأكل أموال ولدي، قال: فاقترضت عليه ما أمرني به أبي، فقال لي ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ثم أشهد عليّ ابن أبي ليلى إن أنا حركته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقضت عليه قضيتي ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: «أمّا قول ابن أبي ليلى فلا استطيع رده، وأمّا فيما بينك وبين الله عزوجلّ فليس عليك ضمان»<sup>(١)</sup>.

بدعوى دلالتها على نفوذ الوصية فيما كان للأب في حياته .

إلا أنّ الإشكال في الاستدلال بهما أنّهما في مقام بيان نفوذ الوصية في الأمور المالية وأنّ الاتجار منها، ولا التوسع في نفوذ الوصية مطلقاً حتى في الشئون غير المالية ولعله لدفع توهم منع التصرف في أموال اليتامى في مصالحهم، وبيان عدم ضمان الوصي لأمانته ولا سيما الرواية الثانية الخاصة بباب نفي الضمان .

وإنّ التعليل في الأولى وارد مورد الجائز والصحيح لتصرف الوصي مع تنصيب الوصي مع أنّ الظاهر من السؤال جواز أخذ الأجرة في أعمال الوصاية، وإجابة الإمام عليه السلام بالجواز مُعللاً باذن المالك حال حياته .

(١) وسائل الشيعة ١٩: ٤٢٧ / كتاب الوصايا ب ٩٢ ح ٢ .



وبالجملة : يشكل الاستدلال بالتعليل المذكور في الرواية الأولى ونفي الضمان في الثانية لجواز التصرف للوصي في مطلق شؤون اليتامى .  
 هذا مضافاً إلى أنه قد يستدلّ بالروايات المحاصرة لجعل الولاية للأب والجد على عدم الولاية للآخرين كالوصي والأخ وهكذا بما ورد في عدم جواز إنكاح للأبكار إلا باذن آباءهنّ بدعوى أن إذن الوصي ممّا لا أثر له .  
 وكذلك بما ورد في عدم جواز تزويج اليتيمة في حجر الرجل إلا برضاها، الناصّة على عدم صحة نكاح الصغيرة إلا بإذنها .

وهكذا ما رواه محمد بن اسماعيل بن بزيع قال : سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين وابنة والبنت صغيرة، فعمد أحد الأخوين الوصي، فزوّج الابنة من ابنه، ثمّ مات أبو الابن المزوّج، فلما أن مات قال الآخر: أخي لم يزوّج ابنه فزوّج الجارية من ابنه، فقيل للجارية: أيّ الزوجين أحب إليك، الأوّل أو الآخر؟ قالت: الآخر، ثمّ إنّ الأخ الثاني مات، وللأخ الأوّل ابن أكبر من الإبن المزوّج، فقال للجارية: أختاري أيهما أحبّ إليك الزوج الأوّل أو الزوج الآخر، فقال لها: «الرواية فيها أنّها للزوج الأخير، وذلك أنّها قد كانت أدركت حين زوّجها وليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها»<sup>(١)</sup>.

بدعوى ظهورها في أنّ العقد الصادر من الوصي فضولي، وقد أمضته الصبية بعد إدراكها الثاني فعلى هذا لا دليل على ولاية الوصي على الصغيرة؛ لأنّها مع تمامية ولاية الصبي لم يصح العقد الثاني حتّى يكون بعد إمضائها غير

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٢ / أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ١ .

جائز النقض من قبلها .

وقد تصدّى البعض لحلّ مشكلة التهافت بين هذه الروايات الدالّة على عدم الاعتداد بالوصي وبما استدل به على أنّ الوصي في عداد الأولياء أوّلاً: أنّ الرواية الأخيرة مضمرة . وفيه : أنّ الإضمار من مثله لا يقدر في الحجّية .

وثانياً: بأنّ الحديث نسبة إلى الرواية وهي مشعرة بالتقية . وفيه : أنّ الإشعار في المقام ممنوع؛ لأنّ محمّد بن اسماعيل كان في الحكومة وذكر الفتوى والحق بالطبع مع الإيحاء والإشارة ، ونقل بلسان الرواية التي هي أعم من أنّها عن رسول الله ﷺ أو عن الإمام عليّ عليه السلام .

