



## تقریرات دروس خارج فقه

حضرت آیت الله سید محمد رضا مدرسین طباطبائی یزدی (دامت برکاته)

سال تحصیلی ۹۵-۱۳۹۴

جلسه شصت و ششم؛ یکشنبه ۱۳۹۵/۱/۱۵

### - صحیحہی ابو عبیدة الحذاء:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عِدَّةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا عَنْ سَهْلِ بْنِ زِيَادٍ وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ وَعَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مَحْبُوبٍ عَنْ عَلِيِّ بْنِ رَبِيعٍ عَنْ أَبِي عُبَيْدَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ عليه السلام عَنِ غُلَامٍ وَجَارِيَةٍ زَوَّجَهُمَا وَلِيَّانِ لَهُمَا<sup>۱</sup> وَهُمَا غَيْرُ مُدْرِكَيْنِ قَالَ: فَقَالَ: النِّكَاحُ جَائِزٌ أَيُّهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُدْرِكَ فَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَلَا مَهْرَ إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أَدْرَكَا وَرَضِيَا قُلْتُ: فَإِنْ أَدْرَكَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ؟ قَالَ: يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ إِنْ هُوَ رَضِيَ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَدْرَكَ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَرَضِيَ النِّكَاحَ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ الْجَارِيَةُ أَوْ تَرْتُهُ؟ قَالَ: نَعَمْ يُعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تُدْرِكَ وَتَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاها إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاها بِالزَّوْجِ ثُمَّ يُدْفَعُ إِلَيْهَا الْمِيرَاثُ وَنِصْفُ الْمَهْرِ قُلْتُ: فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ وَلَمْ تَكُنْ أَدْرَكَتْ أَوْ يَرْتُها الزَّوْجُ الْمُدْرِكُ؟ قَالَ: لَا لِأَنَّ لَهَا الْخِيَارَ إِذَا أَدْرَكَتْ قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ أَبُوها هُوَ الَّذِي زَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ؟ قَالَ: يَجُوزُ عَلَيْها تَزْوِيجُ الْأَبِ وَيَجُوزُ عَلَى الْغُلَامِ وَالْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ لِلْجَارِيَةِ.

۱. همان طور که عرض کردیم، صاحب وسائل عليه السلام این روایت را در جلد ۲۱ نیز به صورت تقطیع شده ذکر کرده است، ولی در آنجا عبارت «یعنی غیر الاب» اضافه شده است «زَوَّجَهُمَا وَلِيَّانِ لَهُمَا يَعْنِي غَيْرَ الْأَبِ» که در این جا وجود ندارد و در مصادر هم نیست، پس معلوم می شود این عبارت، توضیحی بوده که توسط روات یا خود صاحب وسائل عليه السلام اضافه شده و جزء روایت نیست، لذا مناسب بود حداقل در پاورقی تذکر می دادند که این عبارت جزء روایت نیست. بلکه بعداً توضیح خواهیم داد به قرائنی که خواهد آمد، مقصود از ولی در این جا، غیر از اب و جد است اما از لحاظ لفظی چنین عبارتی وجود ندارد.

## وَرَوَاهُ الشَّيْخُ بِإِسْنَادِهِ عَنِ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ مِثْلَهُ<sup>۱</sup>

ابوعبیده الحذاء می گوید از امام باقر علیه السلام سؤال کردم در مورد پسر بچه و دختر بچه ای که ولی آن دو آنها را به تزویج هم در آوردند در حالی که مدرک نبودند. حضرت فرمودند: نکاح جایز است و هر کدام از آن دو که مدرک شدند مختارند، و اگر هر دو مردند قبل از این که مدرک شوند، میراثی و مهری بین آن دو نیست مگر این که هر دو بالغ شده و راضی شده باشند. عرض کردم اگر یکی از آن دو قبل از دیگری بالغ شود چطور؟ حضرت فرمودند نکاح نسبت به او جایز است اگر راضی شود. عرض کردم اگر زوج قبل از جاریه بالغ شود و راضی به عقد شود و سپس فوت کند قبل از این که جاریه بالغ شود، آیا جاریه از او ارث می برد؟ حضرت فرمودند: بله، میراث او را کنار می گذارند تا این که بالغ شود و به خدا قسم یاد کند که انگیزه ای او برای اخذ میراث چیزی نیست مگر رضایت به تزویج، سپس میراث و نصف مهر<sup>۲</sup> به او داده می شود. عرض کردم: اگر دختر قبل از این که بالغ شود فوت کند، آیا زوج بالغ [که راضی به عقد شده] از او ارث می برد؟ حضرت فرمودند: نه؛ زیرا آن دختر زمانی که بالغ می شد خیار داشت [و می توانست عقد را بپذیرد یا رد کند] عرض کردم: اگر پدر آن دختر او را قبل از بلوغ تزویج کرده بود چطور؟ حضرت فرمودند: جایز است بر او تزویج آب، و بر پسر بچه هم جایز است، و مهریه بر عهده ی پدر است برای دختر.

