

مجموعه
مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب النکاح»

شماره: ۵۶

مسألة ٥: يشترط في صحّة تزويج الأب والمجدّ ونفوذه عدم المفسدة، وإلاّ يكون العقد فضولياً كالأجنبي، ويحتمل عدم الصحة بالإجازة أيضاً، بل الأحوط مراعاة المصلحة، بل يشكل الصحة إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف أو من أجل كثرة المهر أو قلّته بالنسبة إلى الصغير فاختر الأب غير الأصلح لتشهّي نفسه^(١).

لا إشكال في اشتراط صحة التزويج ونفوذه من الأب والمجدّ بعدم وجود المفسدة وإلاّ يكون العقد الصادر من الولي فضولياً كالأجنبي، بل احتمل عدم تصحيحه بالإجازة اللاحقة، بناءً على اعتبار كون المميز جائز التصرف حال العقد في صحّة العقد الفضولي وحائز شرائط الإجازة، ففي المقام حيث إنّ الزوج أو الزوجة حال إجراء الصيغة غير واجد لشرائط الصحة للإجازة لصغرهما، فلا يبعد الحكم بعدم الصحة.

وفي «مستند العروة»^(٢) أوكل الأمر إلى تنقيح المقال في مبنى العقد الفضولي وقال: إن كان المستند لتصحيح العقد الفضولي هو بناء العقلاء، فبما أنّ بنائهم في إمضاء الأصيل بمنزلة عقده وينتسب العقد بعد الإجازة إلى نفس المميز فيكفي صلاحية المميز حال الإجازة (من البلوغ والعقل وعدم الحجر)

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠١.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٣٠.

لتصحيح العقد الواقع حال صغره أو جنونه أو حجره .

وأما إن قلنا إنَّ المستند لصحة العقد الفضولي هو النصوص الواردة كرواية عروة البارقي وصحيحة محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب...أجاز بيع ابنه»^(١) فبما أنها واردة في ما كان المميز واجداً لصلاحيته الإجازة وكون المميز موجوداً فيقتصر في الحكم بالصحة بهذه الموارد وعدم التعدي منه إلى فرض عدم وجوده .

ثم أشكل بعدم تمامية المبنى وقال: بأنَّ صحّة العقد الفضولي بعد لحوق الإجازة على القاعدة، باعتبار أن الإجازة توجب انتساب الأمر الاعتباري الصادر من الغير إلى المميز فيها، فيكون العقد من ذلك الحين عقداً له، ومن هنا فتشمله أدلّه وجوب الوفاء بالعقود فعلي هذا لا وجه لاعتبار وجود مميز حال العقد؛ لكفاية كون المميز أهلاً للإجازة في حينها للحكم بالصحة .
أقول: ولو لم نقل بما أفاده في باب الفضولي، يكفينا في المقام (باب النكاح) ما تدلّ على صحّة العقد الصادر من الولي بعد إجازة المعقود له بعد بلوغه، كرواية أبي عبيدة المتقدمة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مُدرّكين، فقال: «النكاح جائز وأيّهما أدرك كان له الخيار، وإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث ولا مهر»^(٢).

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣ / أبواب نكاح العبيد ب ٨٨ ح ١ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١: ٣٢٦ / أبواب المهور ب ٥٨ ح ٢ .

وهكذا رواية عبيد بن زرارة ... «فإن مات عزل بميراثها منه حتى تدرك فإذا أدركت حلفت بالله مادعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالنكاح ثم يندفع إليها الميراث ونصف المهر»^(١).

فالنتيجة: أنه لا يلزم صلاحية المميز حال وقوع العقد وواجديته، بل يكفي انتساب العقد إليه حال الإجازة، كما أنّ الاستفادة من الروايات المتقدمة صحّة العقد المذكور وهكذا ما ورد في باب السكرى التي زوجت نفسها ثم أفادت فأنكرت ... قال: «إذا أقامت معه بعد ما أفادت فهو رضا منها»، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ قال: «نعم»^(٢).