وبالجملّة أساس الإشكال في الاستدلال بهذه الرواية على ما يظهر من البعض أنّها وإن دلت على أنّ عقد الوصي كالأجنبي فضولي ، إلاّ أنّه بما لم يعلم وجهه فهل أنّه من باب أنّ الوصي لا ولاية له مطلقاً كالأجنبي أو أنّه بما لم يراع المصلحة في المقام فوّض أمر النكاح إلى الصبيّة بعد بلوغها .

وفيه : أنّ الاحتمال الثاني في الرواية بعيد غاية البعد ؛ لأنّ السائل يسأل عن حكم الواقعة وأجابه الإمام عليّ بأنّ الرواية (أي الحكم) في مقام عقد الوصي الأوّل موكول إلى إمضاء الزوجة بعد الإدراك من دون أن يتذكر إلى مصلحة الزوجة وعدمها في العقدين الصادرين ولا أثر لذلك في سؤال السائل ، ومع احتمال هذا الأمر لا بدّ وأن يشير إليه في السؤال أو الجواب ، فالرواية محمولة على ما هو الظاهر منها أي عدم ثبوت الولاية .

فتحصّل : أنّه لم يتم عندنا دليل على ثبوت الولاية للوصي بنحو الإطلاق كما هو المنسوب إلى المشهور ، ولعلّه لذلك قيّد في كلام الماتن ثبوت

الولاية بصورة احتياج المجنون أو الصغير إلى الزواج مشروطاً بنص الموصي عليه .

إلا أن الإشكال في فرض الضرورة والاحتياج أن ذلك لا يوجب ثبوت الولاية لمن لم يجعل الله له الولاية عليه ، بل الأمر موكول إلى الحاكم الشرعي أو إلى جميع المكلفين على نحو الواجب الكفائي كما أن تنصيب الموصي لتفويض أمر الولاية الثابتة طيلة حياته مما لا دليل على إثباتها به لقصور دلالة الآيات عن الوفاء به كما تقدم .

وأما الروايات فلا يثبت بها أكثر من نفوذ الوصية في الأمور المالية فعلى هذا لا وجه لثبوت الولاية للوصي والأمر موكول إلى الحاكم وسنبحث عنه في المسألة الآتية وإن كان الأحوط الجمع بين رضى الحاكم والوصي المنصوص بتولية الأمور لليتامى .

مسألة ١٣ : للحاكم الشرعي توزيع من لا ولي له من الأب والجدّ والوصي بشرط الحاجة إليه أو قضاء المصلحة اللازمة لمراعاة<sup>(١)</sup> .

وعمدة المستند لولاية الحاكم الشرعي في أمثال المقام هو الأدلة الدالة على تفويض الأمور إليه حسبة من أن (السلطان ولي من لا ولي له)<sup>(٢)</sup> وقوله عَلَيْهِ ... فَإِنِّي قَدْ جَعَلْتَهُ عَلَيْكُمْ قَاضِيًا<sup>(٣)</sup> .  
والإشكال أن الأولى نبويّة مضافاً إلى أن التعبير خاص بالمعصوم

(١) العروة الوثقى ٢ : ٧٠٥ .

(٢) كنز العمال ٨ : ٢٤٦ .

(٣) وسائل الشيعه ٢٧ : ١٣٩ / أبواب صفات القاضي ب ١١ ح ٦ .

والتعدي عنه محتاج إلى الدليل .

وأما الثانية فهي مضافاً إلى الإشكال المعروف في السند واردة موارد الترافع والقضاء والتعدي عنه إلى مورد الولاية على الأيتام والمجانين يحتاج إلى الدليل نعم تكون الحاكم هو القدر المستيقن ممن يجوز له التصدي ولا اشكال .

مسألة ١٤ : يستحب للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أبها أو جدّها وإن لم تكونا فتوكّل أخاها وإن تعدّد اختارت الأكبر<sup>(١)</sup> .

والظاهر أنّ الحكم يشمل الباكرة والثيب لعدم عدم تمامية الدليل على ولاية الأب والمجدّد على الباكرة الرشيدة وعلى الأقلّ أنّ الأدلّة الواردة تدل على استحباب الاستيذان منها حيث إنّ ما ورد بلسان أنّ (البكر لا تزوج إلاّ بإذن أبيها) الظاهر في توقف صحة عقدها على الإذن منه بعد رفع اليد عن هذا الظهور في مقام الجمع ، محمول على الاستحباب ، إلاّ أنّ هذا دال على المدعى بالنسبة إلى الباكرة ، وأما بالنسبة إلى الثيب فلا يبعد الاستناد للحكم الاستحبابي المذكور إلى الأدلّة الدالة على لزوم تكريم الوالد أخلاقاً كقوله <sup>(١)</sup> (أنت ومالك لأبيك) كما يمكن الاستناد إلى ما ورد في الأمر بتوقير الكبار واحترامهم إلاّ أنّ ذلك لا يختص بالأب والمجد بل يشمل الأم والعم والأخ بل وكل كبير من الأرحام .

