تحريم الوسيلة فاتمام ذكره في الوسايل الموجبة كالاسباب المفضية بذاتها الى المسبب
واما العقد فانه لا يستلزم الوطء كان الرجحى حول الحمى لا يستلزم الرجوع فيه وان اتفق
والا لزم تحريم عقد ملك المملوكين لانه مظنة وطئهما معا كما حققه المحققون في
تفسير الشبهات والحلال في تحريمها واراد المصنف بقوله لجنس جوابا واما اشتراك
الصورتين في بطلان العقد الواحد عليهما لان احدهما اصل والاخر فرع للقياس والجواب
العقد صحيح لان الاصل في كل واحد من محرمات الجمع هو حل نكاحها كالنكاح
الامهات ونحوهن لا سيما على اصل من يجعل النهي للفساد وحينئذ يختار احداهن ويطلق
الاخرى كما تقدم في حديث غيلان وبهذا العقد يعلم موافقة حديث غيلان للقياس
وكونه اصلا يجب الرجوع اليه واجتهادا الا انه يبطل جمع من يحل ويحرم في عقد واحد
فيصح من يحل كما لو اشترى من باع ملكه وملك غيره صح في ملكه ولم يصح في ملك غيره
كما سياتي في البيع ان شاء الله تعالى وكل وطء لا يستند الى النكاح صحيح او فاسد او
ذكر النكاح او الملك ولد في صحيحين او فاسدين لكان اولى لان غير الصحيحين والفاسد
منها لا يقتضي التحريم اي لا يثبت المصاهرة المنصوص بتحريم من تقدم من المصاهرات وسياتي
الصحيح والفاسد من النكاح والملك في بابه ان شاء الله تعالى

فصل وولية

اي ولي عقد النكاح من جهة الزوج نفسه او وكيله او وليه ان كان صغيرا فيه مصلحة
واما من جهة الزوجة فلا يصح عقدها لنفسها كما سياتي في الشروط وانما يعقد لها الاقرب
فالاقرب المكلف الحر ولا وجه لاشتراط التكليف في منكح الكبيرة لان نكاحها بالتوكيل كما
سياتي وكذا المميز يصح كما سياتي واما الحرية فلان المملوك لا يملك تصرفا بنفسه فلا
يثبت له تولي الوكالة ايضا الا باذن سيده ولان ولاية النكاح مقيسة على الميراث ولا ترث
ولو زاد ذكرا لخرج الانثى كما سياتي من عصبة النسب ابناؤها فابناؤهم وان سفلوا ثم اباؤها وان
علوا على الترتيب ثم اخوتها لابوين ثم اولادهم ثم كذلك ترتيبا قياسا لا سيما على ولاية النكاح
على استحقاق الميراث كما يقدم زيادة القرب ولو قال غالبا لو افرد كره في الجوهر كما في
ان الاخ لاب اولى من ابن الاخ لابوين الا ان قياس ولاية النكاح على الميراث قياس ظاهر القوة
فان الولاية انما صرفت عن المراة نفسها الى اهلها لدفع الغضاضة عنهم والغضاضة لاحقة
للجميع على سواء وبه قال مالك ولهذا قال الشافعي ومحمد بن الحسن وروي عن ابي يوسف ان الابن
اذا لم يجعلها اياه ولا ولاية له وانما رفعه المصنف بانه عصبة لقوله تعالى
وانكحوا الايامى منكم خطاب للاقارب واقربهم الابن فانه ظاهر انكحوا خطاب عند
عن الحرص بالاقارب ولما حصل من الاجماع استناد الى العادة والمعتاد انما هو غير الابن
كيف لا والابن متاخر عن التزوج في الغالب والمطلق يقيد بالعادة كما عرف في الاصول والعموم لا
يشمل النادر ايضا قلت ولان نكاح العاقلة خاصة مفوض الى نظرها وانما الولي
وكيل

وكيل في الحقيقة ولهذا لم يكن للولاة امتثال امرها بالعقد لكفو ولصح توكيلها غيرهم والولي
لا يلزم لمعين وسياتي قول ابي حنيفة وذلك ان شاء الله تعالى ثم اذا لم يوجد عصبة نسب كان
الولي السبب وهو المعتق لحديث مولى القوم منهم وتقدم في الوقوف وحديث ابي
رافع وحديث الولاء لحمة كلحمة النسب الشافعي وابن خزيمة وابن حبان والطبراني من حديث ابن عمر
مرفوعا وفيه علل بالاضطراب لكن له شواهد منها ما عند الطبراني في الكبير وابي
جعفر في تهذيبه وابي نعيم في المعرفة من حديث عبد الله بن ابي اوفى اسنادا
ظاهر الصحة واد عا المهدي الاجماع على ذلك ثم اذا بطل حق العتق بنفسه لمانع عقلي
او شرعي فولي عقد المعتقة هو عصبته منها فيما حوالولاية ترتيب عصبة النسب
كما تقدم لكن اخرج عبد الرزاق من طريقين ان عليا عليه السلام وعمر وزيد بن ثابت كانوا
يجعلون الولاية للاكبر واخرجه سعيد بن منصور عن علي عليه السلام وزيد بن ثابت
وعبد الله السابق عن عثمن وهو المناسب لصورته غالبا فيما تقدم ثم سببه وعصبته
معتق المعتق ثم عصبته كذلك واذا كان عقد النكاح مقيسا على الميراث فلا وجه
لاهمال ولاء الموالاة فانه سبب للارث ولكن اقدم من الوصي ثم
اذا عدم النسب والسبب فولي نكاحها هو الوصي به اي من اوصاه ولي نكاحها ان يعقد
لمعين مطلقا او في الصغيرة فقط والا كان الولي هو الامام والحاكم الا ان الذي
المصنف المذهب هو قول ابي العباس ان الوصي اولى من الامام والحاكم مطلقا وعلله بان
ولاية الوصي متصلة بولاية العصبة وهي اخص من ولاية الامام
الوصاية بالنكاح لكان الوصي اولى من العصبة عند وجودهم للاجماع على
خلافه لكن الا تقدم الوصي على الامام لانه في النص وفيه نظر لان ولاية الامام مشروطة
بان لا ولي لان ولاية العصبة ثابتة لدفع الغضاضة كولاية الموصي ايضا
الاختصاص فاذا بطل اختصاصه رجعت الولاية الى مشاركيه في العلة
ولا كذلك الوصي والامام فان ولايتهما ليست للغضاضة بل لرعاية المصلحة والوصي
العدل اخص لتفرعها عن معرفة الموصي بعرفته لها فان الامام والحاكم انما يرجعان
الى بالمصلحة ومن عرفه بها الولي اعرف ممن عرفه غيره فكان الوصي هو الاقدم الا
ان ذلك ينبني على ان الاصل في الاولياء هو الصلاح وهو محل نزاع سياتي ان شاء الله تعالى
فالاساس التفصيل وهو ان الوصي العدل اولى من الامام والحاكم اذا لا امام والحاكم العادل لان
الامام والحاكم ثم الامام والحاكم
لحديث فان اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له الشافعي وابو داود وابن ماجه والترمذي
واحمد وحسنه وابن ماجه وابو عوانة والحاكم من حديث عائشة واعله ابن علية بان
الزهري كما اخرجه الطحاوي عنه وعن غيره انه قال سليمان بن موسى عن الزهري

Copyright © King Saud University