



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

أولياء عقد النكاح عند المذاهب الإسلامية

دكتور في، حسن عباس الحسيني



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اولياء عقدالنكاح عندالمذاهب الاسلاميه

كاتب:

حمودى حسن عباس الصيقل

نشرت فى الطباعة:

جامعة المصطفى (صلى الله عليه وآله) العالمية

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٣	اولياء عقدالنكاح عندالمذاهب الاسلاميه
١٣	اشاره
١٣	اشاره
١٨	كلمه الناشر
٣٠	المقدمه
٣٠	اشاره
٣٣	منهج البحث وخطته
٣٦	الفصل الأول: مباحث تمهيديه
٣٦	اشاره
٣٨	المبحث الأول: معنى الولي في اللغة والاصطلاح
٣٨	أولاً: تعريف الولي لغةً
٤٠	ثانياً: تعريف الولي اصطلاحاً
٤٢	المبحث الثاني: أقسام الولايه
٤٢	اشاره
٤٢	١- الولايه العامه
٤٤	٢- الولايه الخاصه
٤٤	اشاره
٤٥	الولايه الخاصه أقوى من الولايه العامه
٤٥	انقسام الولايه باعتبار موضوعها
٤٥	اشاره
٤٥	١- الولايه على النفس
٤٦	٢- الولايه على المال
٤٧	أكمل الولايات

٤٨	المبحث الثالث: الولاية حكم أم حق ؟
٤٨	اشاره
٤٨	أولاً: الحكم
٤٨	ثانياً: الحق
٤٨	اشاره
٤٩	الفرق بين الحكم والحق
٥٢	المبحث الرابع: متى تسقط الولاية ؟
٥٢	اشاره
٥٢	الأول: عَضُّ الولى
٥٢	اشاره
٥٢	أولاً: معنى العَض
٥٢	اشاره
٥٥	الرَّاجِح
٥٦	ثانياً: حكم العَض
٥٨	ثالثاً: تزويجها إذا عض الولى
٦٠	الثانى: غيبه الولى
٦٠	اشاره
٦٥	الرَّاجِح
٦٦	حد الغَيْبِه
٧٠	الرَّاجِح
٧١	المبحث الخامس: حقيقه عقد النكاح
٧١	أولاً: تعريف العقد لغه
٧١	اشاره
٧٢	الفرق بين العقد والعهد
٧٢	الثانى: العقد فى الاصطلاح
٧٢	اشاره

٧٣	العقد في القرآن الكريم
٧٧	المبحث السادس: اعتبار اللفظ في عقد النكاح
٧٧	اشاره
٧٧	أولاً: اعتبار أصل اللفظ في العقد
٧٩	ثانياً: اعتبار اللفظ الخاص في العقد
٧٩	اشاره
٧٩	الأول: ألفاظ الإيجاب
٨٢	الثاني: ألفاظ القبول
٨٣	المبحث السابع: الإشهاد في العقد
٨٣	اشاره
٨٣	أدله القائلين بعدم ضروره الإشهاد في النكاح
٨٥	أدله القائلين بضروره الإشهاد في النكاح
٩١	المبحث الثامن: استحباب النكاح وأهميته والسعى فيه
٩١	تعريف النكاح
٩١	أولاً: تعريف النكاح لغه
٩٣	ثانياً: تعريف النكاح شرعاً
٩٧	ثالثاً: معنى النكاح في اصطلاح الفقهاء
١٠٠	مشروعته النكاح
١٠٢	استحباب السعى في النكاح
١٠٣	الفصل الثاني: من هم أولياء العقد؟
١٠٣	اشاره
١٠٥	تمهيد
١٠٥	اشاره
١٠٥	الأول: الأصل الأولى في الولاية
١٠٧	الثاني: مشروعته الولاية في النكاح وحكمتها
١٠٩	أولياء العقد عند الشيعة الإماميه

المبحث الأول: ثبوت الولاية على الصغير والصغيره	١١١
اشاره	١١١
أولاً: ولاية الأب	١١٢
ثانياً: ولاية الجد للأب	١١٣
اشاره	١١٣
كل من الأب والجد مستقل في الولاية	١١٦
لا خيار للصغيره - إذا زوّجها الأب أو الجدّ - بعد بلوغها ورشدها	١١٧
لا خيار للصغير - إذا زوجه الأب أو الجدّ - بعد بلوغه ورشده	١٢١
أدلّه القائلين بالخيار	١٢٣
ثالثاً: ولاية الوصى في النكاح	١٢٤
اشاره	١٢٤
الأول: ثبوت الولاية للوصى مطلقاً	١٢٤
الثاني: نفي ولاية التزويج للوصى مطلقاً	١٢٥
الثالث: ثبوتها مع نصّ الموصى له عليه	١٢٦
الرابع: ثبوت الولاية على من بلغ فاسد العقل	١٢٦
اشاره	١٢٦
الأدلّه	١٢٨
(أ) أدلّه من أثبت الولاية للوصى مطلقاً	١٢٨
(ب) أدلّه من منع الولاية في النكاح للوصى مطلقاً	١٣٠
(ج) أدلّه من أثبت الولاية للوصى مع نصّ الموصى له	١٣٢
(د) أدلّه من أثبت الولاية للوصى على من بلغ فاسد العقل	١٣٤
رابعاً: ولاية الحاكم الشرعى	١٣٦
الأول: ثبوت ولايته في النكاح	١٣٦
الثاني: المراد بالحاكم الشرعى	١٤٢
خامساً: الأم ليس لها ولاية على الصغير والصغيره	١٤٣
سادساً: الأخ ليس له ولاية على الصغير أو الصغيره	١٤٦

- سابعاً: ليس للعمّ ولاية على الصغير أو الصغيره ١٤٨
- ثامناً: الخال ليس له ولاية على الصغير أو الصغيره ١٤٨
- المبحث الثاني: الولاية على المجنون والمجنونه ١٥٠
- المطلب الأول: في ثبوت الولاية في النكاح على المجانين ١٥٠
- المطلب الثاني: تزويج الأولياء للمجانين ١٥١
- اشاره ١٥١
- ولاية الأب والجدّ على المجنون والمجنونه ١٥١
- الزّاج ١٥٦
- الوصى له أن يزوّج المجنون والمجنونه ١٥٧
- الحاكم الشرعى له أن يزوّج المجنون والمجنونه ١٥٨
- الزّاج ١٥٩
- لاخيار للمجنون بعد إفاقته ١٦٠
- المبحث الثالث: ولاية الأب والجدّ من طرف الأب على البكر الرشيد ١٦٢
- تمهيد ١٦٢
- الولاية على البكر الرشيد ١٦٣
- القول الأول: وهو استقلال الأب والجدّ في الولاية عليها ١٦٣
- القول الثاني: استقلال البكر الرشيد في الولاية على نفسها ١٧٠
- القول الثالث: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الأول دون الثاني ١٧٥
- القول الرابع: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الثاني دون الأول ١٧٨
- القول الخامس: التشريك في الولاية بين البكر وبين الأب أو الجدّ فيعتبر إذنهما معاً ١٨٠
- اشاره ١٨٠
- الزّاج ١٨٢
- المبحث الرابع: الولاية على السفية المبذّر ١٨٦
- المطلب الأول: معنى السفه لغهً واصطلاحاً ١٨٦
- المطلب الثاني: الولاية على السفية المبذّر ١٨٨
- المطلب الثالث: الولاية في النكاح على السفية ١٩٠

١٩٠	اشاره
١٩١	الأول: السفیه المتصل سفهه بزمان صغره
١٩٢	الثانى: السفیه الذى لم يتصل سفهه بصغره
١٩٢	اشاره
١٩٢	الزّاجح
١٩٤	المبحث الخامس: ثبوت الولايه فى النكاح للوكيل
١٩٤	اشاره
١٩٤	الأدلّه على ثبوت الوكاله فى النكاح
١٩٧	أولياء العقد عند المذاهب الأخرى
١٩٧	المطلب الأول: الأسباب الموجبه للولايه فى النكاح
١٩٧	اشاره
١٩٧	أولاً: القرابه النسبيه
١٩٧	اشاره
٢٠٠	الترتيب بين العصبات فى ولايه النكاح
٢٠٢	مراتب العصبات وأدلّتها
٢٠٣	الأدلّه
٢٠٨	ثانياً: فى ثبوت ولايه السلطان فى النكاح
٢١٠	المطلب الثانى: فى ثبوت الولايه على المرأه فى نكاحها
٢١٠	اشاره
٢١٩	المذهب الثانى: أنّ الولايه ليست بشرط فى نكاح الحزه البالغه
٢٢٣	المذهب الثالث: التفصيل بين الكفاء وغيره
٢٢٤	المذهب الرابع: انعقاده موقوفاً على إجازة الوليّ
٢٢٥	المذهب الخامس: صحته بإذن وليّها
٢٢٦	المذهب السادس: اشتراط الولايه فى النكاح على البكر دون الثيب
٢٢٦	المذهب السابع: اشتراط الولايه على الشريفه دون الدنيئه
٢٢٨	الفصل الثالث: شروط تحقّق الولايه وإعمالها

٢٢٨	اشاره
٢٣٠	المبحث الأول: شروط ثبوت الولايه
٢٣٠	اشاره
٢٣٢	أولاً: اشتراط البلوغ في وليّ النكاح
٢٣٢	اشاره
٢٣٤	الزّاجح
٢٣٥	ثانياً: اشتراط العقل في وليّ النكاح
٢٣٦	ثالثاً: اشتراط الرشد في وليّ النكاح
٢٤٠	رابعاً: اشتراط الحره في وليّ النكاح
٢٤١	خامساً: اشتراط الإسلام في وليّ النكاح
٢٤١	اشاره
٢٤٧	الزّاجح
٢٤٨	ولايه الكافر على ولده الكافر
٢٤٩	سادساً: اشتراط العداله في وليّ النكاح
٢٤٩	اشاره
٢٥١	الأدله
٢٥١	(أ) أدله القول بعدم ولايه الفاسق
٢٦٠	(ب) أدله من أجاز نكاح المحرم
٢٦٤	المبحث الثاني: شروط إعمال الولايه
٢٦٤	رعايه المصلحه وعدم المفسده
٢٦٨	رضا الباكر
٢٨٦	الزّاجح
٢٨٧	الخاتمه
٢٨٩	المصادر
٢٨٩	اشاره
٢٨٩	أولاً: القرآن الكريم وعلومه

٢٩٠ ثانياً: الحديث الشريف

٢٩٣ ثالثاً: الفقه وعلومه

٣٠٢ رابعاً: كتب التراجم والرجال

٣٠٣ خامساً: كتب اللغة

٣٠٤ تعريف مركز

سرشناسه: صیقل، حمودی حسن عباس، ۱۳۴۲ -

عنوان و نام پدیدآور: اولیاء عقدالنکاح عندالمذاهب الاسلامیه / حمودی حسن عباس الصیقل.

مشخصات نشر: قم: مرکزالمصطفی (ص) العالمی للترجمه والنشر، ۱۴۳۳ ق.= ۱۳۹۰.

مشخصات ظاهری: ۲۸۰ ص.

فروست: معاونیهالتحقیق؛ ۳۰۶.

شابک: ۴۰۰۰۰ ریال: ۹۷۸-۹۶۴-۱۹۵-۵۱۵-۳

وضعیت فهرست نویسی: فایا

یادداشت: عربی.

یادداشت: کتابنامه: ص. [۲۶۹]- ۲۸۰؛ همچنین به صورت زیرنویس.

موضوع: زناشویی (اسلام)

رده بندی کنگره: BP۲۵۳/۲/ص ۱۹ الف ۸ ۱۳۹۰

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۶۴۲

شماره کتابشناسی ملی: ۲۵۳۶۴۲۰

ص: ۱

سرشناسه: صيقل، حمودى حسن عباس، ١٣٤٢

عنوان و نام پديدآور: اولياء عقدالنكاح عندالمذاهب الإسلاميه / حمودى حسن عباس الصيقل.

مشخصات نشر: قم: مركز المصطفى صلى الله عليه و آله العالمى للترجمه والنشر، ١٤٣٢ ق. ١٣٩٠.

مشخصات ظاهري: ٢٨٠ ص.

شابك: ٩٧٨-٩٦٤-١٩٥-٥١٥-٣

وضيقت فهرست نويسى: فييا

يادداشت: عربى

موضوع: زناشويى (اسلام)

رده بندي كنگره: ١٣٩٠ الف ٨ ص ٩ / ٢٥٣/٢ BP

رده بندي ديويى: ٢٩٧/٦٤٢

شماره كتاب شناسى ملي: ٢٥٣٦٤٢٠

أولياء عقد النكاح عند المذاهب الإسلاميه

المؤلف: حمودى حسن عباس الصيقل

الطبعة الأولى: ١٤٣٣ ق / ١٣٩٠ ش

النّاشر: مركز المصطفى صلى الله عليه و آله العالمى للترجمه والنشر

المطبعة: فاضل السّعر: ٤٠٠٠٠ ريال عدد النّسخ: ٢٠٠٠ نسخه

حقوق الطبع محفوظه للناشر

التوزيع:

قم، استداره الشهداء، شارع الحجّتيه، معرض مركز المصطفى صلى الله عليه و آله العالمى للترجمه والنشر. هاتف - الفكس:

٠٢٥١٧٧٣٠٥١٧

قم، شارع محمّد الأمين، تقاطع سالاریه، معرض مركز المصطفى صلی الله علیه و آله العالمی للترجمه والنشر. هاتف:
۰۲۵۱۲۱۳۳۱۴۶ فکس: ۲۵۱۲۱۳۳۱۰۶

www.eshop.miup.ir www.miup.ir

root@miup.ir E-mail: admin@miup.ir

ص: ۴

(الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَى عَبْدِهِ الْكِتَابَ وَلَمْ يَجْعَلْ لَهُ عِوَجًا) والصلوة والسلام على النبي الأمين محمد صلى الله عليه وآله والهداه المهديين وعترته المنتجبين و اللعن الدائم على أعدائهم أعداء الدين.

لقد شهدت علوم الدين مدى أربعة عشر قرناً على طيله تاريخها العلمى المشرف مستوى من التغيير المستمر في الحركة إلى الأمام على صعيد الثقافه والحضاره الإسلاميه فأوجد تطوّراً منهجياً في العلوم الرئيسه المختصّه بالشريعاه ك- : الفقه الاسلامى وعلم الكلام والفلسفه والأخلاق... وتبعاً لهذا الجانب ترك التطور انطبعا موازياً بينا في العلوم الأدواتيه ك- : المنطق وعلم الرجال والحقوق... .

وفي ضوء انتصار الثورة الإسلاميه الإيرانيه المعظمه وحدثها الداعى إلى رؤيه دينيه حديثه في نطاق الحكم بغضون القرن الداعى إلى الانفلات من ظلّ الدين والأيدولوجيه الدينيه وما يعرض في مسرح أحداثه من تطوّر في مسار نظريات العلاقات الدوليه أو تصاعد الأسئلة المعرفيه المتعلقه بمفهوم الوجود ومستلزماته الشاغله لذهن الإنسان الحاضر وكذلك ما حصل من توسع لدى علم الوجود الإنسانى في ظلّ الأحداث والمتغيرات المعنيه بهذا الجانب؛ جعلت المفكر الإسلامى في أعلى مستوى من المسؤوليه أكثر ممّا سلف خاصّه في الدول الإسلاميه التى باتت في محاوله ضروريه

لمواجهه الشعارات الخوّاء فى عصر العولمه فى ضوء التدقيق والملاحظه والنقد البناء لاجتياح أى فقره يخشى أن تسبب مشكلات فى مقتبل الأيام.

ومن هذا المنطلق يتطلب الصعيد الحوزوى التير لضروره الوقوف على آخر المستجدات الفكرية فى حقولها المتعدده والاستعانه بضروب من التحقيق العلمى الرصين بمعايير عالميه حيه لتوظف فى نطاق الدين والشريعته للإجابته على المتطلبات العصريه والمنطلق الداعى إلى التكامل و التعالى فى ظلّ الدين والتزام نظامه فى العلم والحياه من جهه أخرى حيث يتطلب الأمر من الحوزه العلميه مسؤوليه وضع حدّ لردع الجانب العولمى وتبعاته المنحطه على الإنسان بلحاظه العام.

وقد كانت رؤيه التصدى لهذا الأمر فى عنايه من مؤسسى الحوزه العلميه هذه الشجره الطيبه الذى (أضيلها ثابتٌ وَ فَرَعُهَا فى السّماءِ) ، سيّما الإمام الخمينى رحمه الله الراحل وقائده المبجل الإمام السيّد على الخامنئى دام ظله الوارف فى الوقت الراهن.

وقد سعت جامعه المصطفى صلى الله عليه و آله العالميه فى ضوء ما تقدم لنيل النجاح فقامت بإرساء مركز المصطفى صلى الله عليه و آله العالمى للترجمه والنشر حيث تكفل بنشر نتاج هذا الجانب العلمى الهام.

وإنّ هذا الدراسه أولياء عقد النكاح عند المذاهب الإسلاميه جاءت بجهود فضيله الأستاذ حمودى حسن عبّاس الصيقل متوافقه مع نسق الرؤيه السائده المتبعه وهذه الأهداف الساميه.

كما ندعو أصحاب الفضيله والاختصاص بما لديهم من آراء ببناءه وخبرات علميه ومنهجيه عصرية بالمساهمه معنا والمشاركه فى نشر علوم أهل البيت عليهم السلام .

وختاماً ليس لنا إلّا تقديم الشكر الجزيل لكافه المساهمين الكرام بجهودهم الخاصه بإعداد الكتاب للطباعه والنشر.

مركز المصطفى صلى الله عليه و آله العالمى للترجمه والنشر

المبحث الرابع: متى تسقط الولايه؟ ٣٥

الأول: عَضُّ الولى ٣٥

أولاً: معنى العَضل ٣٥

الرَّاجِح ٣٨

ثانياً: حكم العَضل ٣٩

ثالثاً: تزويجها إذا عَضل الولى ٤١

الثانى: غيبه الولى ٤٣

الرَّاجِح ٤٨

حد الغَيْبِه ٤٩

الرَّاجِح ٥٢

المبحث الخامس: حقيقه عقد النكاح ٥٣

أولاً: تعريف العقد لغه ٥٣

الفرق بين العقد والعهد ٥٤

الثانى: العقد فى الاصطلاح ٥٤

العقد فى القرآن الكريم ٥٥

المبحث السادس: اعتبار اللفظ فى عقد النكاح ٥٩

أولاً: اعتبار أصل اللفظ فى العقد ٥٩

ثانياً: اعتبار اللفظ الخاص فى العقد ٦١

الأول: ألفاظ الإيجاب ٦١

الثانى: ألفاظ القبول ٦٤

المبحث السابع: الإشهاد فى العقد ٦٥

أدله القائلين بعدم ضروره الإشهاد فى النكاح ٦٥

أدله القائلين بضروره الإشهاد فى النكاح ٦٧

المبحث الثامن: استحباب النكاح وأهميته والسعى فيه ٧٣

تعريف النكاح ٧٣

أولاً: تعريف النكاح لغة ٧٣

ثانياً: تعريف النكاح شرعاً ٧٥

ثالثاً: معنى النكاح فى اصطلاح الفقهاء ٧٩

مشروعيته النكاح ٨٢

استحباب السعى فى النكاح ٨٤

ص: ٨

الفصل الثانى: من هم أولياء العقد؟

تمهيد ٨٧

الأول: الأصل الأولى فى الولاية ٨٧

الثانى: مشروعته الولاية فى النكاح وحكمتها ٨٩

أولياء العقد عند الشيعة الإماميه ٩١

المبحث الأول: ثبوت الولاية على الصغير والصغيره ٩٣

أولاً: ولاية الأب ٩٤

ثانياً: ولاية الجد للأب ٩٥

كل من الأب والجد مستقل فى الولاية ٩٨

لا خيار للصغيره - إذا زوجها الأب أو الجد - بعد بلوغها ورشدها ٩٩

لا خيار للصغير - إذا زوجه الأب أو الجد - بعد بلوغه ورشده ١٠٣

أدله القائلين بالخيار ١٠٥

ثالثاً: ولاية الوصى فى النكاح ١٠٦

الأول: ثبوت الولاية للوصى مطلقاً ١٠٦

الثانى: نفي ولاية التزويج للوصى مطلقاً ١٠٧

الثالث: ثبوتها مع نص الموصى له عليه ١٠٨

الرابع: ثبوت الولاية على من بلغ فاسد العقل ١٠٨

الأدله ١٠٩

(أ) أدله من أثبت الولاية للوصى مطلقاً ١٠٩

(ب) أدله من منع الولاية فى النكاح للوصى مطلقاً ١١١

ج) أدلّه من أثبت الولاية للوصى مع نصّ الوصى له ١١٣

د) أدلّه من أثبت الولاية للوصى على من بلغ فاسد العقل ١١٥

رابعاً: ولاية الحاكم الشرعى ١١٧

الأول: ثبوت ولايته فى النكاح ١١٧

الثانى: المراد بالحاكم الشرعى ١٢٣

خامساً: الأم ليس لها ولاية على الصغير والصغيره ١٢٤

سادساً: الأخ ليس له ولاية على الصغير أو الصغيره ١٢٧

سابعاً: ليس للعمّ ولاية على الصغير أو الصغيره ١٢٩

ثامناً: الخال ليس له ولاية على الصغير أو الصغيره ١٢٩

المبحث الثانى: الولاية على المجنون والمجنونه ١٣١

المطلب الأول: فى ثبوت الولاية فى النكاح على المجانين ١٣١

المطلب الثانى: تزويج الأولياء للمجانين ١٣٢

ولاية الأب والجدّ على المجنون والمجنونه ١٣٢

الرّاجع ١٣٧

الوصى له أن يزوّج المجنون والمجنونه ١٣٨

الحاكم الشرعى له أن يزوّج المجنون والمجنونه ١٣٩

الرّاجع ١٤٠

لاخيار للمجنون بعد إفاقته ١٤١

المبحث الثالث: ولاية الأب والجدّ من طرف الأب على البكر الرشيدة ١٤٣

تمهيد ١٤٣

الولاية على البكر الرشيدة ١٤٤

القول الأول: وهو استقلال الأب والجدّ فى الولاية عليها ١٤٤

القول الثانى: استقلال البكر الرشيدة فى الولاية على نفسها ١٥١

القول الثالث: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها فى الأول دون الثانى ١٥٦

القول الرابع: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها فى الثانى دون الأول ١٥٩

القول الخامس: التشريك فى الولاية بين البكر وبين الأب أو الجدّ فيعتبر إذنهما معاً ١٦١

الرّاجع ١٦٣

المبحث الرابع: الولاية على السفية المبذّر ١٦٧

المطلب الأول: معنى السفه لغه واصطلاحاً ١٦٧

المطلب الثانى: الولاية على السفية المبذّر ١٦٩

المطلب الثالث: الولاية فى النكاح على السفية ١٧١

الأول: السفية المتصل سفهه بزمان صغره ١٧٢

الثانى: السفیه الذی لم یتصل سفهه بصغره ١٧٣

الرّاجح ١٧٣

المبحث الخامس: ثبوت الولایه فى النکاح للوکیل ١٧٥

الأدله على ثبوت الوکاله فى النکاح ١٧٥

أولیاء العقد عند المذاهب الأخرى ١٧٨

المطلب الأول: الأسباب الموجبه للولایه فى النکاح ١٧٨

أولاً: القرابه النسبیه ١٧٨

الترتیب بین العصبات فى ولایه النکاح ١٨١

مراتب العصبات وأدلّتها ١٨٣

الأدله ١٨٤

ثانياً: فى ثبوت ولایه السلطان فى النکاح ١٨٩

ص: ١٠

المطلب الثاني: فى ثبوت الولاية على المرأه فى نكاحها ١٩١

المذهب الثانى: أنّ الولاية ليست بشرط فى نكاح الحرّ البالغه ٢٠٠

المذهب الثالث: التفصيل بين الكفء وغيره ٢٠٤

المذهب الرابع: انعقاده موقوفاً على إجازة الولي ٢٠٥

المذهب الخامس: صحته بإذن وليها ٢٠٦

المذهب السادس: اشتراط الولاية فى النكاح على البكر دون الثيب ٢٠٧

المذهب السابع: اشتراط الولاية على الشريفه دون الدينئه ٢٠٧

الفصل الثالث: شروط تحقّق الولاية وإعماله

المبحث الأول: شروط ثبوت الولاية ٢١١

أولاً: اشتراط البلوغ فى وليّ النكاح ٢١٣

الرّاجح ٢١٥

ثانياً: اشتراط العقل فى وليّ النكاح ٢١٦

ثالثاً: اشتراط الرشد فى وليّ النكاح ٢١٧

رابعاً: اشتراط الحرية فى وليّ النكاح ٢٢١

خامساً: اشتراط الإسلام فى وليّ النكاح ٢٢٢

الرّاجح ٢٢٨

ولاية الكافر على ولده الكافر ٢٢٩

سادساً: اشتراط العدالة فى وليّ النكاح ٢٣٠

الأدله ٢٣٢

أ) أدله القول بعدم ولاية الفاسق ٢٣٢

من الإماميّه ٢٣٢

من أهل السنه ٢٣٤

ب) أدلّه القول بصحّه ولايه الفاسق ٢٣٥

من الإماميّه ٢٣٥

من أهل السنه ٢٣٧

الرّاجح ٢٣٨

سابعاً: اشتراط كون الولي غير محرم بحجّ أو عمره أو بهما معاً ٢٣٨

الأدلّه ٢٤٠

أ) أدلّه من منع المحرم من عقد النكاح ٢٤٠

ب) أدلّه من أجاز نكاح المحرم ٢٤١

المبحث الثاني: شروط إعمال الولايه ٢٤٥

رعايه المصلحه وعدم المفسده ٢٤٥

ص: ١١

رضا الباكر ٢٤٩

الزّاجح ٢٤٤

الخاتمه ٢٤٧

المصادر ٢٤٩

أولاً: القرآن الكريم وعلومه ٢٤٩

ثانياً: الحديث الشريف ٢٧٠

ثالثاً: الفقه وعلومه ٢٧٢

رابعاً: كتب التراجم والرجال ٢٧٩

خامساً: كتب اللغة ٢٨٠

ص: ١٢

إنّ من المباحث التي لها أهميتها العلميه والعملية هو بحث (الولاية في عقد النكاح)، فإنّه لا يزال بحاجة إلى إشباع وتحقيق أكثر؛ ولذا فقد اتجهت إلى بحثها احساساً مني بضروره ذلك وكونه مورداً لمرضاه الله عزّ وجلّ وخدمه لدينه الحنيف، وكثره ما يتلى به الفرد والمجتمع، وما يسأل عنه وحاجه كل مسلم للتعرف على ما يتعلّق به من أحكام، فقد حاولت أن أقدم بحثاً محرراً منسّقاً يجمع شتات الموضوع، بغية أن يجمع شعث كلياته ويعقد الأواصر بين مسائله وجزئياته وينظمها في عقد واحد بين المعالم واضح القسّمات.

ولتوضيح أهمّ ما شرّعه الإسلام - فيما يتصل بالمرأه - وإنّه قرّر أهليتها الاجتماعيه والأسريه ومدى احترام إرادتها وحرية التعبير عما في نفسها، وإنّ إرادتها معتبره في أمر نكاحها ومستقبلها.

وأكّمد على الرجال وجوب الوفاء بها، فإذا ما بلغت وحسن تصرفها زالت عنها ولايه أبيها، وغدت أحقّ بنفسها فيما تقبل أو تردّ بشأن من جاء يطلب الزواج منها، وليس للوليّ أو غيره أن يجبرها على قبول من لا تريده، أو يمنعها من أن تتزوّج من رضيته ممّن يكافئها إذا كان صاحب خلق أو دين، وقد منحها الله تعالى هذا الحقّ

وهو حرية التعبير عن هذه المسأله المهمه فى حياتها.

كما أنّ الشريعة الإسلاميه قد خصّت المرأة بكثيرٍ من الأحكام الشرعيه التى تضمن حفظ جميع حقوقها وصيانه كرامتها.

ولهذا جاءت نصوص الكتاب والسنة بمشروعيه الولايه فى عقد النكاح وجعلت لها ضوابط تضمن تحقيق مصلحه المرأة وعدم انتقاص شىء من حقوقها. ومما يزيد فى أهميه هذه المسأله ما نسمعه من الحوادث الكثيره التى تستغل فيها هذه الولايه فى غير ما شرعت له، وما يحصل من تجاوز من بعض الأولياء لضوابط هذه الولايه، مما يسبب فشل كثير من المتزوجين، والذى يؤدي إمّا إلى الفراق، أو إلى حياه مليئه بالمشاكل، لا تتحقّق فيها السعاده الزوجيه، مما يعود بالآثار السيئه على الأسره، بل على المجتمع بأسره، ومن أجل دفع هذه المفاسد وجلب المصالح، فإنّه ينبغى للأولياء أن يقوموا بهذه الولايه خير قيام، وأن تكون غايتهم تحقيق مصالح المرأة الدينيه والدنيويه ما أمكن ذلك، وألّا يكون هدفهم تحقيق مصالحهم الذاتيه كما يفعل البعض، حيث يستغلّ ما تتصف به المرأة من براءه وحسن نيه، فيزوجها من ليس كفؤاً لا- فى دينه ولا- فى خلقه، إمّا لأجل عصبية أو حميه جاهليه، أو لأجل مال، أو لغير ذلك من الأغراض الدينيه، أو يستغلّ ضعف المرأة، فيكرهها على الزواج ممّن لا تريده أو يخجلها حتّى تقبل الزواج منه، أو يعصلها ويمنعها من الزواج بمن يكون كفؤاً لها لعداوه أو غرضٍ حتّى تقبل بمن يختاره حسب أهوائه ورغباته، وهذا ممّا لا يرضاه الإسلام بأى نحو كان.

وفى إزاء هولاء الذين أفرطوا فى ظلم من ولّاهم الله عليهن أناس فرطوا فى القيام بهذه الولايه فتركوا أمر قبول الخاطب أو ردّه إلى من ليس له هذه الصلاحيه فمن رضوه به زوجته، وإن كان غير كفء، دون أن يسألوا عن حاله، غير مهتمين بمستقبل أولادهم وولدهم وولدهم. وهذا كثيراً ما يؤدي إلى تزويج من لا- يرضى دينه وخلقه؛ لأن المرأة غالباً تخدع بمعسول الكلام والمظاهر البراقه. فينبغى للولّى أن يهتم بمعرفه

حال الخاطب فلا يزوّج مولّيته إلّا ممّن يعلم أنّه كفء لها.

كما أن من الأولياء من يزوّج مولّيته من يعلم أنّه ليس كفوّاً لها في دينه ولا- في خلقه فيزوّجها من رجل معلن الفسق، وهذا بلا شك خيانه وجرم؛ لأنّ الزوجه تتأثر غالباً بأخلاق الزوج.

لقد تعرّض الكثير من الفقهاء والعلماء الشيعة والسنة لهذه المسئلة وهي: (أولياء عقد النكاح)، منهم: الشيخ المفيد وقد تناول المسألة في المقنعه وأحكام النساء، والسيد المرتضى في الانتصار، والشيخ الطوسي في الخلاف والمبسوط، والعلامة الحلي في تذكره الفقهاء، والمحقق الكركي في جامع المقاصد، والشهيد الثاني في المسالك، كما كتب المتأخرون من الفقهاء المسألة حيث تناول الشيخ الأنصاري في كتاب النكاح، والشيخ الجواهري في جواهر الكلام، والسيد الحكيم في المستمسك، والسيد الخوئي في مصباح الفقاهة، والسيد الخميني في تحرير الوسيلة، وغيرهم.

وكلّ من بحث هذه المسألة لم يبحثها على شكل مستقل، وإنّما بحثها ضمن المباحث الكليه.

كما تعرّض فقهاء السنة إلى هذه المسألة منهم: ابن رشد الحفيد في بدايه المجتهد ونهايه المقتصد، ومحي الدين النووي في روضه الطالبين، وأحمد مرتضى في شرح الأزهار، ومحمد بن الشرييني في مغنى المحتاج، والبهوتي في كشف القناع، والمناوى في فيض القدير شرح جامع الصغير، وغيرهم. وكلّ من تعرّض للمسألة بحثها ضمن كتاب النكاح بكلياته، ولم يتعرّضوا لها إلّا بشكل جزئي، ولم يفرّدوا لها بحثاً مستقلاً ولا مقارناً.

ثمّ إنّي لم أجد الطريق أمامي ممهداً - كما صوّره لي البعض - وإنّما وجدته يحتاج إلى خبره بمسالكه، وعزم على تجشّم صعابه، وكلّها ممّا يقصر دونها عزمي، وتقلّ بها

معرفتي، ولكن على العامل بذل جهده، وصدق توكله، وعلى الله العون.

وكان الهدف من وراء هذا البحث جملة من الأمور منها:

١. التعرف على أدوات البحث العلمي وكتابته بصوره علميه فتيه تطبيقيه صحيحه تابعه للمقاييس والقواعد المذكوره في هذا المجال.

٢. الوصول إلى حكم المسأله عند الشيعة الإماميه والمذاهب الأخرى عن طريق استعمال طرق البحث الصحيحه وبصوره موضوعيه بعيده عن التعصّب.

٣. أن يكون بحثاً ومرجعاً لمن يكتب في هذا الموضوع، وفي خدمه المكتبه الإسلاميه وروادها.

٤. بيان الأدله من الفريقين والسعي إلى التقريب بين المذاهب الإسلاميه.

منهج البحث وخطته

اعتمدت في بيان وطرح المسئله على المنهج العلمى المركب من التوصيف والتحليل الدقيق، وبصوره مبسطه في سبيل الكشف عن القوه المبنائيه في مسيره الآراء الفقهيّه عند علماء الإماميه، وإن لم نأخذها على نحو الدقه والاستدلال التفصيلي في المباني في جميع أبعادها؛ لأن ذلك يخرج البحث عن إطاره الإجمالي، وكان غرضنا التبسيط إضافه إلى أن ما تناولناه في هذا الموضوع المقارن بين المسائل الفتوائيه دون المقارنه في مقام الاستدلال الفقهي؛ لأجل أن لا- نخرج عن البحث الموضوعي في مجال المقارنه بين المسائل الفتوائيه دون المقارنه في المجال الاستدلالي.

هذا مع أننا قد أشرنا إلى المسائل المهمه في هذا الباب، وما تقوم عليه ركيزه المذاهب الإسلاميه من القواعد وما يرتكز عليه مذهب أهل البيت عليهم السلام .

وقد التزمت في هذا البحث بالمنهج التالي:

أولاً: اعتماد القوه المبنائيه في مسيره الآراء الفقهيّه عند علماء الإماميه والمذاهب

الأربعة عند جمهور أهل السنّه. ومع هذا، فإنّني ذكرت بعض أقوال أهل الظاهر وغيرهم من العلماء المشهورين عندهم إذا كان قولهم ممّا اشتهر عندهم.

ثانياً: بيان مدلول عناوين مباحثه من حيث اللغه، والشرع أو الاصطلاح.

ثالثاً: إذا كانت المسأله محلّ اتفاق فأذكر أظهر أدلّتها وتوجيهاً مختصراً لها مع ذكر عمدته مصادرهما.

وأما إن كانت محلّ خلاف، فأحرّر موضع الخلاف أوّلاً، ثمّ أذكر الأقوال فيها إجمالاً، ثمّ أتبعها بالتفصيل بذكر كلّ قول وعزوه لقائله من مختلف المذاهب، ثمّ دليل كلّ قول ومناقشه كلّ دليل - حين يوجد ما يدعو إلى المناقشه - ثمّ بيان الرّاجح في خاتمه تلك المسأله ما أمكن.

رابعاً: العمده في عزو كلّ قول وتوجيهه هو الكتب المعتمّره عند الإماميّه والمذاهب الأخرى، ثمّ الكتب المساعده والتفسير وشروح الحديث، محاولاً قدر الإمكان اختيار أحسنها توجيهاً وتحريراً.

خامساً: توثيق الأدلّه - ما أمكن - فإنّ كان الدليل من الكتاب العزيز، فهو غنى عن التوثيق، فيقع البحث في دلّالته لا في ثبوته، وإنّما أذكر اسم السوره ورقم الآيه للأمن من تحريفها، ولسهوله الرجوع إليها.

وأما إن كان الدليل من الأحاديث التي صدرت من النبي صلى الله عليه وآله والأئمّه من أهل البيت عليهم السلام، فقد التزمت فيها بتوثيق نسبه الحديث إلى من خرّجه من أصحابها من الكتب المعتمّره، فأرجو أن يكون قد تمّ على أحسن حال، وكان عملي فيه على النحو التالي:

أ) استيفاء تخريج الحديث إذا ورد للاستدلال أصاله؛ وأما إن كان ورود الحديث استشهاداً أو استطراداً فأكتفى بما يدلّ على ثبوته مع الإحاله على تخريجه في كتب التخريج المعروفه، إن وجد فيها.