### بررسی دلالت صحیحی ابو عبیده

عرض می کنیم اگر ما بودیم و فقط عبارت صدر این روایت که حضرت فرمودند «النَّكَاحُ جَائِزٌ»، می گفتیم از روایت استفاده می شود نکاح فضولی صحیح فعلی است؛ زیرا «جَائِزٌ» به معنای «صحیح و ماضی و لیس له حالة منتظرة» است؛ یعنی نکاح صحیح بوده و هیچ حالت منتظره ای ندارد، الا این که با توجه به توضیحی که حضرت بیان فرمودند که هر کدام بالغ شدند، خیار و حق انتخاب دارند (أَيُّهُمَا أَدْرَكَ كَانَ لَهُ الْخِيَارُ) و هم چنین با توجه به عبارت بعدی که حضرت می فرمایند «اگر قبل از بلوغ و رضا، طرفین مُردند، توارث و مهری بین آنها نیست» معلوم می شود «جَائِزٌ» به معنای صحیح و ذات اثر نیست بلکه معنای خاصی دارد [که عقد فضولی در نکاح، از اساس باطل نمی باشد بلکه موقوف بر إذن و رضایت کسی است که اهلیت آن را دارد، که توضیح بیشتر آن خواهد آمد]. پس وقتی نکاح حقیقی، محقق می شود و اثر بر آن مترتب است که جاریه و غلام، بالغ شده و هر دو راضی به عقد شوند، در این صورت مانند بقیه ی زوجین، توارث بین آنها برقرار بوده و مهر زوجه هم بر عهده ی زوج است.

۱. وسائل الشیعة، ج ۲۶، کتاب الفرائض و الموارث، أبواب میراث الأزواج، باب ۱۱، ح ۱، ص ۲۱۹ و الکافی، ج ۷، ص ۱۳۱.

۲. میراث به عنوان زوجه به او داده می شود و نصف مهر هم چون به او دخول نشده است، البته مشهور می گویند وقتی شوهر فوت کرد،

تمام مهر به زوجه داده می شود نه نصف آن. بله در صورتی که زوج قبل از دخول طلاق دهد، نصف مهر به زن داده می شود.

الا در این جا اشکالی وجود دارد و آن این که مشهور فقهاء<sup>۱</sup> می گویند اگر ولی طفل صغیر او را به تزویج

۱. کشف الرموز فی شرح مختصر النافع، ج ۲، ص ۱۱۹:

(الرابعة) إذا زوج الأبوان الصغيرين صحّ و توارثا، و لا خيار لأحدهما عند البلوغ.

و لو زوجهما غير الأبوين وقف على إجازتهما.

فلو ماتا أو (مات خ) أحدهما بطل العقد و سقط المهر و الإرث.

و لو بلغ أحدهما فأجاز ثمّ مات عزل من تركته نصيب الباقي، فإذا بلغ أحلف أنه لم يجز للرجبة و أعطى نصيبه.

✓ شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ص ۲۲۳:

الثامنة: إذا زوج الأبوان الصغيرين لزمهما العقد فإن مات أحدهما ورثه الآخر و لو عقد عليهما غير أبيهما و مات أحدهما قبل البلوغ بطل

العقد و سقط المهر و الإرث و لو بلغ أحدهما فرضى لزم العقد من جهته فإن مات عزل من تركته نصيب الآخر فإن بلغ فأجاز أحلف أنه لم يجز

للرجبة في الميراث و ورت و لو مات الذي لم يجز بطل العقد و لا ميراث.

✓ المختصر النافع فی فقه الإمامية، ج ۱، ص ۱۷۴:

(الرابعة) إذا زوج الأبوان الصغيرين صحّ و توارثا، و لا خيار لأحدهما عند البلوغ.

و لو زوجهما غير الأبوين وقف على إجازتهما. فلو ماتا أو مات أحدهما بطل العقد.

و لو بلغ أحدهم فأجاز ثمّ مات عزل من تركته نصيب الباقي فإذا بلغ و أجاز أحلف أنه لم يجز للرجبة و أعطى نصيبه.