وبالجملة لا إشكال في اشتراط التزويج المزبور بعدم وجود المفسدة وضرورة العقد فضولياً كالأجنبي وإيكال أمره بيد المميز؛ لأنّ من المعلوم حرمة الإفساد وإبقائه في قوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾^(٣) المستدل به في صحيحة أبي حمزة الثمالي الواردة في جواز أخذ مال الولد (إذا لم يكون فيه سرف أو إذا كان بالمعروف أو إذا كان «مما لا بد منه» ﴿وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفُسَادَ﴾^(٤).

مضافاً إلى ما استفاد من تقييد نفوذ العقد بكون الولي مرضياً واقتضاء

(١) وسائل الشيعة ٢١: ٣٣٠ / أبواب المهور ب ٥٨ ح ١٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٤ / أبواب عقد النكاح ب ١٤ ح ١.

(٣) البقرة ٢: ٢٠٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٧: ٢٦٣ / أبواب ما يكتسب به ب ٧٨ ح ٢.

التناسب بين الحكم والموضوع إن الرضا بلحاظ التصرفات الصادرة في قبالة البنت، وإلا كونه مرضياً بالنسبة إلى سائر تصرفاته أجنبي عن حيث ولايته (رواية الفضل بن عبد الملك).

وهكذا نفي كون الولي مضاراً في رواية عبيد بن زرارة «... الجدد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً».

ومع كونه كذلك فلا ولاية للجد وغيره.

كما استدللّ بدليل نفي الضرر ولأنه حاكم على جميع الأدلة فينفي به الولاية فيما إذا استلزم الضرر عليها، وإن قيل بأنه ناف للزوم العقد ولا الصحة، إلا أن لا ضرر في المقام ينفي الصحة بلا إشكال؛ لأن مع ترتب المفسدة في إيقاع العقد على الصغار من كون الزوج مجنوناً أو مجذوماً وهكذا لا يمكن الحكم بإبقاء العقد حتى بلوغ الصغيرة، وفسخ العقد مع التوالى المحاصلة المعلومة.

واستدلّ أيضاً بالإجماع، وهو كما ترى.

وأما الاحتياط للزوم رعاية المصلحة: فقد استدللّ بقوله تعالى: ﴿وَلَا

تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(١).

بدعوى لزوم رعايتها بالنسبة إلى الولي الإجباري (كالحاكم أو عدول

المؤمنين)، وأهميتها في أمر الزواج بالنسبة إلى الأموال.

(١) الأنعام ٦: ١٥٢.

ولا يخفى أنّ الآية الشريفة على ما ذكره الشيخ عليه السلام غير شاملة للأب باعتبار أنّه مع وجوده لا يكون ابنه يتيمًا، إلاّ أنّه يشمل الجد وغيره وإن قيل بشمولها حكمًا للقطع بعدم الفصل، ولو سلّمنا الشمول والعموم بالنسبة إلى الأب أيضًا في باب الأموال، وأغمضنا عن ممنوعية القياس، ولكن يشكل تسلّم الحكم في باب النكاح؛ لأنّ الأدلّة الواردة في باب النكاح نافية لموارد المفسدة والضرر ولم يرد مقيّد للإطلاقات المذكورة الدالّة على لزوم رعاية المصلحة.

نعم يمكن اعتبار الشرط المذكور من باب آخر، وهو أنّ الولاية المقرّرة للأولياء (ولا سيّما الأب) عند العقلاء الممضاة بإمضاء الشارع مجعولة للمولّى عليه حسبة وصيانة عن حقوقه، وبما أنّ الأب والجدّ أقرب إليه وأنظر في أمره (على حسب ما ورد في لسان بعض الأدلّة) فلا بد من الحكم بلزوم صلاحيتها، مضافاً من الاجتناب والتورع عن المفسدة، فلذلك لا بأس بالحكم بالاحتياط في لزوم رعاية المصلحة، بل وحتىّ رعاية المصلحة في اختيار الأصلح مع احتمال القول بسقوط ولايته فيما إذا عمل بما اشتبهى نفسه في مورد الولاية لترتب الضرر، ومع الضرر انتفت الولاية.