ب) الرجوع إلى المصدر الأصلي لعزوه إليه بدون واسطه، إن أمكن.

ج) أذكر في حواشي الكتاب اسم الكتاب، ثم الجزء والصفحة لسهولة مراجعته حين تختلف الأجزاء والصفحات، لاختلاف طبعاتها.

د) حاولت - قدر الإمكان - إبداء رأيي في صحه الإسناد، أو ضعفه.

ختاماً فأسأل الله تعالى أن أكون قد وفقت تقديم بحث موضوعي قائم على أسس البحث العلمي الصحيحه، وأن يتقبله منى وأن يجعله فى ميزان حسناتى: (يَوْمَ لَا يُنْفَعُ مَالٌ وَلَا بَنُونَ* إِلَّا مَنْ أَتَى اللَّهَ بِقَلْبٍ سَلِيمٍ). (١)

ولا- يفوتنى أن أقدم الشكر والتقدير والعرفان الجميل لذوى الفضل والإحسان من علماء أجلاء، حيث كانت لهم أياد بيض لم تبخل على هذه الرسالة بلمسات صدق وإحسان، فتحسست منها مواطن ضعف فقوته، وخطأ فأصلحته، وأخص منهم بالذكر فضيله الدكتور سماحه الشيخ أحمد المبلغى الذى أشرف على هذه الرسالة منذ أول لحظاتها، وفى مختلف أطوارها، وفضيله الدكتور سماحه الشيخ محمود العيدانى المشاور الذى أفادنا كثيراً، وأمدنا بعلمه وتوجيهه وخبرته الطويله حتى بلغت الرسالة غايتها. كما أتقدم بالشكر والتقدير لمركز المصطفى صلى الله عليه و آله العالمى للترجمة والنشر للجهود والمساعى المضمنيه التى بذلت لإخراج هذا الكتاب بحله منقحه محققه، مستهدفه بذلك الخدمه الصادقه، للإسلام والمسلمين، آملين من الله جلّ وعلا أن يشدّ فى عضدهم فى نشر الكتب التى يمكنها أن تلعب دوراً حساساً وهاماً لخدمه الدين الحنيف، إنه خير ناصر ومعين، فجزاهم الله عنى خير الجزاء، والحمد لله أولاً وآخراً. والصلاه والسلام على نبينا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين.

ص: ١٨

الفصل الأول: مباحث تمهيدية

إشاره

ص: ١٩

أولاً: تعريف الولي لغة

الولي لغة هو: الأولي والأحق بالتصرف والتدبير، وهذا ما ذكره غير واحد من أعلام اللغة، ومنهم الجوهري حيث قال: وكل من ولي أمر واحد فهو وليه. (١)

وقال ليبيد (٢):

فَعَدْتُ كَلا الفرجين، تحسب أنه مولى المخافه خلفها وأمامها

فيريد: أنه أولى موضع أن تكون فيه الحرب. (٣)

وقال المبرّد حول صفات الله تعالى: أصل الولي الذي هو أولى أي: أحق بالتصرف.

ص: ٢١

١- (١). صحاح اللغة: ٢٥٢٩/٦.

٢- (٢). أبو عقيل، ليبيد بن ربيعة بن مالك بن جعفر بن كلاب العامري، وكان يقال لأبيه: ربيع المقترين لسخائه، وكان من شعراء الجاهلية وفرسانهم، وأدرك الإسلام، وقدم على رسول الله صلى الله عليه وآله في وفد بني كلاب، فأسلموا، ورجعوا إلى بلادهم، ثم قدم ليبيد الكوفه، ومات بها في خلافة معاوية، وهو ابن مائه وسبع وخمسين سنة.

٣- (٣). لسان العرب: ٤١٠/١٥.

والشيخ الطبرسى:

الولّى هو الذى يلى تدبير الأمر، يقال: فلان ولّى المرأة إذا كان يملك تدبير نكاحها، وولّى الدم من كان إليه المطالبة بالقود، أو السلطان ولّى أمر الرعيّه.

ويقال: لمن يرشحه لخلافته عليهم بعده ولّى عهد المسلمين. (١)

وقال الكميّ فى مدح الإمام على بن أبى طالب عليه السلام:

و نعم ولى الأمر بعد وليه ومنتجع التقوى ونعم المؤدب

وقال الزجاج:

وولّى اليتيم الذى يلى أمره ويقوم بكفايته، وولّى المرأة الذى يلى عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه.

وفى الحديث: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ».

ورواه بعضهم: بغير إذن وليها؛ لأنهما، أى: المولى والولى - فى معنى واحد...

وكلّ من ولّى امرأة أو قام به فهو مولاه ووليه. (٢)

وقال ابن الأثير:

فى أسماء الله تعالى (الولّى) هو الناصر، وقيل: المتولى لأمر العالم والخلاق والقائم بها. ثم قال: وكلّ من ولّى امرأة أو قام به، فهو مولاه ووليه. وقال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ». وفى روايه: «ولّيها» - أى: متولى أمرها. (٣)

يلاحظ من خلال هذه التعريفات إنّها تركز على معنى واحد، وهو: أنّ الولّى ليس إلّا الأولى بالشىء، والأحق بالتصرف فيه، وهو حقيقه فى هذا المعنى. والولى، وإن كان يستعمل فى مكان آخر كالمحب والناصر، لكن لا يمكن إرادته غير الأولى بالتصرف والتدبير، وهو حقيقه فى هذا المعنى، ولم يطلق لفظ المولى على المعانى المذكوره إلّا بمناسبة هذا المعنى.

ص: ٢٢

١- (١). مجمع البيان: ٣/٣٥٩.

٢- (٢). انظر: لسان العرب: ١٥/٤٠٧.

٣- (٣). النهايه فى غريب الحديث: ٥/٢٢٩.

فالمعتق أولى بالإنعام على من أعتقه من غيره، والمعتق أولى بشكر معتقه والخضوع بالطاعة، وولاء العتق أيضاً يكون ولائه لمعتقه كأنه أولى به من غيره، إذا لم يكن للمعتق وارث نسب.

والعبد أولى بالانقياد لمولاه من غيره، والجار أولى بالقيام بحفظ حقوق الجار كلها من غيره، وابن العم أولى بالاتحاد والمناصرة لابن عمه؛ لأنهما غصنا شجره واحده وهلم جرا.

إذاً: ليس للمولى إلا معنى واحد، وهو الأولى بالشيء وتصديق هذه الأولوية على مصاديق متعدده مختلفه بحسب الاستعمال فى كل مورد من موارد.

ثانياً: تعريف الولي اصطلاحاً

هو من له سلطه فى إلزام الغير وتنفيذ القول عليه، شاء ذلك الغير أم أبى.

قال السيد المرتضى: «الولى هو الذى يملك الولاية للعقد». (١)

وبهذا المعنى ذكر السيد الصدر، حيث قال:

أنّ الولي هو الذى له سلطه أو تخويل شرعى لعمل معين بالنسبه إلى غيره بغض النظر عن رضا الآخر، وهذا معناه أنه لا يمكن أن يأتى به لولا الولاية.

وهذا المعنى يعم الولي العام والولى الخاص كالولاية على الأوقاف والأيتام بعد فقد الوصى عليهم، ومنه: ولي الدم أوولى المقتول إذا كان له المطالبه بالقصاص أو الدية أو العفو. وفلان ولي المرأه إذا كان أولى بالعقد عليها فالذى يلي تدبير الأمر يقال له ولي. (٢)

أما علماء السنه ذكروا فى معنى الولي هو إقامه الغير مقام النفس فى تصرف جائز معلوم، بمعنى قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر فى تدبير شؤونه الشخصيه والماليه.

ص: ٢٣

١- (١). الانتصار: ٢٨٦.

٢- (٢). ماوراء الفقه: ٣١٣/٩.

قال الجصاص: «الولي هو الذي يستحقّ الولاية على من يلي عليه». (١)

وفى خصوص الولاية فى النكاح ذكر الطحاوى قائلاً:

إنّ الولي هو الذى إليه ولاية البضع من والد الصغيره أو مولى الأمه. (٢)

والذى يلاحظ من التعريف الاصطلاحى للولي عند علماء الشيعة وعلماء السنه أن له معنى واحداً، وهو نفس المعنى اللغوى - أى: الأولى بالتصرف والأحقّ فى أمر المولى عليه.

وقد أخذ فى كلّ معانى الولاية أن يكون المولى عليه قاصراً، ولا ولاية على غير القاصر سواء فى ذلك الولاية العامه والخاصه؛ لأن المجتمع ككلّ يعتبر قاصراً عن تدبير المصالح العامه التى لا ترتبط بالأفراد. فمن هنا كانت الولاية العامه.

وأما الولاية الخاصه، فهى قد تكون على أفراد قاصرين، وهم الصغير والسفيه والمجنون ويشتركون جميعاً فى عدم الرشد، وقد تكون على مرافق محدده من المجتمع كالأوقاف والمساجد والحسبىات والمستشفيات، وما شابه ذلك.

ص: ٢٤

١- (١). أحكام القرآن: ٤٨٧/١.

٢- (٢). شرح معانى الآثار: ١٠/٣.

إشاره

قد اتضح ممّا مضى أنّ المراد بالولّي في اللغه هو: الأولى بالشىء، وفي الإصطلاح هو من له التصرّف والسلطه والتدبير من مباشره العقود وترتيب آثارها عليها دون توقف على رضا غيره، وتنقسم الولاية بهذا المعنى إلى:

١. ولاية عامّه. ٢. ولاية خاصّه.

١- الولاية العامّه

وهي عباره عن سلطه شرعيّه تمكّن صاحبها من التصرّف الصحيح النافذ في شأن من شؤون المجتمع العامّه، كالقضاء وإقامه الحدود، كما تشمل كلّ ما تتقوّم به حياه المجتمع، كالأمور الحسينيه وغيرها.

فهى للفقيه والحاكم الشرعى، فله ولاية عامّه لكونها تعمّ أفراد المجتمع، وهم أشخاص غير معينين.

وجاء في بحث الميرزا النائيني قدس سره :

الولاية العامّه عباره عن: الرئاسه على الناس في أمور دينهم ودنياهم ومعاشهم ومعادهم. (١)

ص: ٢٥

فهى تشمل القضاء وإقامه الحدود، والولاية على القاصرين، كما تشمل كل ما تتقوم به حياه المجتمع كالأمر الحسيه وغيرها.

وقد وقع الخلاف بين الأعلام فى ثبوت الولاية العامه للفقيه فى عصر غيبه الإمام المهدي عجل الله تعالى فرجه الشريف من جهه السعه والضيق، ومرجع الخلاف فى ثبوت الولاية العامه للفقيه إلى الخلاف المجعول له، هل هو وظيفه القضاء أو أنه منصوب لوظيفه الولاة؟

فإن ثبت كونه والياً، فيجوز له التصدي لكل ما هو من وظائف الولاة من نظم البلاد، وانتظام أمور العباد، وسد الثغور، والجهاد مع الأعداء، ونحو ذلك مما يرجع إلى وظيفه الولاة والأمراء.

وأما وظيفه القضاء، فعباره عن: قطع الخصومات وحبس الممتنع وجبره على أداء ما عليه والحجر عليه فى التصرف فى أمواله إذا كان ديناً مستغرقاً ومباشره بيع أمواله إذا امتنع هو بنفسه عن بيعها، ونحو ذلك مما هو من شؤون القضاء.

وكان هذان المنصبان فى عصر النبى صلى الله عليه وآله والإمام أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام، بل فى عصر الخلفاء الثلاثة لطائفتين، فى كل بلد أو صقع كان الوالى غير القاضى، فصنف كان منصوباً لخصوص القضاء والإفتاء، وصنف كان منصوباً لإجراء الحدود ونظم البلاد والنظر فى مصالح المسلمين.

نعم، اتفق إعطاء كلتا الوظيفتين لشخص واحد لأهليته لهما، إلا أن الغالب اختلاف الوالى والقاضى، ولا إشكال فى ثبوت منصب القضاء والإفتاء للفقيه فى عصر الغيبه، وهكذا ما يكون من توابع القضاء، كأخذ المدعى به من المحكوم عليه، وحبس الغريم المماطل، والتصرف فى بعض الأمور الحسيه، كحفظ مال الغائب والصغير، ونحو ذلك. (١)

وقد ذكر الشيخ الأملى رحمه الله فى تقريرات أستاذه النائنى رحمه الله قائلاً:

ص: ٢٦

أنَّ العمده فيما يدل على هذا القول، وهو الولاية العامه ما ورد عن أبي عبد الله عليه السلام في مقبوله عمر بن حنظله:

من كان منكم ممن قد روى حديثنا، ونظر في حلالنا وحرامنا، وعرف أحكامنا فليرضوا به حكماً، فإنني قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما بحكم الله استخف وعلينا ردّ، والراد على الله فهو على حد الشرك بالله.

ونلاحظ أنه عليه السلام قال: «فإنني جعلته عليكم حاكماً»، فإنَّ الحكومه بإطلاقها تشمل كلتا الوظيفتين. بل لا يبعد ظهور لفظ الحاكم فيمن يتصدى لما هو وظيفه الولاية، ولا ينافيه كون مورد الروايه مسئلة القضاء، فإن خصوصيته المورد لا توجب تخصيص العموم في الجواب. وبالجملة فروايه ابن حنظله أحسن ما يتمسك به لإثبات الولاية العامه للفقيه، وما عداه فلا يدل على هذا المدعى بشيء. (١)

٢- الولاية الخاصه

إشاره

هي التي يملك بها الولي التصرف في شأن من الشؤون الخاصه للأشخاص المعينين، كولاية الأب والجدّ على الصغار، أو بتسليط من الأصل بنيابه عنه، كالوصي والقيم ومتولى الوقف، ولو أختصت الوصيه بجبهه خاصه من أمر الصغير مثلاً- فهو ولي عليه بخصوصه في خصوص تلك الجبهه التي ولي عليه فيها.

وذكر الشيخ كاشف الغطاء:

الولاية الخاصه هي ولاية الإنسان على ماله وأطفاله وعياله، وسائر شؤونه الخاصه في مقابلها الولاية العامه كولاية الحاكم والوالي، بل والسلطان، نعم، هولاء حسب الولاية العامه لهم سلطه على الأفراد، ولكن في دائره محدوده تعود أيضاً إلى شؤون المصالح العامه، ومثل ذلك ولاية الولي على القصر. (٢)

ص: ٢٧

١- (١). محمّد تقى الآملی، المكاسب والبيع: ٣٣٦/٢.

٢- (٢). تحرير المجله: ٤١/١.

الولاية الخاصه أقوى من الولاية العامه

وإذا اجتمعت الولاية العامه والولاية الخاصه قدمت الولاية الخاصه، للقاعده الفقهيّه التي تقول: الولاية الخاصه أقوى من الولاية العامه. (١)

وأظهر مثال لهذه القاعده ولاية الإنسان على نفسه وماله وأطفاله وعياله وسائر شؤونه الخاصه، مثلاً: إذا وجد للمرأة وليّ خاص، ووليّ عام كالحاكم الشرعي، يقدّم الوليّ الخاصّ على الحاكم؛ لأن الولاية الخاصه أقوى وللنصوص (٢) الدالّه على تقديم الأب والجدّ على كلّ أحد، وكذا ولاية الملك التي تعتبر من الولاية الخاصه أقوى من الكلّ؛ وذلك لأنّ الناس مسلطون على أموالهم. (٣) ومثل ذلك ولاية الوليّ على الصغير، فإنّها مقدمه على ولاية القاضي والحاكم ونحوهما. فمع وجود الوليّ الخاصّ لا ينفذ بيع الحاكم مال الصغير ولا تزويجه، ومثل ذلك وليّ الوقف، فإنه مقدم على من لهم الولاية العامه، نعم، للوليّ العام أن يعزل وليّ الوقف في ظروف خاصه كالخيانه ونحوها.

انقسام الولاية باعتبار موضوعها

اشاره

وتنقسم الولاية باعتبار موضوعها إلى:

١. ولاية على النفس. ٢. ولاية على المال.

١- الولاية على النفس

هي عباره عمّا يتعلّق بالتصرف الصحيح النافذ في الشؤون الخاصه بنفس المولّي عليه، والإشراف على مصالحه من حضانتة وتربيته وتزويجه، وتنوع إلى:

ص: ٢٨

١- (١). المصدر السابق: ٤٢/١؛ الأشباه والنظائر: ٢٨٧.

٢- (٢). الكافي: ٣٩٥/٥، ح: ٥٨.

٣- (٣). انظر: عوالي اللئالي: ١٣٨/٢، ح: ٣٨٣.

أ) ولاية الحضانه: وهى ولاية على الحفظ والرعايه، وتدير شؤون المولى عليه منذ الولاده إلى سن التميز.

ب) ولاية التزويج: فالولى على النفس يتولى تزويج المولى عليه - بناء على ما أعطاه الشرع من صلاحية ذلك - وحق التصرف فيه.

وولاية التزويج قد تكون ولاية إجبار - أى: للولى حق التصرف فى زواج من هو فى ولايته دون النظر إلى رغبته وإرادته - ويكون العقد نافذاً؛ وذلك إذا كان المولى عليه فاقد الأهلية كالصبي غير المميز أو المجنون، أو ناقصها كالصبي المميز، وكان الولي ممن له ولاية الإيجار كالأب على ابنته الصغيره.

وقد تكون ولاية اختيار - أى: ليس للولى إجبار موليته على الزواج - بل تراعى رغبته، وينظر إلى إرادتها، حتى يتم التزويج بإذنها ورضاها.

٢- الولاية على المال

وهى سلطه شرعيه تمكن صاحبها من إنشاء العقود والتصرفات الخاصه بالمال وتنفيذها، ويشمل كل ما يتعلق بأموال المولى عليه من حقوقه على الغير، وحقوق الغير عليه، فيلزم الولي حفظ مال موليه من الضياع والهلاك، والعمل على تنميته واستثماره بالأوجه المشروعه، كما يلزم الإنفاق من هذا المال على صاحبه، وعلى من تلزمه نفقته بالمعروف فى طعام أو كسوه أو تعليم مراعيًا فى ذلك أوجه الإنفاق المشروعه من غير إسراف ولا تقتير.

كما يجب عليه أن يكون أميناً فى التصرف فى مال موليه غير مفسد إلى أن يسلم إليه ماله عند انتهاء الولاية عليه.

وقد تجتمع الولاية على النفس والمال لشخص واحد كالأب على ولده الصغير.

ثمَّ إنَّ أكمل الولايات وأقواها: هي ولايه الله سبحانه وتعالى على خلقه من الممكنات بعد أن كانت بأسرها في جميع شؤونها وكافة أطوارها مفتقره في وجودها إلى الواجب، مقهوره تحت سلطانه متقلبه بقدرته؛ إذ لا استقلالٍه للممكن في الوجود لكونه ممكناً بالذات موجوداً بالغير، وعدم التعلُّق في الممتنع لنقص في المتعلِّق، لا لقصور في التعلق، وإلَّا فهو على كل شيء قدير.

ومن رشحات هذه الولايات: ولايه النبي صلى الله عليه وآله وخلفائه الأئمة المعصومين عليهم السلام بالولاية الباطنيه، فإن لهم التصرّف بها في الممكنات بأسرها من الذره إلى الذروه، بإذنه تعالى، وهي بهذا المعنى خارجه عن الولايات المبحوث عنها في المقام، ولهم الولايات الظاهرية أيضاً على كافه الرعيه، بعد أن كان الناس طراً رعاياهم، بل عبيدهم لكن عبيد الطاعه لا عبيد الملك كما ورد عن الإمام الرضا عليه السلام . (١)

والذى يهمننا في هذا التقسيم هو البحث عن ولايه التزويج؛ وذلك لأنَّ صحه النكاح في بعض الصور - عند الإماميه، وهكذا المذاهب الإسلاميه - موقوفاً على صدوره عن الوليِّ كان البحث عن الوليِّ من مقدّمات عقد النكاح.

ص: ٣٠

١- (١) . الكافي: ١، كتاب الحجّه، باب فرض طاعه الأئمه عليهم السلام، ح ١٠. وبهذا الاسناد عن مروان بن عبيد عن محمّد بن زيد الطبري، قال: كنت على رأس الرضا عليه السلام بخراسان، وعنده عدّه من بنى هاشم وفيهم إسحاق بن موسى بن عيسى العباسي، فقال: «يا إسحاق بلغني أن الناس يقولون: أنا نزع من أن الناس عبيد لنا، لا وقرابتي من رسول الله صلى الله عليه وآله ما قلته قط، ولا سمعته من آبائي قاله ولا بلغني عن أحد من آبائي قاله، ولكنني أقول: الناس عبيد لنا في الطاعه موال لنا في الدين، فليبلغ الشاهد الغائب».

المبحث الثالث: الولاية حكم أم حقّ؟

إشاره

بحث العلماء مسأله الحقّ، والحكم بصوره مفصله، والذي ينبغي أن نبيّن هنا هو: ما المراد من الحكم؟ وما المراد من الحقّ؟ وما هو الميزان الفارق بينهما والثمرات المترتبه عليها؟ وما هو صوره الشكّ في كلّ من الأمرين بحسب ما تقتضيه الأصول والقواعد؟ وهل الولاية لمن ثبتت ولايته على غيره هي حكم أم حقّ؟

أولاً: الحكم

وهو جعل بالتكليف أو بالوضع متعلّق بفعل الإنسان من حيث المنع عنه والرخصه فيه، أو ترتّب الأثر عليه، فجعل الرخصه، مثلاً: حكم والشخص مورده وفعله وموضوعه، وهو لا يسقط بالإسقاط، ولا ينتقل بالنواقل؛ لأنّ أمر الحكم بيد الحاكم لا بيد المحكوم عليه.

ثانياً: الحقّ

إشاره

فهو يطلق - مرّه - حيال الملك، وأخرى ما يرادفه، وهو - بمعنيه - سلطنه مجعوله للإنسان من حيث هو على غيره، ولو بالاعتبار: من مال أو شخص أو هما معاً، كالعين المستأجره، فإنّ للمستأجر سلطنه على المؤجر في ماله الخاص.

وقد يكون مستقلاً بنفسه كحقّ التحجير، وقد لا- يكون مستقلاً بنفسه، بل متقومّ بغيره كحقّ المجنى عليه على الجاني وحقّ القصاص، فهو كالمملك الذى قد يكون متعلقه مستقلاً. وقد لا يكون كالكلى فى الذمه وقد يتحدان فى المورد، وإنما يختلفان بالاعتبار كسلطنه الإنسان على نفسه؛ ولذا قيل: الإنسان أملك بنفسه من غيره، ومنه قوله تعالى حكايه عن كليمه: (قَالَ رَبِّ إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي فَافْرِقْ بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْقَوْمِ الْفَاسِقِينَ). (١)

فما به التعلق عين ما إليه الإضافه وإنما يختلف بالاعتبار. (٢)

الفرق بين الحكم والحقّ

ثم إنَّ الفرق بين الحكم والحقّ أنّما يقع بأحد الأمور الثلاثة:

أحدها: كلّ ما ينتقل إلى المورث، فهو حقّ وإلّا فهو حكم.

ثانيها: ما كان قابلاً للإسقاط والإبراء، فهو حقّ وإلّا فحكم.

ثالثها: ما كان قابلاً للمعاوضه والمصالحه - بأن ينتقل إلى الغير بصلح وغيره - فهو حقّ وإلّا فحكم.

ولا شكّ، أنّ هذه الوجوه ليست ما بها يمتاز الحقّ عن الحكم بحسب الذات بل إنّما هي آثار لها فيشكل الفرق بحسب الذات، وعند الشكّ فى أنّ الشىء الفلانى حقّ أو حكم - كما إذا شككنا فى جواز الرجوع فى عدّه المرأه للزوج حقّ حتّى يقبل الإسقاط كأن يقول: أسقطت ما كان لى من حقّ الرجوع أو حكم شرعى غير قابل للإسقاط - يصعب الأمر، حيث لا أصل فى البين، ولا طريق لتشخيصه إلّا التنصيص من الشارع، فإنّهما متحدان صورته ومختلفان حقيقته كفرض الصلاه ونفلها وفرض الصوم

ص: ٣٢

١- (١). المائده: ٢٥.

٢- (٢). انظر: بلغه الفقيه: ١٤/١.

ونفله، حيث إنَّ إتيان نفل الصوم لمن عليه صوم واجب ليس بجائز دون فرض الصلاة، فهذا يكشف عن اختلاف حقيقتيهما.

فإن ورد النصّ على تعيين أحدهما فيؤخذ به وعند فقدانهما، فهل الأصل يقتضى الحقّ، أو يقتضى أنّه من قبيل الحكم؟

والمحكى عن المحقق القمى جواز الرجوع فى الهبة والعدّه قابله للصلح والإسقاط، فعلى تقدير عدم ورود نصّ ودليل عليه لا بدّ أن يقال: إنّ الأصل عندهما هو الحقّ فيكون هو المرجع عند الشكّ، ولكنّ العلّامة ذهب إلى أن لا أصل فى البين. (١)

ورأينا إنّ هذا القول الذى ذهب إليه العلّامة حسن بحسب تشخيص ذاتهما وحقيقتيهما لعدم الأصل فيهما.

نعم، نحن نقول: وإن لم يكن فى مقام تشخيص حقيقتيهما أصلاً جارياً إلّا أنّه يكفينا إجراء الأصل العملى فى آثارهما ولوازمهما، فإنّه بعد ما ثبت جواز الرجوع للزوج فى العدّه مثلاً- نشكّ فى سقوطه بعد قوله: «أسقطت» أو: «صالحته». فمقتضى الأصل والاستصحاب بقاؤه وعدم سقوطه وعدم قبوله للصلح، فنحكم حينئذٍ بأنّ جواز الرجوع هنا من قبيل الحكم ليس بحقّ حتّى يقبل للصلح والإسقاط.

وهكذا فى غيره فى سائر المقامات المشكوكه، فعند الشكّ بينهما الأصل يقتضى أن يكون حكماً لا حقاً.

وبهذا، تكون الولايه لمن ثبتت ولايته على غيره من الحكم دون الحقّ؛ لأنّها غير قابله للإسقاط، وأنّها حكم شرعى مجعول بيد الشارع فلا يسقط بالإسقاط، ولا قابل للانتقال بخلاف الحقّ فإنّه قابل للإسقاط والنقل، وإن كان

ص: ٣٣

الحقّ كالحكم من حيث الجعل من الشارع المقدّس إلّا أن نحو الجعل مختلف، فإنّ الحقّ جعل لصاحبه بنحو يكون زمامه بيده، فله الأخذ به، وله العفو والإسقاط، بخلاف الحكم، فإنه مجعول من الشارع المقدّس على موضوعه بنحو يكون رفعه بيد جاعله كوضعه.

و منه يعلم أنّه مع الشكّ في كون الولاية حكماً أو حقّاً الأصل الأوّل لاحتياج الثانی إلى المؤونه.

ص: ٣٤

إشاره

لَمَّا كانت الولاية في حقيقتها حمايةً ورعايةً وقياماً بالواجب، باعثها الشفقة الداعية إلى الحرص على مصلحة المولى عليه، فإذا لم تكن حمايه ولا- رعايه ولا- قيام بالواجب، فإنها تؤول إلى السقوط، فقد ذكر الفقهاء سقوط الولاية للأب أو الجد للأب في موردين وهما:

الأول: عَضُّ الولى

إشاره

وقبل البحث ينبغي أن نبيّن معنى العضل وحكمه وهو ما يأتي على الشكل الآتى:

أولاً: معنى العضل

إشاره

العضل لغهً هو: الشدّه، والمنع، والتضييق.

يقال: عضل الرجل أيمه، إذا منعها من التزويج ظلماً.

ومنه: الداء العضال الذى أعيا الأطباء علاجه، والأمر العضال: الذى استغلق حلّه، ولم يهتد لوجهه، كما تسمى الشدائد معضلات.

ويقال: عضّلت - بتشديد الضاد المعجمه - المرأه أو الناقه بولدها، إذا التوى فى رحمها، ونشب، وتعسّر خروجه.

ويقال: عضّلت الأرض بأهلها، أى: غصّت بهم وضافت لكثرتهم.

ومنه قول الشاعر:

ترى الأرض منّا بالفضاء مريضه معضّله منّا بجمع عرمرم (١)

والباب كلّه يدور حول: الشدّه والمنع والتضييق، كما تقدّم.

قال ابن فارس:

العين والضاد واللّام - أصل واحد صحيح يدلّ على شدّه والتواء فى الأمر. (٢)

وقال ابن منظور:

أصل العضل: المنع والشدّه، يقال أعضل بى الأمر إذا ضاقت عليك فيه الحيل، وأعضله الأمر غلبه، وداء عضال: شديد معي غالب، قالت ليلي:

سقاها من الداء العضال الذى بها غلام إذا هزّ القناه سقاها (٣)

العضل شرعاً هو المنع أيضاً، والمراد هنا: منعها من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كلّ واحد منهما فى صاحبه. (٤)

واختلف الفقهاء فى أنّه متى يكون امتناع الوليّ يعدّ عاضلاً؟

وأهمّ ما اشتهر ذكره عن الفقهاء هنا:

هو امتناع الوليّ من تزويجها بكفئتها أو لتقصان مهر مثلها، فيتفقون على أنّ الوليّ إذا امتنع من تزويجها بخاطبها الكفء الذى رضيته، فهو عاضل لها. وأما إن كان الخاطب الذى رضيته غير كفء لها، فلا يعد امتناع الولي من تزويجها به عاضلاً لها. (٥)

ص: ٣٦

١- (١). انظر: مقاييس اللغة: ٣٤٦/٤.

٢- (٢). المصدر السابق.

٣- (٣). لسان العرب: ٤٥١/١١؛ وانظر: مادّه عضل فى كلّ من: مقاييس اللغة: ٣٤٥/٤ و٣٤٦، الصحاح: ١٧٦٦/٥ و١٧٦٧؛ القاموس: ٢١/٨ و٢٢.

٤- (٤). جامع المقاصد فى شرح القواعد: ١٢٨/١٢.

٥- (٥). انظر للإماميه: جواهر الكلام: ١٨٥/٢٩؛ كشف اللثام: ٨٢/٧؛ وللحنابلة: المغنى: ٣٦٨/٧ و٣٦٩؛ الانصاف: ٧٥/٨. وللشافعيه: مغنى المحتاج: ١٥٣/٣؛ وللمالكيه: الخرشي على مختصر الخليل: ١٨٩/٣؛ وللحنفيه: فتح القدير: ٢٩٤/٣ و٢٩٥.

وأما إن رضيت المرأة بكفوؤ لزمهم أن يزوجوها بما رضيت من المهر - سواء كان مهر مثلها أو أقل - فإن منعوها واعترضوا على قدر مهرها ولت أمرها من شاءت.

وعند الشافعي يكون قد عضلواها، ويكون السلطان وليها (١)، وبه قال أبو يوسف ومحمد. (٢)

وقال أبو حنيفة:

للأولياء أن يعترضوا عليها في قدر المهر، فمتى نكحت بأقل من مهر مثلها، فللولي أن يقول للزوج: إمّا أن تبلغ بالمهر مهر المثل، وإلّا فسخت عليك النكاح وأجرى المهر مجرى الكفاءة؛ لأنّ الأولياء يتفخرون بكمال مهر نساءهم ويعتبرون بنقصها، فمن هنا أشبه الكفاءة؛ ولأن في تزويجها بأقل من مهر مثلها ضرراً على نساءها بنقص مهر أمثالهن. (٣)

وأما وجهه نظر الجمهور منهم: فلأنّ المهر حقّ خالص للمرأة، فلم يكن للأولياء حقّ في منعها، أو الاعتراض عليها من أجل نقصانه، كتمن عبدها أو أجره دارها؛ (٤) ولأنّها لو أسقطته بعد وجوبه لسقط اتفاقاً. (٥)

وأما وجهه نظر الإمامية، فقد ذكر الشهيد الأوّل:

أنّه إذا زوج الوليّ الإجباري كالأب والجدّ المولى عليه بدون مهر مثلها، فالوجه صحّحه العقد، لعدم مدخلية المهر في صحّحه النكاح وفساده. (٦)

ص: ٣٧

١- (١). الام: ١٤/٥؛ مختصر المزني: ١٦٥.

٢- (٢). السرخسي، المبسوط: ١٣/٥.

٣- (٣). المصدر السابق.

٤- (٤). ابن قدامه، المغني: ٣٦٩/٧.

٥- (٥). المصدر السابق.

٦- (٦). غايه المراد في شرح نكت الإرشاد: ١٢٤/٣.

ثم هل يلزم المسمى أو لا؟

قال الشيخ الطوسي: يلزم، (١) ووجهه أن للولى العفو بالنسبه إلى المهر لقوله تعالى: (أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ) ٢، فإذا ساغ له العفو عن الحق بعد ثبوته فالعفو بدونه أولى، وأختاره المحقق. (٢) وذهب العلامة الحلّي هنا إلى أنه إن كان لها مصلحة، بأن كان هذا الزوج بهذا القدر أكمل وأصلح من غيره بأضعافه فيصير صلاحه نقصان المهر، وليس نوع المصلحة في هذا الشخص، بل أیه مصلحة كانت، مثل اضطرابها إلى الزواج وخوف الوقوع في العار، ولو لم يوجد إلّا هذا بهذا المقدار، أو غير ذلك. (٣) وحكى الشيخ في المبسوط بطلان المسمى لوجوب مراعاة قيمه في أموالها ففي البضع أولى. (٤)

وأشكل عليه الشهيد الأول:

بأنّ هذا القول ضعيف، للفرق بأن النكاح في الأصح ليس معاوضه حقيقه بخلاف المذكور. (٥)

الزّاج

والذى يقتضيه صحيح النظر هو أنّه إن اقتضت المصلحة التزويج بدون مهر المثل صحّ العقد والمهر ولزم، وإلّا كان العقد فضوليا يتوقّف على الإجازة بعد البلوغ؛ لأنّ صحّه تصرفات الولى منوطه بالمصلحة، وبدونها يكون كتصرف الأجنبي.

ص: ٣٨

١- (١) . الخلاف: ٣٩٢/٤؛ المبسوط: ٣١١/٤.

٢- (٢) . شرائع الإسلام: ٢٧٦/٢.

٣- (٣) . الإرشاد: ١٢٤/٣.

٤- (٤) . المبسوط: ٣١١/٤.

٥- (٥) . غايه المراد: ١٢٥/٣.

وأما حكم العضل، فلا خلاف في تحريمه؛ لأنه نوع من الظلم الذي يتنافى ومشروعيه الولايه في النكاح؛ إذ هي ولايه نظر وإحسان، لا ولايه قهر وإذلال وإستبداد، ومن الأدله على تحريم العضل ما يلي:

١. من الكتاب

قال تعالى: (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ). (١)

وجه الاستدلال:

بناءً على أن الخطاب في قوله تعالى: (فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ) للناس أجمع ويدخل فيهم الأولياء على معنى أنه لا يكون عضل منكم، أو المراد خطاب الأولياء، وعلى كل حال، فالمراد بأزواجهن من رضين بهم أن يكونوا أزواجاً، لا خصوص الأزواج السابقه وإن احتمل في الآيه.

ولكن على أي وجه دال على المطلوب، نعم، لو قيل: بكون المراد نهى الأزواج السابقين عن عضل النساء أن يتزوجن بعد خلائهن، خرجت الآيه عن الدلاله، وتكون أجنبية عن محل بحثنا؛ لأن موضوعها يكون عدم جواز منع المطلقه المدخول بها من التزوج بغير زوجها الأول، أو الرجوع إليه بعد العده.

هذا وربما استفيد من الآيه ثبوت الولايه، وإلا لم يكن للعضل وجه، وفيه إن العضل ظلم متحقق على كل حال، كما هو واضح.

(٢)

ص: ٣٩

١- (١). البقره: ٢٣٣.

٢- (٢). انظر: جواهر الكلام: ١٨٤/٢٩.

١. قال رسول الله صلى الله عليه وآله :

«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام». (١)

ووجه الاستدلال به واضح: حيث إنَّ مَنْعَهَا الْوَلِيِّ مِنَ التَّرْوِيحِ بِالْكَفْوِ إِذَا طَلِبْتَ ذَلِكَ فِيهِ ضَرَرٌ وَمَشَقَّةٌ، وَالْإِسْلَامُ قَدْ رَفَعَهُ بِحَدِيثِ «لَا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ»، وَبِالْإِضَافَةِ إِلَى أَنَّ لَهَا حَقًّا فِي الْإِعْفَافِ وَالتَّصَوُّنِ، وَدَفَعَ ضَرَرَ مَدَافِعِهِ الشَّهْوَةِ وَالْخَوْفِ مِنَ الْوُقُوعِ فِي الْحَرَامِ.