✓ تذكرة الفقهاء (ط - القديمة)، ص ۶۰۸:

مسألة اذا زوج الابوان الصغيرين لزم العقد و لم يكن لأحدهما فسخه بعد بلوغه فان مات احدهما ورثه الاخر لتحقق الزوجية بينهما و لعموم

قوله تعالى وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ و قال تعالى وَ لَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ و كل واحد من هذين زوج و لما رواه محمد بن مسلم في الصحيح

عن الباقر في الصبي يزوج الصبية يتوارثان قال اذا كان ابواهما للذان زوجها فنعم قلت فهل يجوز طلاق الاب قال لا و الوجه ان حكم

الجدین للأب و الجد لأحدهما كالأب مع اب الاخر كذلك فلو زوجها غير الابوين و الجدین من ساير القربان كالجدین للأب او الاخوة او

الاعمام و غيرهم كان العقد موقفا على بلوغهما و رضاهما بالعقد

✓ التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، ج ۳، ص ۳۸:

(الرابعة) إذا زوج الأبوان الصغيرين صحّ و توارثا، و لا خيار لأحدهما عند البلوغ.

و لو زوجهما غير الأبوين وقف على إجازتهما. فلو ماتا أو مات أحدهما بطل العقد.

✓ معالم الدين فی فقه آل ياسين، ج ۲، ص ۱۸:

الثالث: في الأحكام

يجوز للأب و الجد أن يتوليا طرفي العقد، و كذا وكيل الرشيدین، و لو كيلها أن يزوجهما من نفسه مع الإذن، و إلا فلا.

و لو زوج الأبوان الصغيرين لزمهما العقد، فإن مات أحدهما ورثه الآخر، و لو عقد غيرهما ثمّ مات أحدهما قبل البلوغ بطل العقد، و سقط

المهر، و لا إرث.

و لو بلغ أحدهما و أجاز لزم العقد من جهته، فلو مات عزل نصيب الآخر، فإذا بلغ و فسخ ردّ النصيب على ورثة الميت. و لو أجاز أحلف أنه

لم يجز رجبة في الميراث، و ورت. فلو مات قبل الحلف لم يرث، و لو جنّ عزل نصيبه إلى أن يفيق.

✓ المهذب البارع فی شرح المختصر النافع، ج ۳، ص ۲۲۵:

الرابعة: إذا زوج الأبوان الصغيرين صحّ، و توارثا، و لا خيار لأحدهما عند البلوغ، و لو زوجها غير الأبوين وقف على إجازتهما، فلو ماتا،

أو مات أحدهما بطل العقد. و لو بلغ أحدهما فأجاز، ثمّ مات عزل من تركته نصيب الباقي، فإذا بلغ و أجاز، أحلف أنه لم يجز للرجبة، و أعطى

نصيبه.

✓ مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج ٧، ص ١٧٥:

قوله: «إذا زوج الأبوان الصغيرين لزمهما العقد، فإن مات أحدهما ورثه الآخر».

هذا هو المشهور بين الأصحاب، ووجهه واضح، لأن العقد الصادر عن الأبوين حال الولاية واقع من أهله في محله فكان لازماً في حق المولى عليه فلا خيار لهما بعد البلوغ، ويثبت التوارث بمقتضى الزوجية. ويؤيده صحيحة محمد بن يزيد قال: «سألت الرضا عليه السلام عن الصبية يزوجه أبوها ثم يموت و هي صغيرة، ثم تكبر قبل أن يدخل بها زوجها، أ يجوز عليها التزويج، أم الأمر إليها؟ قال: يجوز عليها تزويج أبيها». و روى علي بن يقطين في الصحيح قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام أتزوج الجارية و هي بنت ثلاث سنين، أو يزوج الغلام و هو ابن ثلاث سنين، و ما أدنى حد ذلك الذي يزوجان فيه، فإذا بلغت الجارية فلم ترض فما حالها؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضى أبوها أو وليها».

و ذهب جماعة من الأصحاب - منهم الشيخ في النهاية، و ابن البرآج، و ابن حمزة، و ابن إدريس إلى ثبوت الخيار للصبى إذا بلغ، تعويلاً على رواية يزيد الكناسي قال: «قلت لأبي جعفر عليه السلام في حديث طويل - إلى أن قال: قلت: فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية؟ فقال: يا أبا خالد إن الغلام إذا زوج أبوه و لم يدرك كان له الخيار إذا أدرك». و الراوى مجهول، و الحكم مضطرب مخالف للأصول. و العجب من ابن إدريس في موافقته على ذلك الأمر الشيخ و أتباعه.