وأما بالنسبة إلى الأخ : مضافاً إلى ما ذكر فقد ادّعى دلالة الرواية التي ذكر الأخ فيها في عداد من بيده عقدة النكاح ، المفسّرة للعنوان المذكور ، فبعد

(١) العروة الوثقى ٢ : ٧٠٥ .

الحمل لا بأس باستفادة الحكم الاستحبابي منها، إلا أن الإشكال تعميم الحكم بالنسبة إلى الوصي وغيره ممن ذكر في الخبر مع الأخ للإشتراك في الدليل والدلالة.

وكيف كان لا يبعد التمسك بعموم المنزلة فيما ورد من أن (الأخ الأكبر بمنزلة الأب)<sup>(١)</sup> وبما يستفاد من رواية الوليد البياع (للاسقاط) قال: سألت أبو عبد الله وأنا عنده عن جارية كان لها أخوان زوجهما الأكبر بالكوفة، وزوجهما الأصغر بأرض أخر قال: «الأول بها أولى إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فهي امرأته، ونكاحه جائز»<sup>(٢)</sup>.

الدالة على أن الأولوية للعقد الصادر من الأخ الأكبر.

مسألة ١٥: ورد في الأخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها وأفتى به العلماء لكنّها محمولة على ما إذا ظهر رضاها وكان سكوتها لحياتها عن النطق بذلك<sup>(٣)</sup>.

وفي الجواهر:

١- أنه لا إشكال في الاكتفاء بالسكوت الدال قطعاً على الرضا.

٢- وكذا السكوت المقرون بقرائن ولو ظنيته.

٣- بل والسكوت من حيث كونه سكوت بكر وإن لم تكن تتم قرائن

خارجية.

٤- كما أنه لا إشكال في عدم الاكتفاء به مع اقترانه بقرائن تدل على

عدم الرضا.

(١) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٣ / أبواب عقد النكاح ب ٨ ح ٦.

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

(٣) العروة الوثقى ٢: ٧٠٥.

٥- بل لعلّ المتجه ذلك أيضاً في المقترن بقرائن ظنيّة تدلّ على ذلك أيضاً.

٦- بل لا يبعد ذلك فيما تعارضت فيه الأمارات على وجه لم يحصل الظن بدلالته على الرضا ولو من حيث كونه سكوت بكر.

ثمّ قال :- واحتال القول بحجّيّة ما عدا المقترن بما يدلّ على عدم الرضا قطعاً تمسكاً بإطلاق النص والفتوى ضعيف، (بتوضيح أنّ مقتضى الجمود على النصوص ومعاهد الفتاوى هو الحكم باعتبار السكوت وكشفه عن الرضا في غير مورد القطع بعدم رضاها إلاّ أنّ ذلك ضعيف) لأنّ المتيقن منها أيّ النص والفتوى غير هذه الافراد، فتبقى هي حينئذٍ على قاعدة كون الشك في الشرط شكّ في المشروط<sup>(١)</sup>.

(توضيح ما أفاده ذيلاً: أنّ المتيقن منها: الموارد التي لا يكون قرينة ولو ظنيّة أو معارض على عدم الرضا لأنّه مع وجودها توجب الشك في حصول الشرط فتوجب الشك في حصول المشروط).

هذا بالنسبة إلى تصوير الصور وبعض الأقوال فيها.  
وأما النصوص: منها صحيحة البنظري قال قال أبو الحسن الرضا عليه السلام في المرأة البكر: «إذنها صماتها، والثيب أمرها إليها»<sup>(٢)</sup>.

منها: صحيحة داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يريد أن يزوج أخته قال: «يؤامرهما فان سكتت فهو اقرارها وإن أبت لم يزوجها».

منها: ما رواه في الأمالي (الطوسي) عن أبيه، عن المفيد، باسناده عن

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٢٠٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٤ / أبواب عقد النكاح ب ٥ ح ١.