مسألة ٦: لو زوجها الوليّ بدون مهر المثل، أو زوج الصغير بأزيد منه، فإن كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صحّ العقد والمهر ولزم، وإلاّ ففي صحة العقد وبطلان المهر والرجوع إلى مهر المثل، أو بطلان العقد أيضاً، قولان، أقواهما الثاني، والمراد من البطلان عدم

النفوذ بمعنى توقفه على إجازتها بعد البلوغ. ويحتمل البطلان ولو مع الإجازة، بناءً على اعتبار وجود المجيز في الحال^(١).

لا إشكال في صحة العقد في ما إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأمّا في غيره احتتمل صحة العقد والرجوع إلى مهر المثل، كما احتتمل بطلان العقد من رأسه وإيكاله إلى إجازة المولّى عليه بعد البلوغ، وفي المقام قول ثالث نسب إلى الشيخ من الحكم بالصحة فيها (في العقد والمهر معاً) على ما في «الخلاف» في مبحث الصداق وكذا في «المبسوط» وقال في الأوّل: «... إذا زوج الأب أو الجدّ من له إجبارها على النكاح... بمهر دون مهر المثل ثبت المسمى، ولا يجب مهر المثل...»^(٢) وقال في الثاني: «.. إذا كان دون مهر المثل ثبت المسمى ولم يجب مهر المثل وهو الذي يقتضيه مذهبنا...»^(٣).

وعن العلامة (.. أن يزوّج الولي بدون مهر مثلها فيصح العقد وفي صحة المسمى قولان)^(٤) المستفاد منه صحة العقد، وفي «الشرائع»: «إذا زوّجها الولي بدون مهر المثل هل لها أن تتعرض؟ فيه تردد، والأظهر أنّ لها الاعتراض»^(٥) ولو حمل ثبوت حق الاعتراض على المهر يستفاد منه صحة العقد.

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠١.

(٢) الخلاف ٤: ٣٩٢.

(٣) المبسوط ٤: ٣١٢.

(٤) قواعد الأحكام ٣: ٧٨.

(٥) شرائع الإسلام ٢: ٢٢٢.

والظاهر أنّ المستند لدعوى صحّة العقد و المهر هو إطلاق أدلّة الولاية المعتضد بما دلّ على جواز عفوّه عن المهر بعد ثبوته على ما في «المستمسك»^(١)، والظاهر أنّه مأخوذ عمّا في «الإيضاح» للفخر^(٢) من أنّ الآية الشريفة ﴿أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾^(٣) والروايات المفسّرة لها تدلّ على جواز عفو النصف من المهر بغير المدخولة، فبما أنّ للولي عفو ما هو الثابت بحسب الذيل، فيجوز له دفعه من أوّل الأمر وتزويجها بأقل من مهر المثل.

واشكّل عليه: بأنّ التعدي عن العفو إلى المقام غير ظاهر، فإنّ بعض المهر ربّما يكون مهانة على الزوجة، وليس العفو كذلك، وأدلّة نفي الضرر مقدّمة على إطلاق أدلّة الولاية، بتوضيح أنّ الولاية قاصرة عن شمول ما كان فيه ضرر ومفسدة على المولى عليه.

فاتّضح عدم تمامية القول بصحّة العقد والمهر معاً.

وأما القول الأوّل أي صحّة العقد وبطلان المهر والرجوع إلى مهر المثل، فهو المنسوب إلى الشيخ الأعظم بدعوى: أنّ العقد الصادر من الولي إنّما ينحل إلى أمرين: التزويج والمهر، وحيث إنّ الضرر في الثاني خاصّة يحكم ببطلانه مع بقاء التزويج على حاله وحيث إنّ فينتقل إلى مهر المثل لا

(١) مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٥٧.