✓ نهاية المرام في شرح مختصر شرائع الإسلام، ج ١، ص ٨٨:

(الرابعة) إذا زوج الأبوان الصغيرين صح و توارثا، و لا خيار لأحدهما عند البلوغ»

اما صحة عقد الصغيرين إذا وقع من الأبوين، و توارثهما، فالظاهر انه لا خلاف فيه بين الأصحاب. و يدل عليه مضاف الى ما سبق ما رواه الشيخ (في الصحيح) عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبية بتوارثان؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زوجاهما، فنعلم، قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا. و اما انه لا خيار لأحدهما بعد البلوغ، فهو قول معظم الأصحاب، و خالف فيه جماعة فاثبتوا الخيار للصبى إذا بلغ، و قد تقدم الكلام فى ذلك.

✓ كفاية الأحكام، ج ٢، ص ١٠٠:

الرابعة: إذا زوج الأبوان الصغيرين جاز العقد و إن مات أحدهما ورثه الآخر على الأشهر، خلافاً لجماعة من الأصحاب فى الصغير. و الأول أقرب، لصحيفة أبى عبيدة الحذاء و صحيفة محمد بن إسماعيل بن يزيد و صحيفة عبد الله بن الصلت و صحيفة الحسن بن علي بن يقطين و الثلاثة الأخيرة فى حكم البنت. و صحيفة محمد بن مسلم تدل على ثبوت الخيار لهما بعد البلوغ لكن لا يقاوم الأخبار المذكورة، و مستند الجماعة رواية بريد الكناسى و هي ضعيفة، و يدل عليه أيضاً رواية الفضل بن عبد الملك و فى سنده اشتراك.

✓ الحدائق الناضرة فى أحكام العترة الطاهرة، ج ٢٣، ص ٢٨٣:

المسألة الثالثة عشر [فيما لو مات أحد الزوجين الصغيرين قبل البلوغ]:

إذا زوج الأبوان الصغيرين لزمهما العقد، فإن مات أحدهما ورثه الآخر على الأشهر الأظهر، و لو كان المزوج لهما غير الأبوين و مات أحد الزوجين قبل البلوغ بطل العقد و سقط المهر و الإرث، و لو بلغ أحدهما فرضى بالعقد لزم العقد من جهته، فإن مات و الحال هذه عزل من تركته نصيب الآخر، فإن بلغ و أجاز أحلف أنه لم يجز لطمع الميراث و الرغبة فيه، فإن حلف ورث، و لو مات الذى لم يجز بطل العقد و لا ميراث.

✓ رياض المسائل (ط - القديمة)، ج ٢، ص ٨٢:

الرابعة إذا زوج الأبوان أى الأب و الجد الصغيرين صح التزويج لما مر و توارثا قيل بلا خلاف يعرف حتى ممن خير الصبى عند الإدراك لتصريحه به مع ذلك و عن المصنف فى النكت أن الخيار عند البلوغ لا ينافى التوارث و وجهه أنه عقد صحيح شرعاً يصيران به زوجاً و زوجة فيثبت لهما التوارث لإطلاق الأدلة بتوارث المتزاوجين و الأصل بقاء الصحة إلى طرو المعارض و هو اختيار الفسخ عند البلوغ و هو هنا ممتنع و

دیگری درآورد، این ازدواج قطعی بوده و محقق می‌شود و در صورت فوت نیز توارث بین آنها برقرار است، در حالی که حضرت می‌فرمایند اگر قبل از بلوغ و رضایت به عقد مُردند، توارث و مهری وجود ندارد.

**حلّ مشکل** به این است که به قرینه‌ی ذیل روایت که ابو عبیده می‌پرسد «فَإِنْ كَانَ أَبُوهَا هُوَ الَّذِي زَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ؛ اگر مزوّج أب بود، چه حکمی دارد» معلوم می‌شود مراد از «ولّیان»، ولیّ غیر اجباری است؛ یعنی ولیّ‌هایی که عقدشان نافذ نیست، مانند أخ، عمّ، أم و... که در عرف اعراب آن زمان و چه بسا امروزه، بر آنها نیز اطلاق «ولیّ» می‌شود - کما این که در بعض روایات<sup>۱</sup> در بحث ضمان طیب گفته‌اند بر متصدی امر

یدل علیه مع ذلك الصحيحان في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان قال إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم و لا خيار لهما عند البلوغ كما مر و لو زوجهما غير الأبوين مطلقا كان فضوليا و وقف على إجازتهما بعد الإدراك فلو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة بطل العقد مطلقا أجاز الثاني أم لا.