(٢)

٢. صحيحه أبي حمزه الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام، إن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: «أنت ومالك لأبيك»، ثم قال أبو جعفر عليه السلام: «ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما احتاج إليه ممّا لا بد منه، إنَّ الله لا يحبُّ الفساد». (٣)

وجه الاستدلال:

إنَّ الْإِطْلَاقَ الْوَارِدَ فِي صَحِيحِهِ أَبِي حَمَزَةَ الثَّمَالِي الْقَائِلَ بِأَنَّ «اللَّهَ لَا يَحِبُّ الْفَسَادَ»، يَقُولُ: إِنَّ تَحْدِيدَ وَلَايَةِ الْأَبِ إِذَا ثَبَتَتْ فِي الْمَالِ ثَبَتَتْ فِي الْعَرَضِ بِطَرِيقِ أَوْلَى، فَلَا يَكُونُ لِلْأَبِ مَنَعُهَا عَنِ التَّرْوِيحِ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ الْفَسَادُ، وَاللَّهُ لَا يَحِبُّ الْفَسَادَ.

إنَّ الْوَلَايَةَ مَأْمُورٌ بِهَا، فَإِذَا كَانَتْ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ فَسَادًا، فَاللَّهُ لَا يَحِبُّهَا - أَيْ: لَا يَأْمُرُ بِهَا فَتَسْقُطُ الْوَلَايَةُ عَلَيْهَا. (٤)

ولكن إذا منعها الولي بمن ورد النهي عن الترويح بهم ولو بنحو الكراهه كشارب الخمر وتارك الصلاة والمتجاهر بالفسق مع كونه كفؤاً بالإسلام إذا كانت المرأة مسلمة، أو منعها الولي من الترويح بمن يكون عليهم في زواجها ضعه عرفاً «من حيث

ص: ٤٠

١- (١). الكافي: ٢٩٢/٥؛ وسائل الشيعة: ٣٤١/١٧ ح: ٣، ورواه العامه أحمد وغيره، وهو صحيح بمجموع طرقه، ومتفق على معناه

انظر: ابن حنبل، المسند: ١/ص ٣١٣.

٢- (٢). القواعد والفوائد: ٥١/٢.

٣- (٣). وسائل الشيعة: ١٧ كتاب التجاره، أبواب ما يكتسب به، ٧٨، ح: ٢.

٤- (٤). انظر: موسوعه الإمام الخوئي: ٢١٩/٣٣.

وجود الغضاضه والنقص والعيب فى العرض» فهو ليس بعضل. وكذا لو منعها من التزويج بكفو معين مع وجود كفو آخر، وكذا لو منعها من النكاح المنقطع مع تيسر الدائم؛ وذلك لأن الأدله التى دلت على سقوط ولاية الأب لا تأتى هنا، حيث إن أعمال ولاية الأب فى منعها فى هذه الصورة المتقدمه يكون لصالحها، ولم يكن المنع فيه مفسده فتبقى إطلاقات أدله ولاية الأب والجدّ سالمه وشامله لهذه الصورة.

ثالثاً: تزويجها إذا عضل الولي

والبحث فيه يقع على مستويين:

المستوى الأول: عند الإماميه

وأما تزويجها إذا عضل وليها عند الإماميه، فقد اتفقوا على سقوط اعتبار رضاه، وجاز لها الاستقلال بالعقد على نفسها، والمحدث عنه هو البكر الرشيد البالغ.

قال صاحب الحدائق: الظاهر أنه لا خلاف بين الاصحاب فى أنه لو عضلها الولي سقط اعتبار رضاه، وجاز لها الاستقلال بالعقد على نفسها. (١)

بل نقل الإجماع على ذلك جملة من الأصحاب. (٢)

وقد يستدل له بقوله تعالى: (فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكَحْنَ أَرْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ). (٣)

إلا أن فساده أوضح من أن يخفى، فإن الموضوع فى هذه الآية الكريمة إنما هو المطلقات المدخول بهن، كما يشهد لذلك قوله تعالى فى صدرها: (وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ).

ص: ٤١

١- (١). الحدائق الناظره: ٢٣٣/٢٣.

٢- (٢). منهم: الخلاف: ٢٧٩/٤؛ القواعد: ٦/٢؛ المفاتيح: ٢٦٥/٢.

٣- (٣). البقره: ٢٣٢.

ومن هذا المنطلق تكون الآيه الكريمة خارجه عن محلّ كلامنا بالكلّيه، فإنّ موضوعها عدم جواز منع المطلقه المدخول بها من التزويج بغير زوجها الأول، أو الرجوع إليه بعد العده، وأين هذا من عدم ثبوت الولاية للأب على ابنته البكر في فرض عضلها ومنعها من التزويج بالكفء؟

فالصحيح في الاستدلال هو التمسك:

أولاً: بمناسبة الحكم والموضوع، فإنّ المستفاد من جملة من النصوص أنّ ولاية الأب ثابتة لها لا عليها، ومن الواضح أن هذا إنّما يقتضى النظر في أمرها ومراعاة مصلحتها في كلّ ما يقوم به لها.

ثانياً: دليل نفى الحرج إذا فرضنا في بقائها كذلك حرجياً، فإنّ هذا الدليل يرفع في هذه الحالة اعتبار إذن الأب والجدّ على نحو الاستقلال أو الاشتراك. (١)

المستوى الثانى: عند أهل السنّه

وأما عند السنه، فقد اتفق فقهاؤهم على سقوط حقّ الأقرب في الولاية إذا ثبت عضله وانتقالها إلى غيره، ثمّ اختلفوا فيمن يزوجه. حينئذٍ على قولين:

القول الأول: أنّه يزوجه من يليه من الأولياء.

وإلى هذا ذهب إليه الحنابله (٢)، وبه قالت الشافعيه إذا تكرر العضل من الولي الأقرب، بناء على أنّه يصير بذلك فاسقاً، ولا ولاية للفاسق على الصحيح عندهم. (٣)

ووجهه هذا المذهب: أنّه تعدّر التزويج من جهة الأقرب فملكه من يليه، كما لو جن الأقرب. ولأنه يكون بالعضل فاسقاً، فتنقل الولاية عنه، كما لو شرب الخمر. (٤)

ص: ٤٢

١- (١). انظر: موسوعه الإمام الخوئى: ٢١٨/٣٣.

٢- (٢). انظر: كشف القناع: ٥٤/٥.

٣- (٣). انظر: مغنى المحتاج: ١٥٣/٣.

٤- (٤). انظر: المغنى: ٣٦٨/٧.

القول الثاني: أنه يزوجه السلطان، وهذا مذهب المالكيه وكذلك الشافعيه في غير الصوره السابقه وهى تكرّر العضل، وكذلك الحنفيه بناء على أنّ العضل كما يكون فى الحرّه المكلفه يكون فى الصغيره والمجنونه. (١)

ودليل هذا القول ما يلى:

١. الدليل النقلى أو الحديث: «فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له». (٢)

٢. ولأينّ النكاح حقّ للمرأة، فإذا تعذر من جهه وليّها كان للحاكم استيفاءه، كما لو كان على رجل دين فامتنع من أدائه، فإن الحاكم يقوم باستيفائه لصاحبه من الممتنع. (٣)

٣. ولأنّ الولى بامتناعه يكون ظالماً، والسلطان يقوم مقام صاحب الحقّ فى دفع الظلم عنه. (٤)

الرّاجح

والذى يبدو لى أنّ الرّاجح هو ما ذهب إليه الإماميه؛ وذلك للإجماع من الطائفه على استقلالها عند منعها من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك ورغب كلّ واحد بصاحبه، وفيه اعتراف بأنّ لها أهليته تولّى النكاح بنفسها، ويدلّ عليه بالإضافه إلى الإجماع حديث: «لا ضرر ولا ضرار، ورفع الحرج، وسعه الشريعة السمحه السهله»، وهذا هو الرأى الرّاجح، والله أعلم.

الثانى: غيبه الولى

إشاره

اختلف الفقهاء فى انتقال الولاية وكيفيته عند غيبه الولى على النحو التالى:

ص: ٤٣

١- (١). انظر للمالكيه: حاشيه الدسوقي: ٢٣١/٢؛ الشرح الكبير: ٢٣٢/٢.

٢- (٢). مسند أحمد: ٦٦/٦.

٣- (٣). المغنى: ٣٦٨/٧.

٤- (٤). المصدر السابق.

ذهبوا إلى أن الولي إذا كان غائباً لا يمكن الاستئذان منه مع حاجه المرأة إلى الزواج سقط اعتبار إذنه فيجوز لها أن تعقد على نفسها من دون مراجعه الحاكم.

قال الشيخ الطوسي:

وإن غابا جميعاً يعني: الأب والجدّ كان لها أن تعقد على نفسها، أو توكل من شاءت من باقى الأولياء. (١)

وقال السيد الحكيم:

وفى الحدائق: وفى حكم العضل الغيبه المنقطعه التى يحصل معها المشقّه الشديده من اعتبار استئذان الولي، (٢) ونحوه ما فى الرياض. (٣)

والأول حكي ارتضاؤه عن كثير من الأصحاب (٤)، ويظهر من الجميع عدم الخلاف فى ذلك، بل فى كلام بعض (٥)، أنه بلا خلاف وكأنه لما يستفاد من دليل السقوط بالعضل. (٦)

وقد يستدل له على ذلك:

١. من الكتاب

قوله تعالى: (فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ). (٧)

وجه الاستدلال: لما دلّ على سقوط ولاية الأب عند العضل، حيث يصدق أن الولاية للأب إنما هو لمصلحه البنت ولتكميل نقصها، ولا مصلحه فى ولايته، وهو غائب عنها لا يمكن استئذانه، وهى بحاجه إلى الزواج فتسقط ولايته فى هذه الصورة.

ص: ٤٤

١- (١). الخلاف: ٢٧٨/٤.

٢- (٢). الحدائق: ٢٣٢/٢٣.

٣- (٣). رياض المسائل: ٨٠/٢.

٤- (٤). التذكرة: ٦٠١/٢؛ السبزواري، الكفايه: ١٥٦؛ الحدائق: ٢٣٢/٢٣.

٥- (٥). السبزواري، كفايه الأحكام: ٩٦/٢.

٦- (٦). مستمسك العروه: ٤٤٩/١٤.

٧- (٧). البقره: ٢٣٢.

وبعبارة أخرى: يمكن القول بأن أدلة الولاية منصرفه عن الغائب الذي لا يمكن استئذانه، فتكون الولاية لمن حضر من الآباء والأجداد، أو كان يمكن استئذانهم في أمر البنت لتكميل نقصها ومصحتها.

٢. من السنّة

قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام». (١)

وجه الاستدلال: إن للمرأة حقاً في العفاف وصون النفس من الوقوع في الحرام، ودفع ضرر مدافعه الشهوة، وغيبه الولي المنقطعه التي يحصل معها المشقة الشديدة من اعتبار استئذانه ضرر ديني أو دنيوي، وهو منهي عنه. فتسقط ولايته في هذه الصورة.

ثانياً: أهل السنّة

وأما فقهاء السنّة، فقد إتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أنه: إذا غاب ولي المرأه الأقرب فقد جاز لغيره تزويجها، على خلاف بينهم في حدّ الغيبه التي يجوز التزويج فيها لغير الأقرب، وكذلك في من يزوجه، أهو الولي الذي يليه، أم السلطان؟

ذهب ابن حزم الظاهري وزفر من الحنفيه إلى أنه لا- يجوز لأحد تزويجها في غيبه وليها الأقرب، وإن طال غيبته حتى يقدم فيزوجها بنفسه. (٢)

وكذلك قال زفر:

إنه لا- يزوجه الولي الأبعد لبقاء ولايه الأقرب، ولا يزوجه السلطان من باب أولى؛ لأن ولايته متأخره عن ولايه الولي الأبعد، وهذا بخلاف العضل عنده؛ لأنّ الولي العاضل ممتنع من إيفاء حقّ لمستحقه، فيقوم السلطان مقام صاحب الحقّ في دفع الظلم عنه، والغائب غير ظالم. (٣)

ص: ٤٥

١- (١). الكافي: ٢٩٢/٥، ح: ٢؛ وسائل الشيعة: ٣٤١/١٧، ح: ٣.

٢- (٢). انظر: المحلّي: ٤٥٨/٩.

٣- (٣). انظر: السرخسي، المبسوط: ٢٢١/٤؛ بدائع الصنائع: ١٢٧٢/٣.

وأما من الذى يزوجه فى غيبه الولي الأقرب؟ أهو الولي الأبعد أم السلطان؟ قولان مشهوران:

الأول:

إن الذى يزوجه هو الولي الذى يليه مرتبه، وهذا مذهب الحنفية والحنابلة. (١)

قالوا: إن الولايه تنتقل من الولي الأقرب إلى الولي الأبعد إذا غاب الأول غيبه منقطعه يخشى معها فوات الكفء إذا انتظرنا حضوره أو استطلاع رأيه.

الثانى:

إنه السلطان، وهو مذهب الشافعيه. (٢)

حيث ذهبوا إلى أن الولي الأقرب نسباً أو ولاءً إذا غاب مسافه القصر، ولم يحكم بموته، وليس له وكيل حاضر فى تزويج موليته، أو كان محرماً بالحج أو العمره، فإن الولايه تنتقل إلى السلطان أو نائبه؛ لأن الغائب ولي، والتزويج حق له، فإن تعذر حضوره ناب عنه الحاكم.

أما إذا غاب دون مسافه القصر، فلا تزوج موليته إلّا بإذنه، ولا يصح تزويج السلطان عليه، وكذلك إذا كان له وكيل، فهو مقدّم على الأقرب والسلطان.

وأما المالكيه فى كلامهم، ونقل بعضهم عن بعض اختلاف واضطراب شديد، وبيان ذلك أن الولي - عندهم - إما أن يكون مجبراً وهو الأب فى ابنته البكر، أو الصغيره مطلقاً.

وإما أن يكون غير مجبر وهم: بقية الأولياء.

فبعضهم جرى على إطلاق قول واحد، ولم يفرق بين مجبر وغير مجبر، وبعضهم

ص: ٤٤

١- (١). انظر للحنفيه: السرخسى، المبسوط: ٢٢٠/٤؛ بدائع الصنائع: ١٣٧٢/٣.

٢- (٢). انظر للشافعيه: الأم: ١٤/٥؛ مغنى المحتاج: ١٥٧ و ١٥٢/٣.

فصل، وحاصل تلك الأقاويل يمكن تصنيفها إلى صنفين:

الصنف الأول: يدل على أنّ المعتمد هو أنّ الولاية تنتقل في غيبة الولي الأقرب إلى الأبعد، ولا فرق بين مُجبر وغيره.

وهذا ما يدل عليه كلام ابن رشد (١)، وكلام ابن جزى صريح، وهذا نصّه:

إذا غاب الأقرب انتقلت الولاية إلى الأبعد، وقال الشافعي: إلى السلطان. (٢)

ثم قال في مسأله متتبعا:

إذا غاب عن البكر أبوها وهي مُجبره زوجها سائر الأولياء، أو السلطان إن لم يكن لها ولي. (٣)

الصنف الثاني: يدل على أن المعتمد هو انتقالها إلى السلطان، سواء كان مُجبراً أم غير مُجبر، إلّا في بعض الحالات التي قد قيل بانتقالها إلى الأبعد، أو بصحّه تزويجه فيها، وإن كان الأحقّ به فيها السلطان.

وهذا هو ظاهر كلام خليل في المختصر وكذلك شروحه.

وحاصله: أنّه إن كان الغائب الولي المجبر كالأب في ابنته البكر، فلا يزوجه إلا السلطان - حيث قيل بتزويجها. دون الأولياء الحاضرين. وأما إن كان الغائب غير مجبر وكانت الغيبه مسافه ثلاثه أيام فما فوقها فالذى يزوجه هو السلطان ايضاً، ولكن لو زوجها الولي الأبعد صحّ - حينئذ - بناء على أنّ الترتيب بين الأولياء ليس بشرط.

وأما إن كان الغائب أسيراً، أو مفقوداً، أو أولياً غير مجبر، ومسافه غيبته دون ثلاثه أيام، فالذى يزوجه حينئذٍ الولي الأبعد دون السلطان، وقيل غير ذلك. (٤)

ص: ٤٧

١- (١). بدايه المجتهد: ١١/٢.

٢- (٢). قوانين الأحكام الشرعيه: ٢٢٤.

٣- (٣). المصدر السابق.

٤- (٤). انظر: الدردير، الشرح الكبير: ٢٢٩/٢ و ٢٣٠؛ حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير: ٢٣٠/٢.

استدلّ من قال: يزوجها الولي الأبعد دون السلطان، بما يلي:

١. الدليل النقلى وهو الحديث: «السلطان وليّ من لا وليّ له».

وهذه لها ولي، فلا ولايه للسلطان عليها مع وجوده. (١)

٢. ولأنّه تعذر حصول التزويج من الأقرب فثبتت الولاية لمن يليه من الأولياء الحاضرين، كما لو جن الأقرب، أو مات.

٣. ولأنها حاله جاز فيها التزويج لغير الأقرب، فكان الأبعد أحقّ بها من السلطان؛ لأنه أكمل نظراً لها منه.

وأما من قال: يزوجها السلطان دون الولي الأبعد فدليلهم:

أنّ الولي الأبعد محجوب بولاية الأقرب، وولاية الولي الأقرب باقيه، بدليل أنّه لو زوجها فى مكانه، أو وكلّ من يزوجها لصح ذلك منه، وإنّما تعذر لغيبته فتاب الحاكم عنه، كما لو غاب، وعليه دين، فإنّ الحاكم ينوب عنه فى الدفع من ماله دون غيره من الأولياء، كما سبق فى العضل. (٢)

الزّاج

والذى يظهر لى هو: رجحان القول الأوّل؛ وذلك إنّما جعلت الولاية للولى، لمصلحه البنت ولتكميل نقصها، ولا مصلحه فى ولايته، وهو غائب عنها لا يمكن استئذانه، وهى بحاجة إلى الزواج، فترك التزويج لأجل غيبه الولي نقيض ما هو المقصود من جعل الولاية، مضافاً إلى قاعده: لا ضرر، فحينئذ تسقط ولايته، وذلك لما دلّ على سقوط ولاية الأب عند العضل، فإنّه بحكمه.

ص: ٤٨

١- (١). انظر: المغنى: ٣٧٠/٧؛ المبسوط: ٢٢١/٤؛ بدائع الصنائع: ١٣٧٢/٣.

٢- (٢). مغنى المحتاج: ١٥٧/٣.

وإنّما تكون أحق بنفسها، ولها أن تعقد على نفسها، للأصل الأوّلى من عدم ولايه أحد على أحد، ولإجماع الطائفة وعدم الخلاف فى ذلك.

حد الغيبه

وأما حدّ الغيبه التى تسقط بموجبها الولاية عن الوليّ وتكون المرأه أحق بنفسها، على رأى الإماميّه، أو انتقالها للولى الأبعد، أو للسلطان فى تزويج المرأه على رأى المذاهب الأخرى، فقد اختلف فيها على أقاويل مختلفه فى كلّ مذهب من المذاهب الخمسه، وذلك شأن المسائل الخاضعه للنظر والاجتهاد؛ إذ ليس فى هذه الغيبه، ولا فى تحديدها نصّ من كتاب أو سنه وإنّما هى مسأله اجتهاديه، وإليك ما قيل فى كلّ مذهب حسب ما نشير إليه:

أوّلاً: مذهب الإماميّه

لم يحدّد مذهب الإماميّه مقدار معين للغيبه المنقطعه، لعدم وجود النصّ فى ذلك. وقال السيد الحكيم:

وفى الحدائق: وفى حكم العضل الغيبه المنقطعه التى يحصل معها المشقه الشديده من اعتبار استئذان الوليّ، (١) ونحوه ما فى الرياض (٢). (٣)

فجعل المدار فى الغيبه المنقطعه عدم إمكان استئذان الوليّ بأيه حاله، ولو عبر الهاتف أو الرسائل ولا يمكن لقائه كالسجين الذى لا يمكن لقائه. وفى الحدائق:

بما يظهر منه أنّه لدليل الحرج. (٤)

ص: ٤٩

١- (١). الحدائق الناظره: ٢٣/٢٣٣.

٢- (٢). رياض المسائل: ٨٠/٢.

٣- (٣). مستمسك العروه: ١٤/٤٤٩.

٤- (٤). الحدائق: ٢٣/٢٣٣.

يَتَّفِقُ الحنفيه على أَنَّ الغيبه التي يجوز لغيرالوليِّ الأقرَب تزويج المرأه فيها على أَنَّها الغيبه المنقطعه، وإنَّما يختلفون متى تكون الغيبه منقطعه على أقوال كثيره منها:

١. أن يكون الوليُّ في بلد لا تصل إليه القوافل في السنه إلَّا مره واحده. (١)

٢. أَنَّها الغيبه التي يفوت الكفاء لو انتظر استطلاع رأى الوليِّ الأقرَب. (٢)

٣. وقيل: من جابلقا إلى جابلتا، وقالوا: وهما قريتان إحداهما بالمشرق والأخرى بالمغرب. وهذه روايه عن أبي يوسف.

وقد قيل فيها: إنَّ هذا دليل على رجوعه إلى قول زفر، أي: أَنَّ المرأه لا تزوج في غيبه وليها، وإنَّما ذكر هذا على طريق ضرب المثل. (٣)

٤. وقيل: من بغداد إلى الرى، وهى روايه عن أبي يوسف ومحمد.

٥. وقيل: من الرقه إلى البصره، وهى روايه عن محمد.

٦. وقيل: من الكوفه إلى الرى، وهى روايه عن محمد.

٧. وقيل: إذا كان في موضع يقع الكراء إليه دفعه واحده، فليست منقطعه، أو بدفعات فهى منقطعه. (٤)

ثالثاً: مذهب المالكيه

إنَّ الوليَّ الغائب عند المالكيه لا يخلو من أحد أمرين:

الأمر الأول: إمَّا أن يكون ولياً غير مجبر، فحدها مسافه ثلاثه أيام. (٥)

الأمر الثانى: وأمَّا إذا كان الوليُّ مجبراً كالأب في ابنته البكر، فلا- تزوج إلَّا إذا كانت غيبته بعيده، ومثّلوا لها بإفريقيا: - يعنى القيروان - واختلفوا في بدايتها، فقيل، أى:

ص: ٥٠

١- (١). فتح القدير: ٢٩٠/٣.

٢- (٢). المصدر السابق: السرخسى، المبسوط: ٢٢٢/٤؛ الكاسانى، بدائع الصنائع: ١٣٧٤/٣.

٣- (٣). انظر: فتح القدير: ٢٩٠/٣؛ السرخسى، المبسوط: ٢٢٢/٤.

٤- (٤). كلّ هذه الأقوال مصادرهما السابقه وصفحاتها.

من المدينة إلى إفريقيا؛ لأنَّ مالكاً لما قرَّرها كان بالمدينة.

وقيل: بل من مصر؛ لأنَّ ابن القاسم لما سئل عنها، فأجاب كان بمصر.

ثمَّ اختلفوا هل من شرطها الاستيطان أو لا؟

فقد قيل لابن القاسم:

أرأيت إن خرج تاجراً إلى أفريقيا، أو إلى نحوها من البلدان وخلف بنات أبقاراً فأردن النكاح، ورفعن ذلك إلى السلطان، أينظر في ذلك السلطان أم لا؟

قال: إنَّما سمعت مالكاً يقول في الذي يغيب غيبه منقطعه، فأما من خرج تاجراً، وليس يرد المقام بتلك البلاد فلا يهجم السلطان على ابنته فيزوّجها، وليس لأحدٍ من الأولياء تزويجها.

قال: وهو رأيي؛ لأن مالكاً لم يوسّع في أنّه تزوّج ابنه الرجل إلّا أنّ يغيب غيبه منقطعه. (١)

ولقد أطل الحطّاب في شرح المختصر في هذه المسألة، وأكثر من إيراد النقول المتضاربه، ثم قال:

عُلم من كلام المدوّنه، وكلام ابن رشد أنّ هذا الخلاف إنّما هو إذا كانت غيبه الأب عن ابنته غيبه انقطاع، بمعنى: أنّه طالت إقامته، بحيث لا يرتجى قدومه بسرعه غالباً؛ وأما من خرج لحاجه، أو تجاره، ونيتة العوده، ولم تطل إقامته فلا تزوّج ابنته. (٢)

رابعاً: مذهب الشافعيه

وأما مذهب الشافعيه، فحدّ الغيبه عندهم مسافه القصر؛ وأما ما دونه ففيه قولان في المذهب، أصحهما:

أنَّها لا تزوّج إلّا بإذنه، وقيل: بل تزوّج لئلا تتضرّر بفوات الكفء الراغب. (٣)

ص: ٥١

١- (١). المدوّنه الكبرى: ١٤٤/٢.

٢- (٢). الدردير، الشرح الكبير: ٢٢٩/٢.

٣- (٣). مغنى المحتاج: ١٥٧/٣.

وأما مذهب الحنابلة، فهو أشبه بمذهب الحنفيه في هذه المسأله؛ إذ يتفق معه على أن المعتبر في الغيبه إنّما هي الغيبه المنقطعه ويختلفون في حدّها على أقوال هي:

١. قيل: ما يفوت به كفاء راعب، وقال صاحب الإنصاف: وهو قوى. (١)

٢. وقيل: ما تستضّر به الزوجه، قال صاحب الإنصاف: وهو الصواب. (٢)

٣. أنّها المسافه التي تقصر فيها الصلاه، فقد روى عن أحمد أنّه قال: إذا كان الأب بعيد السفر يزوّج الأخ.

وقال ابن قدامه: فيحتمل أنّه أراد بالسفر البعيد ما تقصر فيه الصلاه؛ لأنّ ذلك هو السفر الذي علقت عليه الأحكام. (٣)

الرّاجع

والذي يظهر لي ممّا تقدّم: أنّ الصواب هو اعتبار الغيبه المنقطعه التي يحصل معها المشقه الشديده، ويكون فيها الحرج دون غيرها، فإنّ التحديد بابه النصّ، ولا نصّ في هذه المسأله.

وأما معرفه حدّ الغيبه المنقطعه من غيرها، فهذه مردها إلى العرف، ولا تقدّر بالأيام، ولا بطول المسافه؛ إذ التقديرات بابها النصّ، ولا نصّ في هذه المسأله. وفي زماننا هذا من وسائل الاتّصال الميسّره ما لم يسبق لها مثيل، ممّا يوفر كثيراً من الجهد، ويذلّل كثيراً من الصعاب التي كانت في الماضي يحسب حسابها.

ص: ٥٢

١- (١) . المصدر السابق.

٢- (٢) . الإنصاف: ٧٧/٨.

٣- (٣) . المغنى: ٣٧٠/٧.

إشاره

العقد لغةً: هو الجمع بين الشيئين بحيث يعسر الانفصال، كما ذكره غير واحد من أعلام اللغة.

قال الجوهري: عقدت الحبل والعهد والبيع وانعقد. (١)

وفي القاموس: عقدت الحبل والبيع والعقد يعقده اشتدّه. (٢) وقال الفيومي:

عقدت الحبل فانعقد، والعقد ما يمسكه ويحبسه ويوثقه، ومنه قيل: عقدت البيع، ونحوه، وعقدت اليمين. (٣)

وقال الراغب الأصفهاني:

العقد الجمع بين أطراف الشيء، ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبه كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد

البيع. (٤)

ص: ٥٣

١- (١). صحاح اللغة: ٥١٠.

٢- (٢). القاموس المحيط: ٣٨٣/١.

٣- (٣). مصباح المنير: ٤٢١.

٤- (٤). المفردات في غريب القرآن: ٣٤١.

وقد ذكر الشيخ الطبرسي:

العقود جمع عقد بمعنى معقود، وهو أوكد العهود.

الفرق بين العقد والعهد

إنَّ العقد فيه معنى الاستيثاق والشّد، ولا يكون إلّا بين متعاقدين، والعهد قد ينفرد به الواحد فكلّ عهد عقد وأصله عقد الشىء بغيره، وهو وصله به، كما يعقد الحبل. (١)

هذه بعض كلماتهم.

ويلاحظ على هذه التعريفات أنّها تتلخص فى معنيين:

الأول: مطلق العهد والالتزام النفساني سواء أكان بين شخصين كالعقود، أم شخص واحد كالحلف واليمين، وسواء أكان مشدداً لا يجوز فسخه والعدول عنه، أم غير مشدّد.

الثانى: خصوص العهد المؤكّد الذى يقتضى بحسب طبعه العمل بمقتضاه، وعدم الرجوع عنه، هذا بحسب اللغة.

الثانى: العقد فى الاصطلاح

إشاره

عبارة عن إنشائين متلازمين إبتدائى ومطاوعى معقود أحدهما بالآخر فى وعاء الاعتبار، لا يتم ولا يؤثر واحد منها إلّا بالآخر، وفى كثر العرفان: العقد اسم للإيجاب والقبول. (٢)

ويلاحظ عليه: الظاهر أنّ هذا من مصاديق المعنى اللغوى، فاللفظ حقيقه فيه فى الشرع والعرف، كما قال المحقق النائينى رحمه الله :

ص: ٥٤

١- (١). مجمع البيان: ١٥١/٣.

٢- (٢). كثر العرفان: ٧٢/٢.

إنَّ معنى العقد لغه وعرفاً هو العهد المؤكّد. (١)

ويؤيّد ما ورد في صحيحه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام بأنّ المقصود من العقود فى الآيه العهد. (٢)

العقد فى القرآن الكريم

عبر القرآن الكريم عن لفظ العقد فى موارد عديده من الآيات، وأراد منه المعنى اللغوى، وهو: الجمع بين الشيئين بحيث يعسر الانفصال بينهما، وذلك ما نجده فى الآيات الشريفه:

أ) (وَ لَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ وَ اعْلَمُوا). (٣)

ب) (أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ).

ج) (وَ الَّذِينَ عَقَدْتُمْ أَيْمَانَكُمْ).

د) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ . وغيرها من الآيات.

لقد ذكر العلامة الطباطبائى رحمه الله فى خصوص هذه الآيه الكريمه (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) قائلاً:

العقود جمع عقد وهو شدّ أحد شيئين بالآخر نوع شد يصعب معه انفصال أحدهما عن الآخر، كعقد الحبل والخيط بآخر من مثله، ولازمه التزام أحدهما الآخر، وعدم انفكاكه عنه.

وقد كان معتبراً عندهم فى الأمور المحسوسه أولاً، ثم استعير فعَمَّ للأمر المعنويه كعقود المعاملات الدائره بينهم من بيع أو إجاره أو غير ذلك. (٤)

ويفهم من كلامه العقد له معنى واحد، مادى كما فى عقد الحبل ونحوه أو معنوى

ص: ٥٥

١- (١) . منيه الطالب: ٨٩/١.

٢- (٢) . تفسير القمى، أول سورة: المائده.

٣- (٣) . الآيات بترتيب: البقره: ٢٣٥؛ البقره: ٢٣٧؛ النساء: ٣٣؛ المائده: ١.

٤- (٤) . تفسير الميزان: ١٥٨/٥.

كعقد البيع والنكاح أو غيرهما، (وَلَا تَعْرِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ). (١)

و (وَلَا تَعْرِمُوا) العزم: عقد القلب على أمر تفعله.

عقده، العقده: من العقد وهو الشد. والتعبير في الآيه وارد على تشبيه عقد النكاح بالعقده التي يعقد بها أحد الخيطين بالآخر بحيث يصيران واحداً بالاتصال، وكأن علاقته الزوج تصير الزوجين واحداً متصلاً.

هذا هو الرباط المقدس بين شخصين شاءت الظروف أن يرتبط كل منهما بالآخر ليدخلا الحياه من هذا المنطلق العاطفى والروحي معاً.

لذلك لا بد لهذا الاتصال من عقد يربط بين الطرفين المتعاقدين، شأن النكاح من هذه الجبهه شأن بقية العقود التي تقع بين طرفين.

وبهذا يكون عقد النكاح عقداً متميزاً عن: الإيقاع، وهو الذى يكون الإنشاء فيه من طرف واحد كالطلاق، فإن فك الارتباط الزوجى والتخلى عن هذه العلاقه، يحصل من جانب واحد، وهو الزوج؛ لأن الطلاق بيد من أخذ بالساق. ولولا الدليل الشرعى المذكور والذى أناط موضوع الطلاق بيد الزوج لما كان الطلاق من العمليات الإيقاعيه بل كنا نقول: بأنه من العقود أيضاً، فيتوقف على قبول المرأه أيضاً.

أو نقول: أنه من الإيقاعات، وحينئذ فيكون للمرأه أيضاً هذه الصلاحيه، فإمكانها أن توقعه أيضاً.

وعلى كل حال، فعقد النكاح شركه حياتيه بين إثنين لذلك كان لكل طرف أن يعبر عن رأيه فى الالتزام بما تقتضيه هذه الشركه فكان تعاقداً، وبه كان للمرأه أن تقول كلمتها فى تأسيسه، وتحقيقه.

ص: ٥٦

وحيث كان النكاح عقداً يتحقق بين طرفين فلا بدّ لإنعقاد هذا العقد من مبرّز لهذا الأمر الكامن في النفس لإجماع جميع الفرق الإسلاميّة على العقد في النكاح ولا بدّ من إجراء صيغته خاصه من طرف الموجب والقابل.

قال الشيخ البحراني:

أجمع العلماء من الخاصّه والعامه على توقف النكاح على الإيجاب والقبول اللفظيين. (١)

وقد صرّح الإمام محمّد بن علي الباقر عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ: (وَ أَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا) ، فقال عليه السلام: «والميثاق هو الكلمه التي عقد بها النكاح». (٢)

وتمام الآيه الكريمة هو قوله تعالى: (وَ إِنِ ارْتَبْتُمْ اَسْتَبْدَالَ زَوْجِ مَكَانَ زَوْجٍ وَ آتَيْتُمْ اِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا اُ تَأْخُذُوهُ بُهْتَانًا وَ اِثْمًا مُبِينًا* وَ كَيْفَ تَأْخُذُوهُ وَ قَدْ اَفْضَى بَعْضُكُمْ اِلَى بَعْضٍ وَ اَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا) . (٣)

إنّ هذا الميثاق هو الذي ربط بين قلبين لم تكن بينها قبل ذلك أيّ رابطه خاصه، وأيّ التزام من طرف إزاء الطرف الآخر.

وهذا المعنى:

«منقول من عدّه من مفسّري السلف كابن عيّاس وقتاده، وأبي مليكه والآيه لا تأباه بالنظر إلى أن ذلك حكم يصدق عليه أنّه ميثاق مأخوذ على الرجال للنساء، وإن كان الأظهر أن يكون هو العقد المجرى حين الزواج. (٤)

ص: ٥٧

١- (١) . الحدائق الناظره: ١٥٧/٢٣.

٢- (٢) . وسائل الشيعه، ب ١ من أبواب عقد النكاح، ح ٤.

٣- (٣) . النساء: ٢٠ و ٢١.

٤- (٤) . تفسير الميزان: ٢٦٧/٤.

والتعبير القرآنى بوصف الميثاق: (بالغلظه) يعطينا الصوره المفخّمه لكلمه النكاح المؤلّفه من الإيجاب والقبول، وهى التى توثق عُرى الحياه الزوجيه لهذين الزوجين.

وقد نلاحظ فى هذا المجال أيضاً أنّ مفردتى: الميثاق الغليظ لم تردا فى القرآن الكريم، إلّا فى عقد النكاح ممّا يوحى بالأهميه الكبرى التى يوليها الله سبحانه للعلاقه الزوجيه بما لا يولىه لأيه علاقته أخرى؛ لأنّ أىّ علاقته إنسانيه فى الموارد الأخرى تختصّ بجانب من جوانب الحياه الخاصّه للطرفين.

بينما تمثّل علاقته الزواج اندماجاً روحياً وجسدياً فى كلّ المدى الزمنى الذى تلتصق حياتهما فيه فى المفردات الصغيره والكبيره، وأضفى الله سبحانه وتعالى على عقد الزواج من القداسه ما أبعدته عن كلّ العقود كعقد البيع والإجاره وما إليهما؛ لأنّ البيع مبادله مال بمال؛ أمّا الزواج فمبادله روح بروح، وعقده عقد رحمه وموده لا عقد تملكك للجسم بدلاً عن المال.

ومن هنا قال الفقهاء:

إنّ عقد الزواج أقرب إلى العبادات منه إلى عقود المعاملات والمعاوضات ومن أجل هذا يجرونه على اسم الله وكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسيره الأئمه الطاهرين عليهم السلام .

قال رسول الله صلى الله عليه وآله :

«أخذتموهنّ بأمانه الله واستحللتم فروجهنّ بكلمه الله». (١)

ولا كلام يستباح به فرج المرأه إلّا الإيجاب والقبول.

إذاً فالإيجاب والقبول فى ذاتهما يكشفان عن إستعداد كل من الموجب والقابل ليكون طرفاً فى هذه الاتفاقية الروحيه، وعدم تخلفه عن ذلك، وبهذا المقدار لم يخالف أحد من الفقهاء من جميع المذاهب.

ص: ٥٨

١- (١) . انظر: التبيان فى تفسير القرآن: ٣/١٥٤؛ صحيح مسلم: ٤/٤٢٢.