الضحّاك بن مزاحم قال : سمعت عليّ بن أبي طالب عليه السلام - يقول - وذكر حديث تزويج فاطمة عليها السلام وأنه طلبها من رسول الله صلى الله عليه وآله فقال : « يا علي ، أنه قد ذكرها قبلك رجال فذكرت ذلك لها فرأيت الكراهة في وجهها ، ولكن علي رسلك حتى أخرج إليك ، فدخل عليها فاخبرها وقال : إن علياً قد ذكر من أمرك شيئاً فما ترين ؟ فسكت ولم تول وجهها ولم ير فيه رسول الله صلى الله عليه وآله كراهة فقام وهو يقول : الله أكبر سكوتها إقرارها»<sup>(١)</sup>.

منها : ما عن دعائم الإسلام عن علي عليه السلام أنه قال : « لا ينكح أحدكم ابنته حتى يستأمرها في نفسها فهي أعلم بنفسها فإن سكتت أو بكت أو ضحكت فقد أذنت وإن أبت لم يزوجها»<sup>(٢)</sup>.

منها : ما رواه في البحار (جامع الأحاديث) عن (دلائل الامامه) في زواج شهر بانو عن أمير المؤمنين عليه السلام « إن رسول الله صلى الله عليه وآله كان إذا أتته كريمة قوم لا ولي لها وقد خطبت يأمر أن يقال لها أنت راضية بالبعل فإن استحبت وسكتت جعل إذنها صماتها وأمر بتزويجها»<sup>(٣)</sup>.

والمشهور بين الأصحاب بل ادّعي عدم الخلاف إلا من ابن ادريس<sup>(٤)</sup> (طرحاً منه للأخبار بناء على ما أصله في أخبار الاحاد) الاكتفاء بالسكوت وجعله من الأمارات العرفية على الرضا .  
إلا أن الظاهر من كلام السيّد ، حمل الأختيار والفتاوى على ما إذا ظهر رضاها ، وكان سكوتها لحياؤها عن النطق بذلك .

(١) وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٥ / أبواب عقد النكاح ب ٥ ح ٣ .

(٢) مستدرک الوسائل ١٤ : ٣١٦ / أبواب عقد النكاح ب ٤ ح ١ .

(٣) بحار الأنوار ٩٧ : ٥٧ .

(٤) السرائر ٢ : ٥٦٨ - ٥٦٩ .

ولا يبعد أن حجّية السكوت يدور مدار الاطمئنان العرفي بالرضا منها، وهذا يناهز جعل السكوت (في لسان الأدلّة) منزلة الإذن اللفظي في كونه أمانة كاشفة عن الرضا الباطني وتكون حجّية السكوت على حد حجّية الإذن الصريح وحيث إن الإذن حجّة ما لم يعلم عدم رضاها يكون الأمر في السكوت كذلك من غير فرق بين قيام الظن بالوفاق أو الخلاف وعدمه فإنّ الأمارات كاشفة كشافاً نوعياً وحجة بقول مطلق ما لم يحصل العلم بالخلاف، وبالجملة أنّ النصوص عند السيّد الخوئي عليه السلام غير مشتملة على بيان حكم تعبدي بالنسبة إلى السكوت لأنّ مع العلم بعدم الكشف عن الرضا لا أثر للسكوت كما لا أثر لإذنها، وإنما السكوت مجعول وكاشف نوعي عن الرضا الباطني ولذلك مع حصول العلم بالرضا أو حصول العلم بعدم الرضا فلا كاشفية له <sup>(١)</sup>.

لأنّ ما أفاده لا يوافق المستفاد من الروايات المذكورة حيث إنّها تدلّ بوضوح على أنّ السكوت أمانة إذا كان مقترناً بقرائن كعدم تولي الوجه، والضحك، والبكاء بل ومنشأ السكوت الاستحياء وهكذا، وإذا لم تجد هذا القرائن بل وجدت قرائن على خلافها لا أمارية في سكوتها على الرضا فلذلك يحكم بحجّية السكوت فيما إذا كانت أمانة على الرضا عند العرف ومن المعلوم عدم أمارية السكوت في الثلاثة الأخيرة بل وفي الثالثة من الثلاثة الأوّل إلا أن تكون الزمان قام قرينة على كون السكوت منشأها الاستحياء. فالنتيجة، لا نحكم بأنّ الأدلّة في مقام جعل الحجية وتأسيسها في مقابل العرف بل الحجية هي إمضائي عند العرف.

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٤٩.