✓ الشرح الصغير في شرح مختصر النافع - حديقه المؤمنین، ج ۲، ص ۳۱۷:

الرابعة: إذا زوج الأبوان أي الأب و الجد الصغيرين صح كما مر و توارثا بلا خلاف حتى ممن خير الصبي عند الإدراك و لا خيرة لهما في فسخ النكاح عند البلوغ كما مضى.

و لو زوجهما غير الأبوين ممن لا ولاية له عليهما كان فضوليا و وقف على الإجازة كما عرفته.

✓ جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج ۲۹، ص ۲۱۶:

المسألة الثامنة إذا زوج الأبوان الصغيرين مراعيين ما يعتبر في جواز ذلك لهما لزمهما العقد للأصل، و قيام الولي مقام المولى عليه و للنصوص المعتمدة بل لا خلاف أجده فيه في الصبية، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه فيها، نعم خالف فيه جماعة من الأصحاب في الصبي، فأثبتوا له الخيار عملا ببعض الأخبار القاصر عن معارضة غيره من وجوه، كما عرفته سابقا، فهو إما مطرح أو محمول على الخيار بالطلاق أو أحد العيوب، أو يراد بالخيار فيه الإجازة مع فرض وقوع ذلك من الولي على جهة الفضولي، لعدم الغبطة أو حصول المضارة أو نحو ذلك مما لا بأس به في مقام الجمع بين الراجح و المرجوح.

✓ سفينة النجاة و مشكاة الهدى و مصباح السعادات، ج ۴، ص ۱۳۴:

المسألة ۱: تزويج الولي حيث يجوز ماض على المولى عليه (الا إذا عقد بما يراه المصلحة و انكشف بعد البلوغ خلافا) لا يجوز له بعد الكمال رده و لا فسخه من دون فرق بين الذكر و الأنثى فلو زوج الأبوان الصغيرين لزمهما العقد فلا رد و لا خيار و لو مات أحدهما ورثه الآخر.

✓ جامع المدارك في شرح مختصر النافع، ج ۴، ص ۱۷۰:

الرابعة إذا زوج الأبوان الصغيرين صح و توارثا و لا خيار لأحدهما عند البلوغ، و لو زوجهما غير الأبوين وقف على إجازتهما، فلو ماتا أو مات أحدهما بطل العقد و لو بلغ أحدهما فأجاز ثم مات عزل من تركته نصيب الباقي، فإذا بلغ و أجاز أحلف أنه لم يجز للرجبة و أعطى نصيبه. أما صورة تزويج الأبوين الصغيرين فلا إشكال فيها في الصحة مع ملاحظة المصلحة أو عدم المفسدة بناء على لزوم المراعاة لولاية الأبوين كما مرّ و لا خيار لهما، أما بالنسبة إلى الصغيرة فالظاهر عدم الخلاف فيه، و أما بالنسبة إلى الصغير فعلى الأصح كما مرّ.

۱. وسائل الشريعة، ج ۲۹، كتاب الديات، أبواب موجبات الضمان، باب ۲۴، ح ۱، ص ۲۶۰ و الكافي، ج ۷، ص ۳۶۴:

مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَنْ تَطَبَّبَ أَوْ تَبَيَّنَ فَلْيَأْخُذْ الْبِرَاءَةَ مِنْ وَلِيِّهِ وَ إِيَّاهُ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ.

مريض نیز اطلاق ولیّ شده است، هر چند مريض بالغ باشد - اما اگر مزوج طفلِ صغير «أب» باشد، عقد نافذ بوده و متوقف بر اجازه‌ی لاحق نیست و این مطلب بین امام عليه السلام و راوی مفروغ منه بوده است، و الا اگر مراد ولیّ شرعی و اجباری بود، معنا نداشت راوی دوباره همین سؤال را در ذیل بپرسد. البته «أب» خصوصیت ندارد و «جدّ پدری» نیز همین حکم را دارد؛ یا به خاطر این که بر او هم اطلاق «أب» می‌شود، یا به خاطر ادله‌ی خاصه‌ای که وجود دارد، و حتّی وصیّ هم در صورتی که قائل شدیم می‌تواند تزویجِ صغيره کند، او هم خارج است.