إشاره

والكلام هنا في مقامين:

أولاً: اعتبار أصل اللفظ في العقد

إنَّ العقد يحتاج في تحقّقه إلى الإنشاء والإبراز، فلا- يكفي التراضي النفساني، بل لا بدّ من العقد اللفظي الذي فيه الإيجاب والقبول، فلا يصحّ إنشائه بالفعل، فيصحّ النكاح معاطاه، بل يعتبر أن يكون الإنشاء باللفظ.

فقد أجمع الفريقان على اعتبار الصيغه في العقد، ففي الحدائق:

أجمع العلماء - من الخاصّه والعامّه - على توقّف النكاح على الأيجاب والقبول اللفظيين. (١)

وفي مستند النراقى:

يجب في النكاح الصيغه باتفاق علماء الإسلام بل الضروره من دين خير الأنام. (٢)

وقال الشيخ الأنصارى:

أجمع علماء الإسلام - كما صرح غير واحد (٣) - على اعتبار الصيغه في عقد

ص: ٥٩

١- (١). الحدائق الناظره: ١٥٦/٢٣.

٢- (٢). مستند الشيعة: ٨٤/١٦.

٣- (٣). منهم: العاملى، فى نهايه المرام: ٢٠/١؛ رياض المسائل: ٦٨/٣؛ الحدائق الناظره: ١٥٦/٢٣.

النكاح، وإنَّ النكاح لا يباح الإباحه ولا المعاطاه وبذلك يمتاز النكاح عن السفاح، لأن فيه التراضى أيضاً غالباً. (١)

وهذا الإجماع يصل إلى حدّ التسالم على اعتبار إنشاء العقد باللفظ؛ ولذا معه لا مجال للتشكيك في هذا الأمر، وليس في النصوص ما فيه دلالة على عدم اعتبار الإنشاء اللفظى فى العقد.

قال الشهيد الثانى عند عبارته الشهيد الأوّل: «العقد فالإيجاب زوّجتك وأنكحتك ومتعتك لا غير»:

أمّا الأوّلان فموضع وفاق وقد ورد بها القرآن فى قوله تعالى: (زَوَّجْنَاكَهَا) ٢، (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ). (٢)

وأمّا الأخير، فاكتمى به المصنّف وجماعه؛ لأنّه من ألفاظ النكاح لكونه حقيقه فى المنقطع وإن توقف معه على الأجل. (٣)

وقد استدلّ على عدم جريان المعاطاه فى النكاح:

بأنّ الفعل فيه ملازمه لضده، وهو الزنا، بل هو مصداق له حقيقه ومن البين الذى لا ريب فيه أنّه لا يمكن إنشاء شىء من الأمور الإنشائية بضده. (٤)

ونوقش الاستدلال بما يلى:

إنّ كون الفعل ضد للنكاح إنّما هو من ناحيه أنّ الشارع قد اعتبر فى عقد النكاح مبرزاً خاصاً، وهو اللفظ، وعليه فالزوجه فى نفسها، مع قطع النظر عن اعتبار الشارع فيها مبرزاً خاصاً، قابلاً للإنشاء بالفعل.

وعليه فيكون الفعل بنفسه مصداقاً للنكاح بالحمل الشايح.

فغايه الأمر:

ص: ٦٠

١- (١) . النكاح: ٧٧.

٢- (٣) . النساء: ٢٢.

٣- (٤) . شرح اللمعه: ١٠٨/٥.

٤- (٥) . انظر: مصباح الفقاهه: ١٩٢/٢.

أنه لا تحصل الزوجية في نظر الشارع فيما إذا أنشأت بالفعل، لا أن الفعل لا يكون مصداقاً للتزويج عرفاً وفي نظر العقلاء. (١)
وعليه: فالقاعده يمكن أن يقع النكاح معاطاتياً؛ لأن العقود كما تقع بالإنشاء اللفظي تقع بالإنشاء الفعلي، وهو من مصاديق العقود.
وأما النكاح، فخروجه عن القاعده للإجماع بإيجاد الصيغه، ولا يكفى الإنشاء الفعلي للإيجاب بلفظ: زوّجتك وانكحتك
والقابل بلفظ: قبلت التزويج أو قبلت النكاح.

ثانياً: اعتبار اللفظ الخاص في العقد

إشاره

فتتكلم فيه في فرعين:

الأول: ألفاظ الإيجاب

اتفق الفقهاء على أنّ الإيجاب في العقد الدائم يقع بلفظ: زوّجت وانكحت، بل قال جماعه من الفقهاء: لا يقع إلّا بهذين اللفظين.
قال الشيخ الطوسي:

لا ينعقد عقد الدوام إلّا بلفظين: زوّجتك وأنكحتك. (٢)

وبه قال ابن الجنيّد والسيد المرتضى (٣)، وأبو الصلاح (٤) وابن إدريس. (٥)

واستدلّ على ذلك:

قال تعالى: (فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا). (٦)

ص: ٦١

١- (١). المصدر السابق.

٢- (٢). المبسوط: ١٩٣/٤.

٣- (٣). الناصريات: ١٥٢.

٤- (٤). الكافي في الفقه: ٢٩٣.

٥- (٥). السرائر: ٥٧٤/٢.

٦- (٦). الأحزاب: ٣٧.

ويقوله تعالى: (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا). (١)

فإن المراد منه العقد هنا للإجماع على تحريم من عقد عليها الأب على ابنه وإن لم يدخل بها الأب. (٢)

أما لفظ متعتك هل ينعقد به أم لا؟

قولان:

الأول: وهو صريح المحقق حيث قال:

فالنكاح يفتقر إلى إيجاب وقبول دالين على العقد الراجع للاحتمال، والعبارة عن الإيجاب زوّجتك وأنكحتك وفي متعتك تردد وجوازه أرجح. (٣)

وظاهر العلامة حيث قال:

والألفاظ الإيجاب: زوّجتك، وأنكحتك، ومتعتك. (٤)

حيث أنه اكتفى بلفظ متعتك.

والاستدلال فيما ذهب إليه:

هو أنّ المستفاد من الأخبار أنّ المعتبر من الألفاظ في العقود ما دلّ على المطلوب والمقصود، ولفظ متعتك من الألفاظ الدالّة على هذا المعنى.

ويعضد ذلك مادّلّ عليه الخبر، وقال به جملة من الأصحاب من أنّه لو تزوّج متعه وأخل بذكر الأجل انقلب دائماً، وذلك فرع صلاحية الصيغه له، فإنّه لو لم يكن الصيغه صالحاً لذلك لما لزم الانقلاب.

ويؤيد ذلك أيضاً عدم ورود لفظ مخصوص من الشارع لذلك مع عموم البلوى

ص: ٦٢

١- (١) . النساء: ٢٢.

٢- (٢) . الحدائق الناظرة: ١٥٧/٢٣.

٣- (٣) . شرائع الإسلام: ٤٩٨/٢.

٤- (٤) . قواعد الأحكام: ٩/٣.

بهذا الحكم وشده الحاجه إليه، بل المستفاد من الأخبار الواردة في الباب وغيره هو إتساع الدائره في العقد. (١)

الثاني: اختيار العلامه في جمله من كتبه، حيث قال: «للإيجاب صيغتان زوّجتك وأنكحتك وفي متعتك إشكال». (٢)

واختاره الشهيد الثاني في المسالك ونقله عن الأكثر على عدم الاكتفاء بلفظ متعتك. (٣)

والاستدلال على ذلك: ما احتجّ به العلامه في المختلف على ما ذهب إليه من المنع أنّ الأصل عصمه الفروج عن الغير، خرج منه ما أجمعوا عليه من الصيغ فيبقى الباقي على المنع الأصلي إلى أن يثبت الدليل على التحليل.

ولأنّ المتعه حقيقه في النكاح المنقطع في العرف الشرعي، فيكون مجازاً في الدائم لأصالة عدم الاشتراك.

ولا يكفي في صيغ العقود ما يدل على المجاز، وإلاّ لم تنحصر الألفاظ وهو باطل إجماعاً. (٤)

ويلاحظ عليه: بمنع كون اللفظ المذكور حقيقه في العقد المنقطع؛ لأنّ أصل اللفظ صالح للنوعين فيكون حقيقه في القدر المشترك بينهما، ويتميزان بذكر الأجل وعدمه.

والذي نعتقده إنّ متعتك متعلقه بمعنى واحد؛ لأنّ الزمان ليس دخيلاً في حقيقه الزوجيه فيكون من باب الاشتراك المعنوي، وليس كلمه: متعتك موضوعه للمنقطع ومجاز في الدائم، فإذا جاء الإيجاب بلفظ متعتك احتاج إلى قرينه تعين أحد المعنيين؛ أمّا من حيث الدوام أو تعيين الأجل وإنّما حقيقه فيهما معاً.

ص: ٦٣

١- (١) . انظر: الحدائق الناظره: ١٥٧/٢٣.

٢- (٢) . المختلف: ١٠٦/٧؛ التحرير: ٤/٢.

٣- (٣) . المسالك: ٥٨/٧.

٤- (٤) . لاحظ: المختلف: ١٠٦/٧.

أمّا القبول، فيكفى اللفظ الدال على الرضا صراحه، مثل: قبلت ورضيت. قال صاحب الجواهر:

لا خلاف ولا إشكال في حصول الرضا بهذين اللفظين. (١)

وإذا قالت له: زوّجتك نفسى، وقال: قبلت النكاح، أو قالت: أنكحتك نفسى، وقال: قبلت الزواج، صحّ بداهه قيام الألفاظ المترادفه بعضها مقام بعض، كما لا خلاف ولا إشكال في أنه يجوز الاقتصار على: قبلت، كغيره من العقود.

ولا يكفى مجرد التراضى القلبي، ولا الكتابه ولا الإشاره المُفهمه لمن يستطيع النطق.

وورد في جامع المقاصد:

أنّه لا ريب عندنا في أنّ الكتابه لا تكفى في ايقاع عقد النكاح، وقد علّل وجه عدم صحّحه العقد فى الكتابه؛ لأنّها من الكنايات ولا يقع النكاح بالكنايات. (٢)

وقد نوقش هذا التعليل، وناقشه السيد الحكيم بقوله:

فإن الكتابه ليست من الكنايه فى شىء، ولا مانع من الكنايه إذا كانت واضحه الدلاله. (٣)

ويلاحظ عليه: أنه على فرض قيام الإجماع على العقد اللفظى فلا مجال للكنايه حتّى ولو كانت واضحه الدلاله؛ لأنّ الميزان فى العقد اللفظى أخذ بنحو الموضوعيه والسببيّه دون الطريقيّه وتصحّح الكتابه فى فرض الطريقيّه دون الموضوعيه.

وبعباره أخرى: إنّ النظر إلى الألفاظ والكتابه إن كان بما لها من نوع الحكايه والطريقيه لمدلول الإيجاب والقبول فتكون الألفاظ والكتابه فى صراط واحد من حيث الطريقيّه، وإن كان النظر إلى كون الإيجاب والقبول أخذ اللفظ فيهما بنحو الموضوعيه، فلا يصح إتيان الكتابه عندئذٍ والأدله كانت ناظره إلى جهه الموضوعيه والسببيّه فيهما دون الطريقيّه.

ص: ٦٤

١- (١). جواهر الكلام: ٣٤٨/٢٧.

٢- (٢). جامع المقاصد: ٧٧/١٢.

٣- (٣). مستمسك العروه الوثقى: ٣٧٦/١٤.

أشاره

من المسائل التى حصل الخلاف فيها بين الشيعة والسنه هى مسأله الإشهاد فى النكاح، فالشيعة يرون النكاح صحيحاً لو وقع العقد بدون شهود، وفى الوقت نفسه لا يرون وجود الشهود ممنوعاً عنه، بل لا يرون لزومه فى العقد بينما يرى فقهاء المذاهب الأخرى لزومه.

أدله القائلين بعدم ضروره الإشهاد فى النكاح

ويستدل القائل بعدم لزوم الإشهاد:

أولاً: من الكتاب

بإطلاق الآيات الكريمة فى قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكُمْ أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا) ١ ، وقوله تعالى: (وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) ٢ ، وقوله تعالى: (وَلَا

جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ) . (١)

وعندما نلاحظ الآيات نجدها مطلقة ولم تقيد ذلك الإطلاق بلزوم الإشهاد ولو كان لازماً لذكر، مع أن النكاح مما يترتب عليه الأنساب والتوارث، ومع ذلك كله لم يشترط فيه.

ثانياً: من السنه

روى عن سهل بن سعد الساعدي إن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله ، وقالت: يا رسول الله إني وهبت لك نفسى وقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله، زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : «هل عندك شيء تصدقها إياه؟». فقال: ما عندي إلا إزارى هذا، فقال: «إن أعطيتها إزارك جلست بلا إزار التمس، ولو خاتماً من حديد». فلم يجد شيئاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : «هل معك من القرآن شيء؟». قال: نعم سورة كذا، وسورة كذا سور سمّاها. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : «زوّجتك بما معك من القرآن». (٢)

وروى أن جحش بن رباب من بنى أسد خطب إلى رسول الله صلى الله عليه وآله آمنه بنت عبد المطلب فزوجه إياها ولم يشهد. (٣)

الاستدلال: يمكن من هاتين الروايتين نلاحظ أن الرسول صلى الله عليه وآله لم يشترط حضور جماعه على الإشهاد، ولو كان ثابتاً لأمر بإحضار الشهود حين العقد.

ص: ٦٦

١- (١) . الممتحنه: ١٠.

٢- (٢) . قال الشهيد الثانى فى: المسالك: ٤٤٣/٢، كما ورد فى خبر سهل الساعدي المشهور بين العامه والخاصه، ورواه كل منهما فى الصحيح، إلا أننا لم نقف عليه بهذا المعنى فى مصادر حديثنا، نعم، ورد بتفاوت ميرزا حسين، النورى، مستدرک الوسائل: ٣١٣/١٤ وأحمد بن شعيب، النسائي، السنن الكبرى: ٤٣٤/٦.

٣- (٣) . المؤلف من المختلف بين أئمة السلف: ١١٤/٢ مسأله: ١٣.

وصحيحه حفص بن البختری عن الإمام أبي عبد الله الصادق عليه السلام في الرجل يتزوج بغير بينه؟ قال: «لا بأس». (١)

على أن ما ذكر في الأخبار لتقييده بالإشهاد غير صالح لمناقشته من حيث السند، كما سيأتي التعرض لذلك.

ولو تتبعنا الوقائع التاريخيه نرى النسب الأكرم صلى الله عليه وآله زوج كثيراً من النساء، ولم يشترط حضور الشهود في تلك العقود، ولا شك أن عمله صلى الله عليه وآله حجة يؤخذ به؛ لأن السنه هي: فعل المعصوم، وقوله، وتقريره، فالجميع سنه وحججه.

أما فقهاء أهل السنه، فإنهم لا يجوزون نكاح السر والإخفاء، بل لا بد للعقد عندهم من شاهدين يسمعهان ليشتهر النكاح بهذه العمليه فيؤمن من التدخل بالأنساب، وقد استندوا لما ذهبوا إليه على الأدله التاليه:

أدله القائلين بضروره الإشهاد في النكاح

من الكتاب

يستفاد ذلك لدخول النكاح تحت عنوان العقود وقد أمر الكتاب بالإشهاد عليها والنكاح من جمله العقود ذات الأثر الكبير في حياه الأسره فيكون أولى من بقيه العقود، فالنكاح عقد لا يقل أهميه عن عقد المدايه، أو أي عقد من عقود المعاوضات، وقد ورد ما دل على طلب الإشهاد على عقد المدايه، أو بعض عقود المعاوضات.

فقد قال الله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى). (٢)

ص: ٦٧

١- (١). الكافي: ٥، باب التزويج بغير بينه ح ٣؛ وسائل الشيعه: ١٤، ب ٤٣ من أبواب مقدمات النكاح، ح ٤.

٢- (٢). البقره: ٢٨٢.

وحيث نلاحظ الآيه الكريمة فإننا نرى أن الأمر بالإشهاد، والكتابه ورد في ثلاثه موارد:

١. فى قوله تعالى: (إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ)

٢. فى قوله تعالى: (وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ)

٣. فى قوله تعالى: (وَ أَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ)

ولكن الأمر فى جميع هذه الموارد الثلاث محمول على الاستحباب لا الوجوب حتى قال الفخر الرازى فى تفسيره لهذه الآيه، فى أن الأمر بالكتابه والإشهاد محمول على الاستحباب:

على هذا جمهور الفقهاء المجتهدين، والدليل عليه: أننا نرى جمهور المسلمين فى جميع ديار الإسلام يبيعون بالأثمان المؤجله من غير كتابه، ولا إشهاد، وذلك إجماع منهم على عدم وجوبهما، ولأن فى إيجابهما أعظم التشديد على المسلمين والنبي صلى الله عليه وآله يقول: «بعث بالحنفيه السهله السمحه». وقال قوم: بل كانت - الكتابه، والإشهاد واجبه، إلا أن ذلك صار ممسوخاً لقوله تعالى: (فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ) ١، وقال التيمى: سألت الحسن عنها فقال: إن شاء أشهد وإن شاء لم يشهد ألا تسمع قوله تعالى: (فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا) . (١)

وقال الشيخ الطوسى من الشيعة الإماميه عن كون الأمر فى الكتابه، والإشهاد فى هذه الآيه محمول على الاستحباب:

فإنه أصح من حمليه على الفرض - الوجوب - لإجماع أهل عصرنا على ذلك. (٢)

إذاً: فليست الآيه الأمر فيها بالكتابه، والإشهاد محمول على الوجوب ليقاس عليه الأمر.

ص: ٦٩

١- (٢) . التفسير الكبير عند تفسيره الآيه: ٢٨٢ من سوره البقره.

٢- (٣) . التبيان فى تفسير القرآن، عند تفسيره لآيه ٢٨٢ من سوره البقره.

وقد استشهد القائل بضروره الإشهاد بروايات:

منها: ما روى عن رسول الله صلى الله عليه و آله من قوله: «البغايا اللاتي ينكحن أنفسهنّ بغير بيّنه». (١)

ومنّها: قوله صلى الله عليه و آله: «لا نكاح إلا لوليّ وشاهدى عدل». (٢)

وقد ذكر السمرقندى الحنفى فى تحفه الفقهاء ما ذكر بهذا المعنى أحاديث مختلفه نقلها عن أحد عشر صحابياً، ثم ناقشها وأسقطها عن الاعتبار،

كما وأنّ الشوكانى ناقشها أيضاً. (٣)

وعندما نستعرض هذه الأخبار نجد أهمّها حديث:

«لا نكاح إلا بوليّ وشاهد عدل».

وقد روى هذا الحديث من طرق أهل السنّه، ومن طرق الشيعة أيضاً. (٤)

وقد صرح البعض من رواه أهل السنّه بأنّه لا مخالف له من الصحابه.

ومع ذلك فقد نوقش من قبل الفقهاء العامّه وحمله فقهاء الشيعة الإماميه على الاستحباب فى هذا الجانب، نظير ما جاء فى قوله صلى الله عليه و آله: «لا صلاه لجار المسجد إلا فى المسجد». (٥)

وينفرد المذهب المالكى عن بقية المذاهب العامّه الأخرى القائله بلزوم الإشهاد بأن الشرط فى العقد هو الإعلان للعقد دون الإشهاد عليه، حتّى أنّه لو تزوج الرجل المرأه بحضور الشهود، وشرط الكتمان، فإنّ مثل هذا النكاح لا يجوز عندهم لعدم

ص: ٧٠

١- (١). السنن الكبرى: ١٢٦/٧؛ سنن الترمذى: ٢٨٤/٢.

٢- (٢). المغنى: ٣٤٠/٧؛ كشف القناع: ٥٧/٥؛ تحفه الفقهاء: ١٣١/٢.

٣- (٣). نيل الأوطار: ٢٤٩/٦.

٤- (٤). مستدرک الوسائل: ٣١٧/١٤.

٥- (٥). انظر: الناصريات: ٣٢١.

إعلانه بين الناس - وفي الوقت نفسه - تراهم يجيزون العقد لو حصل بغير شهود ولكنه أعلن وشوهد.

وبعبارة أوضح: المهم عند المالكيه هو إعلانه لا حضور الشهود مجلس العقد.

ولفقهاء أهل السنّه خلاف في أنّ هذا الشرط - وهو الإشهاد، هل هو: شرط تمام يؤمر به عند الدخول، ومعنى ذلك: أنّ العقد يحصل بدونه، أو هو شرط صحّه يؤمر به عند العقد، ومعناه: أنّه لو لم يحصل لا يتحقّق العقد. (١)

وقد تحصّل من ذلك أنّه لا يعتبر الإشهاد في صحّه عقد النكاح لأصالة عدم الوجوب والاشتراط وعدم دليل صالح عليه، نعم، يستحبّ الإعلان والإشهاد.

ص: ٧١

١- (١). بدايه المجتهد: ١٥/٢.

تعريف النكاح

أولاً: تعريف النكاح لغه

النكاح فى اللغة: الوطء على الأشهر، وحكى الإجماع عليه فى المختلف (١)، بمعنى: اتّفاق أهل اللغة.

قال ابن منظور:

وورد أيضاً بمعنى الوطء، فىقال: نكحها ينكحها: باضعها، أى: جامعها ووطأها. (٢)

وقال الأزهرى:

أصل النكاح فى كلام العرب الوطء، وقيل للتزوج نكاح لأنه سبب للوطء المباح. (٣)

ص: ٧٣

١- (١). مختلف الشيعة: ٣٥/٧.

٢- (٢). لسان العرب: ٦٢٥/٢.

٣- (٣). هو أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر بن طلحة الأزهرى الهروى، مشهور فى اللغة، كان فقيهاً شافعيًا، غلبت عليه اللغة فاشتهر بها، ولد سنة ٢٨٢ وتوفى ٣٧٠، له مصنفات منها: تهذيب اللغة، والتقريب فى التفسير. انظر: الذهبى، سير أعلام النبلاء: ٣١٥/١٦؛ وفيات الأعيان: ٣٣٤/٤ و ٣٣٥.

وقال ابن فارس:

(نكح) النون والكاف والحاء أصل واحد وهو البضاع، ونكح ينكح أى بكسر الكاف، وامرأه ناكح فى بنى فلان، أى: ذات زوج منهم. (١)

وقال الجوهري:

النكاح: الوطء، وقد يكون العقد، تقول: نكحتها، ونكحت هى، أى: تزوجت، وهى ناكح فى بنى فلان، أى: هى ذات زوج منهم. (٢)

وقال الفيروز آبادى:

النكاح الوطء والعقد له، نكح كمنع وضرب. (٣)

وقال الزبيدي شارحاً تلك العبارة:

النكاح بالكسر فى كلام العرب الوطء فى الأصل، وقيل: هو العقد له، وهو التزويج، لأنه سبب للوطء المباح. (٤)

وقال ابن منظور:

نكح فلان امرأه ينكحها نكاحاً إذا تزوجها، ونكحها ينكحها: باضعها أيضاً. (٥)

وهذا بعض ما قاله علماء اللغة فى معنى: النكاح، آثرت نقل جمل من أهمها. وفيما يظهر لى؛ لأنهم أهل الفن، وكما قيل: أهل مكة أدري بشعابها، ومنها يتضح أن القدر المشترك بين تلك الأقوال جميعاً ثبوت استعمال لفظ النكاح فى كل من الوطء، وعقد التزويج، وهذا ممّا لا خلاف فيه، فيما أعلم.

ص: ٧٤

١- (١). البضاع: بكسر الباء الموحده: هو الجماع. ومنه المثل: (كمعلمه أمها البضاع) يضرب لمن يعلم من هو أعلم منه. انظر:

ماده (بضع)، مقاييس اللغة: ١/٢٥٥ و ٢٥٦.

٢- (٢). الصحاح: ١/٤١٣.

٣- (٣). القاموس: ١/٢٦٣.

٤- (٤). تاج العروس: ٢/٢٤٢.

٥- (٥). لسان العرب: ٢/٦٢٥.

ثانياً: تعريف النكاح شرعاً

وأما حقيقته النكاح شرعاً فقليل فيها أربعة أقوال.

القول الأول: أنه حقيقته في الوطء دون العقد.

وهذا ما ذهب إليه العلامة الحلبي حيث قال:

الإجماع عليه على أن النكاح في اللغة بمعنى الوطء، والاطلاق على العقد مجاز بعلاقته السببية. (١)

ودليل هذا القول: أن الأصل في استعماله لغة إنما هو في الوطء كما قاله الأزهرى وغيره من أهل اللغة، فيكون كذلك في الشرع لأصالة البقاء وعدم النسخ والتغير، وقد استعمل فيه قوله تعالى: (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً) ٢، وغير ذلك من الآيات، بل نقول: أنه لما كان حقيقته في الوطء لم يكن حقيقته في غيره وإلا لزم الاشتراك والأصل عدمه.

واستعماله في العقد في نحو قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ) ٣ مجاز؛ لأنه خير من الاشتراك.

ووجه حسن المجاز: أن العقد يؤدي إلى الوطء، فأشبه العله، فحسن التجوز.

ولو سلم أنه حقيقته فيه لكان حقيقته شرعيه، فلا يمنع من استعماله في حقيقته اللغويه، بل قد استعمل كما بيناه. (٢)

وبه قالت الحنفية:

وأختره بعض الحنابلة، وهو أحد الأوجه عند الشافعية. (٣)

ص: ٧٥

١- (١) . مختلف الشيعة: ٥٦/٧.

٢- (٢) . مختلف الشيعة: ٥٦/٧.

٣- (٣) . انظر للحنفية: المبسوط: ١٩٢/٤؛ البحر الرائق: ٨٢/٣، وللحنابلة: المغني: ٣٣٣/٧؛ الإنصاف: ٤/٨؛ وللشافعية: فتح الباري:

١٠٣/٩؛ مغني المحتاج: ١٢٣/٣.

القول الثاني: أنه حقيقه فى العقد دون الوط ء .

وهذا ما ذهب إليه الفاضل الهندى، حيث قال:

وفى الشرع حقيقه فى العقد على الأشهر، ونفى ابن إدريس (١) عنه الخلاف. (٢)

ومن أدله هذا القول ما يلى:

أولاً: أن لفظ النكاح بمعنى التزويج أكثر وأشهر استعمالاً فى القرآن ولسان أهل العرف، كما فى قوله تعالى: (وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ). (٣)

والوط ء إنما يجوز بالعقد، لا بالإذن المجرّد عنه، بل قيل:

أنه لم يرد فى القرآن إلّا بمعنى العقد (٤) إلّا قوله تعالى: (حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ). (٥)

ثانياً: ولأنه يصح نفى النكاح عن الوط ء، فىقال: هذا سفاح لا نكاح، وصحّه النفى دليل المجاز. (٦)

وبه قالت الشافعيه والحنابله وظاهر صنيع بعض المالكيه يدل على اعتماده فى المذهب. (٧)

القول الثالث: أن النكاح حقيقه فى كل من الوط ء والعقد، أى: أنه مشترك لفظى بين الوط ء والعقد، ويتعيّن المقصود منهما بالقرينه؛ لأنّ الشرع تارة يستعمله فى العقد، وتارة يستعمله فى الوط ء بدون أن يلاحظ فى الاستعمال هجر المعنى

ص: ٧٦

١- (١). السرائر: ٥٢٤/٢.

٢- (٢). كشف اللثام: ٦/٧.

٣- (٣). النور: ٣٢.

٤- (٤). الكشاف: ٢١٢/٣.

٥- (٥). البقره: ٢٣٠.

٦- (٦). انظر: كشف اللثام: ٦/٧.

٧- (٧). انظر للشافعيه: شرح النووى على مسلم: ١٧٢/٩؛ فتح البارى: ١٠٣/٩. وللحنابله: المغنى: ١٢٣/٧؛ الإنصاف: ٤/٨. وللمالكيه: شرح الزرقانى على الموطأ: ١٢٤/٣.

الأول، وذلك يدلّ على أنّه حقيقه فيهما. (١)

وهذا قول لبعض الحنابله:

إنّه ظاهر ما نقل عن أحمد بن حنبل (٢)، وهو أحد الأوجه عند الشافعيه. (٣)

قال الحافظ في الفتح:

وهو الذى يترجّح فى نظرى وإن كان أكثر ما يستعمل فى العقد. (٤)

ودليل هذا القول أنّه ثبت الاستعمال فى اللغه والشرع بمعنى الوطء والعقد، والأصل فى الاطلاق الحقيقه. (٥)

القول الرابع: أنّه حقيقه فيهما معاً. أى من الألفاظ المتواطئه.

وبهذا قال بعض الحنابله، وما نقل عن أحمد يحتمله ويحتمل الاشتراك. (٦)

وتوجيه هذا القول:

أنّ القول بالتواطؤ أولى من القول بالاشتراك والمجاز، لأنّهما خلاف الأصل. (٧)

هذه أهمّ الأقوال فى حقيقه النكاح لغهً وشرعاً.

وفى خاتمه هذا البحث لا بدّ من قول وهو أرى أنّ أصل النكاح، بمعنى: الضم والاختلاط. يقال: نكح المطر الأرض، إذا اختلط بثرها، وتناكحت الأشجار إذا انضم بعضها مع بعض.

فكأنّ كل واحد من الرجل والمرأه فرد، فإذا تزوّج أحدهما بالآخر صار

ص: ٧٧

١- (١). انظر: جواهر الكلام: ٥/٢٩، الفقه على المذاهب الإسلاميه ومذهب أهل البيت: ١٣/٤.

٢- (٢). المبدع: ٤/٧؛ الإنصاف: ٥/٨.

٣- (٣). شرح النووى على مسلم: ١٧٢/٩؛ مغنى المحتاج: ١٢٣/٣.

٤- (٤). فتح البارى: ١٨٦/٩.

٥- (٥). انظر: فتح القدير: ١٨٧ - ١٨٥/٣.

٦- (٦). الإنصاف: ٥/٨؛ المبدع: ٤/٧.

٧- (٧). الإنصاف: ٦/٨.

زوجاً بضم الآخر إليه، ويطلق على العقد باعتبار كونه سبباً لاختلاط أحد الزوجين مع الآخر بالوجه الشرعي، ويطلق على الوطء باعتبار كونه من لوازم الانضمام والاختلاط، فالحقيقه واحده والاختلاف بالاعتبار، وقد استعمل في كل منهما:

أولاً: من الكتاب

١. قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ) ١، ويراد بالمناكحه هنا هو: الوطء والتقارب الجنسي بين الزوجين.

٢. قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ) . (١) ويقصد بالنكاح هنا: العقد دون ملاحظه الاتصال الجنسي.

ثانياً: من السنّه

١. ففي الحديث عن نبينا الأعظم صلى الله عليه وآله: «ولدت من نكاح لا من سفاح». (٢)

أى: من وطء حلال، لآحرام.

٢. قول النبي صلى الله عليه وآله: «انكح وعليك بذات الدين» (٣)، فإنه يدل على الوطء دون النظر إلى جهة العقد.

وبعد ذلك لا وجه للنزاع فى كون هذا اللفظ حقيقه فى الوطء أو العقد، فإنه استعمل فى المعنى الجامع، وهما من مظاهر ذلك.

ص: ٧٨

١- (٢) . الاحزاب: ٤٩.

٢- (٣) . الدرّ المختار: ٢٠٢/٣؛ المغنى: ٣٣٣/٧.

٣- (٤) . الكافى: ٣٣٢/٥.

ثالثاً: معنى النكاح فى اصطلاح الفقهاء

وأما معنى النكاح فى اصطلاح الفقهاء، فهو عقد التزويج اتفاقاً وإن اختلفوا فى تعريفه تبعاً لحقيقه المعقود عليه، أهو ملك منفعه الاستمتاع بالأنتى؟ أم إباحه الاستمتاع بها لزوجها؟ أم لكل منهما لصاحبه؟

وهذا ما ستجده ضمن التعاريف المختلفه للمذاهب الإسلاميه، وأذكر لكل مذهب تعريفاً:

١. الإماميه: وعرفه فخر الإسلام ابن فهد الحلّى بأنه:

عقد لفظى مملّك للوطء ابتداءً، فخرج بالقيّد الأخير من نحو شراء الأّمه، فإنّه يملك اللوطء تبعاً لملك الرقبه لا ابتداءً. (١)

٢. الحنفيه: هناك ثلاثه أقوال فى تعريف النكاح عندهم.

١. عرّف بعضهم:

بأنّه عقد يفيد ملك المتعه قصداً، ومعنى ملك المتعه اختصاص الرجل ببضع المرأه وسائر بدنها من حيث التلذذ، فليس المراد بالملك الحقيقى. (٢)

٢. وبعضهم يقول:

إنّه يفيد ملك الذات فى حق الاستمتاع، ومعناه أنّه يفيد الاختصاص بالبضع يستمتع به. (٣)

٣. وبعضهم يقول:

إنّه يفيد ملك الانتفاع بالبضع وسائر أجزاء البدن، بمعنى: أنّ الزوج يختص بالاستمتاع بذلك دون سواه.

وكلّ هذه العبارات معناها واحد، فالذى يقول: أنّه يملك الذات لا يريد الملك

ص: ٧٩

١- (١). المهذب البارع فى شرح المختصر النافع: ١٤٨/٣.

٢- (٢). البحر الرائق: ١٤٠/٢.

٣- (٣). بدائع الصنائع: ٣٣١/٢.

الحقيقي طبعاً؛ لأن الحره لا- تملك وإنما يريد أنه يملك الانتفاع، وقولهم قصداً خرج به ما يفيد تلك المتعه ضمناً كما إذا اشترى جاريه، فإن عقد شرائها يفيد حل وطئها وهو ليس عقد نكاح كما لا يخفى. (١)

٣. المالكيه: لقد عرفوا النكاح بأنه عقد على مجرد التلذذ بآدميه غير موجب قيمتها بينه قبله غير عالم عاقده حرمتها أن حرمتها الكتاب على المشهور أو الإجماع على غير المشهور رواه ابن عرفه.

ومعنى هذا: أن النكاح عبارته عن عقد على متعه التلذذ المجزّده، فقوله: عقد شمل سائر العقود. وقوله: على متعه التلذذ خرج به كل عقد على غير متعه التلذذ كالبيع والشراء، وخرج بكلمه التلذذ العقد على متعه معنويه كالعقد على منصب أو جاه.

وخرج بقوله: المجزّده عقد شراء أمه للتلذذ بها، فإنّ العقد في هذه الحاله لم يكن لمجرد التلذذ بوطئها وإنما هو لملكها قصداً والتلذذ بها ضمناً فهو عقد شراء لا عقد نكاح.

وقوله: بآدميه خرج به عقد المتعه بالطعام والشراب، وقوله: غير موجب قيمتها خرج به عقد تحليل الأمه أن وقع بينه، وذلك كأن يملك شخص منفعه الاستمتاع بأمته فإنّ هذا لا يقال له عقد نكاح كما لا يقال له إجاره، وهو يوجب قيمه الأمه إن وقع.

أما عقد النكاح، فإنّه لا يوجب قيمه المعقود عليها، وقوله: غير عالم عاقده حرمتها - أي: حرمة المعقود عليها بالكتاب أو الإجماع - فإن كانت محرمة عليه بالكتاب وعقد عليها وقع العقد باطلاً، فلا يسمى نكاحاً من أصله، وإن كانت محرمة بالإجماع سمي نكاحاً فاسداً هذا هو المشهور، أنه لا يسمى نكاحاً أصلاً سواء كان التحريم بالكتاب أو بالإجماع.

ص: ٨٠

فقوله: غير عالم عاقده حرمتها أن حرمتها الكتاب، معناه: أن هذا قيد يخرج به عقد العالم بالتحريم بالكتاب من عقد النكاح أصلاً.

وقوله: أو الإجماع على غير المشهور، معناه: أن هذا قيد يخرج به عقد العالم بالتحريم بالإجماع، فلا يسمى نكاحاً ولكن على خلاف المشهور؛ لأنك قد عرفت أن المشهور يسمى نكاحاً فاسداً. وقوله: بينه قبله أى قبل التلذذ وأخرج به ما إذا دخل بها قبل أن يشهد على الدخول، فإنّ العقد لا يكون عقد نكاح.

ويرد عليه: أنه إذا دخل بها بدون شهود يفسخ بطلقه، وهذا هو ثبوت النكاح.

والجواب: أن الفسخ حصل بناء على أقرارهما بالعقد ورفع عنهما الحدّ بشبهه العقد.

وصرح المالكيه في أوّل الإجاره أنّ عقد النكاح هو عقد تملك انتفاع بالبضع وسائر بدن الزوجه. (١)

٤. الشافعيه: عرف بعضهم النكاح بأنه عقد يتضمن ملك وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو معناه، والمراد: أنه يترتب عليه ملك الانتفاع باللذه المعروفه، وعلى هذا يكون عقد تملك. (٢)

وبعضهم يقول: أنه يتضمن إباحه الوطء الخ فهو عقد إباحه لا عقد تملك، (٣) وثمره هذا الخلاف أنه لو حلف أنه لا يملك شيئاً ولا- نيه له، فإنه لا- يحث إذا كان لا- يملك فقط على القول بأنّ العقد لا يفيد الملك، أما على القول الآخر، فإنه يحث والزّاحج عندهم أنه عقد إباحه.