(٢) إيضاح الفوائد ٣: ٢١٠.

(٣) البقرة ٢: ٢٣٧.

محالة^(١).

واشكّل عليه^(٢): بأنّ ذلك يتمّ فيما إذا كان المنشأ هو التزويج المطلق مع أنّ الأمر ليس كذلك؛ لأنّ المنشأ هو التزويج المقيد بالمقدار المعين من المهر فلا محيص عن الحكم ببطلان التزويج أيضاً بما فيه الضرر على المولّى عليه وسقوط ولايته بكونه مضاراً بفعله.

مضافاً إلى أنّ من القول ببطلان المهر دون أصل العقد يلزم عدم التطابق بين الإيجاب والقبول، فإنّ الزوج يقبل العقد بالمهر المعين ولم يقبل التزويج الخالي عن المهر نظير ما إذا أنشأ البائع بيع شيء ويقبل المشتري شراء شيء آخر، فبما أنّ المعتبر في صحّة العقد تطابق الإيجاب والقبول في المتعلّق كان فقده موجباً للبطلان، ولا يقاس بالعقد بلا جعل المهر فإنه مع الفارق.

ولا يخفى أنّ تأويل البطلان بعدم النفوذ (كما صرّح به السيّد الماتن رحمته الله) أي توقفه على إجازتها بعد البلوغ مقتضى استناد الحكم (أي بالبطلان) بدليل (لا ضرر) فإنّ مقتضاه نفي ما يستلزم منه الضرر، وفي المقام لا إشكال في أنّ الضرر يترتب على قلة المهر، ولا أصل التزويج، فمع إمكان انتفاء الضرر بجعل الخيار له مثلاً (ولو بعد بلوغه) فلا يمكن الحكم ببطلان العقد من رأسه، بل البطلان موقوف على إعمال الخيار من ناحية المرأة.

(١) كتاب النكاح للشيخ الأعظم الأنصاري رحمته الله: ١٧٠.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٣٢.

فالنتيجة: أنّ العقد قبل ذلك صحيح ولكّنه غير لازم ويبطل المهر،
وأما انتقاله إلى مهر المثل فلا يتم استناداً إلى دليل (لا ضرر)؛ لأنّه ليس
بمشرّع نعم، يمكن الحكم بذلك من عدم خلو النكاح من المهر، إلاّ أنّه لا
يصح أن يكون وجهاً للحكم بثبوت مهر المثل لإيكال أمر النكاح وإناطته
بيد المرأة بعد بلوغها.

وبالجملة لو كان المستند للقول الثاني (أي البطلان وعدم النفوذ) هو
دليل لا ضرر فلا يثبت به أكثر من عدم اللزوم ولا البطلان، فالتعبير
بالبطلان قاصر.

فما أفاده في «مباني العروة» إيراداً على الشيخ الأعظم رحمته بعدم تمامية
الحكم ببقاء الزوج وبطلان المهر مستدلاً بأنّ المنشأ هو التوزيع المقيد
بالمقدار المعين من المهر وهذا يستلزم منه الضرر، لا يفيد أكثر ممّا تقدّم آنفاً
من أنّ المترتب على العقد المذكور هو ما يوجب الضرر على المولّى عليه
فبالدليل (لا ضرر) ينتفي الضرر المرتّب، أي بطلان المهر ولا يترتب بطلان
العقد من رأسه.

وأما ما أفاده من عدم التطابق بين الإيجاب والقبول، فهو أيضاً
لا يمكن المساعدة معه لأنّ الموجب وهو الولي أنشأ عقداً تقبله الزوج القابل
من دون فرق وتفاوت بينهما والضرر يترتب على ما أنشأه الموجب، وهو
يرتفع بجعل الخيار للمولّى عليه بعد بلوغها ولا إشكال هذا، ولا يخفى أنّه إن
سلمنا عدم التطابق بين الإيجاب والقبول وانتفاء المقيد بانتفاء القيد فلا

مناص من الحكم بالبطلان رأساً لا الحكم ببطلان المهر وتوقف النفوذ على إجازتها ما بعد البلوغ كما صرح به في «مباني العروة».