[بنابراین در مورد این که روایت چگونه دلالت بر اصل مطلب یعنی صحّت عقدِ فضولیّ نکاح بعد از الحاق اجازه می‌کند، عرض می‌کنیم:] با توجه به این که مقصود از «ولیّ» در صدر روایت، ولیّ غیر نافذ التصرف است و نیز با توجه به این که حضرت فرمودند هر کدام که بالغ شدند خیار دارند و اگر قبل از بلوغ و رضا مُردند توارث و مهری بین آن دو نیست، معلوم می‌شود روایت در مقام بیان صحّت عقد فضولیّ نکاح به معنای قابلیت لحوق اجازه است، و جز این معنای دیگری ندارد.

هم‌چنین فقره‌ی دیگری از روایت نیز دلالت بر مطلب دارد و آن این که حضرت در جواب سؤال ابو عبیده که اگر زوج بالغ شده و راضی به نکاح شود و سپس بمیرد، فرمودند: «ارث و مهر زن را کنار می‌گذارند و بعد از بلوغ در صورت حلف به رضایت، به او دفع می‌شود» که این عبارت نیز دالّ بر صحّت نکاح فضولیّ حتّی بعد از مرگ، بعد از الحاق اجازه است. و بعداً خواهیم گفت این روایت می‌تواند فی‌الجمله یکی از ادله‌ی کاشف بودن اجازه باشد؛ چه کشف حقیقی و چه کشف حکمی.

بنابراین انصافاً دلالت این صحیحه بر اصل مطلب یعنی صحّت عقد فضولیّ در نکاح بعد از الحاق اجازه‌ی مالک، تمام است.

**مطلب دیگری** که در مورد ذیل روایت یعنی عبارت «يَجُوزُ عَلَيْهَا تَزْوِيجُ الْأَبِ وَ يَجُوزُ عَلَى الْغُلَامِ» باید ذکر کنیم این که «يَجُوزُ» در این جا - بر خلاف صدر روایت - به معنای «بصحّ و ینفذ» است. البته صحّت نکاح نسبت به غلام یا به این خاطر است که صغير بوده و پدرش او را تزویج کرده و یا این که طبق فرض ابو عبیده، بالغ شده و راضی به عقد شده است.

اما در این ذیل، مشکل دیگری هم وجود دارد و آن این که حضرت می‌فرمایند مهر بر عهده‌ی پدر است

(وَ الْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ لِلْجَارِيَةِ) و این که مراد پدر عروس است یا پدر داماد، جای حرف دارد. وانگهی اصلاً چرا مهر بر پدر واجب باشد؟!

### مناقشه‌ی برخی در استدلال به صحیح‌ه‌ی ابو عبیده‌ الحذاء برای اثبات صحت نکاح فضولی

برخی<sup>۱</sup> در استدلال به این صحیح‌ه برای اثبات صحت نکاح فضولی ملحق به رضا، مناقشه کرده‌اند که اصلاً این روایت ربطی به نکاح فضولی ندارد بلکه در صدد بیان نکاح خیاری است.

**توضیح مطلب** این که گفته‌اند روایت در صدد بیان این مطلب است که همان‌طوری که بیع خیاری داریم - مثلاً خیار مجلس، خیار حیوان، خیار عیب، خیار شرط و امثال آن - نکاح خیاری هم وجود دارد، هرچند مشهور و لعل اجماع بر خلاف آن است. **نکاح خیاری** به این معناست که اگر ولی، ولد صغیری را تزویج

۱. کتاب البیع (للإمام الخميني)، ج ۲، ص ۲۳۷:

الاستدلال بصحیحة الحذاء علی الكشف

و أمّا صحیحة أبی عبیده الحذاء، قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن غلام و جارية، زوّجهما ولیّان لهما و هما غیر مدرکین ... .

فلا بدّ فی القول بدلالاتها علی المقصود من ارتکاب خلاف الظاهر فیها من جهات:

کحمل الـ «ولیّان» علی خصوص الأولیاء العرفیّین غیر الشرعیّین، مع أنّ الأب و الجدّ - بل و الوصیّ علی القول بولایته فی باب النکاح من الأولیاء العرفیّین، فالحمل علی غیر الشرعیّین خلاف الظاهر.

و کحمل جائز علی باب الفضولیّ و الصحّة التأهلیّة، أو الجواز علی فرض؛ أی معلقاً علی الإجازة، و هو ارتکاب خلاف ظاهر آخر؛ فیانّ الجائز ظاهر فی التفوذ فعلاً.

و کحمل الخیار علی اختیار الإجازة و الردّ، دون خیار الفسخ.