٥. الحنابله: قالوا هو عقد بلفظ إنكاح أو تزويج على منفعه الاستمتاع وهم يريدون بالمنفعه الانتفاع كغيرهم لأنّ المرأه التى وطئت بشبهه أو بزنا كرها عنها لها

ص: ٨١

١- (١). المصدر السابق.

٢- (٢). المصدر السابق.

٣- (٣). فتح الوهاب: ٥٣/٢.

مهر مثلها، وهي تملكه لا الزوج إن كانت متزوجة لقوله عليه السلام: «فلها بما استحق من فرجها» أي: نال منه بالوطء. (١)

فيلاحظ في هذه التعريفات: أنها تركّز على إباحه وطء أو حلّ تمتّع بصيغته خاصّه، فبعضها أبرز جانباً والآخر أبرز جانباً آخر.

ومن هذا المنطلق أرى أنّ الأولى في تعريف النكاح هو القول بأنّ النكاح في الشرع: هو علقه الزواج، وسببها هو العقد اللفظي المبيح للوطء.

مشروعيته النكاح

أجمع المسلمون كافه على مشروعيته النكاح، والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة فالله تعالى ورسوله صلى الله عليه وآله ندباً إليه، وحثاً عليه، وهو سنة النبي صلى الله عليه وآله والأئمّة الطاهرين عليهم السلام لا يجوز الإعراض عنه، فمن النصوص الدالّة على مشروعيته ما يلي:

أولاً: من الكتاب

١. قوله تعالى: (فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا). (٢)

٢. قوله تعالى: (وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) (٣).

الاستدلال: فإنّ أمر الأولياء شرعاً أو عرفاً والسادات بإنكاح الأيامي (٤)

ص: ٨٢

١- (١). الفقه على المذاهب الاربعه: ٦/٤.

٢- (٢). النساء: ٣.

٣- (٣). النور: ٣٢.

٤- (٤). الأيامي: الذين لا- أزواج لهم من الرجال والنساء الواحد منهما أيم، سواء تزوج من قبل أو لم يتزوج. وامرأه أيم: بكرا كانت أم ثيبا، المختار: ٢٥٦.

وخصوصاً الصالحين من العبيد والإماء والترغيب فيه ليس إلّا لفضيله النكاح ورجحانه في نفسه.

٣. قوله تعالى - في مقام الإمتنان به على عباده - (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ). (١)

ثانياً: من السنه

١. في الحديث النبوي المروي بين الفريقين عن الرسول صلى الله عليه وآله قال:

«النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني». (٢)

٢. وهو من أعظم الفوائد بعد الإسلام، فقد روى عن النبي صلى الله عليه وآله بطريق أهل البيت عليهم السلام أنه قال:

«ما استفاد امرؤ مسلم فائده بعد الإسلام أفضل من زوجه مسلمه تسره إذا نظر إليها وتطيعه إذا أمرها، وتحفظه إذا غاب عنها في نفسه وماله». (٣)

٣. قال رسول الله صلى الله عليه وآله :

«ما بنى بناء في الإسلام أحبّ إلى الله تعالى من التزويج». (٤)

ومجموع هذه الروايات تؤكد على مشروعية النكاح وندبيته ولا يستفاد منها الإلزام، كما لا حظ الدين الإسلامي نديته المسارعه في تزويج البنت.

فقد ورد عن الإمام الصادق عليه السلام أنه قال:

«من سعادته المرء أن لا تطمئنت ابنته في بيته». (٥)

ص: ٨٣

١- (١) . الروم: ٢١.

٢- (٢) . مستدرک الوسائل: ١٥٢/١٤؛ فتح الباری: ٩١/٩، ط ٤.

٣- (٣) . الكافي: ٣٢٧/٥.

٤- (٤) . من لا يحضره الفقيه: ٣٨٣/٣.

٥- (٥) . الكافي: ٣٣٦/٥.

حثّ الإسلام على السعى فى النكاح، وكذلك على المساهمة فى التزويج له وإقراره فى الواقع بالجمع بين الرجل والمرأة لتكوين أسرهم مسلمة، فمن يسعى فيه يعوّضه الله تعالى عن سعيه فى الآخرة، قال رسول الله صلى الله عليه وآله :

«... ومن عمل فى تزويج بين مؤمنين حتّى يجمع بينهما زوجه الله عزّ وجلّ ألف امرأة من الحور العين كلّ امرأة فى قصر من درّ وياقوت، وكان له بكلّ خطوه خطأها أو بكلّ كلمه تكلم بها فى ذلك عمل سنه قام ليها وصام نهارها، ومن عمل فى فرقه بين امرأة وزوجها كان عليه غضب الله ولعنته فى الدنيا والآخرة، وكان حقاً على الله أن يرضخه بألف صخره من نار، ومن مشى فى فساد ما بينهما ولم يفرق كان فى سخط الله عزّ وجلّ ولعنته فى الدنيا والآخرة وحرّم عليه النظر إلى وجهه». (١)

وقال الإمام الصادق عليه السلام :

«أربعة ينظر الله إليهم يوم القيامة: من أقال نادماً، أو أعان لهفاناً، أو أعتق نسمة، أو زوج عزباً». (٢)

وقال الإمام موسى بن جعفر عليه السلام :

«ثلاثة يستظلون بظلّ عرش الله يوم القيامة يوم لا ظلّ إلا ظلّه: رجل زوج أخاه المسلم، أو خدمه، أو كتم له سرّاً». (٣)

وجعله الإمام على عليه السلام من أفضل الشفاعات. فقال:

«أفضل الشفاعات أن تشفع بين اثنين فى نكاح حتّى يجمع الله بينهما». (٤)

والروايات المتقدمه تحثّ الناس إلى السعى فى الجمع بين الرجل والمرأة على الحلال، فيستصحب جميع ما يؤدّى إلى ذلك من السعى فى الخطبه، أو بذل المال لتوفير مستلزمات الزواج أو التشجيع عليه أو غير ذلك.

ص: ٨٤

١- (١). وسائل الشيعة: ٤٦/٢٠.

٢- (٢). المصدر السابق: ٣٨٧/١٧.

٣- (٣). المصدر السابق: ٤٥/٢٠.

٤- (٤). المصدر السابق.

الفصل الثاني: مَنْ هم أولياء العقد؟

إشاره

ص: ٨٥

وفيه مبحثان:

الأول: الأصل الأولى في الولاية

إنَّ الأصل الأولى في هذا المقام هو عدم ولاية أحد على أحد وانحصارها في الله تعالى، ويمكن الاستدلال لذلك بوجهين:

الأول: أنَّ العقل يحكم في أنَّ حقَّ الطاعة والمولويَّة لا تكون إلَّا لله تعالى، وذلك لدركه بأنَّه موجدهم ورازقهم ووليَّ نعمهم ومالكهم، فلا يرى لغيره حقَّ سلطنه على العباد إلَّا من أذن له الله تعالى عليهم.

ومن هنا يحمل الأمر بالطاعة في قوله تعالى: (وَ أَطِيعُوا اللَّهَ) ١ والأمر بالعبادة في قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ) ٢، ونحوها من الآيات الأمره بطاعة الله وعبادته على الإرشاد إلى حكم العقل شكراً لنعمه تعالى أو إلى مقتضى الفطره، من دفع الضرر والعقاب الأخرى

الدائم الناشئ من عصيان أمر الله تعالى ومخالفه حكمه.

قال الشيخ الأنصارى:

مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد... خرجنا عن هذا الأصل فى خصوص النبى والائمة عليهم السلام بالأدلة الأربعة.

ثم عدّ من الأدلة استقلال العقل فى حكمه بوجوب شكر المنع، بعد معرفه أنهم عليهم السلام أولياء النعم. (١)

الثانى: قد يستدلّ بحصر الولاية فى الله تعالى بأنّ العقل لا يجوز لأحد التصرف فى سلطان الله وملكه تعالى؛ لأنّ جميع الموجودات ملكه وقد خرجنا عن هذا الأصل فى غير الإنسان من الحيوانات والنباتات، بمثل قوله تعالى: (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا). (٢)

وأما التصرف فى الإنسان، فخرج خصوص تصرف المولى فى عبده بدليل الكتاب والسنة؛ وأما الإنسان الحرّ، فيبقى تحت عموم المنع العقلي. (٣)

وأشكل على هذا الاستدلال:

أنّ ملكيه الله تعالى حقيقته، لا اعتباريه، وإنّما يناقض سلطانه وملكته التصرف التكويني الحقيقى فى الإنسان لا الاعتبارى، وذلك إنّما يتحقق بالقهر التكويني، كالأجبار والضرب والجرح والقتل، لا بمجرد الأمر مادام لم ينجر إلى ذلك.

وعلى أىّ حال، يرد على هذا الاستدلال: أنّ العقل لا يحكم بمنع التصرف فى ملك الله إلّا بملاك وذلك الملاك لا يكون إلّا بظلم، ومن هنا لا حكم للعقل بمنع التصرف فى الناس إذا كان لإجراء العدل وإحقاق الحقّ، وما يكون من الظلم والجور خارج عن محل الكلام.

ص: ٨٨

١- (١). المكاسب المحرّمة: ٥٤٦/٣.

٢- (٢). البقره: ٢٩.

٣- (٣). انظر: دليل تحرير الوسيله: ١٦/٣.

ويمكن تقريب الاستدلال بوجه آخر:

وهو أنّ العقل لا يرى الولاية على التصرف في شيء إلا لمالكه، وأنه لا يرى المالكيه الحقيقيه للموجودات إلا لخالقها وموجدها، وأن الله تعالى هو المالك الحقيقي للموجودات بنظر العقل؛ لأنه خلقها وأوجد ما لها من الكمالات والخصوصيات.

وعليه، فله تعالى حقّ التصرف في جميع الموجودات والولاية على العباد في نظر العقل، ولما لا حظّ لغيره في ذلك لا يرى لأحد الولاية على أحد من الناس، إلّا من ثبتت له الولاية عليهم بإذنه تعالى واعطائه الولاية إليه. (١)

محضّ له القول: من جميع ما بيناه أنّ مقتضى القاعده العقلية عدم ولاية أحد على غيره من أيّ جهة إلّا من ثبتت له الولاية على ذلك من جانب الله تعالى بدليل قطعي.

الثاني: مشروعية الولاية في النكاح وحكمتها

أمّا مشروعية الولاية في النكاح، فهي محل بحثنا هذا، وهي في الجملة ممّا اتفق على مشروعيتها، والخلاف إنّما هو في وجوب بعض صورها كما سيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

وأما حكمه مشروعية الولاية في النكاح، فهي تنبع من أهميّة النكاح نفسه، وما يترتب عليه من أثر في حياه الإنسان، فمشروعيتها من تمام عنايه الإسلام بهذا العقد، وصيانته ورفع مكانته ورعايه مقاصده، ولذلك أصبحت أهميه الولاية في النكاح من المكان المعروف عند المسلمين في مختلف عصورهم، إدراكاً لأهميتها في حياتهم الاجتماعيه، وتمسكاً بها في أكمل وأتم صورها، وعملاً بها.

وذلك أنّ المولى عليه في النكاح إمّا أن يكون عاجزاً عن إدراك المصلحه لنفسه

ص: ٨٩

بنفسه، وعن درء المفسده عنها، كالصغار والمجانين ذكوراً وإناثاً، فهولاء تكون الولايه عليهم فى النكاح ضمن ولايه أعم وأشمل لحفظ الأنفس والأموال ورعايه المصالح ودرء المفسد، وكون تلك المسؤوليه بيد أوليائهم فيها بالإضافة إلى وازع الشرع ووازع الطبع والدافع إلى الشفقه والحرص على القيام بشؤون ذوى القربى العاجزين، وتلك هى الرعايه الاجتماعيه فى أسمى مكائنها وأجل وأكمل وصفها وهذا لا خلاف فيه.

وإما أن يكون المؤلّى عليه فى النكاح هو الأنثى مطلقاً، ففي الولايه عليها فى النكاح رعايه لحقها، وصيانه لكمال أدبها وكرم حياتها، وإيصالها إلى مرادها على أتم وجه وأشرفه وأكمل، دون هضم لحقها فى اختيار من ترضاه زوجاً لها وإن كانت قادره على النظر وحسن الاختيار ودون إهمال لها بتركها تضع يدها فى يد من تهوى، فى عقد جليل قدره، عظيم خطره، إن وقعت منها الزلّه لا تغتفر هذا بخلاف ما إذا كان أمر نكاحها شورى بينها وبين أوليائها، بحيث يكون لرجالها فيه إبرام عقده، ولها إملاء شروطها حتى تطيب نفسها.

فهذه بعض محاسن الولايه فى النكاح على النساء فى أعزّ وأكمل صورها وكلّها خير على النساء - كما سيأتى بيانها إن شاء الله تعالى - فليست هذه الولايه ولايه قهر وإذلال، ولا استغلال لحياء المرأه، كما يَصوره البعض، وإنما هو حفظ للحقوق وصيانه للأعراض وتمسك بالفضيله فى أجمل وأزهى صورها وأرفع وأسمى معانيها.

وهذه الولايه فى النكاح مَمّن له الولايه - على القول بها - تكون شرطاً فى صحّه النكاح وهذا ما يثبت بالدليل، وإلا أنّ الأصل عدم ثبوت ولايه أحد على أحد إلا من يجب طاعته عقلاً كالمنعم الحقيقى وهو الله تعالى ومن هو واسطه فى الأنعام كرسله وأنبيائه ومن قام مقامهم كأوصيائهم عليهم الصلاه والسلام.

قبل البدء في بيان أولياء العقد عند الشيعة الإمامية، أنه لا خلاف بين أهل العلم جميعاً في مشروعيه الولايه في النكاح، وهي في الجملة ممّا اتفق عليها، والخلاف إنما هو في بعض صورها، ولا مجازفه في دعوى كفايه هذا الاتفاق الفتواي والارتكازي في حصول الإطمئنان بالحكم، كما سيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

وعلى هذا لا مجال للرجوع إلى الأصل القاضى، بأنّه لا ولايه لأحد على أحد وعدم نفوذ سلطنته عليه، على أنه يمكن أن يقال: أنّ التمسك بهذا الأصل سواء أريد به نفى ذات الولايه أو نفى ولايه شخص يتصدى لها، إنما يتم في مورد لا يكون فيه فرض عدم الولايه باطلاً في نفسه. وأمّا المورد الذي يكون فيه فرض عدم الولايه، فكذلك لا مجال لإعمال هذا الأصل؛ لأنه لا بدّ من ثبوت الولايه، ووجود الولي في الجملة، وإنما يقع الكلام على تشخيصه، ومن مصاديق ذلك الصغير والصغيره فإنّ فرض عدم الولايه عليهما باطل في نفسه وغير عقلائي فلا مجال معه لإعمال هذا الأصل.

ومن مصاديق ذلك أيضاً ولايه الحاكم بما هو حاكم، فإنّه لا مجال لنفيها بهذا الأصل؛ لأنّ فرض مجتمع بلا حاكم باطل في نفسه، وهذا ما تراه ضمن المباحث التاليه.

إنّ الصغر وصف مؤثّر في سلب أهليته العاقد، أو نقصانها في الذكر والأنثى على السواء، ولهذا شرعت الولاية عليهم، رعايه لحالهم حتّى يكبروا وتزول صفه الصغر عنهم معتمدين على أنفسهم في تدبير سائر شؤونهم.

وهذه الولاية عباره عن ولاية جبريه تستلزم حكماً عاماً فيها، وهو أن تصرفات الوليّ التي يقوم بها لمصلحه القاصر نافذه عليه جبراً، إذا كانت مستوفيه شرائطها الشرعيّه، بحيث لا يكون للقاصر بعد كبره أن ينقض منها شيئاً.

والولّي عند فقهاء الشيعة الإماميه هو الأب، والجدّ من طرف الأب بمعنى أب الأب فصاعداً فلا يندرج فيه أم الأب والوصى لأحدهما مع فقد الآخر والسيد بالنسبه إلى المملوك، والحاكم، ولا ولاية للأم، ولا الجدّ من قبلها ولو من قبل أم الأب ولا الأخ، والعم، والخال، وأولادهم. (١)

وهذا ما سنتناوله مفصّلاً - بمشيئه الله تعالى - بما يلي:

ص: ٩٣

لا خلاف ولا شبهة في ولاية الأب على الصغير، بلا فرق بين الذكر والأنثى. كما صرح بعدم الخلاف في كفايه الأحكام، حيث قال:

ثبت الولاية في النكاح للأب بلا خلاف، بل في التذكرة الإجماع (١)، (وعليه) إجماع الأمة (٢)، وقيل: الإجماع بقسميه (٣). (٤) واستدل له بما يلي:

الأول: الأخبار المستفيضة منها:

١. صحيحه محمد بن مسلم عن الإمام الباقر عليه السلام: في الصبي يتزوج الصبيه يتوارثان؟ فقال عليه السلام: «إن كان أبواهما اللذان زواجهما، فنعمة...» (٥)

ووجه الاستدلال: فإنها صريحه على ثبوت الولاية للأب، ومفهومه نفي الولاية عن غير الأب، وأنه رتب عليه السلام التوارث الذي هو ثمره النكاح الصحيح. (٦)

٢. صحيح محمد بن اسماعيل بن زبير قال: سألت أبا الحسن الإمام الرضا عليه السلام عن الصبيه يزوجه أبوها، ثم يموت، وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال عليه السلام: «يجوز عليها تزويج أبيها». (٧)

فإنها صريحه في أن للأب ولاية النكاح على الصغيره، وليس لها بعد زوال

ص: ٩٤

١- (١). التذكرة: ٢ / ٨٠، ط. حجري.

٢- (٢). مجمع الفائدة والبرهان: ٢٣١/٩.

٣- (٣). جواهر الكلام: ١٧٠/٢٩.

٤- (٤). كفايه الأحكام: ١١٣.

٥- (٥). وسائل الشريعة: ١٤، باب ١٣ من أبواب عقد النكاح، وأولياء العقد، ح ١.

٦- (٦). الحدائق الناضرة: ٢٠٦/٢٣.

٧- (٧). وسائل الشريعة: ١٤، باب: ٦ من أبواب عقد النكاح، ح ١.

الوصف وهو الصغر الاعتراض على فعل الوالد بل يلزمها حكم العقد، ولا تبين المرأه منه إلا بالطلاق بعد بلوغه. (١)

الثانى: الإجماع

فقد تواترت دعاوى الإجماع لولاية الأب على ألسنه عامه الفقهاء فى كتبهم، كما عن الشيخ فى تفسير قوله تعالى: (إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النِّكَاحِ) ٢، فإنه قال:

لا ولاية لأحد عندنا إلا للأب والجد على البكر غير البالغ؛ فأما من عداهما، فلا ولاية له. (٢)

ومثله غيره من عموم الفقهاء.

ثانياً: ولاية الجد للأب

إشاره

وقال الشهيد الثانى:

المشهور بين الأصحاب ثبوت ولاية الجد للأب كالأب. (٣)

فكما أن للأب ولاية النكاح على الصبى والصبية فكذلك الجد حكمه حكم الأب، بل ادعى عليه فى التذكرة (٤) الإجماع، وخالف فى ذلك ابن أبى عقيل، فقال:

الولى الذى هو أولى بنكاحهن هو الأب دون غيره من الأولياء ولم يذكر للجد ولاية. (٥)

واستدل المشهور بما يلى:

ص: ٩٥

١- (١) . انظر: تذكرة الفقهاء: ٥٨٦.

٢- (٣) . التبيان: ٢٧٣/٢.

٣- (٤) . مسالك الأفهام: ١١٧.

٤- (٥) . تذكرة الفقهاء: ٥٨٧/٢.

٥- (٦) . نقل عنه فى مختلف الشيعة: ١١٧/٧.

الأول: جملة من الأخبار منها:

١. صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما الإمام الباقر أو الإمام الصادق عليه السلام قال:

«إذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه ولابنه أيضاً أن يزوجها» فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً وجدّها رجلاً؟ فقال عليه السلام: «الجدّ أولى بنكاحها». (١)

ودلالتها على ولاية الجدّ واضحة.

٢. وصحيح هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

إذا زوج الأب والجدّ كان الترويج للأول، فإن كانا جميعاً في حال واحده، فالجدّ أولى. (٢)

وغيرها من الروايات التي تجيز زواج الأب والجدّ وتقدّم زواج الجدّ عند المزاحمة. (٣)

الثاني: الإجماع

قال العلامة الحلبي:

الآباء والأجداد لهم الولاية على الصبيان، وهو قول علمائنا أجمع.

واستدلّ المخالف القائل بحصر الولاية في الأب، وإنكاره لولاية الجدّ ما نسب إلى ابن أبي عقيل أنّه قال:

الوليّ الذي هو أولى بنكاحهن هو الأب دون غيره من الأولياء ولم يذكر للجدّ ولاية. (٤)

وظاهر هذه العبارة المنقولة عنه حصر الولاية في الأب، وكأنّه استند في ذلك إلى الروايات الحاصره للولاية في الأب، وهي كما يلي:

١. روايه أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

ص: ٩٦

١- (١). وسائل الشيعة: ١٤، باب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ١.

٢- (٢). المصدر السابق، ح ٢.

٣- (٣). المصدر السابق.

٤- (٤). تذكره الفقهاء: ٢٧/٢.

الجارية البكر التي لها أب لا تتزوج إلا بإذن أبيها. (١)

ودلالاتها واضحة، فإنها قد حصرت الولاية بالأب.

٢. معتبره زواره ابن أعين قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول:

لا ينقض النكاح إلا الأب. (٢)

وهي أيضاً واضحة الدلالة في نفي ولاية غير الأب.

الرَّاجِح

والذى يظهر لى هو قول المشهور؛ إذ لا بدّ من رفع اليد عن حصر الولاية فى الأب ويقرب ذلك بأحد بيانين:

الأول: إنّ رفع اليد عن هذه الروايات هو بمعنى رفع اليد عن ظهورها فى اختصاص الحكم بالأب لصراحه ما دلّ على ولاية الجدّ فى ثبوت الولاية وتقدّمها على الأب ويحمل الحصر على أنّه بالإضافة إلى غير الجدّ.

الثانى: لو لم يمكن التصرف فى ظهور هذه الروايات لزم اسقاطها عن الحجّيه لمنافاتها لما هو القطعى، لكون ولاية الجدّ ثابتة بنحو قطعى لا ريب فيه ولا مجال؛ لأنّ يتعدنا الشارع بما نقطع بخلافه؛ لأنّه بمنزلة الردع عن القطع وهو محال.

أضف إلى وجود الروايات التى تثبت الولاية لهما ولا- معارضه بينهما؛ إذ الروايات الحاصره للولاية فى الأب ظاهره فى ذلك والروايات المصرحه فى أنّ الولاية للأب والجدّ نصّ فى ذلك، فلا بدّ من رفع اليد عن الظاهر فى الحصر لوجود القرينه على ذلك، أضف إلى ذلك وجود الروايات التى تقدّم عقد الجدّ على ابنه - والد البنت - فإنّها تقتضى أولويه ولاية الجدّ على ولاية الأب، كما هو واضح.

ص: ٩٧

١- (١). وسائل الشيعه: ١٤، باب ٣ من أبواب عقد النكاح، ح ٣.

٢- (٢). المصدر السابق: ح ٧.

إذاً فظاهر هذه الروايات هو ولاية الأب والجدّ على الصغيره؛ أمّا بالقياس إلى الصغير، فيبدو من تعبير الإمام عليه السلام: «لا بأس»، ويستشعر منه الجواز كما في صحيح الفضل بن عبد الملك، قال: سألت أبا عبد الله الصادق عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغير، قال عليه السلام: «لا بأس». قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السلام: «لا». (١)

كلّ من الأب والجدّ مستقلّ في الولاية

قال السيّد اليزدي:

إنّ كلّاً من الأب والجدّ مستقلّ في الولاية، فلا يلزم الاشتراك فيها ولا الاستئذان من الآخر في إعمالها فأيهما سبق - مع مراعاة ما يجب مراعاته - لم يبق محلّ للآخر. (٢)

وهذا الحكم قد دلّت عليه جملة من النصوص، منها:

١. موثقه عبيد بن زرارة قلت للإمام الصادق عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل، ويريد جدّها أن يزوّجها من رجل آخر، فقال عليه السلام:

الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب زوّجها قبله ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ. (٣)

٢. صحيحه هشام بن سالم عن الإمام الصادق عليه السلام قال:

إذا زوّج الأب والجدّ فإنّ التزويج للأوّل، فإنّ كانا جميعاً في حالٍ واحدٍ فالجدّ أولى. (٤)

وغيرها من الروايات، فإنّها صريحة على تقدّم السابق منها، اللّازم منه الاستقلال المذكور.

ص: ٩٨

١- (١). المصدر السابق: باب ٢٨ من أبواب الشهور، ح ٢.

٢- (٢). العروه الوثقى: ٨٦٧/٢.

٣- (٣). وسائل الشيعة: ١٤، باب ٢ من عقد النكاح، ح ٤.

٤- (٤). المصدر السابق: ح ٣.

والروايه الثانيه قَدّمت عقد الجَدّ على فرض تقارن عقد الأب والجَدّ فتكون مقَيّده لأدّله ولايه الأب.

وبهذه الروايه أيضاً تخرج عن القاعده المقتضيه للبطلان - في صوره اقتران العقدين في وقت واحد حيث إنّ الجمع بينهما غير ممكن وترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرّجّح - لأنّ شرط تقديم عقد الأب هو كونه سابقاً، وما لم يعلم ذلك يكون عقد الجَدّ أولى.

لا خيار للصغيره - إذا زوّجها الأب أو الجَدّ - بعد بلوغها ورشدها

نعم، إذا زوّج الأب أو الجَدّ الصغيره مع مراعاة ما يجب مراعاته، فبعد بلوغها ورشدها ليس لها الحقّ في ردّ الزواج، بل هو لازم عليها.

قال الشهيد الثاني:

وهذا الحكم لا يظهر فيه مخالف (١)، و(وقيل: الإجماع عليه. (٢)

واستدلّوا بما يلي:

أولاً: أنّ مقتضى القاعده نفوذ ما عمل به الوليّ بعنوان الولايه، وإلّا يلزم لغويه جعل الولايه.

وبعبارة أخرى: عمل الوليّ بمنزله عمل البالغ في حقّ نفسه فكما لا خيار له في عمل نفسه، فكذا الوليّ. (٣)

ثانياً: جملة من الأخبار منها:

١. الروايات المطلقة التي تقدم بعضها القائله بنفوذ عقد الأب والجَدّ مثل معتبره محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال:

ص: ٩٩

١- (١) . مسالك الأفهام: ١١٩/٧.

٢- (٢) . مستمسك العروه الوثقى: ٤٥٣/١٤.

٣- (٣) . مدارك العروه: ١٥١/٣٠.

سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبيّه يزوّجها أبوها، ثم يموت، وهى صغيره، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال: «يجوز عليها تزويج أبيها». (١)

وهى واضحه الدلاله على نفوذ تزويج الأب عليها، وإن بلغت.

٢. روايات خاصه فى المقام، فقد ذكرت صحيحه عبد الله بن الصلت قال:

سألت الإمام الصادق عليه السلام عن الجاربه الصغيره يزوّجها أبوها لها أمر اذا بلغت؟ قال عليه السلام: «لا، ليس لها مع أبيها أمر». (٢)

ودلالاتها واضحه فى نفي الخيار.

٣. صحيح على بن يقطين قال:

سألت الإمام الرضا عليه السلام أتزوج الجاربه، وهى بنت ثلاث سنين أو يزوّج الغلام، وهو ابن ثلاث سنين... فاذا بلغت الجاربه فلم ترض فما حالها؟ قال: «لا بأس بذلك إذا رضى أبوها أو وليها». (٣)

وهى داله على نفي الخيار، سواء فهم من الجواب أنه «لا بأس» بعدم رضاها، أو «لا بأس» برّد التزويج إذا رضى أبوها أو وليها، فعلى الأوّل تكون الروايه مصرحه بنفي الخيار رأساً، وعلى الثانى مقتضى اشتراط رضى الأب أو الوليّ هو عدم استقلالها فى الرّد، وهو يعنى نفي الخيار. (٤)

لكن فى جملة من الروايات أن لها الخيار وذلك هو الذى تقتضيه قاعده تسلط الناس على أنفسهم، وأى أمر أهمّ من هذا؟

فمن تلك الأخبار ما يلى:

ص: ١٠٠

١- (١). وسائل الشيعه: ١٤، باب ٦ من أبواب عقد النكاح، ح ٣.

٢- (٢). وسائل الشيعه، باب ٦ من عقد النكاح، ح ٣.

٣- (٣). المصدر السابق: ح ٧.

٤- (٤). كتاب النكاح: ٤٢١/١.

١. صحيحه محمد بن مسلم قال:

سألت الإمام الباقر عليه السلام عن الصبي يزوّج الصبيه قال: «إن كان أبواهما، اللذان زواجهما، فنعمة جائز، ولكن لهما الخيار اذا أدركا». (١)

وهي كما ترى واضحة الدلالة بل صريحه في عدم لزوم العقد الصادر من الولي، وثبوت الخيار لهما بعد البلوغ، فإنّ حمل الخيار على الطلاق كما أفاده الشيخ (٢) قدس سره بعيد غايته، ولا وجه للمصير إليه.

وهذه الرواية صالحه لتقييد ما تقدّم من النصوص الدالّة على نفوذ عقد الأب أو الجدّ بغير هذا الفرض أو هو ما لو كان كل من الزوجين صغيراً.

وأشكل عليه:

أنّه لم يعلم قائل من فقهاء الإماميّة بهذا التقييد، وحينئذٍ تكون صحيحه محمد بن مسلم مهجوره بين الأصحاب معرض عنها فتسقط عن الحجّة.

وبهذا تكون الروايات القائلة بنفوذ عقد الأب أو الجدّ على الصغيره سالمه عن التقييد.

٢. وفي حسنه الكناسي الطويله، عن أبي جعفر عليه السلام، سئل متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته، ولا يستأمرها؟ قال عليه السلام:

«إذا جازت تسع سنين، فإن زوّجها قبل بلوغ التسع سنين، كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين». (٣)

وهي كالأولى واضحة الدلالة في عدم لزوم العقد الصادر من الولي، وفي ثبوت الخيار لها إذا بلغت تسع سنين.

وأشكل عليه في هذا المقام بما يلي:

ص: ١٠١

١- (١). وسائل الشيعة: ١٤، باب ٦ من ابواب النكاح، ح ٨.

٢- (٢). التهذيب: ٣٨٢.

٣- (٣). وسائل الشيعة: ٢٠٩/١٤.

أولاً: أنّها ضعيفه السند، فإنّ المذكور في نسخ التهذيب والاستبصار وإن كان يزيد الكناسي (١) إلما أنه لم يثبت توثيقه أيضاً؛ وذلك لأنّ النجاشي قدس سره ذكر يزيد أبا خالد القمّاط ووصفه بأنّه كوفي ثقة. (٢) والشيخ قدس سره ذكر يزيد الكناسي وأفاد أنّه ينتسب إلى: كناسه محلّه في الكوفة، من دون أن يذكر له توثيقاً. (٣) لكنه قدس سره لم يتعرّض لذكر يزيد أبي خالد القمّاط لا في الفهرست ولا في الرجال، وهو ممّا يوجب الاطمئنان بأنّ يزيد الكناسي هو يزيد أبو خالد القمّاط، وحينئذٍ فينفع توثيق النجاشي يزيد أبي خالد القمّاط في إثبات وثاقه يزيد الكناسي.

غير أنّ ذلك معارض، بأنّ البرقي الذي هو أقدم من الشيخ وأعرف منه بالرجال لقرب عهده إلى الرواه ذكر العنوانين معاً، فقد ترجم يزيد الكناسي ويزيد أبا خالد القمّاط كلّاً على حده (٤)، وهو إنّما يكشف عن عدم اتّحاد الرجلين، وعلى هذا الأساس، فلا تنفع وثاقه يزيد أبي خالد القمّاط في إثبات وثاقه يزيد الكناسي.

وعليه فتكون الروايه ساقطه عن الاعتبار سنداً. (٥)

ثانياً: أنّ هذه الروايه لا يمكن العمل بها؛ لأنه لا يحتمل ثبوت الخيار للتي زوّجها الأب قبل تسع سنين، وعدم ثبوته للتي زوّجها بعد ذلك، مع معارضتها للنصوص الكثيره الداله على نفوذ إنكاح الأب، وأنّه ليس لها من الأمر شيء، بل لمخالفتها الإجماع، كما مرّ. (٦)

ص: ١٠٢

١- (١). التهذيب: ٣٨٢/٧؛ والاستبصار: ٢٣٧/٣.

٢- (٢). رجال النجاشي: ٤٥٢، رقم ١٢٢٣.

٣- (٣). رجال الطوسي: ١٤٩، رقم ١٦٥٥.

٤- (٤). رجال البرقي: ٣٢.

٥- (٥). موسوعه الإمام الخوئي: ٢٢٦/٣٣.

٦- (٦). مستند الشيعة: ١٣٢/١٦.

والذى يظهر لى: أنه لا خيار للصغيره إذا زوجها الأب أو الجدّ بعد بلوغها ورشدها؛ وذلك لأنّ إنكاح الصغيره قد صدر من ولى، والولى ناظر للموَلَّى عليه، وقائم مقامه، وفيه دافع الشفقه والحرص لمصلحه الموَلَّى عليه، فليزِم نفوذ عقده، وإلّا يلزم لغويه جعل الولايه، أضف إلى ذلك أنّ الروايتين التى مرّ ذكرهما التى تقول بثبوت الخيار لهما فإنّها معارضه لما مر، لشذوذهما، بل لمخالفتهما الإجماع.

لا خيار للصغير – إذا زوجها الأب أو الجدّ – بعد بلوغه ورشده

وهذا المشهور بين فقهاء الإماميه، وفي ذلك قال السيّد الحكيم:

لا خيار للصغيره إذا زوجها الأب أو الجدّ بعد بلوغها ورشدها، بل هو لازم عليها وكذا الصغير على المشهور. (١)

خلافاً للشيخ فى النهايه، حيث قال:

ومتى عقد الرجل لابنه على جاريه، وهو غير بالغ كان له الخيار إذا بلغ (٢)، وابن حمزه:

وإذا عقد الأبوان على صبيتهما كان عقد الصبي موقوفاً على إجازته إذا بلغ دون الصبيه، فإذا بلغ الصبي ورضى به استقر، وإن أبى انفسخ. (٣)

وابن إدريس:

ومتى عقد الرجل لابنه على جاريه، وهو غير بالغ، كان له الخيار إذا بلغ، وليس كذلك إذا عقد على بنته غير البالغ؛ لأنها إذا بلغت لا خيار لها. (٤) فاثبتوا له التخيير بعد البلوغ.

ص: ١٠٣

١- (١) . مستمسك العروه الوثقى: ٤٥٣/١٤.

٢- (٢) . النهايه: ٤٦٧.

٣- (٣) . الوسيله إلى نيل الفضيله: ٣٠٠.

٤- (٤) . السرائر: ٥٦٢/٢ و ٥٦٣.

استدل القائل بعدم الخيار بأمور:

الأول: أصاله بقاء الصحه.

الثاني: جمله من الروايات منها:

١. صحيح محمد بن مسلم عن الإمام الباقر عليه السلام :

في الصبي يتزوج الصبيه يتوارثان؟ فقال عليه السلام : «إن كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم». قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السلام : «لا». (١)

إن اطلاق الروايه دال على لزوم ونفوذ عقد الأب عليهما.

وقد أورد السيد الحكيم قدس سره على الاستدلال بهذه الصحيحه قائلاً:

أن التوارث إنما يدل على الصحه لا غير وهي لا تنافي ثبوت الخيار. (٢)

٢. معتبره عبيد بن زراره قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير، قال: «إن كان لابنه مال فعليه المهر، وإن لم يكن لابن مال فالأب ضامن المهر أو لم يضمن». (٣)

الظاهر أن تفصيل الإمام عليه السلام في المهر دال على المفروغيه عن صحه النكاح. (٤)

ويرد عليه أن صحه النكاح لا- تنافي ثبوت الخيار، ولا- مجال للتمسك بإطلاق الصحه في المقام؛ لأنها لوحظت مفروغاً عنها، فليس الإمام عليه السلام في مقام البيان من هذه الجهه. (٥)

٣. صحيح الفضيل بن عبد الملك قال:

ص: ١٠٤

١- (١). وسائل الشيعه: ١٤، باب ١٣ من أبواب عقد النكاح، وأولياء العقد، ح ١.

٢- (٢). مستمسك العروه الوثقى: ٤٥٤/١٤.

٣- (٣). وسائل الشيعه، باب ٢٨ من أبواب المهور، ح ١.

٤- (٤). الخوئي، كتاب النكاح: ٢٧٩/٢.