وأما احتمال البطلان من رأسه ولو مع الإجازة، فقد مرّ الكلام فيه في المسألة السابقة مستدلاً بعدم انتفاء تصحيح العقد الفضولي بالنصوص المتقدمة المفروض فيها وجود المجيز.

نعم لا بأس بالحكم ببطلان العقد من رأسه فيما إذا استلزم من إلزام الزوجين بالعقد ضرر لا يمكن تداركه بالخيار كما في بعض موارد قلة المهر من عدم إمكان التأديبة من ناحية الزوج إلى آخر عمره.

كما لا إشكال في صحّة العقد الكذائي فيما إذا جعل الولي المهر في مال نفسه ولا مال المولّى عليه لعدم ترتب الضرر على الطفل.

مسألة ٧: لا يصح نكاح السفّيه المبذّر إلاّ بإذن الولي، وعليه أن يعيّن المهر والمرأة، ولو تزوّج بدون إذنه وقف على إجازته، فإن رأى المصلحة وأجاز صح ولا يحتاج إلى إعادة الصيغة؛ لأنّه ليس كالمجنون والصبي مسلوب العبارة، ولذا يصح وكالته عن الغير في إجراء الصيغة ومباشرته لنفسه بعد إذن الولي^(١).

من المعلوم أنّ الموضوع في المسألة هو السفّيه في الأموال وعبر عنه في «الشرائع» «... والمحجور عليه للتبذير لا يجوز له أن يتزوج غير مضطر ولو

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠٢.

أوقع كان العقد فاسداً»^(١) ووجهه بأن النكاح تصرف ماليّ يترتب عليه المهر والنفقة، والسفيه محجور عن ذلك.

واشكّل على ذلك أولاً: باختصاص ذلك في الولد دون البنت، وثانياً: بأنّه يتم فيما إذا كان المهر عيناً معيناً من أمواله الموجودة بالفعل دون ما إذا كان كلياً في الذمة، فإنّه لا إجماع على منعه منه أيضاً، على أنّه قد يفرض المهر من غيره ومن دون أيّ تصرف في شيء من أمواله، وأمّا وجوب الإنفاق فهو حكم شرعيّ متفرّع على التزويج وليس من مصاديق التصرف الماليّ، فلا وجه لاستلزام الحجر عنه للحجر بالنسبة إليه^(٢).

ولكن يرد عليه بشمول الحكم بالنسبة إلى البنت، حيث إنّها بعد كونها محجورة فلا يتم ولا يصحّ منها المعاملات الصادرة وأخذ المهر في قبالة البضع، وإن كان لا يخلو عن تأمل، كما يرد عليه أنّ المحجور إذا قلنا بمنعه عن مطلق التصرفات المالية فلا فرق بين العين والدين إلاّ بناءً على القول بصحة المعاملة وعدم مشاركة المقرض الغرماء.

نعم فيما إذا لم يكن المهر من الأموال فلا بأس.

وأما بالنسبة إلى وجوب الإنفاق وإن كان هو من مستثنيات باب الحجر إلاّ أنّ جواز معاملة جديدة مبتنية على عدم مشاركة البائع الغرماء.
وكيف كان فقد استدللّ لمنع الولد بصحيحة عبدالله بن سنان عن أبي

(١) شرائع الإسلام ٢: ٢٢١.

(٢) موسوعة الإمام الخوئي ٣٣: ٢٣٢.