و الظاهر إلی هاهنا أنّ العقد الصادر من الأولیاء هو عقد صحیح فعلیّ خیاریّ.

و یؤیّد: أنّ التعبير عن العقد الفضولیّ فی باب نکاح العبید و الإماء مخالف لما هاهنا، فراجع.

و قوله فإن ماتا. إلی آخره، دلّ بعد هذا الظهور علی أنّ النکاح الخیاریّ لا إرث فیهِ و لا مهر، إلّا أنّ یدرک و یرضیا، و الرضا شائع استعماله فی باب الخیارات نصّاً و فی کلماتهم، فلا ظهور له فی الفضولیّ.

و قوله (علیه السلام) یجوز ذلك علیه ظاهر فی أنّ الجواز هاهنا بعد الرضا، غیر الجواز فی الصدر، فبناءً علی الفضولیّ لا بدّ و أنّ یحمل علی خلاف ظاهره؛ فإنّ ظاهره أنّه نافذ صحیح مطلقاً بعد الرضا، و هو فی الفضولیّ غیر معقول، بخلاف الخیاریّ، فإنّ العقد الخیاریّ صحیح، و یرضی نافذاً لازماً بعد الرضا بالنسبة إلی الراضی، فتأمّل.

و کحمل «ترثه؟» و نعم، یعزل میراثها علی خلاف الظاهر؛ فإنّ الظاهر أنّه إرث فعلاً، لکنّه متزلزل موقوف علی رضا الآخر؛ أی سقوط الخیار، و الحمل علی الإرث معلقاً خلاف الظاهر.

كما أنّ العزل بناءً علی الفضولیّ، علی خلاف القواعد، و ظاهر قوله (علیه السلام) لأنّ لها الخیار أنّ العلة لعدم الإرث خیارها، مع أنّه علی الفضولیّ علته عدم اقتضاء العقد، لا مانعیّة الخیار.

فالصحیحة مع إغماض العین عن الأخبار و الفتاوی، ظاهرة فی أنّ العقد من الأولیاء خیاریّ، و حکمه عدم الإرث و المهر إلّا بعد لزومه و سقوط الخیار بالرضا من الطرفين.

کرد، نکاح محقق می‌شود، اما وقتی آن ولد بالغ شد حق فسخ نکاح را دارد. بلکه یک حکمی هم دارند که اگر قبل از بلوغ مردند، هر چند نکاح محقق شده اما توارث و مهر بین آنها نیست.

شواهد مختلفی هم در این روایت دلالت بر مطلب دارد، از جمله این که حضرت فرمودند «النکاح جائز» که ظهور «جائز» یعنی «النکاح صحیح و ماضی» و این که بعد فرمودند هر کدام بالغ شدند خیار دارند، این حکم خاصی است که منافات با صحت و مضمی ندارد.

شاهد دیگر، لفظ «خیار» است؛ چراکه لفظ «خیار» در عقد فضولی استفاده نمی‌شود بلکه مثلاً تعبیر «أجاز أو لم یجز» به کار برده می‌شود. کما این که لفظ «رضایت» نیز معمولاً در مثل بیع خیاری به کار برده می‌شود که اگر راضی شد، دیگر خیار ندارد.

شواهد دیگری هم وجود دارد از جمله این که حضرت در جواب سؤال «أَتَرْتُهُ» فرمودند: «نَعَمْ يُعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ»؛ زیرا «عزل میراث» در عقد فضولی معنا ندارد؛ چراکه اگر نکاح فضولی باشد، اصلاً چیزی واقع نشده تا میراث را عزل کنند. و بعضی شواهد دیگر که از مجموع این شواهد استفاده می‌شود روایت در صدد بیان نکاح خیاری با احکام خاص و خصوصیتی است که در این روایت و بعضی روایات دیگر ذکر شده است.