٥- (٥). انظر: كتاب النكاح: ٤١٥/١.

سألت الإمام الصادق عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغير؟ قال: «لا بأس». (١)

وواضح أنّ إطلاقها هو نفوذ الزواج حتّى بعد بلوغ الطفل وفسخه للعقد.

ويرد عليها أنّ الرواية لا تدل على عدم ثبوت الخيار، فإن النظر فيها إلى أصل الصّحّة، بل ورد في ذيلها قوله عليه السلام: «إذا زوّج الرجل ابنه فذاكك إلى ابنه»، وهو صريح في ثبوت الخيار. (٢)

أدله القائلين بالخيار

وهو ما ذهب إليه الشيخ الطوسي وابن حمزه وابن إدريس القول: بخيار الصبي في الفسخ والإمضاء عند بلوغه ورشده. واستدلوا بما يلي:

١. التمسك بصحيحه محمّد بن مسلم المتقدّمه في جعل الخيار للصبي إذا بلغ.

٢. يوجد ضرر في تزويج الابن قبل بلوغه، بحيث يجب عليه بذل المهر والنفقه دون مقابل، وهذا الضرر لا يأتي في حقّ الزوجه الصغيره؛ لأنّها تأخذ المهر والنفقه من دون خسران وحينئذ لا بدّ من جعل الخيار للابن لكي يتمكن من دفع الضرر عن نفسه دون البنت؛ لأنّها ليست بحاجة إلى الخيار. (٣)

وأجيب:

أولاً: إنّ صحيحه محمّد بن مسلم؛ إمّا أن يؤخذ بها أو لا يؤخذ، حيث أن مضمونها واحد، وهو ثبوت الخيار للصبي والصبيه إذا بلغ فلا معنى للأخذ بها في الصبي إذا بلغ دون الصبيه؛ إذ ليست هذه الرواية قد عبّرت بجملتين أحدهما عن الصبي والأخرى

ص: ١٠٥

١- (١). وسائل الشيعة، باب ٢٨ من أبواب في المهور، ح ٢.

٢- (٢). انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ٤١٥/١.

٣- (٣). انظر: المهذب البارع: ٢٣٠/٣.

عن الصبي حتى يكون الإعراض عن إحدى الجملتين، وعدم الإعراض عن الأخرى موجباً لحجه الثانيه دون الأولى، بل الروايه ذكرت جملة واحده، وهى: «لهما الخيار إذا أدركا»؛ فأما أن تقبل، وإما أن لا تقبل. (١)

ثانياً: على أنّ «لا ضرر ولا ضرار»، حديث نافي للحكم الضررى، فلا يمكن أن يستفاد منه إثبات حكم الخيار للصبي.

الرّاجح:

والذى يظهر لى هو: القول بعدم الخيار؛ لأنّ عقد الولي وقع فى محلّه؛ ولذا قال الحلّي:

لو زوج الأب أو الجدّ للولد الصغير، لزمه العقد، ولا خيار له مع بلوغه ورشده، على الأشهر. (٢)

مضافاً إلى ما دلّ على صحّته تزويج الصغير المقتضى لبقائه، ولو بعد البلوغ.

ثالثاً: ولاية الوصى فى النكاح

إشاره

والوصى، وهو من عهد إليه الولي بتزويج مولّيه بعد مماته.

ففى ثبوت ولاية التزويج للوصى خلاف بين العلماء على أقوال أربعة:

الأول: ثبوت الولاية للوصى مطلقاً

وهذا ما اختاره العلّامة حيث قال بعد أن بيّن كلام الشيخ الطوسى فى الخلاف:

إذا أوصى إلى غيره بأن يزوّج بنته الصغيره، صحّت الوصيه وكان له تزويجها، ويكون صحيحاً، سواء عين الزوج أو لا.

ثمّ قال العلّامة:

ص: ١٠٦

١- (١). انظر: موسوعه الإمام الخوئى: ٢٢٦/٣٣.

٢- (٢). شرائع الإسلام: ٥٠٢/٢.

والوجه ماقاله الشيخ فى الخلاف. (١)

والشهيد فى الشرح:

فالحكمه تقتضى ثبوت الوصيه تحصيلًا للمصلحه؛ ولأنه قائم مقام الأب. (٢)

وقبلهما الشيخ فى أحد قوليه فى الخلاف فى المسأله التاسعه:

إذا اوصى إلى غيره بان يزوج بنته الصغيره صحت الوصيه، وكان له تزويجها، ويكون صحيحاً، سواء عين الزوج أو لم يعين وإن كانت كبيره لم تصح الوصيه. (٣)

وقوله الآخر فى المبسوط نفي الولاية للوصى مطلقاً:

وأما التزويج فليس للوصى أن يزوجه - أى: الصبى - لأنه ليس من أهله، وربما اتهم، وكذلك ليس له أن يزوج الصغيره التى يلى عليها؛ لأن ولاية النكاح لا تستفاد بالوصيه. (٤)

الثانى: نفي ولاية التزويج للوصى مطلقاً

وهذا ما اختاره المحقق فى النافع (٥) وفى الشرائع حيث قال:

ولا ولاية للوصى وإن نص له الموصى على النكاح على الأظهر. (٦)

والعلامة فى القواعد:

ولا تصح الوصيه فى تزويج الأصغر، لعدم الغبطه على إشكال. (٧)

وفى التذكرة:

ص: ١٠٧

١- (١) . مختلف الشيعه: ١٤١/٧.

٢- (٢) . غايه المراد: ٥٠/٣.

٣- (٣) . الخلاف: ٢٥٤/٤ مسأله (٩).

٤- (٤) . المبسوط: ٥٩/٤.

٥- (٥) . المختصر النافع: ١٧٣، حيث قال: لا ولاية فى النكاح لغير الأب، والجد للأب وإن علا، والوصى.

٦- (٦) . الشرائع: ٢٢٢/٢.

٧- (٧) . قواعد الأحكام: ٥٦٢/٢.

إنما تثبت وصايه الوصى فى صورته واحده عند بعض علمائنا هى لمن يبلغ فاسد العقل. (١)

بل هو المشهور، كما فى المسالك. (٢)

الثالث: ثبوتها مع نصّ الموصى له عليه

وهذا هو المحكى عن الخلاف بثبوت الولاية للموصى إذا نصّ الموصى على ذلك، واختاره العلماء فى المختلف. (٣)

الرابع: ثبوت الولاية على من بلغ فاسد العقل

إشاره

وهذا ما اختاره الفاضل الآبى فى كشف الرموز، حيث قال:

ولا يزوّج الوصى إلّا من بلغ فاسد العقل مع اعتبار المصلحه. (٤)

وبه قال المحقق فى الشرائع (٥) والعلامه فى التحرير والقواعد (٦) وفى إرشاد الأذهان:

ولا تثبت ولاية الوصى على الصغيرين وإن نصّ الموصى على الإنكاح على رأى، وتثبت ولاية الوصى على من بلغ فاسد العقل مع

الحاجه. (٧)

، والشهيد الأوّل فى الدروس:

وله تزويج من بلغ فاسد العقل، مع المصلحه، وغايه المراد. (٨)

وغيرهم.

ص: ١٠٨

١- (١) . تذكره الفقهاء: ٥٩٢.

٢- (٢) . مسالك الأفهام: ١٤٨/٧.

٣- (٣) . انظر: غايه المرام: ٣٠/٣.

٤- (٤) . كشف الرموز: ١١٣/٢.

٥- (٥) . شرائع الإسلام: ٢٢١/٢.

٦- (٦) . التحرير: ٦/٢؛ القواعد: ٥٦٢/٢.

٧- (٧) . إرشاد الأذهان: ٨/٢.

(أ) أدله من أثبت الولاية للوصى مطلقاً

استدلّ من أثبت الولاية للوصى بما يلي:

الأول: اطلاقات أدله نفوذ الوصيه، كقوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ * فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ * فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْسٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ). (١)

والاستدلال بها بتقريب أنّ صدرها، وإن كان ناظرًا إلى الوصيه المائيه للوالدين والأقربين إلّا أنّ الدليل دالّ على نفوذ الوصيه مطلقاً، ولزوم العمل بمقتضاها باستثناء ما كان فيها جنف أو إثم، وعليه فتشمل الوصيه فى النكاح وتكون الوصيه نافذه، وبذلك تكون للوصى الولاية على الترويج. (٢)

وأورد عليه: إنّها فى مقام أصل التشريع والترغيب لها، ولا يصح التمسك بها لإثبات ما شك فى صحه الوصيه، كما فى جميع الموارد المشكوكه، مع أنّ المنساق منها الوصيه بالمال، وما يتعلق بنفس الشخص من التجهيزات، فلا يشمل المقام. (٣)

وأجيب: أنّ صدر الآيه، وإن كان فى مورد الوصيه بالمال، ولكن خصوصيه المورد لا توجب ضيقاً فى مدلول الخطاب اللفظى. (٤)

الثانى: قوله تعالى: (فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ). (٥)

ص: ١٠٩

١- (١). البقره: ١٨١ و ١٨٢.

٢- (٢). انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ٤٣٨/١.

٣- (٣). مهذب الأحكام: ٢٧٧/٢٤.

٤- (٤). دليل تحرير الوصيله: ٢٢١/٢.

٥- (٥). البقره: ١٨١.

إِنَّ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: (فَمَنْ بَدَّلَهُ) يدلُّ بِإِطْلَاقِهِ عَلَى نَفُوزِ الْوَصِيَّةِ وَوَجُوبِ الْعَمَلِ بِهَا فِي غَيْرِ مَا كَانَ فِيهَا جَنْفٌ أَوْ إِثْمٌ أَوْ ضَرَرٌ عَلَى الْوَارِثِ (١)، خُصُوصاً فِيمَا إِذَا نَصَّ الْمَوْصِي عَلَى كَوْنِهِ وَصِيّاً وَقِيماً عَلَى النِّكَاحِ.

وَأُورِدَ عَلَيْهِ: أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ كَوْنِ مُورِدِ الْوَصِيَّةِ وَالْقِيَمُومَةِ صَحِيحَةً شَرْعاً، وَالشُّكُّ فِي الصَّحِّهِ يَكْفِي فِي عَدَمِهَا فَلَا وَجْهَ لِلتَّمَسُّكِ بِهَا. (٢)

الثالث: جملة من الأخبار منها:

١. إطلاقات النصوص الواردة في تفسير من بيده عقده النكاح، نظراً إلى اشتغال كثير من هذه النصوص على الوصي مثل صحيح ابن مسلم، وأبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الذي بيده عقده النكاح، قال عليه السلام: «هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه».

وخبر أبي بصير عن الإمام الصادق عليه السلام قال: سألته عن الذي بيده عقده النكاح قال عليه السلام: «هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه». (٣)

واشتمالها على ذكر الأخ لا يسقطها عن الحجية في سائر الفقرات، كما قال في الجواهر مع إمكان حمله على كون الأخ وكيلاً لها أو وصياً.

ولا- يضّر كون عطف الوصي عليه من عطف العام على الخاص، ولا يخفى أنّ المراد بالوصي في هذه النصوص بقريته مناسبه الحكم والموضوع هو من أوصى إليه بأمر النكاح دون الوصي في تصدى الأمور المائته، بل ولا شؤونه العامّة على النحو المطلق.

وأما مع عدم نص الوصي، أو قريته قطعيه على إرادته نكاح الأولاد الصغار، فيشكل الإلتزام بثبوت ولايه الوصي على ذلك، بل ظاهرها هو الأمور العامّة الراجعة إلى

ص: ١١٠

١- (١). انظر: موسوعه الإمام الخوئي: ٢٤٤/٣٣ و ٢٤٥.

٢- (٢). مهذب الأحكام: ٢٧٨/٢٤.

٣- (٣). التهذيب: ٣٩٣/٧.

الشؤون الماليه، ولعدم دليل يثبت ولايه الوصى بعنوان أنه وصى مطلق على أمر النكاح والزواج، بل يستفاد من بعض النصوص خلاف ذلك، مثل صحيح ابن بزيع ومحمد بن مسلم، فإنَّ الأوّل كالصريح فى عدم ولايه الوصى على أمر الزواج والنكاح، والثانى دلّ على ذلك بمفهوم الشرط. (١)

٢. معتبره محمّد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام، أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده، وبمال لهم، وأذن له عند الوصيه أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: «لا بأس به من أجل أنّ أباهم قد أذن له فى ذلك، وهو حى». (٢)

ويمكن أن يقرب الاستدلال بها بأحد بيانين:

الأوّل: ما ورد فى مفروض السؤال من الوصيه بالأولاد، وهى غير الوصيه بالمال، ويفهم من جواب الإمام عليه السلام إما بسكوته أو باطلاق نفى البأس نفوذ الوصيه.

الثانى: التمسك بالتعليل الوارد فى جواب الإمام عليه السلام الدال على نفوذ وصيه الأب بالأولاد مطلقاً. (٣)

(ب) أدلّه من منع الولاية فى النكاح للوصى مطلقاً

استدل على عدم الولاية للوصى على تزويج الصغير بجمله من الأدلّه منها:

أوّلاً: أنّ الأصل فى ولاية التزويج بالنسبه إلى الصغير القرابه، وولاية القرابه لا تقبل النقل إلى الغير بعد الموت، لانقطاعها به، كما لا تقبل الحضانه - ونحوها ممّا يختص بالقرابه - النقل بالوصايه. (٤)

ص: ١١١

١- (١). جواهر الكلام: ١٩٠/٢٩.

٢- (٢). وسائل الشيعه، باب ٩٢ من أبواب الوصايا، ح ١.

٣- (٣). انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ٤٣٩/١.

٤- (٤). مسالك الأفهام: ١٤٨/٧.

ثانياً: انتفاء حاجه الصغير إليه. (١)

ثالثاً: جملة من الأخبار:

١. صحيح أيوب، عن محمد بن سوجه قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام إلى أن قال في تفسير: (فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا) «يعنى: الموصى إليه إن خاف جنفاً من الموصى، فيما أوصى به إليه ممّا لا يرضى الله عن ذكره من خلاف الحقّ، فلا إثم عليه». (٢)

بتقريب أنّ الوصيه بزواج ولده جنف وهو العدوان، كما أنّ الوصيه بزواج أخيه وابن أخيه جنف. (٣)

وأورد عليه:

إنّ العرف لا يشكّ في أنّ الوصيه لزواج ولده الصغير ليس جنفاً. (٤)

٢. صحيح أبي بصير، ومحمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الذى بيده عقده النكاح؟ قال:

«هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه، والذى يجوز أمره فى مال المرأة فيبتاع لها ويشترى، فأى هؤلاء عفا فقد جاز». (٥)

بتقريب أنّ ذكر الأخ دليل على إرادته كون الوصى وكيلاً فى زواج الكبيره.

وأشكل عليه:

إنّ ذكر الأخ لا يوجب صرف غيره عن ظاهره، وقد ذكر الحرّ العاملى: «أنّ حكم الأخ محمول على كونه وكيلًا». (٦)

ص: ١١٢

١- (١). المصدر السابق.

٢- (٢). وسائل الشيعة: ٤٢١/١٣.

٣- (٣). مستمسك العروه الوثقى: ٤٧٤/١٤.

٤- (٤). موسوعه الفقه: ٧٣/٦٤.

٥- (٥). وسائل الشيعة: ٢١٣/١٤.

٦- (٦). المصدر السابق: ٣١٧/٢١.

والوصى يحتمل ذلك أيضاً، وقد خصّه بعض علمائنا (١) بكون البنت الكبيره غير رشیده.

٣. صحيح محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام :

فى الصبى يتزوَّج الصبيّه يتوارثان؟ فقال: «إذا كان أبواهما اللذان زواجهما، فنعم».

فإنّ مفهومه عدم نفوذ زواج غير الأب.

وأورد عليه:

أنّ الوصى قائم مقام الأب، فهو امتداد له، كما أن الجدّ والحاكم كذلك؛ ولذا لا يمكن الاستدلال به لعدم ولايتهما. (٢)

ج أدلّه من أثبت الولاية للوصى مع نصّ الموصى له

استدل لهذا القول بوجوه:

الأوّل: قوله تعالى: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ). (٣)

فإنّ حرمة تبديل الوصيه مستلزمه لتحقيق الولاية بتولية الموصى. (٤)

وأشكّل عليه:

بأنّ الضمير فى: (بَدَّلَهُ) راجع إلى الإيصاء للوالدين والأقربين بما ترك من الخير المتقدّم ذكرهما فى آيه الوصيه، فلا يعمّ مطلق

التبديل. (٥)

ص: ١١٣

١- (١). التذكرة: ٥٩٣/٢.

٢- (٢). موسوعه الفقه: ٧٣/٦٤.

٣- (٣). البقره: ١٨١.

٤- (٤). كتاب النكاح: ١٤٤.

٥- (٥). انظر: الرياض: ٨١/٢.

وأجيب:

أنه في كثير من النصوص استدلل المعصوم عليه السلام بهذه الآيه في أحكام كثيره من الوصايه، وهو آيه في عدم الاختصاص بالمورد، فلا بد من إرجاع ضمير: (بَدَلَهُ) إمّا إلى مطلق الإيضاء؛ وإمّا إلى خصوص الإيضاء للوالدين والأقربين، ولكن مع إناطه حكم الإثم بأصل تبديل الإيضاء لا خصوص هذا الإيضاء، بأن يجعل المورد خاصاً والمناطق عاماً.

ولذا قال الشيخ الأنصاري:

الإنيصاف أنّ الآيه ظاهره في المدعى ولو بمعونه الأخبار المشتمله على الاستدلال بها. (١)

والذي يظهر لي أنّ الآيه بحسب ظهورها الأولى خاص من جهتين:

الأولى: جهه الاختصاص بالوالدين والأقربين.

الثانيه: جهه الاختصاص بكون الموصى به ما ترك من الخير، والأخبار تصلح شاهده للتعميم من الجهه الأولى؛ وأما من الجهه الثانيه؛ فلا قرينه لصرف الآيه عن ظاهرها.

الثاني: قوله تعالى: (وَيَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ) ٢، فإنّ التزويج مع المصلحه إصلاح لهم، فهو خير مأذون فيه.

(٢)

وأشكل عليه:

أولاً: أنه غير مختص بالوصى، بل هو شامل لجميع المكلفين.

ثانياً: أنه يدلّ على أن ما هو إصلاح لهم خير، بشرط أن يكون المصلح مأذوناً في

ص: ١١٤

١- (١). كتاب النكاح: ١٤٤.

٢- (٣). مستمسك العروه الوثقى: ٤٧٢/١٤.

متعلقه شرعاً وهذا أوّل الدعوى، فلا يصح الاستدلال بها للمقام؛ لأنها من التمسك بالدليل فى الموضوع المشكوك. (١)

الثالث: إنّ الوصية بالمال نافذه بالنسبه إليه، فكذلك فى النكاح.

وأشكل عليه:

إنّ التلازم غير ثابت، والقياس باطل. (٢)

الرّاجح

والذى يظهر لى هو القول الأوّل؛ وذلك وإن كان مقتضى الأصل عدم الولاية للوصى إلّا أنّ يدل دليل معتبر كما نسب إلى المشهور عدم الولاية على الصغير مطلقاً نصّ الوصى بذلك أو لا، إلّا أنّه لا مجال للأصل بعد وجود الدليل، وهو اطلاق أدلّه نفوذ الوصيه.

وردت فى المقام كصحيح أبى بصير، ومحمّد بن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال:

سألته عن الذى بيده عقده النكاح؟ قال عليه السلام: «هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه والذى يجوز أمره فى مال المرأة فيبتاع لها ويشترى فأى هولاء عفا فقد جاز». (٣)

وغيرها التى تشير إلى من بيده عقده النكاح.

فإنها ظاهره الدلالة فى القول الأوّل لإتفاقها على عدّ الموصى إليه فى جملة من بيده عقده النكاح الذى هو بمعنى الولاية فى التزويج كالأب.

(د) أدلّه من أثبت الولاية للوصى على من بلغ فاسد العقل

وقد أستدل له بوجه:

ص: ١١٥

١- (١). انظر: فقه الصادق: ١٧٤/٢١.

٢- (٢). المصدر السابق.

٣- (٣). وسائل الشيعة: ٢١٣/١٤.

الأول: قوله تعالى: (كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَيُوتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْأَقْرَبِينَ وَبِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) * فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ * فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ). (١)

فإن هذه الآية تدل على نفوذ وصيه الوصى ووجوب العمل بها مطلقاً باستثناء ما كان فى الوصيه جنف، أو أثم، أو ضرر على الوارث، كما دلت عليه النصوص، فإنه لا- يجب العمل بها وحينئذ إذا شملت الوصيه تزويج المجنون فيجب العمل بها وفقاً للوصيه، حيث يكون فى مخالفتها تبديلاً لها فيكون (إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ). (٢)

الثانى: معتبره محمد بن مسلم عن الإمام الصادق عليه السلام :

أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن عند الوصيه أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه، وبينهم فقال عليه السلام : «لا بأس من أجل أن أباه قد أذن فى ذلك وهو حى». (٣)

الاستدلال بها فإن التعليل يدل على أن كل ما كان للأب فى حال حياته يتمكن أن يوصى به بعد مماته، وتزويج المجنون كان للأب فى حياته - كما تقدم - فيتمكن أن يوصى بعد وفاته. (٤)

والذى يظهر لى، كما أن للأب أن يزوج ولده المجنون سواء كان جنونه متصلاً بالصغر أم لا؟ فلو وصى ذلك، حيث أن الوصى قائم مقام الأب.

نعم، لا بد وإن يراد بالزواج ما لم يكن فيه مفسده، فيشمله دليل الاستحباب.

ص: ١١٦

١- (١). البقره: ١٨٢ - ١٨٠.

٢- (٢). انظر: موسوعه الإمام الخوئى: ٢٤٣/٣٣.

٣- (٣). وسائل الشيعه: ١٣، باب ٢٩ من الوصايا، ح. ١.

٤- (٤). انظر: موسوعه الإمام الخوئى: ٢٤٤/٣٣.

الأول: ثبوت ولايته في النكاح

إنَّ الكلام في ثبوت الولاية للحاكم الشرعي تارةً في ولاية الحاكم على نكاح اليتامى الصغار، وأخرى في سائر شؤونهم.

فالبحث في مقامين:

المقام الأول: فيقع الكلام تارةً في صورته فقدان الوصي، وأخرى مع وجوده.

أمَّا مع فقدانه، فالظاهر ثبوت الولاية للحاكم حينئذ، ولو من باب الحسبه؛ لأنه القدر المتيقن ممَّن يجوز له التصدي لشؤون اليتيم حينئذ.

وأما الإشكال بعدم كون المقام من الحسبه، فمدفوع بعدم انحصار مصلحه النكاح في الوطاء لكي تنتفي الحاجه إلى النكاح بدونه، كما أجاب بذلك في الجواهر (١)، بل في مفتاح الكرامه عدم الخلاف في ذلك، حيث قال:

وأما أنهما إن فقدتا فالولاية للوصي، فإن فقد الوصي فالحاكم، بلا خلاف في ذلك ولايةً وترتيباً ولا في كون المراد بالحاكم حيث يطلق من يعمّ الفقيه المأمون الجامع لشرائط الفتوى، ويستفاد من بعض الأخبار ثبوت الولاية للحاكم مع فقد

الوصي وللمؤمنين مع فقده. (٢)

وعليه فعمده الكلام في صورته وجود الوصي، وعلى أي حال، فالمشهور بين الإماميه عدم ثبوت الولاية للحاكم على نكاح الصغار مطلقاً.

وهذا ما اختاره الشهيد الثاني، حيث قال:

ولا ولاية للحاكم على الصغير مطلقاً. أي مع المصلحه وغيرها. في المشهور. (٣)

ص: ١١٧

١- (١). جواهر الكلام: ١٨٨/٢٩.

٢- (٢). مفتاح الكرامه: ٢٥٧/٥.

٣- (٣). الروضه البهيه: ١١٨/٥.

والجواهر:

والمشهور على ما فى الروضه أنه ليس للحاكم ولاية فى النكاح على من لم يبلغ ذكراً كان أو أنثى. (١)

ونسبه فى الحدائق (٢) إلى الأصحاب وكذا فى المستمسك (٣)، بل نقل فيه عن رساله الشيخ الأنصارى أنه لا يبعد كونه إجماعياً.

ولكن الإنصاف أنه لا إجماع فى المقام، نظراً إلى وجود المخالف فى المسأله.

أدله القائلين بعدم ولاية النكاح على الصبى للحاكم

وقد استدلل للمشهور:

أولاً: بأصل عدم ثبوت الولاية لأحد ما دام لم يدل دليل قطعى من الشارع، وفى المقام لا دليل على ولاية الحاكم على نكاح اليتامى الصغار. (٤)

وأجيب: أن الأصل مقطوع بعموم ولاية الحاكم من نحو قوله صلى الله عليه وآله :

«السلطان وليّ من لا وليّ له». (٥)

ومعتبره أبى خديجه سالم بن مكرم الجمال قال: قال، أبو عبد الله جعفر بن محمد عليه السلام :

«إيّاكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلى أهل الجور، ولكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم، فإنى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه». (٦)

والاستدلال بها فى قوله عليه السلام :

ص: ١١٨

١- (١) . جواهر الكلام: ١٨٨/٢٩.

٢- (٢) . الحدائق الناظره: ٢٣٧/٢٣.

٣- (٣) . مستمسك العروه الوثقى: ٤٧٦/١٤.

٤- (٤) . انظر: دليل تحرير الوسيله: ٢٢٥/٣.

٥- (٥) . جواهر الكلام: ١٨٨/٢٩.

٦- (٦) . الكافى: ٤١٢/٧، ح ٥؛ التهذيب: ٢١٩/٦، ح ٥١٦.

«فإنني قد جعلته عليكم قاضياً»، بناء على أنّ التزويج مع الحاجه من مناصب القضاء ووظائفهم. (١)

ونوقش فيها من حيث الدلاله، أنّ كون نكاح الصغار من شؤون القضاء أول الكلام، بل الظاهر العدم. (٢)

ثانياً: أنّ ولايه الحاكم إنّما هي ثابتة من باب الحسبه، وهي في أمور لا بدّ من القيام بها للحاجه إليها، بحيث لا يرضى الشارع بتركها وتعطيلها، ولا حاجه إلى تزويج الصغار؛ لأنّ مصلحه النكاح هي الوطء والجماع والاستمتاع الجنسي، والفرض عدم قابليه الصغير لذلك. (٣)

وأشكل عليه:

في أنّ مصلحه النكاح لا- تنحصر في الوطء، كما قال في الجواهر (٤)، بل ربّما تكون في أمر آخر، كقرابه المصاهره وسائر الاستمتاع من غير الوطء، وكأنّه لذلك أفتى الفقيه اليزدي بشرط الحاجه إليه أو المصلحه الملزمه في ثبوت الولايه. (٥)

وفي المسالك بعد أن ذكر دليل المنع المتقدّم قال: ولا يخلو من نظر إن لم يكن إجماعياً. (٦) وفي كشف اللثام، قال:

لا- ولايه له يعنى للحاكم على الصغيرين، للأصل، وعدم الحاجه فيهما وفيه نظر ظاهر، فإن استند الفرق إلى الإجماع صحّ، وإلّا أشكل. (٧)

ص: ١١٩

١- (١). مستمسك العروه الوثقى: ٤٧٦/١٤.

٢- (٢). انظر: دليل تحرير الوسيله: ٢٢٥/٣.

٣- (٣). جامع المدارك في شرح مختصر النافع: ١٦٦/٤.

٤- (٤). جواهر الكلام: ١٨٨/٢٩.

٥- (٥). العروه الوثقى: ٨٦٩/٢.

٦- (٦). مسالك الأفهام: ١٤٦/٧.

٧- (٧). كشف اللثام: ٦١/٧.

ولأجل أنه لم يتضح الإجماع على العدم يتعين البناء على الثبوت مع الضرورة والحاجه الشديده، من باب ولايه الحسيه التي مرجعها إلى العلم بأن الشارع المقدس يريد التصرف في الجملة، والقدر المتيقن منه أن يكون من الحاكم أو ياذنه مع الإمكان، وإلا فمن غيره والظاهر أنها من مناصب القضاء، كما أنها المقصوده من ولايه السلطان، يعنى: أن السلطان ولي في المورد الذي لا بد فيه من نصب الولي وتصرفه، ولعلّ تعليل الأصحاب المنع في الصبي بعدم الحاجه يقتضى البناء منهم على الولايه مع الحاجه. (١)

ثالثاً: صحيح محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام :

في الصبي يتزوج الصبيه يتوارثان؟ فقال: «إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم». (٢)

الاستدلال بها بمفهوم الشرط، فإن مفهومه عدم نفوذ زواج غير الأب. (٣)

وأورد عليه:

أن مفهومها معارض بمنطوق صحيحه ابن يقطين قال:

سألت أبا الحسن عليه السلام أتزوج الجاربه، وهى بنت ثلاث سنين أو يزوج الغلام، وهو ابن ثلاث سنين؟ وما أدنى حد ذلك الذى يزوجان فيه، فإذا بلغت الجاربه، فلم ترض فما حالها؟ قال: «لا بأس بذلك إذا رضى أبوها أو وليها». (٤)

مضافاً إلى أن الأدلة على ثبوت الولايه له تكون مخصصه للمفهوم نظير الأدله الداله على ولايه الجد. (٥)

ص: ١٢٠

١- (١) . مستمسك العروه الوثقى: ٤٧٧/١٤.

٢- (٢) . التهذيب: ٣٨٢/٧.

٣- (٣) . عوائد الأيام/٥٦٧.

٤- (٤) . وسائل الشيعه: ٢٠٨/١٤، باب ٦ من أبواب عقد النكاح، ح.٧.

٥- (٥) . النور الساطع فى الفقه النافع: ٤٨٨/١.

أدله القائلين بثبوت ولايه النكاح على الصبي للحاكم

واستدلّ لهم بما يلي:

أولاً: أنه وليه في المال فيكون وليه في النكاح للتلازم بين ولايه المال وولايه النكاح؛ لأنه من جملة مصالحه. (١)

ونوقش هذا الاستدلال بعدم التلازم بين ولايتي المال والنكاح. (٢)

ثانياً: الحديث النبوي: «السلطان وليّ من لا وليّ له». (٣)

وأشكّل عليه بما يلي:

أولاً: ضعف السند، و توضيحه: أنّ سند الحديث ضعيف بالإرسال، و من المعلوم أن الاعتماد عليه منوط بانجبار ضعفه بعمل المشهور، و هو لا يخلو من تكلف. (٤)

ثانياً: أنّ معناه أنه وليّ من لا وليّ له ويحتاج إلى الوليّ، لا أنه وليّ من لا وليّ له سواء كان محتاجاً إلى الوليّ أم لا. (٥)

ثالثاً: صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام أنه قال: «الذي بيده عقده النكاح هو وليّ أمرها». (٦)

ولا شك أنّ الحاكم وليّ أمر الصغير، ولا فارق بين الذكر والأنثى. (٧)

ص: ١٢١

١- (١). رسائل آل طوق: ٤١١/٣.

٢- (٢). كشف اللثام: ٦٢/٧.

٣- (٣). سنن أبي داود: ٢٢٩/٢، ح ٢٠٨٣، سنن الترمذي: ٢٨١/٢، ح ١١٠٨.

٤- (٤). هدى الطالب في شرح المكاسب: ١٨٥/٦.

٥- (٥). عوائد الأيّام/ ٥٧٦.

٦- (٦). التهذيب: ٣٩٢/٧، ح ١٥٧٠.

٧- (٧). النور الساطع في الفقه النافع: ٤٩٠/١.

والذى يبدووا لى بهذه المرحله هو ثبوت ولايه الحاكم فى تزويج الصغيرين لاقتضاء الأدله ومنها: «السلطان وليّ من لا وليّ له»، وقد اشتهر فى الألسن وتداول فى بعض الكتب (١) كما أشار إليه الشيخ الأنصارى قدس سره (٢)، بل تُنسبت روايته إلى النبى صلى الله عليه وآله إلى كتب العامه والخاصه أن السلطان وليّ من لا وليّ له ولعل الأصل فيه من كتب العامه ما رواه البيهقى فى سننه عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال:

«لا تنكح المرأه بغير أمر وليها، فإن نكحت فنكاحها باطل، ثلاث مرات، فإن أصابها فلها مهر مثلها بما أصاب منها، فإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له». (٣)

هذا وقد استدل بالحديث صاحب الجواهر، وغيره، حيث قال فى مبحث أولياء النكاح فى نفي كلام المشهور:

أنه ليس للحاكم ولايه فى النكاح بالأصل، أن الأصل مقطوع بعموم ولايه الحاكم من نحو قوله صلى الله عليه وآله: «السلطان وليّ من لا وليّ له». (٤)

وأما أنه لا حاجه للصغيرين فى النكاح، وإنّ المدار يدور مدار المصلحه فقد تتحقّق فيه للصغيرين والوجدان شاهد.

وعليه فما نسب إلى المشهور من أنه ليس للحاكم ولايه النكاح على الصبى غير ظاهر الوجه.

المقام الثانى: وهو ولايه الحاكم على الصغار فى غير أمر النكاح، ولو من باب الحسبه، فلا خلاف فيه فى صورته فقدان الوصى.

ص: ١٢٢

١- (١). مسالك الأفهام: ١٤٧/٧، جواهر الكلام: ١٨٨/٢٩، عوائد الأيام: ٥٦٣.

٢- (٢). المكاسب: ٥٥٨/٣، (ط - الحديثه).

٣- (٣). سنن البيهقى: ١٠٥/٧.

٤- (٤). جواهر الكلام: ١٨٨/٢٩.

وأما مع وجوده فلا- ولا-يه له ما دام الوصى واجداً للشرائط المعتبره؛ وذلك لدلاله النصوص المعتبره على ولايه الوصى على الصغار، كما سبق ذكره سابقاً.

ولا خلاف فى ذلك بين فقهاء الإماميه، كما سبق آنفاً عن مفتاح الكرامه، فإن مقصوده ظاهراً فى غير أمر النكاح، وإلا فهو مدعن بذهاب الأصحاب إلى عدم ولايه الحاكم على نكاح الصغير مطلقاً.

ثم إن ولايه الحاكم الشرعى إنما تثبت مع عدم وجود الأب والوصى، كما ادعى فى المفتاح الإجماع على هذا الترتيب، ولا أقل من كونه ظاهر عبارات كثير من الأصحاب.

وأما مع وجود الأب، بل الوصى، لا ولايه له؛ وذلك لما دلّ من النصوص على ثبوت الولايه لهما بعنوانها بالأصالة، نعم، لو صاروا فاقدين للصلاحيه تصل النوبه إلى الحاكم.

الثانى: المراد بالحاكم الشرعى

وأما المراد بالحاكم الشرعى هنا: فهو الإمام العادل، أو من أذن له فى ذلك عموماً أو خصوصاً، أو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى عند تعذر الأولين، ومأذونه فيه بحكمه.

ولكن لقد اختلف الفقهاء قدس سره فى أنّ من له الولايه على غيره هل هو خصوص الإمام الأصل أى المعصوم عليه السلام، أم عموم من له السلطنه الحقه، فيشمل الفقيه المأمون؟

مقتضى كلام غير واحد هو الإختصاص بالإمام المعصوم، قال السيد الطباطبائى قدس سره :

ويزوجهما مع فقدهما - أى الأب والجدّ - مع الغبطه إجماعاً؛ لأنه - أى: الحاكم - وليهما فى المال، فيتولى نكاحهما، ثم استدل بالنبوى، وقال: ويلحق به - أى: بالسلطان - نوابه لعموم أدلّه النيابة. (١)

ص: ١٢٣

ومقتضى كلام جماعه هو الثانى.

قال العاملى قدس سره :

ولا- خلاف فى كون المراد بالحاكم حيث يطلق فى أبواب الفقه الفقيه المأمون الجامع لشرائط الفتوى، ونقل فى المسالك (١) الإجماع عليه. (٢)

وعليه فىكون للسلطان مصداقان:

أحدهما: الإمام المعصوم عليه السلام ، لكونه المصداق الأتم لمن جعلت له الولاية والسلطنه على غيره.

ثانيهما: الفقيه العادل.

الرّاجح

ويبدو لى أنه عامّ فى كل سلطان عادل، ولا وجه لاستظهار خصوص الإمام المعصوم عليه السلام منه، نعم، هو المصداق الأتم لمن جعلت له الولاية والسلطنه على غيره.

خامساً: الأم ليس لها ولاية على الصغير والصغيره

قال الشهيد الثانى:

اتفق الأصحاب عدا ابن الجنيد على أن الأم لا ولاية لها على الولد مطلقاً، سواء كان ذكراً أو أنثى. (٣)

وقال ابن الجنيد:

فأمّا الصبيه غير البالغه فإذا عقد عليها أبوها فبلغت لم يكن لها اختيار، وليس ذلك لغير الأب وآبائه فى حياته، والأم وأبوها يقومان مقام الأب وآبائه فى ذلك. (٤)

ص: ١٢٤

١- (١) . مسالك الأفهام: ١٦٤/٤.