عبدالله عليه السلام قال : سأله أبي - وأنا حاضر - عن اليتيم متى يجوز أمره ؟ قال : « حتى يبلغ أشده » ، قال : وما أشده ؟ قال : « احتلامه » قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشر سنة أو أقل أو أكثر ولم يحتلم ، قال : « إذا بلغ وكتب عليه الشيء جاز أمره إلا أن يكون سفياً أو ضعيفاً »^(١) .
 بدعوى وضوح دلالتها على عدم جواز أمر السفية وبقاء الولاية عليه .

كما استدلل بالنسبة إلى البنت بصحيفة الفضلاء عن أبي جعفر عليه السلام « المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفية ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جاز »^(٢) بتوضيح أن جواز نكاح المرأة مستقلاً مقيدة بعد البلوغ بعدم كونها سفية .

ولا بأس بالاستدلال بإطلاق النصوص المذكورة الدالة على أن السفه مانع عن نفوذ عقد السفية فيما كان فيه سفياً .
 بمعنى أنه لو كان السفه متعلقاً بالأموال المالية فتعيين المهر من وظائف الولي ولا يجوز من السفية ، وإن كان في تعيين الزوجة فعلى الولي تعيينها ولا سيما إذا أدى إلى ضياع المال .
 فبالإطلاق المذكور في الروايتين يحكم بلزوم إذن الولي في تعيين المهر والمرأة ، وبما ذكر يتضح الكلام في المسألة التالية .

(١) وسائل الشيعة ١٨ : ٤١٢ / كتاب الحجب ٢ ح ٥ .

(٢) وسائل الشيعة ٢٠ : ١٠٠ / أبواب مقدمات النكاح ب ٤٤ ح ٢ .

مسألة ٨: إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليات، لكن لا يرشد له بالنسبة إلى أمر التزويج وخصوصياته من تعيين الزوجة وكيفية الإمهار ونحو ذلك فالظاهر كونه كالسفيه في الماليات في الحاجة إلى إذن الولي وإن لم أر من تعرّض له^(١).

ونوقش في ذلك: بحصر باب الحجر بخصوص السفه في المال وارتفاعه بالرشد في المال، وإنّ السفه في غير الماليات لا أثر له في الحجر ويقتضيه عموم السلطنة وليس السفه في التزويج إلا كالسفه في المأكل والمسكن والملبس والمركب ومعاشرة الإخوان وغير ذلك من الأمور المتعلقة بالإنسان مما لا يستوجب إتلاف المال، وأنّ من الضروري عدم الولاية على السفية فيها وليس هو ممنوعاً من التصرف إلا بإذن وليه فكذلك التزويج نعم، قد يستفاد من رواية عبدالله بن سنان وإطلاقها الشمول لما نحن فيه، لكنّه غير ظاهر.

إلا أنّه قد اتّضح ممّا تقدم في ذيل الروايتين تعليق الحكم بجواز الأمر مطلقاً أو التزويج في خصوص المرأة على عدم وجود السفه في اليتيم البالغ والمرأة المالكة لنفسها من دون تقييد بالأموال المالية ولا سيما في صحيحة الفضلاء أنّ السفه بمعناه العام (أعم من الأمور المالية وغيرها) مانع عن الاستقلال ويقتضي بقاء الولاية، مضافاً إلى إلغاء الخصوصية عن الأمور

(١) العروة الوثقى ٢: ٧٠٢.

المالية غير المهمة بالنسبة إلى أمر التزويج الملازم له طول عمره .
هذا وقد مرّ في أوّل مباحث أولياء العقد أنّ عمدة الدليل في جعل
الولاية للصغير والمجنون هو السيرة العقلائية الممضاة من الشارع ، فليست
هي من الأمور التعبدية المحضة حتّى يقتصر على مواردّها ، فإذا حكمنا بجبر
السفيه في أموره المالية بعد إقامة الدليل من النقل بل ومن العقل ، فهل يمكن
الحكم بسقوط الولاية بالنسبة إليه في سائر أموره ولا سيّما المهمة منها كأمر
الزواج ؟ هذا ممّا لا يساعده العقل والوجدان .