### ردّ مناقشه‌ی مذکور

عرض می‌کنیم همان‌طور که اشاره کردیم گرچه این روایت مشتمل بر احکامی است که خلاف مشهور می‌باشد - مثل این که مهر بر عهده‌ی پدر باشد یا در ذیل که می‌فرماید نصف مهر بر عهده‌ی پدر است، در حالی که اگر زوج فوت کند، زن تمام مهر را می‌برد - و نیز مشتمل بر الفاظی است که با باب فضولی چندان سازگاری ندارد مانند لفظ «خیار» و «جائز»، اما با توجه به سایر روایاتی که به عنوان مؤید خواندیم از جمله دو روایتی که می‌فرمود «ذَٰلِكَ إِلَىٰ ابْنِهِ» یا در صحیح‌ه‌ی زراره که - إن شاء الله بعداً خواهیم خواند - عقد به یک معنا فضولی است حضرت می‌فرمایند «ذَٰكَ إِلَىٰ سَيِّدِهِ» و نیز با توجه به این که مفهوم عرفی عبارت «فَإِنْ مَاتَا قَبْلَ أَنْ يُدْرِكَ فَلَآ مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَلَا مَهْرَ إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أُدْرِكََا وَرَضِيَا» این است که زوجی که ذات اثر باشد محقق نشده مگر در صورتی که طرفین بالغ و راضی شوند، از مجموع این قرائن معلوم می‌شود مراد از «جائز و لهما الخیار» که در این روایت آمده، این است که هر کدام از زوجین بعد از بلوغ می‌تواند عقد را ردّ و یا اجازه کند، و این عبارت اخرای صحت نکاح فضولی است. به عبارت دیگر روایت دلالت می‌کند نکاح



فضولی ملغی و بی اثر نیست بلکه منوط به اذن کسی است که اهلیت اذن را دارد - چه خودشان بعد از بلوغ و چه پدر، جد پدری یا وصی علی قول - نه این که درصدد بیان نکاح خیاری باشد، و ظاهراً این تلقی أقرب به روایات و ذوق متشرعه می باشد.

بنابراین انصافاً همان طور که شهید اول رحمته الله و برخی دیگر<sup>۱</sup> فرموده اند، دلالت این روایت بر صحّت عقد فضولی در نکاح، تمام است. بله همان طوری که عرض کردیم مشکلاتی در این روایت وجود دارد که باید در جای خود این روایت را با بقیه ی ادله سنجید و نسبت بین آنها را ملاحظه کرد که آیا با یکدیگر تعارض داشته و در نتیجه تساقط کرده و باید به ادله ی دیگر مراجعه کرد، یا با توجه به اعراض مشهور کشف کنیم نقصی در این قسمت روایت است، اما این ضربه ای به اصل مطلب - یعنی دلالت بر صحّت نکاح فضولی - لاسیما با ضمیمه ی سایر روایاتی که مؤید مطلب بودند، نمی زند.

والحمد لله رب العالمین

جواد احمدی

۱. مستند الشیعة فی أحكام الشریعة، ج ۱۶، ص ۱۷۳:

مسألة: النکاح الفضولی صحیح غیر لازم، یلزم بالإجازة من ولیّ العقد، فإن أجاز لزم و إلا بطل فی الحرّ و العبد. وفاقاً للمفید و العمانی و السید و النهایة و التهذیب و الاستبصار و الدیلمی و القاضی (و الحلّی و الفاضلین)، و جمیع من تأخّر عنهما، بل هو علی الأشهر الأظهر، بل فی الناصریات الإجماع علیه مطلقاً، و فی السرائر فی الأول، و عن الخلاف فی الثانی. للمستفیضة من النصوص، منها فی الأول، کموثقة البقباق، و فیها: «إذا زوج الرجل ابنه فذلک إلى ابنه». و صحیحة الحداء، و فیها: عن غلام و جاریة زوجهما ولیان لهما و هما غیر مدرکین، فقال: «النکاح جائز، و أيهما أدرك كان له الخيار» الحدیث.

و فی ذیلها ما یصرّح بأن المراد بالولیّ غیر الأب.

✓ أنوار الفقاهة - کتاب النکاح (الکاشف الغطاء، حسن)، ص ۳۹:

و لو عقد غیر الولی علی صغیرین فبلغا و أجازا صح عقدهما و إن لم یجیز أو لم یجز أحدهما فسد العقد و إن مات كلاهما أو أحدهما قبل الإجازة فسد العقد أيضاً و ان بلغ احدهما فأجاز فمات ثم بلغ الآخر فإن مات قبل الإجازة أو لم یجز بطل العقد و إن أجاز أحلف إنه لم یجز طمعاً فی المیراث أو المهر أو كلاهما و ورت و یدل علی ذلك الصحیح عن غلام و جاریة زوجهما ولیان لهما و هما غیر مدرکین فقال النکاح جائز و أيهما أدرك كان له الخيار

✓ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۹، ص ۲۰۲:

و صحیح الحداء «سأل أبو جعفر علیه السلام عن غلام و جاریة زوجهما ولیان لهما و هما غیر مدرکین فقال: النکاح جائز، و أيهما أدرك كان له الخيار»

بناء علی إرادة العرفی من الولی لا الشرعی، و إلا لم یکن لهما الخيار.