٢- (٢) . مفتاح الكرامه: ٢٥٧/٥.

٣- (٣) . مسالك الأفهام: ١٩٥/٧.

٤- (٤) . مختلف الشيعة: ١٢٤/٧.

استدلّ للمشهور بما يلي:

أولاً: الأصل، حيث إنّنا بعد عدم وجود دليل لفظي على ولاية الأمّ نشكّ في ولايتها والأصل عدم الولاية.

ثانياً: أنّ المرأة عند أكثر الفقهاء لا تلي تزويج نفسها، فأولى أن لا تلي نكاح غيرها. (١)

ثالثاً: جملة من الأخبار منها:

١. صحيح محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام: في الصبي يتزوّج الصبيّه يتوارثان؟ فقال: «إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم». (٢)

الاستدلال بها بمفهوم الشرط، فإنّ مفهومه عدم نفوذ زواج غير الأب. (٣)

٢. قوله عليه السلام في صحيح زراره: «لا ينقض النكاح إلّا الأب». (٤)

إلى غير ذلك من الأخبار الكثيره.

ويمكن أن يستدلّ لابن الجنيد بما يلي:

أولاً: أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله أمر نعيم بن النحام أن يستأمر أم ابنته في أمرها، وقال: «واثمروهنّ في بناتهنّ». (٥)

والاستدلال بها أنّ الائتمار هو امتثال الأمر فيدل على نفوذ أمرها في نكاح ابنتها. وعليه فثبوت الولاية للأمّ وأبيها مع فقد الأب وآبائه لا مع وجودهم. (٦)

وأجيب: إنّ الخبر ضعيف السند وحجته قاصره، فإنّ الائتمار بمعنى المشاوره

ص: ١٢٥

١- (١). تذكره الفقهاء: ٥٨٦.

٢- (٢). التهذيب: ٣٨٢/٧.

٣- (٣). عوائد الأيام: ٥٦٧.

٤- (٤). الكافي: ٣٩٢/٥.

٥- (٥). سنن البيهقي: ١١٥/٧.

٦- (٦). انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ٣٧١/١.

أيضاً، فلعلَّ المراد شاوروهن في نكاح بناتهن والمشاوره أعمّ من الولاية كما هو واضح. بالإضافة إلى أنه يدفعه صريحاً، قوله عليه السلام في صحيحه زواره «لا ينقض النكاح إلّا الأب». (١)

ثانياً: بموثق إبراهيم بن ميمون عن الإمام الصادق عليه السلام تدلّ على ثبوت الولاية للأم أيضاً، حيث قال الإمام الصادق عليه السلام:

«إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر وإذا كانت قد تزوّجت لم يزوجها إلّا برضاً منها». (٢)

حيث إنّ ظاهرها عدم إختصاص الولاية للأب وثبوتها للأم أيضاً.

وأجيب: هذه الرواية بالإضافة إلى ضعف سندها بإبراهيم بن ميمون، حيث لم يرد فيه توثيق، ولا مدح، لا ولاية للأم على انفراد، بل غاية ما تدلّ عليه ثبوت الولاية للأم منضمه إلى الأب وهذا مخالف للنصوص والإجماع القائم على استقلال الأب في الولاية.

(٣)

الرّاجح

والذى يظهر في هذا المستوى لى: أنّ لا ولاية للأم للأصل، وأنّ الحكم بعدم ولاية الأم مجمع عليه، كما قد ورد:

بلا خلاف أجده فيه إلّا من إلاسكافى الذى يمكن تحصيل الإجماع على خلافه. (٤)

فيكون الاتفاق المذكور حجّة للحكم؛ إذ لم يخالف فيه إلّا ابن الجنب وضعفه واضح لعدم الدليل على ولايتها، ومن المحتمل جداً أن يراد بالأبوين في رواية إبراهيم بن ميمون الأب والجَدّ لا الأب والأم، ومما يقوى هذا الاحتمال ما ورد عن

ص: ١٢٦

١- (١). نهاية المرام: ٩٥/١.

٢- (٢). وسائل الشيعة: ١٤، باب ١ من عقد النكاح، ح ٣.

٣- (٣). موسوعه الإمام الخوئى: ١٩٩/٣٣.

٤- (٤). جواهر الكلام: ٢٣٤/٢٩.

فضل بن عبد الملك: «إذا أراد أبوها أن يزوجه».

فإنه لو كان المراد بالأبوين الأب والأم للزم إضافة الأم أيضاً بخلاف ما إذا كان المراد الأب والجد، فإن ذكر عنوان الأب لوحده مع سبق التعبير عن الجد بالأب في قوله عليه السلام: «أبويها»، لا محذور فيه.

وإذا لم يكن ولاية للام، فلا ولاية لمن يتقرب بها إلى الصغير والصغيره بالأولية.

سادساً: الأخ ليس له ولاية على الصغير أو الصغيره

إن مقتضى الأصل والنصوص الحاصره للولاية بالأب هو عدم ولاية غيره خرجنا عن ذلك في الجد للنصوص الدالة على ولايته، ومقتضى ذلك عدم ولاية الأخ، وإذا نظرنا إلى الروايات في ولاية الأخ على الصغير والصغيره فراها مختلفه؛ إذ بعضها تثبت له الولاية كمعتبره سماعه عن الإمام الصادق عليه السلام في قوله عز وجل: (إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ) ١، قال: «هو الأب أو الأخ، أو الرجل يوصى إليه». (١)

وبعضها ينفي عنه الولاية كصحيحه الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام قال:

سئل عن رجل يريد أن يزوجه أخته؟ قال عليه السلام: «يؤامرها فان سكتت، فهو إقرارها وإن أبت لا يزوجه». (٢)

ومثلها صحيحه داود بن سرحان عن الإمام الصادق عليه السلام: في رجل يريد ان يزوجه أخته قال:

«يؤامرها فإن سكتت فهو أقرارها، وإن أبت لم يزوجها فإن قالت: زوجني فلاناً زوجهها ممن ترض...». (٣)

فإن لسان الروايتين واضح في نفي ولاية الأخ.

ص: ١٢٧

١- (٢). وسائل الشيعة، باب ٥٢ من المهور، ح ١.

٢- (٣). المصدر السابق: ١٤، باب ٤ من عقد النكاح، ح ٤.

٣- (٤). المصدر السابق: ١٤، باب ٧ من عقد النكاح، ح ١.

والذى يظهر لى من خلال هذا أنّ لا ولاية للأخ شرعاً لعدم وجود الأدلّه الكافيه، ومع وجودها فإنّها قاصره عن الحجّه، بل الذى يوهن روايات إثبات الولاية للأخ ما يلى:

أولاً: عدم ذهاب أحد من علماء الإماميه إلى ذلك على الإطلاق، قال السيد الخوئى: بلا خلاف فيه، ويقتضيه الأصل. (١)

وهو أصاله عدم ولاية أحد على غيره إلّا بدليل معتبر وهو مفقود. وهذا يوجب إطلاعهم على عيب فى روايات ولاية الأخ، فأعرضوا عنها، وهو موجب للقطع ببطلان هذه الروايات.

ثانياً: وعلى فرض التعارض بين الروايات وتساقطها بالمعارضه فحينئذٍ ترجع إلى الروايات التى حصرت الولاية بالأب فمنها صحيحه محمّد بن مسلم عن الإمام الباقر عليه السلام: «إن كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم». (٢)

فإنّ مفهومها يقتضى انحصار الولاية فى الأب.

ثالثاً: عند عدم دليل يدلّ على ثبوت الولاية للأخ - لتساقط روايات ثبوت الولاية له مع عدم ثبوتها - فإنّ القاعده تقتضى عدم ثبوت ولاية لأحد على غيره إلّا بدليل؛ لأنّ نفوذ العقد من قبل الأخ على الأخت يحتاج إلى دليل، فإن لم يوجد دليل فالعقد محكوم بالبطلان.

وإذا ثبت عدم ولاية للأخ على أخته فعدم الولاية لأولاد الأخ يكون بالأولويّه القطعيّه.

نعم إذا كان الأخ وكياً عنها، وقد ولته أمرها فيكون له الولاية عليها وعلى زواجها بالوكاله، وهذا ممّا لا كلام فيه.

ص: ١٢٨

١- (١). موسوعه الإمام الخوئى: ٢٠٠/٣٣.

٢- (٢). التهذيب: ٣٨٢/٧.

سابعاً: ليس للعمّ ولاية على الصغير أو الصغيره

لأننا قلنا إنّ الولاية تحتاج إلى إثبات شرعى فيما لو لم يوجد فالقاعده تقول بعدم ثبوت ولاية لأحد على غيره.

كما أنّ مفهوم صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه تنفى الولاية لغير الأب، ويؤيد عدم ثبوت الولاية للعمّ.

ما استدللّ بالإضافة إلى الأصل والنصوص الحاصره للولاية للأب روايه محمّد بن

الحسن الأشعري قال:

كتب بعض بنى عمّى إلى أبى جعفر الثانى الإمام الجواد عليه السلام ما تقول فى صبيه زوجها عمّها، فلما كبرت أبت التزويج؟
فكتب لى: «لا تُكره على ذلك والأمر أمرها». (١)

وهذه الروايه قد عبّر عنها البعض بالصحيحه (٢)، والصحيح أنّها ليست كذلك لأنّ الراوى لها هو محمّد بن الحسن بن خالد الأشعري المعروف بـ(الشنبله)؛ وهو ممّا لم يرد فيه توثيق، لذلك جعلناها مؤيد للمطلب.

وإذا لم تثبت الولاية للعمّ، فعدم ثبوتها لأبناء العمّ بالأولويه القطعيّه.

ثامناً: الخال ليس له ولاية على الصغير أو الصغيره

وكذا الخال، فليس له ولاية على الصغير أو الصغيره للقاعده المتقدمه، ولمفهوم صحيحه محمّد بن مسلم المتقدمه التى حصرت الولاية فى الأب وإذا لم تثبت الولاية للخال، فعدم ثبوتها لأبناء الخال بالأولويه القطعيّه.

ص: ١٢٩

١- (١). وسائل الشيعه: ١٤، باب ٦ من عقد النكاح، ح ٢.

٢- (٢). جواهر الكلام: ١٧٠/٢٩.

المطلب الأول: في ثبوت الولاية في النكاح على المجانين

إنَّ الجنون سبب لثبوت الولاية على الذكر والأنثى، لاستوائيهما في العجز عن النظر لأنفسهما، فلزم أن يكون هناك من يلي أمورهما، حفظاً لأنفسهما، ونظراً لمصالحهما، حتى يزول ما ألّم بهما؛ لأنَّ تصرّفات فاقد العقل خالية من الإرادة الصحيحة، والقصد الصحيح، وإن وقع منهم شيء موافق للصواب فهو أمر اتفاقى لا اعتبار له. ولهذا فهو غير مكلف شرعاً كما يدلُّ على ذلك حديث:

رُفِعَ القلم عن ثلاثة، عن الطفل حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى ينتبه. (١)

فثبوت الولاية على المجنون أمر لا ريب فيه ومتسالم عليه، وفرض عدم الولاية باطل في نفسه، ومع الاتفاق عليه، إلا أنَّ الفقهاء قد اختلفوا في بعض جزئيات المسألة، وذلك تبعاً لاختلاف الاجتهاد عندهم.

ص: ١٣١

١- (١). وسائل الشيعه، كتاب الطهاره، باب ٤ من أبواب مقدّمه العبادات، ح ١٠.

إشاره

والمجنون قد يكون ذكراً أو أنثى، وكلّ منهما قد يكون صغيراً أو كبيراً، وقد يبلغ مجنوناً، أو عاقلاً ثمَّ يَجُن، وقد يكون جنونه مطبقاً أو أدوارياً. والولّي قد يكون الأب أو الجدّ للأب أو الوصى من قبل الأب أو من قبل الجدّ بشرط عدم وجود الآخر مع فقد الوصى، أو الحاكم، وسنبحث كلّ واحد منهما ولايته على المجنون والمجنونه على حدّه.

ولاية الأب والجدّ على المجنون والمجنونه

ففي ثبوت الولاية للأب والجدّ على المجنون والمجنونه خلاف بين كون الجنون متصلاً بالبلوغ أو منفصلاً.

فالبحث يقع في موردين:

الأول: في الجنون المتّصل بالبلوغ

وفي حال ثبوت الولاية للأب أو الجدّ على المجنون والمجنونه المتّصل بالبلوغ، فقد ذكر صاحب الجواهر قدس سره عند قول المصنّف: وثبتت ولايتهما على الجميع مع الجنون، قال:

المتصل جنونه بالصغر بلا خلاف أجده فيه، بل في المسالك أنّه موضع وفاق، بل في غيرها الإجماع عليه. (١)

وفي المستند:

ثمّ ولاية الأب والجدّ مع وجودهما عليه مع اتّصال الفساد بالصغر ثابتة عند الأصحاب كما في بعض العبارات، وبلا خلاف كما في بعض آخر (٢)، وإجماعاً، كما في كلام جماعه (٣)، بل هو إجماعاً محققاً. (٤)

ص: ١٣٢

١- (١). جواهر الكلام: ١٨٦/٢٩.

٢- (٢). مفتاح الكرامه: ٢٦٥/٢.

٣- (٣). منهم صاحب: المسالك: ٤٥٢/١.

٤- (٤). مستند الشيعة: ١٣٤/١٦.

واستدلّ له بوجوه:

أولاً: الإجماع، وهو الدليل عليه. (١)

ثانياً: عموم ولايتهما على الباكره أو الجارية أو البنت (٢)، الخاليه عن معارضه ما تضمّن استقلالها لانتفاء الاستقلال في حقّ المجنون.

ثالثاً: الاستصحاب

ويمكن القول أنّ ولاية الأب والجدّ كانت ثابتة قبل البلوغ، فإذا شككنا حين البلوغ في ارتفاعها كان مقتضى الاستصحاب، وهو بقاء هذه الولاية.

الثاني: في المنفصل عنه

فلو طرأ الجنون بعد البلوغ والرشد، ففي ثبوت ولاية الأب والجدّ على المجنون قولان:

١. ثبوت ولايتهما عليه

وهذا ما ذهب إليه المحقّق الحلّي قال:

ويثبت ولايتهما على الجميع - أي: الذكر والأنثى، والثيب والبكر، والبالغ والصغير - مع الجنون. (٣)

وصاحب الجواهر (٤) والشيخ الأنصاري (٥) في رساله النكاح، لعدم الفرق في الجنون بين المتصل بالبلوغ والمنفصل عنه، فإنّ حالهما واحد من حيث ثبوت الولاية.

ص: ١٣٣

١- (١) . المصدر السابق.

٢- (٢) . انظر: وسائل الشيعه: ١٤، أبواب عقد النكاح، باب ٦.

٣- (٣) . شرائع الإسلام: ٢٢١/٢.

٤- (٤) . جواهر الكلام: ١٨٦/٢٩.

٥- (٥) . كتاب النكاح: ٢٨٠.

٢. انتفاء ولايتهما عليه

وذلك بالبلوغ والرشد فعودها يحتاج إلى دليل.

قال المحقق الكركي:

التي تجدد جنونها بعد بلوغها تكون الولاية عليها للسلطان، والمنقول عن شيخنا الشهيد من أنّ الولاية للحاكم، وليس ببعيد. (١)

وهذا أيضاً هو المحكى عن المنتهى وصاحب المدارك، فقالا: الولاية للحاكم الشرعي. (٢)

وفى الجواهر بأنّ الولاية للحاكم الشرعي فى الجملة، حيث قال:

المتّجه على تقدير التفصيل، أنّه لو كان الجنون أدوارياً فاتفق دوره متّصلاً بالبلوغ كانت الولاية لهما وبعد انتهائه ترتفع، فإذا جاء الدور الثانى كانت الولاية للحاكم. (٣)

الأدله

أولاً: دليل من أثبت الولاية للأب والجدّ على المجنون فى المنفصل.

واستدلّ له بأمور:

الأول: التمسك بقوله تعالى: (إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوهَا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ). (٤)

فإنّها بضميمة النصوص الواردة فى تفسيرها والمصرّح به بأنّ: (الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ) هو الأب والجدّ ظاهره الدلالة فى ثبوت الولاية بقول مطلق؛ نعم، خرج الأخ بالدليل الخاص والإجماع وخرجت الثيب المالكه أمرها فيبقى بما فى ذلك المجنونه تحت الإطلاق. (٥)

ص: ١٣٤

١- (١). جامع المقاصد: ١١٣/١٢.

٢- (٢). انظر: موسوعه الفقه: ١٥/٦٤.

٣- (٣). جواهر الكلام: ١٨٧/٢٩.

٤- (٤). البقره: ٢٣٧.

٥- (٥). جواهر الكلام: ١٨٧/٢٩.

ونوقش فيه: أن الآيه الكريمه بضميمه الروايات المفسره لا تدلّ إلّا على أن الأب والجدّ هما ممّن بيده عقده النكاح؛ وأمّا حدود ذلك؛ فلا تدلّ عليها فلا يمكن استفاده الإطلاق من هذه الجهه. (١)

الثانى: ما أفاده السيّد الخوئى قدس سره أيضاً فى أنّ التمسك بما ورد فى باب الطلاق من أنّ الوليّ بمنزله السلطان كمعتبره أبى خالد القمّاط، حيث قال:

قلت للإمام الصادق عليه السلام: الرجل الأحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه؟ قال عليه السلام «ولم لا يطلق هو؟»، قلت: لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غداً لم أطلق أولاً يحسن أن يطلق، قال عليه السلام: «ما أرى وليّه إلّا بمنزله السلطان». (٢)

وكذلك ما دلّ على أنّ الوليّ بمنزله الإمام كروايه أبى خالد القمّاط عن الإمام الصادق عليه السلام أيضاً فى طلاق المعتوه قال: «يطلق عنه وليّه، فإنّى أراه بمنزله الإمام عليه». (٣)

إذا ثبتت الولاية لهما فى الطلاق ثبت بالنكاح بالأولويه القطعيه؛ لأنّ أمر الطلاق أعظم من النكاح، ولذا ثبتت لهما الولاية فى النكاح على الصغير، ولم تثبت لهما عليه فى الطلاق.

وكذلك، فإنّ قوله عليه السلام: «ما أرى وليّه إلّا بمنزله السلطان» ظاهر فى كونه من باب تطبيق الكبرى على الصغرى وجعل ما للسلطان من الصلاحيّات فى هذه القضيّه للولى، وبما أنّ السلطان وليّ بقول مطلق فى الطلاق والنكاح وغيرهما فيكون الأب، والجدّ أيضاً وليّاً على المجنون بقول مطلق.

الثالث: قال الفاضل الهندى:

ص: ١٣٥

١- (١). المؤيد، بحوث استدلاليه كتاب النكاح: ٣٦٤/١.

٢- (٢). وسائل الشيعه: ١٥، باب ٣٥ من مقدّمات الطلاق وشرائطه، ح ١.

٣- (٣). المصدر السابق: ح ٣.

أن ولاية الأب والجدّ ذاتيه منوطه باشفاقهما وتضررهما بما يتضرر به الولد. (١)

وفى الجواهر قوه ذلك: لأنّ المنشأ فى ولايتهما الشفقه والرأفه ونحوهما ممّا لا فرق فيه بين المتصل والمنفصل. (٢)

وقد أورد عليه: بأنّه تخمين لا يعول عليه فى إثبات حكم شرعى. (٣)

ولكن يمكن توجيهه بأن السيره العقلانيه قائمه على تولى الأب والجدّ لشؤون الولد المجنون، ونكته السيره هى إشفاقهما وتضررهما بما يتضرر به الولد فيتم الاستدلال.

ثانياً: دليل من أثبت الولاية للحاكم على المجنون فى المنفصل.

واستدلّ له بما يلى:

الأول: إن كان دليل القائل بثبوت الولاية للأب والجدّ على المجنون بقول مطلق هو الإجماع، فهو غير متحقق. (٤)

الثانى: وإن كان المستند هو الاستصحاب، فقد تغير الموضوع وتبدّل. (٥)

الثالث: وإن كان مستنده بعض الاستحسانات، مثل أن ولاية الأب والجدّ ذاتيه منوطه باشفاقهما وتضررهما بما يتضرر به الولد؛ لأنّ المنشأ فى ولايتهما الشفقه والرأفه ونحوهما ممّا لا- فرق فيه بين المتصل والمنفصل، فإنّ الفقه الجعفرى أجلّ من ابتناء أحكامه عليها. (٦)

الرابع: وإن كان مستنده مثل خبر زراره، عن أبى جعفر عليه السلام:

ص: ١٣٦

١- (١). كشف اللثام: ٦٠/٧.

٢- (٢). جواهر الكلام: ١٨٧/٢٩.

٣- (٣). مستمسك العروه الوثقى: ٤٣٨/١٤.

٤- (٤). انظر: مهذب الأحكام: ٢٥٨/٢٤.

٥- (٥). المصدر السابق.

٦- (٦). المصدر السابق.

«إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري، وتعتق وتشهد، وتعطي من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز، تزوج إن شاءت بغير إذن وليها، وإن لم تكن كذلك، فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها». (١)

فلم يثبت اعتبار سنده ودلالته، فتصل النوبة إلى عموم: السلطان ولي من لا ولي له. (٢)

الرَّاجِح

والذى يظهر لى ممّا تقدم، أنّ الرّاجح هو ثبوت الولاية للأب والجدّ على المجنون والمجنونه مطلقاً، أى: سواء كان صغيراً أو كبيراً ذكراً كان أو أنثى جنونه كان متصلاً بالبلوغ أو منفصل، ويدلّ عليه قوله تعالى: (وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ) ٣، وروايات من بيده عقده النكاح وعمومات ولايتهما على الباكره، وجمله أخرى من الأدلّه مثل وحده المناط فى الجنون المتّصل والمنفصل، ومثل مفهوم مرسل بن بكير عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام:

«لا بأس أن تزوج المرأة نفسها إذا كانت ثيباً بغير إذن أبيها إذا كان بأس بما صنعت». (٣)

فإنّ مفهومه ثبوت البأس بدون إذن أبيها إذا كان بأس بما صنعت أى: كانت فاسده العقل، فيتمّ فى الصغير لعدم القول بالفصل.

وخير زرارته، عن الإمام الباقر عليه السلام:

«إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري، وتعتق وتشهد، وتعطي من مالها ما شاءت، فإن أمرها جائز، تزوج إن شاءت بغير إذن وليها، وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلا بأمر وليها». (٤)

ص: ١٣٧

١- (١). وسائل الشيعة: ٢١٥/١٤، باب ٩ من أبواب عقد النكاح، ح ٦.

٢- (٢). سنن أبى داود: ٢٢٩/٢، ح ٢٠٨٣؛ سنن الترمذى: ٢٨١/٢ ح ١١٠٨.

٣- (٤). وسائل الشيعة: ٢٠٤/١٤، باب ٣ من أبواب عقد النكاح، ح ١٤.

٤- (٥). المصدر السابق: ح ٦.

فإنّ الوليّ شامل للأب والجدّ والوصى والحاكم، لكنهم مقدّمون على الحاكم؛ لأنّه وليّ من لا وليّ له، والإشكال عليها بضعف السند وإجمال الولي غير تام؛ إذ الضعف مجبور بالعمل، ولا- إجمال في لفظ الوليّ، بل إطلاقه يشمل كلّ الأولياء وكون ذا مراتب بالقرائن الخارجيّة، أضف لو كان الوليّ للمجنونه هو الحاكم الشرعي لقالت الروايه: «لا- يجوز تزويجها إلّا بأمر وليّ المسلمين» ولم تقل: «إلّا بأمر وليها»، فإنّ التعبير: «وليها»، يراد منه: ظاهراً الوليّ الخاص، وهو الأب والجدّ للأب، لا العامّ، وهو: الحاكم الشرعي.

أمّا من قال: بأنّ الولاية للحاكم، فقد استدلّ بأنّ الحاكم هو وليّ من لا وليّ له، والمفروض أنّ أدلّه ولاية الأب أو الجدّ لا تشمل المقام، ففيه إن إطلاقات كون الحاكم ولياً بضميمة ما دلّ على أنّه وليّ من لا وليّ له يجعل الحاكم في مرتبه ثانيه، لا المرتبه الأولى في الولاية.

الوصي له أن يزوّج المجنون والمجنونه

ثمّ إن الوصي للأب أو للجدّ مع، فقد الآخر له أن يزوّج المجنون إذا كان الوصي قد ذكر ذلك في وصيته.

قال المحقّق الحلّي:

للوصي أن يزوّج من بلغ فاسد العقل إذا كان به ضروره إلى النكاح. (١)

ونحوه في القواعد. (٢) وفي المسالك: يظهر عدم الخلاف في هذه الصورة يعني صورته ما إذا بلغ فاسد العقل (٣)، وقد تقدم الاستدلال عليه في بحث الوصي مفصلاً، فراجع ثمّه.

ص: ١٣٨

١- (١). شرائع الإسلام، ٢/٢٢١.

٢- (٢). قواعد الأحكام، ٢/٥٦٢.

٣- (٣). مسالك الافهام، ٧/١٤٩.

يتمكّن الحاكم الشرعى أن يزوّج المجنون والمجنونه إذا فقد الأب والجدّ للأب والوصى لأحدهما.

وقد ذهب المشهور إلى ذلك بلا خلاف أجده فيه، بل الظاهر كونه مجمعاً عليه. (١) وقد قيل: (بلا خلاف بين علمائنا يعلم (٢)، بل بالإجماع، كما قيل. (٣)

واستدلّ له بوجوه:

الأوّل: لما روى عن النبي صلى الله عليه وآله من أن: «السلطان وليّ من لا وليّ له». (٤)

وتقريب الاستدلال به:

يدل هذا على ثبوت الولاية على من لا وليّ له فى التصرفات المتوقّفة نفوذها على إذن الوليّ لمن له السلطنة، والحاكم له الولاية باعتبار قيام السلطان مقام الولي حيث لا وليّ غيره. (٥)

الثانى: رواه أبى خديجه عن أبى عبد الله جعفر بن محمّد عليه السلام:

«انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا، فاجعلوه بينكم، فإنّى قد جعلته قاضياً فتحاكموا إليه». (٦)

وثبوت هذا المنصب كغيره من مناصب القضاء للفقهاء، وعلى هذا ثبوت الولاية للحاكم على المجنون. (٧)

ص: ١٣٩

١- (١). جواهر الكلام، ١٨٩/٢٩.

٢- (٢). مستند الشيعة، ١٤٣/١٦.

٣- (٣). انظر: الرياض، ٨١/٢.

٤- (٤). سنن أبى داود: ٢٢٩/٢، ح ٢٠٨٣؛ سنن الترمذى: ٢٨١/٢ ح ١١٠٨.

٥- (٥). فقه الصادق: ١٦٧/٢١.

٦- (٦). وسائل الشيعة: ٤/١٨، باب ١ من أبواب صفات القاضى، ح ٥.

٧- (٧). انظر: فقه الصادق: ١٦٧/٢١.

الثالث: أنَّ الحاكم وليَّ المجنون في ماله بلا خلاف، فيشملة صحيح أبي بصير، ومحمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن الذى بيده عقده النكاح؟ قال: «هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه والذى يجوز أمره فى مال المرأة فيبتاع لها ويشترى فأى هؤلاء عفا فقد جاز». (١)

ولا يضمر اختصاصه بالمرأة، لعدم القول بالفصل بينها وبين الرجل، وما دلَّ أنَّ من بيده عقده النكاح هو وليُّ أمرها، كصحيح عبد الله بن سنان، فإنَّ الحاكم وليُّ أمر المجنون والمجنونه. (٢)

الرَّاجِع

والذى يظهر لى، أنَّ الحاكم له تزويج المجنون والمجنونه ممَّن لا- وليَّ له، وذلك للإطلاقات الداله على ولاية الحاكم، ثمَّ إنَّ من الفقهاء من ذهب إلى أنَّ ولاية الحاكم الشرعى (الفقيه) قد ثبتت بأدله لفظيه مثل التوقيع المروى عن إسحاق بن يعقوب قال: سألت محمَّد بن عثمان العمرى أن يوصل لى كتاباً قد سألت فيه عن مسائل أشكلت علىّ، فورد التوقيع بخطِّ مولانا صاحب الزمان عليه السلام: «أمَّا ما سألت عنه أرشدك الله وثبتك... وأمَّا الحوادث الواقعة، فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا، فإنَّهم حجَّتى عليكم، وأنا حجه الله». (٣)

بناءً على توثيق إسحاق بن يعقوب والاستدلال بالجمله الأخيره على الولاية: «فإنَّهم حجَّتى عليكم وأنا حجه الله».

ص: ١٤٠

١- (١). وسائل الشيعة: ٢١٣/١٤.

٢- (٢). انظر: فقه الصادق: ١٦٧/٢١.

٣- (٣). وسائل الشيعة: ١٨، باب ١١ من صفات القاضى، ح ٩.

لا خيار للمجنون بعد إفاقته

إذا زوّج الوليّ المجنون أو المجنونه، فلا خيار لأحدهما بعد إفاقته.

قال الشهيد الثاني:

وحيث تثبت الولاية على المجنون فلا خيار له بعد الإفاقه إجماعاً (١)، وقيل: (لا يعرف فيه خلاف). (٢)

واستدلّ له بما يلي:

أولاً: الإجماع (٣)

ثانياً: أصله اللزوم، حيث إن مقتضى اطلاق صحّحه العقد الصادر من وليه ونفوذه هو عدم ثبوت الخيار له بعد افاقته فإنّ ثبوت الخيار يحتاج إلى دليل ولا دليل على ثبوت الخيار بعد إفاقته. (٤)

ص: ١٤١

١- (١). مسالك الأفهام: ١٤٤/٧.

٢- (٢). كشف اللثام: ٩٩/٧.

٣- (٣). انظر: مسالك الأفهام: ١٤٤/٧.

٤- (٤). انظر: موسوعه الإمام الخوئي: ٢٢٩/٣٣.

إنَّ القول في حكم الولاية في النكاح يقتضى معرفه الأسباب الموجبه للولاية على النفس عموماً، وهى تنقسم بحسب الظاهر إلى قسمين:

الأول: ما يخص الأنثى فى النكاح، بسبب وصف الأنوثة عند البعض القائل بثبوت الولاية على البكر الرشيدة، فبه تثبت الولاية فى النكاح على الإناث دون الرجال.

الثانى: أسباب عامّة، لا تختص بباب النكاح، بل يشاركه غيره من العقود، وهى عدم أو نقصان أهليته الشخص للتصرّف، بسبب صغره، أو جنونه، أو رقّه، أو ماشابه ذلك، وواضح من هذه الأسباب استواء الذكور فيها والإناث.

وإنّما أردت البحث فى بيان حكم الولاية على البكر الرشيدة لما يلى:

أولاً: أنّ الولاية فى النكاح - عند الإطلاق - لا تنصرّف إلّا إلى الولاية على الأنثى، لعدم القول بالولاية على الرجل فى النكاح.

ثانياً: أهمّيه الولاية فى النكاح على البكر الرشيدة؛ إذ هى محلّ الخلاف، وهى الصورة الغالبه الوقوع فى النكاح؛ لأنّه إنّما يتم - غالباً. بين رجل وامرأة حرّين مكلفين، وما سوى ذلك من تزويج الصغار والمجانين فقليل ونادر.

لذلك رأيت أن يكون البحث في الولاية في الزواج على البكر الرشيدة أكثر عمقاً وبحثاً وتفصيلاً؛ لأنه هو المهم في بحث هذه الرسالة المتواضعه.

فمن الله استمد العون والتوفيق.

الولاية على البكر الرشيدة

وأما الحديث عن البكر البالغة الرشيدة اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أقوال خمس، وهي:

أ) ذكر الأقوال إجمالاً:

القول الأول: استقلال الأب والجدة في الولاية عليها.

القول الثاني: استقلال البكر الرشيدة في ولايتها عن نفسها.

القول الثالث: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الأول دون الثاني.

القول الرابع: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الثاني دون الأول.

القول الخامس: التشريك في الولاية بينها وبين الأب أو الجدة فيعتبر إذنهما معاً.

وإليك بيان هذه الأقوال وأدلتها بالتفصيل - ما أمكن - وسيكون بحثها على النحو التالي:

١. تحرير كل قول مع نسبه لقائله.

٢. أدله قائله ومناقشه كل دليل.

٣. ثم بيان ما يظهر رجحانه في آخر هذا البحث، إن شاء الله تعالى.

ب) تفصيل الأقوال وأدلتها:

القول الأول: وهو استقلال الأب والجدة في الولاية عليها

وعلى هذا، فإن مباشرة عقد النكاح هو حق من حقوق وليها، فلا تلى نكاح نفسها، ولا عباره لها في النكاح، وإن عقدته فهو موقوف على إجازة وليها.

وهذا هو مختار الصدوق في الهدايه، حيث قال: «ولا ولاية لأحد على البنت إلّا لأبيها ما دامت بكرًا» (١)، والعماني، والصرهشتي (٢)، والشيخ في النهايه:

ولا يجوز للبكر أن تعقد على نفسها نكاح الدوام إلّا بإذن أبيها، فإن عقدت على نفسها بغير إذن أبيها، كان العقد موقوفاً على رضا الأب، فإن أمضاه مضي، وإن لم يمضه، وفسخ، كان مفسوخاً، ولو عقد الأب عليها من غير استئذان لها مضي العقد، ولم يكن لها خلافه، وإن أبت التزويج وأظهرت كراهيته لم يلتفت الى كراهيتها. (٣)

فجعل عليها الولايه، ولم يسوغ لها التفرد بالعقد وبه قال في التهذيب، والاستبصار، والخلاف، والمبسوط (٤)، والقاضي، والراوندي حيث يقول:

قوله تعالى: (الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ) الأب والجدّ مع وجود الأب إذا كانت البنت صغيره لم تبلغ مبلغ النساء، أو بلغت وكانت بكرًا، فكلّ واحد منهما أن يعقد على كلّ واحد منهما، ولا تكون للصغيره إذا بلغت خيار. وكذلك إن أبت التزويج البكر وأظهرت كراهيه بما عقد عليها أبوها أو جدّها مع وجود الأب، فلا يلتفت إلى كراهيتها. (٥)

وهو ظاهر موضع من الوسيله: «حيث جعل نكاح البكر الرشيد موقوفاً على الإجازة» (٦)، والكفايه، وشرح النافع لصاحب المدارك (٧)، والمحدث البحراني في الحدائق،

ص: ١٤٥

١- (١). الهدايه: ٢٦٠.

٢- (٢). المختلف: ٥٣٤؛ حكاه عن الصهرشتي في الحدائق: ٢٣/٢١١.

٣- (٣). النهايه: ٤٦٥.

٤- (٤). التهذيب: ٣٧٩/٧؛ الاستبصار: ٢٣٤/٣؛ الخلاف: ٢٥٠/٤؛ المبسوط: ١٦٢/٤.

٥- (٥). المهذب: ١٩٣/٢؛ فقه القرآن: ١٣٨/٢.

٦- (٦). الوسيله الى نيل الفضيله: ٣٠٠.

٧- (٧). الكفايه: ١٥٥، حكاه عن شرح النافع في الحدائق: ٢٣/٢١١.

والمحدّث الكاشاني في رساله أفردھا للمسأله، ويميل إليه كلام الفاضل الهندي في شرح القواعد. (١)

الأدله

استدلّ من اشترط الولايه في نكاح البكر البالغه الرشيدته بالكتاب والسّنه، وإليك بيان ذلك ما أمكن حسب الآتى:

(أ) القرآن الكريم

قوله تعالى: (وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ).

(٢)

فالخطاب في قوله تعالى: (وَ أَنْكِحُوا) هو للأولياء المكلفين.

قال الشيخ الطوسى:

هذا خطاب من الله تعالى للمكلفين من الرجال يأمرهم أن يزوجوا الأيامى اللواتى لهم عليهن ولايه، وأن يزوجوا الصالحين المستورين الذين يفعلون الطاعات من المماليك والإماء إذا كانوا ملكاً لهم. (٣)

وفيه دلالة على أن إنكاح الحرائر إلى الأولياء، وأن إنكاح الأرقاء إلى أسيادهم.

(ب) السنّه

وأما أدله اشترط الولايه في النكاح من السنه، فهى أظهر وأشهر منها.

١. روايه الفضل بن عبد الملك عن الإمام الصادق عليه السلام قال:

ص: ١٤٦

١- (١) . كشف اللثام: ١٨/٢.

٢- (٢) . النور: ٣٢.

٣- (٣) . التبيان: ٤٣٢/٧.

