المولى الدخول والعبد عدم الدخول فالقول قول المولى عندنا لانه ينكر العتق
والاصل عدمه وعند زفر القول قول العبد لانه متمسك بالاصل وهو عدم الدخول
وجوابه ان الحاصل من الخلاف هو العتق والمولى ينكره **قوله** وان ادعى هو الزوج
البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة فلا
يمين عليها عند ابي حنيفة وذلك لان الاستحلاف لا يجري عنده في الاشياء الستة
بناء على ان النكول بذل عنده كيلا يكون الموسر كاذبا والبذل لا يجري فيها وعندهما
النكول اقرار فيه شبهة والاقرار يصح فيها فكذا النكول ولهذا لا يستحلف عندهما
ايضا في الحدود لان الحدود تندرئ بالشبهات وتمام البحث في الاستحلاف في الاشياء
الستة يجيء في كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى **قوله** ويجوز نكاح الصغير
والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة ومالك
يخالفنا في غير الاب يعني ان الولي هو الاب عند مالك رح ولا ولاية لغيره عنده حتى
لو زوج الجد عند عدم الاب الصغير او الصغيرة لا ينفذ عنده وان كان في غير الاب
والجد اي ان كان يخالفنا في غير الاب والجد يعني ان الولاية على الصغير والصغيرة للاب
والجد عند الشافعي رح ولا ولاية لغيرهما عنده حتى لو زوج الصغير او الصغيرة الاخ او
العم او ابن الاخ او ابن العم لا ينفذ عنده وفي الثيب الصغيرة ايضا اي ان كان يخالفنا
في الثيب الصغيرة ايضا يعني لا ولاية للاب والجد على الثيب الصغيرة عنده حتى
لا يملك الاب او الجد تزويج الصغير او الصغيرة كرها لان علة الولاية عنده البكارة
وعندنا الصغر قال في وجيزهم في اسباب الولاية وهي اربعة الاول الابوة
وفي معناها الجدودة وتفيد ولاية الاجبار على البكر وان كانت بالغة لا على الثيب
وان كانت صغيرة سواء ثابت بالزنى او بوطء حلال ولا اثر لزوال الجلدة بالسقطة
الثاني العصوبة كالاخوة والعمومة ولا تفيد الا تزويج العاقلة البالغة برضاها
الصريح ان كانت ثيبا وبسكوتها ان كانت بكرا على راي الثالث المعتق وهو
كالعصبات الرابع السلطان وانما يزوج البالغة عند عدم الولي او عضله او غيبته
او اراد الولي ان يتزوج بنفسه كابن عم وجه قول مالك رح ان الصغير
والصغيرة موصوفان بالحرية وثبوت الولاية على الحر بخلاف القياس لان

الحرية

الحرية تنفي تصرف الغير عليه فكل حكم ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد
الشرع ولا يقاس عليه غيره وولاية الاب عليهما تثبت بخلاف القياس شرعا
لما روي في الصحيح البخاري عن عروة رضي الله تعالى قال تزوج النبي صلى الله عليه وسلم
عائشة وهي بنت ست وبنى بها وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعا بيانه
ان المباشر للعقد كان ابا بكر رضي الله تعالى عنه وقد صحح ذلك رسول الله صلى الله
عليه وسلم فلما ثبت الحكم في الاب بخلاف القياس لا يقاس عليه ساير الاولياء قلنا
لا نسلم ان الولاية تثبت بخلاف القياس بل الحكم معلول بعلة مخصوصة وبشرط
خاص والعلة حاجة الصغير والصغيرة الى نكاح الكفو الذي يحصل به المصالح مع
عجزهما عن المباشرة بانفسهما والشرط كون الولي بحال يباشر النكاح على وجه يندفع به
الحاجة ويحصل المصالح المتعلقة به وقد وجدا في حق غير الاب فيثبت الولاية لغيره
فان **قلت** لا نسلم ان الصغير والصغيرة محتاجان الى النكاح لان المقصود
من النكاح المصالح المتعلقة به وهي قضاء الشهوة والتوالد والسكن والازدواج ولا
شهوة في حال الصغر **قلت** نعم لا يحتاجان في الحال ولكنهما يحتاجان في المال
وذلك لان النكاح متعلق بالمصالح الظاهرة والغامضة فالظاهرة نحو الكفاءة وحسن
النظر وكثرة المال والعفاف ونحو ذلك والغامضة نحو كرم الطبيعة والسماحة والمجاملة
وحسن العشيرة وغير ذلك وهذه المصالح لا توجد في كل زوج في كل حين بل توجد في كفو
خاص في مدة مديدة فلو اخرنا النكاح الى البلوغ لتعطل امرها فعلم ان لهما حاجة في حالة
الصغر الى النكاح وهما عاجزان بانفسهما عن المباشرة فاثبتنا الولاية عليهما لمن له
الراي الكامل والشفقة الناشية عن القرابة وهو العصبة الاقرب فالاقرب وبهذا
يكون جوابا للشافعي في غير الاب والجد فان **قلت** ايش تعني بالشفقة اصل
الشفقة ام كمال الشفقة فلا نسلم الاول لان اصل الشفقة موجود في كل مسلم وله راي
كامل ومع هذا لا تثبت الولاية لكل مسلم على الصغير والصغيرة ولا نسلم الثاني ايضا لان كمال
الشفقة معدوم في حق الاخ والعم ولهذا لا يصح تصرفهما في مال الصغير والصغيرة ولا نسلم
قلت نعني به الشفقة الناشية عن القرابة والقرابة داعية الى النظر في المصالح
غاية ما في الباب ان شفقتهما قاصرة ليست مثل شفقة الاب والجد فاظهرنا اثر القصور

Copyright © King Saud University