«لا تستأمر الجارية التي بين أبويها إذا أراد أبوها أن يزوجهما هو أنظر لها؛ وأما الثيب فإنها تستأذن، وأن كانت بين أبويها إذا أراد أن يزوجهما». (١)

وهذه الرواية تامة، سنداً، وإن وقع فيها جعفر بن سماعه، فإنه جعفر بن محمد بن سماعه، وهو ثقة بشهادة النجاشي. (٢)

وأما دلالتها، فهي تدلّ على ولاية الأب على التزويج بنحوه أن يزوجه دون استيذانها ورأيها، فهي تدلّ على عدم اختيارها في قبال الأب إذا أعمل الأب ولايته. (٣)

ونوقش في الاستدلال بها:

إنّ العنوان المأخوذ في الرواية هو الجارية، وهي الفتية من النساء، كما ورد في لسان العرب - أي: الشابه الحدثة التي هي في مطلع شبابها - وهذا العنوان أخص من عنوان البكر، وبمناسبه الحكم والموضوع تدلّ على أنّ ذلك لأجل ضعف رشد الجارية عادة، ويشهد له أيضاً التعليل هو أنظر لها.

وعليه، فيما أنّ للحكم نكته عرفية فلا يحمل على التعبد وإنّما الملحوظ في ولاية الأب هو الرشد وينتج من ذلك أنّه في مورد لا تتواجد فيه النكته، فليس للأب استقلاله في التزويج. (٤)

٢. روايه أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«الجارية البكر التي لها أب لا تتزوج إلّا بإذن أبيها». (٥)

فهى واضحة الدلالة على المطلوب على أنّه ليس لها مع أبيها أمر.

وأورد على الاستدلال بها:

ص: ١٤٧

١- (١). وسائل الشيعة: ١٤، باب ٣ من النكاح، ح ٦.

٢- (٢). رجال النجاشي: ٤١.

٣- (٣). انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ٣٨٣/١.

٤- (٤). المصدر السابق.

٥- (٥). وسائل الشيعة: ٣ من أبواب أولياء العقد، ح ٧.

إنَّها ضعيفه سنداً بالمعلّى بن محمّد الوارد في سندها، والذي لم يثبت وثاقته، على أنّها لا تدل على استقلال الوليّ وإنّما تنفي استقلالها فقط. (١)

٣. معتبره على بن جعفر عن أخيه الإمام موسى بن جعفر عليه السلام قال:

سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوّج ابنته بغير إذنها؟ قال عليه السلام: «نعم ليس للولد مع الوالد أمر إلّا أن تكون امرأه قد دخل بها قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها إلّا أن تستأمر». (٢)

ودلالته على استقلال الأب في تزويج بنته وعدم سلطنتها على التزويج مع تصدّي الأب لا مستقلاً ولا منضمّاً وإطلاقها شامل لمطلق البكر. (٣)

٤. رواه عبد الله بن الصلت عن أبي الحسن عليه السلام قال:

وسألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمر؟ فقال عليه السلام: «ليس لها مع أبيها أمر ما لم تشب». (٤)

والرواية تامّة سنداً.

وأما دلاله، فقد يقال: إن قوله عليه السلام: «ليس مع أبيها أمر»، له احتمالين:

الأوّل: أنّه ليس لها مع وجود الأب اختيار أصلاً.

الثاني: أنّه ليس لها مع أمر الأب أمر.

وعلى الاحتمال الأوّل تدلّ الرواية على أنّه لا- اختيار لها في النكاح مطلقاً، بينما على الاحتمال الثاني تدلّ الرواية على عدم اختيارها إذا تدخّل الأب وكان له أمر.

فإذا بنى على الإجمال كان القدر المتيقن هو ما إذا كان لأبيها أمر، فإنّه الثابت على كلا الاحتمالين، إلا أنّ المنساق عرفاً من الرواية هو الاحتمال الأوّل، فتدلّ على

ص: ١٤٨

١- (١). المؤيد، كتاب النكاح: ٣٨٣/١.

٢- (٢). وسائل الشيعة: ١٤، باب ٩، من أبواب عقد النكاح، ح ٨.

٣- (٣). انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ٣٨٩/١.

٤- (٤). وسائل الشيعة: ١٤، باب ٩، من أبواب عقد النكاح، ح ١١.

استقلاله فى التزويج وعدم سلطنه لها مطلقاً، إلا أن الوارد فيها هو البكر إذا بلغت مبلغ النساء، فالسؤال عن البنت الحديثه عهداً بالبلوغ فلا إطلاق لها لمطلق البكر.

وأما قوله عليه السلام: ما لم تتيب فإن: (ما) وإن كانت زمائيه، فإنها لا تدل على سعه الموضوع للكبيره، فإن الضمير فى تتيب يرجع إلى البكر الحديثه عهداً بالبلوغ، فهى فى هذه السن تحت ولايه الأب ما لم تصبح تيب، فإذا صارت تيباً انتهت سلطنه الأب المطلقه عليها وإن كانت حديثه عهد بالبلوغ. وهذا يعنى تمام مدخليه البكاره فى الحكم بالولايه المطلقه عليها، وكون الحكم تعدياً، وبما أن هذا خلاف الإرتكاز ومناسبه الحكم والموضوع، فلا بد من رفع اليد عن ذلك. (١)

٥. روايه عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال:

«لا تستأمر الجاربه فى ذلك إذا كانت بين أبويها فإذا كانت تيباً فهى أولى بنفسها». (٢)

وهى تدل على سلطنه الأب على تزويج الجاربه إذا أراد تزويجها بقرينه لا تستأمر، فهى تدل على أن محل النظر هو ما إذا تصدى الأب لتزويجها وموضوعه الجاربه فلا تدل على سعه الحكم لمطلق البكر. (٣)

وغيرها من الروايات ويؤيد هذا القول ما نسب إلى النبى صلى الله عليه وآله أنه قال: «لا نكاح إلا بولى» (٤)، وما نسب إليه أيضاً عن الزهرى أن النبى صلى الله عليه وآله قال: «أىما امرأه نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل» قالها ثلاثاً).

ولكن توجد روايتان معتبرتان تعارض ما تقدم وتقول بلزوم استشاره البكر وعدم استقلال الأب فى أمرها وهما:

ص: ١٤٩

١- (١). المؤيد، كتاب النكاح: ٣٨٦/١.

٢- (٢). وسائل الشيعه، باب ٣ من أبواب أولياء العقد، ح ١٣.

٣- (٣). المؤيد، كتاب النكاح: ٣٨٥/١.

٤- (٤). سنن البيهقى، ح ٧: ١٢٦ - ١٢٤ نصب الرايه: ٣/١٦٧؛ ٦/٢٤٩.

الأولى: صحيحه منصور بن حازم عن الإمام الصادق عليه السلام قال: «تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلا بأمرها». (١)

الثانية: معتبره صفوان قال: «استشار عبدالرحمن الإمام موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه قال عليه السلام: افعل ويكون ذلك برضاها فإن لها في نفسها نصيباً». (٢)

قال: واستشار خالد بن داود الإمام موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته على بن جعفر، فقال عليه السلام:

«افعل ويكون ذلك برضاها، فإن لها في نفسها حظاً». (٣)

وبما أنّ هاتين الطائفتين من الروايات إذا عرضتا على الكتاب كانت الموافقه للكتاب هي الطائفة الثانية التي تقول باعتبار إذن المرأة في العقد عليها، فهي المعتبره في الاستناد إليها.

والذى يظهر لى، أنّ الروايتين لا يظهر منهما إلّا اعتبار رضا البكر دون نفي انضمام إذن الأب إلى رضاها، بل قد يظهر منهما أن المعتبر هو رضاها معاً لقوله عليه السلام: «أن لها في نفسها نصيباً أو حظاً»، فتكون هاتين الروايتين من أدلّه القول الخامس.

أمّا النبويتين، فلا يمكن قبولهما من أمور عدة: منها: بطلان الأوّل لجواز نكاح المرأة إذا كان وليها غائباً أو ناقصاً بجنون أورد أو كفر مع إسلامها، فحينئذ يكون المراد منه لا نكاح كامل إلّا بوليّ كما في لا صلاحه لجار المسجد إلّا في المسجد وبطلان الثانى بما ذكره الترمذى في سننه من أن ابن جريح سأل الزهرى عن هذا الخبر الذى يروى عنه فلم يعرفه. (٤)

ص: ١٥٠

١- (١). وسائل الشيعة: ١٤، باب ٣ من عقد النكاح، ح ١٠.

٢- (٢). المصدر السابق.

٣- (٣). المصدر السابق.

٤- (٤). سنن الترمذى: ٤١٠/٣، ذيل، ح ١١٠٢.

القول الثاني: استقلال البكر الرشيدة في الولاية على نفسها

وعلى هذا، فالمرأة العاقلة الرشيدة البكر لها أن تزوج نفسها من دون إذن وليها.

وهذا هو مذهب السيد المرتضى، حيث قال:

بجواز عقد المرأة التي تملك أمرها على نفسها بغير ولي. (١)

وقال الشيخ المفيد:

والمرأة إذا كانت كاملة العقل سديده الرأي كانت أولى بنفسها في العقد على نفسها غير أنها إذا كانت بكرًا ولها أب أو جدّ لأب فمن السنه أن يتولى العقد عليها أبوها أو جدّها لأبيها، ولو عقدت على نفسها بغير إذن أبيها كان العقد ما ضياً وإن أخطأت السنه في ذلك. (٢)

وقال العلامة الحلّي:

فأما عقدهما أي الأب والجدّ عليها بعد بلوغها التسع سنين، وهي رشيدة مالكة لأمرها، وهي بكر غير ثيب، فإن لم ترض وأظهرت الكراهه بطل العقد وانفسخ، وهو قول شيخنا المفيد في كتابه أحكام النساء وقول السيد المرتضى، وإلى هذا أذهب وعليه أعتد وبه أفتى. (٣)

والمحقق:

«أما البكر البالغة الرشيدة فأمرها بيدها، ولو كان أبوها حياً.» (٤)

وقال العلامة الفاضل:

وإن كانت بالغة رشيدة، فإن كانت ثيباً كانت الولاية لها خاصة تولى أمرها من شاءت ولو عقدت بنفسها صح، وإن كانت بكرًا فكذلك على أقوى القولين. (٥)

ص: ١٥١

١- (١) . الانتصار: ٢٨٣.

٢- (٢) . أحكام النساء: ٣٦.

٣- (٣) . السرائر: ٥٦١/٢.

٤- (٤) . نجم الدين جعفر، النافع: ١٧٣/١.

٥- (٥) . تحرير الأحكام: ٦/٢.

وقد قالوا الشاهدان:

«ولا ولاية على البكر البالغة الرشيدة فى الأصح» (١)

وقال المحقق الكركى:

«وأنَّ الأصحَّ أنَّها مع بلوغها ورشدها لها الاستقلال بالعقد على نفسها» (٢)

وقال الفاضل المقداد بعد أن ذكر الأقوال فى المسألة:

«الأول، وهو الحق، أى: أن البكر البالغ الرشيدة أمرها بيدها، ولو كان أبوها حياً» (٣)

الأدلة

واستدلوا أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بالكتاب والسنة، وإليك بيان ذلك مفصلاً:

(أ) أدلتهم من القرآن الكريم

الدليل الأول: قوله تعالى: (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُمُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ مِنْكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَمْ أَزْكَى لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ) . (٤)

قال الشيخ الطبرسى: قوله تعالى: (فَلَا تَعْضُمُوهُنَّ) ، أى: لا تمنعوهن ظلماً عن التزوج. (٥)

وقد دلت هذه الآية من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي، ولا إذن وليها:

ص: ١٥٢

١- (١) . اللمعه والروضه: ١١٦/٥.

٢- (٢) . جامع المقاصد: ٨٣/١٢.

٣- (٣) . التنقيح: ٣١/٣.

٤- (٤) . البقره: ٢٣٢.

٥- (٥) . مجمع البيان: ١١٠/٢.

أحدها: إضافه العقد إليهن.

والثانى: نهى الأولياء عن معارضتهن. (١)

الدليل الثانى: قوله تعالى: (وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ). (٢)

قال القطب الراوندى:

قوله تعالى: (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) فأباح فعلها فى نفسها من غير اشتراط الولى قال: ولا يجوز أن يحمل اشتراط المعروف على تزويج الولى لها وذلك لوجهين:

أحدها: أنه تعالى رفع الجناح عنها فى فعلها بنفسها بالمعروف؛

ثانياً: عقد الولى عليها لا يكون فعلاً منها فى نفسها. (٣)

الدليل الثالث: قوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ وَ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ يُبَيِّنُهَا لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ). (٤)

قال ابن إدريس الحلبي: قوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) فجعل النكاح فى الولاية بيدها، وأضافه إليها، فالظاهر أنها تتولاها.

قوله تعالى: (فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا) أن يتراجعا، فأضاف التراجع - وهو عقد مستقل - إليهما؛ لأنه لو أراد الرجعه من الزوج وحده لما أضافه إليها معاً. (٥)

ص: ١٥٣

١- (١). الانتصار: ٢٨٥.

٢- (٢). البقره: ٢٣٤.

٣- (٣). فقه القرآن: ١٣٩/٢.

٤- (٤). البقره: ٢٣٠.

٥- (٥). السرائر: ٥٦١/٢.

وأما الدليل من السنه على إنكاح نفسها من دون إذن الولي، فقد استدلوا بجملة من الأحاديث منها ما يلي:

الحديث الأول: معتبره الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم وزراره وبريد بن معاوية كلهم عن أبي جعفر عليه السلام قال:

«المراه التي قد ملكت نفسها غير السفيهه ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز». (١)

ودلالته على المطلوب تامه واطلاقها شامل للبكر، ودعوى عدم كون البكر مالكة لأمرها؛ لأنه أول الكلام في غايه الضعف لوضوح أن المراد كونها مالكة لنفسها في غير النكاح، كما هو المنساق منها عرفاً. (٢)

الحديث الثاني: رواه أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«الجاريه البكر التي لها أب لا تتزوج إلا بإذن أبيها». وقال: «إذا كانت مالكة لأمرها تزوجت متى شاءت». (٣)

وهي واضحه الدلاله على استقلال البكر الرشيدته في زواجها.

وأشكل على الاستدلال بهذه الروايه بما يلي:

أولاً: أنها ضعيفه السند بالمعلّى بن محمد الذي لم تثبت وثاقته.

ثانياً: بإجمال المراد من كونها مالكة لأمرها، فيحتمل أن يكون المراد به البلوغ، فيكون المراد من الجاريه الصغيره، ويحتمل أن يكون المراد الثيب في قبال البكر المذكوره في صدر الروايه، ويحتمل أن يكون المراد من ليس لها أب والحمل على الأول غير ظاهر. (٤)

ص: ١٥٤

١- (١). وسائل الشيعة، باب ٣ من أبواب عقد النكاح، ح ٧٠٧.

٢- (٢). انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ٣٧٨/١.

٣- (٣). وسائل الشيعة، باب ٣ من أبواب عقد النكاح، ح ٧٠٧.

٤- (٤). انظر مستمسك العروه الوثقى: ٤٤٢/١٤.

ثالثاً: أنّ الموضوع فى صدر الروايه لما لم يكن الجارويه، فحسب، بل الجارويه البكر كشف صدر الروايه عن وجود خصوصيه للبكاره ومدخليتها فى ولايه الأب، وعليه لا يمكن حمل الصدر على خصوص الصغيره غير البالغه وحمل الذيل على البالغه؛ لأنّ معناه إلغاء خصوصيه البكاره، فإنّ الصبيه أمرها بيد أبيها سواء كانت بكاراً أم ثيباً، فلا بدّ من حمل الجمله الثانيه على موت الأب أو تتيب البنت بعد ذلك. (١)

الحديث الثالث: روايه عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

«تزوج المرأه من شاءت إذا كانت مالكه لأمرها، فإن شاءت جعلت ولياً». (٢)

ودلالاتها تامه وواضحه على المطلوب.

وأورد على الاستدلال بها أن سندها ضعيف بالمعلى بن محمّد أيضاً. (٣)

الحديث الرابع: معتبره عبد الله بن الصلت قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارويه الصغيره يزوجه أبوها ألها أمر إذا بلغت؟ قال: «ليس لها مع أبيها أمر». قال: وسألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمر؟ قال: «ليس مع أبيها أمر ما لم تكبر». (٤)

فإن ذيلها يدل على أنّها إذا كبرت لم تكن لأبيها الولايه عليها، والمراد بالكبر ليس البلوغ؛ لكونه قد أخذ فى مفروض السؤال، فلا بدّ أن يكون المراد الرشد.

أمّا لارتكازيه عدم خصوصيه الكبر؛ وأمّا لكون الكبر أمراً غير منضبط فى الروايه، فيكالى القضيّه إلى الكبر، وهو أمر مشكك خلاف الارتكاز العرفى فلا بدّ أن يراد به الرشد. (٥)

ص: ١٥٥

١- (١). كتاب النكاح: ٢٦١/٢.

٢- (٢). وسائل الشيعه: ١٤، باب ٣ من أبواب عقد النكاح، ح ٨.

٣- (٣). رجال النجاشى: ٤١٨؛ رجال ابن الغضائرى: ٩٦.

٤- (٤). وسائل الشيعه: ١٤، باب ٣ من أبواب عقد النكاح، ح ٣.

٥- (٥). انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ٣٨٠/١.

وأورد على الاستدلال:

إن الرواية لا تدل على استقلال البالغه الرشيد، لأنها لم تنف اعتبار إذن الأب وإنما دلت على عدم استقلال الأب في التزويج. [\(١\)](#)

هذه هي جملة من الأخبار المستدل بها في المقام، وقد ظهر أن فيها ما هو تامّ سنداً ودلالةً. لكن لا بدّ من ملاحظه أدلّة الأقوال الأخرى والنسبه بينها وبين هذه الأخبار.

القول الثالث: التفصيل بين الدوام والانتقطاع باستقلالها في الأول دون الثاني

وعلى هذا، فالمرأه العاقله الرشيد البكر لها أن تزوّج نفسها من دون إذن وليها إذا كان العقد دائماً؛ وأمّا إذا كان العقد منفصلاً، فليزّم أن يكون بإذن الولي.

قال المحقّق: ومن الأصحاب من أذن لها في الدائم دون المنقطع. [\(٢\)](#) ولم يذكر من هو القائل، وعن الشهيد في شرح نكت الإرشاد [\(٣\)](#) أنّ المحقّق سئل عن قائله، فلم يجب. [\(٤\)](#)

ويمكن أن يستدل له:

بدعوى انصراف مادّل على استقلالها إلى خصوص الدائم والتمسك بإطلاقات أدلّه النكاح المنقطع. [\(٥\)](#)

وقد ذكر السيّد الخوئي:

وفيه مالا- يخفى فإن دعوى الانصراف في غير محلها فإن المتعه نوع وقسم من النكاح يجرى عليه جميع الأحكام الثابته لعنوان الزواج كحرمه الأم أو البنت في

ص: ١٥٦

١- (١). المصدر السابق: ٣٨٠/١.

٢- (٢). شرائع الإسلام: ٢٢٠/٢.

٣- (٣). غايه المراد في شرح نكت الإرشاد: ٢٢/٣.

٤- (٤). السائل هو الفاضل الأبى كما في كشف الرموز: ١١٢/٢ و ١١٣.

٥- (٥). انظر: مستمسك العروه الوثقى: ٤٤٣/١٤.

فرض الدخول وحرمتها هي بالزنا بها وهي ذات بعل، أو التزويج بها في أثناء العده مع الدخول أو العلم بالحال على أنه لو سلم ذلك ففي المقام معتبرتان تدلان على اعتبار إذن الأب في خصوص المتعه وهما.

أولاً: صحيحه البنظي عن الإمام الرضا عليه السلام: قال: «البكر لا تتزوج متعه إلا بإذن أبيها». (١)

ثانياً: صحيحه أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «العدراء التي لها أب لا تتزوج متعه إلا بإذن أبيها». (٢)

ومن هنا يكون حكم المتعه حكم الزواج الدائم في اعتبار رضا الأب.

نعم، في خصوص المتعه دلت روايتان على جوازهما من غير إذن الأب فيما إذا اشترط عدم الدخول وهما:

أولاً: روايه الحلبي، قال سألته:

عن التمتع من البكر إذا كان بين أبوبها بلا إذن أبوبها قال عليه السلام: «لا بأس ما لم يفتض ما هناك لتعف بذلك». (٣)

ثانياً: روايه أبي سعيد القمط عمّن رواه قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام جاريه بكر بين أبوبها تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبوبها أفعل ذلك؟ قال: «نعم وأتق موضع الفرج». قال: قلت: فإن رضيت بذلك؟ قال: «وإن رضيت فإنه عار على الأبكار». (٤)

وهاتان الروايتان لو تمتا سنداً فلا محيص عن الالتزام بمضمونهما لعدم المعارض لهما، وبذلك تكون مخصصتين لما دلّ على اعتبار إذن الأب في تزويج البكر.

إلا أنهما ضعيفتان سنداً ولا تصلحان للاعتماد عليهما.

أمّا الثانيه، فلوقوع محمّد بن سنان في الطريق مضافاً إلى إرسالها.

ص: ١٥٧

١- (١). وسائل الشيعة: ٢١، كتاب النكاح، ابواب المتعه، ب ١١، ح ٥.

٢- (٢). المصدر السابق.

٣- (٣). المصدر السابق: ح ٩.

٤- (٤). المصدر السابق: ٢١ كتاب النكاح، ابواب المتعه، ب ١١، ح ٧.

وأما الأولى، فقد ذكرهما الشيخ باسناده، عن أبي سعيد وقد ذكر قدس سره في الفهرست أن أباسعيد له كتاب الطهاره، ثم ذكر طريقه إليه. (١)

غير أنه لم يذكر أنه من هو بالذات، ومن هنا تكون الروايه ضعيفه من حيث جهاله أبي سعيد على أنه طريقه قدس سره إليه ضعيف بأبي الفضل. (٢)

ولايه الأب في الزواج المنقطع

إن الزواج المنقطع قد وقع في عصر الإسلام في عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وفي عهد أبي بكر إلا أنه لما جاء دور عمر بن الخطاب منعه، وقال بتحريمه.

وإليك العرض التاريخي حول أساس الزواج المنقطع، وما يتفرع عليه من وجود الولايه وعدمها.

ذكر ابن جرير الطبري في تفسيره جامع البيان عن آيه المتعه عن عبد الرزاق وأبي داود في ناسخه وابن جرير عن الحكم قال:

سألته عن هذه الآيه: (فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا) ٣ أمنسوخه هي؟ قال: لا. قال الحكم: قال على عليه السلام: «لولا أن عمر نهى عن المتعه ما زنى إلا شقي». (٣)

ويقول ابن الأثير في نهايته في ماده شقي: قال ابن عباس:

ما كانت المتعه إلا رحمه الله بها أمه محمد صلى الله عليه وآله لولا نهيه عنها - يعني: عمر - ما احتاج إلى الزنى إلا الشقي، أي: قليل من الناس. (٤)

وجاء في تفسيرالجامع لأحكام القرآن: روى عن عطاء عن ابن عباس قال:

ص: ١٥٨

١- (١). الفهرست: ١٨٤ رقم ٨٢٣.

٢- (٢). موسوعه الإمام الخوئي: ٢١٣/٣٣، مسأله ١.

٣- (٣). جامع البيان: ٢٠/٥.

٤- (٤). النهايه: ٤٨٨/٢.

ما كانت المتعه إلا رحمه من الله رحم بها عباده، ولولا نهى عمر عنها ما زنى إلا شقى. (١)

وقال الجصاص فى أحكام القرآن فى تفسير آيه المتعه ما روى عن عمر أنه قال فى خطبته:

متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله حلالاً أنا أنهى عنهما وأعاقب عليهما متعه النساء ومتعه الحج. (٢)

أما من حيث انطواء حقيقه الزواج على المنقطع والدائم إلى حقيقه واحده، كما أشرنا إليه أيضاً فى حقيقه العقد.

وأما بالنظر إلى كون الولايه هل تشمل المنقطع أم لا، فالظاهر إن قلنا بالولايه للدائم. فنلتزم بالولايه للمنقطع؛ لأنهما من مقوله واحده.

ولا وجه لانصراف الولايه للدائم مع كون المنقطع من حقيقه واحده وقله الزمان وطوله لا يجعلهما دخيلين فى ماهيه الزواج؛ لأن الزمان ظرف لتحققهما.

القول الرابع: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها فى الثانى دون الأول

وعلى هذا، فالمرأه العاقله الرشيده الباكر لها أن تزوج نفسها من دون إذن أبيها إذا كان العقد منقطعاً؛ وأما إذا كان دائماً، فليزوم أن يكون بإذن الولي.

وذهب إلى هذا التفصيل الشيخ الطوسى حيث قال:

بعد نقل ما هو معارض لأخبار إستقلالها، ما هذا لفظه فهذا الخبر يحتمل شيئين:

الأول: أن يكون مخصوصاً بنكاح المتعه على ما قدمناه من الرخصه فى ذلك بالشرائط التى قدّمناها.

الثانى: أن يكون محمولاً على أنها إذا كانت بالغه ولا يزوجه أبوها من كفو

ص: ١٥٩

١- (١). الجامع لأحكام القرآن: ١٣٠/٥.

٢- (٢). أحكام القرآن: ١٠٣/٣.

لها ويعضلها بذلك فحينئذ يجوز لها العقد على نفسها. (١)

ولم ينسب إليه في غيرهما ولا إلى غيره.

واستدلّ على عدم استقلالها في الدوام الروايات الداله على عدم استقلالها، ممّا تقدم.

وعلى استقلالها في المتعه بجمله من الأحاديث منها ما يلي:

الحديث الأول: رواه أبو سعيد القمطاط عن رواه قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جاريه بكر بين أبوبها تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبوبها أفعل ذلك؟ قال: «نعم وأتق موضع الفرج». قال: قلت: فان رضيت بذلك؟ قال: «وإن رضيت فانه عار على الأبكار». (٢)

الحديث الثاني: رواه الحلبي قال: سألته عن التمتع من البكر إذا كان بين أبوبها بلا أذن أبوبها قال عليه السلام: «لا بأس ما لم يفتض ما هناك لتعف بذلك». (٣)

وهاتان الروايتان لو تمتا سنداً فلا محيص عن الالتزام بمضمونها لعدم المعارض لهما، وبذلك تكون مخصصتين لما دلّ على اعتبار إذن الأب في تزويج البكر.

لجمع بين الأخبار من الأخذ بنصوص استقلال الولي، بعد تقييدها بالدوام وإخراج المتعه منها للأخبار المتقدمه. (٤)

وقد أشكل على هذا الجمع بإباء ظاهر جميع الأخبار عنه، فهو جمع غير عرفي، أي: تبرعى لاشاهد له في الأخبار أو العرف، بل بإباء الاعتبار لوجود غضاظه وعار على أهلها في زواجها بدون إذن وليها في المنقطع مع احتمال الحبل فيه، ولو كان قصير المده فضلاً عن طولها. (٥)

ص: ١٦٠

١- (١). الاستبصار: ٢٣٦/٣.

٢- (٢). وسائل الشيعة: ٢١ كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١١، ح ٧.

٣- (٣). المصدر السابق: باب ١١ من أبواب المتعه، ح ٩.

٤- (٤). موسوعه الإمام الخوئي: ٢١٤/٣٣.

٥- (٥). جواهر الكلام: ١٧٩/٢٩.

على أنه توجد صحيحتان تصرحان بلا بدّيه إذن الأب في الزواج المنقطع.

أحدها: صحيحه البنظي عن الإمام الرضا عليه السلام قال: «البكر لا تتزوج متعه إلّا بإذن أبيها». (١)

ثانياً: صحيحه أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«العدراء التي لها أب لا تتزوج متعه إلا بإذن أبيها». (٢)

ومن هنا يكون حكم المتعه حكم الزواج الدائم، وذلك باعتبار رضا الأب.

القول الخامس: التشريك في الولاية بين البكر وبين الأب أو الجدّ فيعتبر إذنهما معاً

إشاره

وأشار إليه المحقق بقوله:

وفيه روايه أخرى داله على شركتهما في الولاية حتّى لا يجوز لهما أن ينفردا عنها بالعقد. (٣)

واستدل له بأمور:

الأول: أنه مقتضى الجمع بين ما دل على اعتبار إذن الأب نصير معتبره العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تتزوج

ذوات الآباء من الأبكار إلّا بإذن آبائهن» (٤)، وما دل على اعتبار إذن البكر. (٥)

الثاني: ما أفاده السيّد الخوئي قدس سره من التمسك بمعتبره صفوان قال:

استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه، فقال: «افعل ويكون ذلك برضاها، فإن لها في نفسها نصيباً».

ص: ١٤١

١- (١). وسائل الشيعة: كتاب النكاح، أبواب المتعه، ب ١١، ح ٥.

٢- (٢). المصدر السابق: باب ١١ من أبواب المتعه، ح ٥.

٣- (٣). شرائع الإسلام: ٢/٢٧٦.

٤- (٤). وسائل الشيعة: باب ٦ من أبواب عقد النكاح، ح ٥.

٥- (٥). انظر: المؤيد: كتاب النكاح: ١/٣٩٠.

قال: واستشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته علي بن جعفر فقال: «افعل ويكون ذلك برضاها فإن لها في نفسها نصيباً».

فإن لها ظهور في عدم استقلالها وكون بعض الأمر لها خاصه. (١)

الثالث: ما أفاده السيد الخوئي قدس سره أيضاً من التمسك بمعتبره زواره بن أعين، حيث قال:

سمعت الإمام الباقر عليه السلام يقول: «لا ينقض النكاح إلا الأب» (٢) ومثلها معتبره محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا ينقض النكاح إلا الأب». (٣)

وتقريب الاستدلال بهاتين الروايتين يقوم على أساس أن النقض إنما يكون بالنسبه إلى الأمر المبرم، وأن المقصود من العقد المبرم في المقام لا يمكن أن يكون العقد الصحيح بالفعل؛ لأنه غير قابل للنقض مطلقاً؛ إذ ليس لأحد الخيار في فسخ النكاح الصحيح بإجماع المسلمين قاطبه.

وعليه لا بد من الحمل على الإبرام الشأني والصحة التأهليّة - أي: ما يكون صادراً من أهله وواقعاً في محلّه - بحيث له قابليته الإتمام والصحة عند استكمال سائر الشروط المعتبره. وقد استعمل الإبرام بهذا المعنى في غير هذا المورد فقد ورد في كتاب الصلاة أن من أجهر في موضع الإخفات أو أخفت في موضع الجهر فقد نقض صلاته، ومن الواضح أنه ليس المقصود نقض الصلاة المحكوم به بالصحة بالفعل.

وعليه، تدلّ هاتان المعتبرتان على التشريك، فإن العقد محكوم بالصحة الشأنيّة المتوقفه على رضا الأب وإذنه، فإن تحقق ذلك صحّ العقد بالفعل. (٤)

تقريب الاستدلال

١. بما أن ليس لأحد الخيار في فسخ النكاح الصحيح بإجماع المسلمين قاطبه، فلا يراد من النقض هنا النقض الحقيقي للعقد الصحيح، بل لا بد أن يكون بالمعنى إن ما من شأنه

ص: ١٦٢

١- (١). موسوعه الإمام الخوئي: ٢٠٨/٣٣.

٢- (٢). وسائل الشيعة: ٢٠٥/١٤، ب ٢٤١ من ابواب عقد النكاح أولياء العقد، ح ٥.

٣- (٣). المصدر السابق.

٤- (٤). الخوئي، كتاب النكاح: ٢٦٥/٢.

أن يكون مبرماً بأن يكون صادراً من أهله، بحيث يكون له قابليته للإتمام والصحة يتمكن الأب من نقضه بعدم رضاه، ويتمكن من حله كما يتمكن من تصحيح العقد برضاه.

٢. بما أن الثيب قد ثبت عدم جواز نقض عقدها من قبل الأب وثبت أن عقد الصبي محكوم بالبطلان وإن أذن الأب فينحصر مورد ها تين الصحيحتين في تزويج البكر بغير إذن أبيها.

الزَّاجِح

والذى يظهر لى، هو: ترجيح القول الخامس لما فيه الجمع بين النصوص الواردة.

وقد ذكر صاحب الجواهر:

أنه لم يعرف له وجهها سوى دعوى الجمع بين الأدلة. (١)

وخصوص قوله عليه السلام فى معتبره صفوان: «فإن لها فى نفسها نصيباً» أو: «فإن لها فى نفسها حظاً»، فإنهما ظاهران فى عدم استقلالها وكون بعض الأمر خاصه لها.

وأيضاً لصحيحه زراره بن اعين، حيث قال: سمعت الإمام الباقر عليه السلام يقول: «لا ينقض النكاح إلا الأب». (٢)

وصحيحه محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام قال: «لا ينقض النكاح إلا الأب».

إن التشريك بين البكر وبين الأب أو الجد من قبل الأب فى الولايه بمعنى توقّف الصّحّه على إذنهما معاً إنّما يكون ذلك مراعاة مصلحة البنت فلأنها بكر لا تجربه لها فى الحياه الزوجيه ولكونها غير مخالطه للرجال فمعرفة بصفاتهم وأخلاقياتهم محدوده، ولما قد يغلب عليها من الاندفاع العاطفى، لكل ذلك يخشى عليها من ألا يكون قرارها فى اختيار الزوج موضوعياً مناسباً فتتورط فى حياه زوجيه لا تسعدبها،

ص: ١٤٣

١- (١). جواهر الكلام: ١٨٣/٢٩.

٢- (٢). وسائل الشيعه: ٢٠٥/١٤، ب ٢٤١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٥.

ولا يمكن الخلاص منها بسهولة، باعتبار أنّ قرار الانفصال والطلاق بيد الزوج.

كما أنّها لو حصل بينها وبين زوجها أيّ مشكله فستحتاج إلى وقوف أهلها معها، وإذا ما كان الزواج خلاف رأيهم فتحرّم من دعمهم ومساعدتهم عند اللزوم.

لهذه الحيثيات التي تصب في مصلحه البنت، كان لوليها دور في قرار زواجها، لما يترتب عليه من ألفه، وموده، وسكن، وراحه للحياه الزوجيه، وفي ذلك تحقيق لمصالح النكاح الشرعيه من عشره بينهما بالمعروف، وقيام بالحقوق الزوجيه لكلّ منهما نحو صاحبه، وفي ذلك دوام للنكاح، واستقرار له، وتعاون على حفظ النسل وتربيته، كما أنّه تشير إلى ذلك بعض الروايات الوارده في هذا المجال.

ففي صحيحه الفضل بن عبد الملك عن الإمام الصادق عليه السلام قال: «إذا أراد أبوها أن يزوّجها هو أنظر لها» (1)، أي: هو أصوب نظر لتحقيق مصلحتها لخبرته الا- اجتماعيه وحرصه على مستقبل ابنته ولموضوعيته في اتخاذ القرار دون الوقوع تحت سيطره الأحاسيس والعواطف أضف إلى مدى اهتمام الشارع في احترام إرادته المرأه وحرية التعبير عمّا في نفسها، وإنّ إرادتها معتبره في نكاحها وقد منحها الله تعالى هذا الحقّ، وهو حرية التعبير عن هذه المسأله المهمه في حياتها، كما أشارت إلى ذلك معتبره صفوان: «فإنّ لها في نفسها نصيباً» و: «فإنّ لها في نفسها حظاً» فيكون التشريك بين رضا الأب ورضا البنت فيكون كلا الرضائين بنحو جزء العله المؤثره.

نلخص ما تقدّم في النقاط التاليه:

1. إنّ القول الأوّل برواياته الداله عليه استقلال الأب أو الجدّ في الولاية عليها لا يمكن القول به لما فيه من المعارضه لمعتبره صفوان القائله «إنّ لها في نفسها نصيباً» الموافقه للكتاب والسنة الدالين على عدم ثبوت ولاية أحد على غيره إلّا بدليل.

ص: ١٦٤

١- (١). وسائل الشيعه: ٢٧٠/٢٠ الباب ٣ من ابواب عقد النكاح، ح ٦.

٢. القول الثاني: «استقلال البكر في أمرها» لا يمكن الأخذ به رغم ذهاب المشهور إليه؛ لأن أدلته كما تقدمت هي مطلقه أو عامه والمطلق أو العام لا يمكن الأخذ به إلا ما ثبت خلافه.

٣. القول الثالث: التفصيل بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الأول دون الثاني.

لم يعرف قائله رغم وجود صحيحتين تدلّان عليه، فحينئذٍ تكون الصحيحتان قد أعرض عنهما فسقطتا عن الحجّية.

٤. القول الرابع: وهو عكس الثالث، لا شاهد له من الأخبار أو العرف.

٥. القول الخامس: إذن هو المتعين للنصوص الصحيحة أولاً وعدم مخالفه الكتاب ومطابقه الاعتبار في إعطائها من نفسها نصيباً أو حظّاً، وهو الموافق للاحتياط أيضاً.

ص: ١٤٥

المبحث الرابع: الولاية على السفية المبذرة

المطلب الأول: معنى السفه لغةً واصطلاحاً

السَّفَه لغةً:

فهو ضدّ الحلم، وقيل خفته، وقيل الجهل، ولا منافاه بين ذلك، فإنّ أصل معنى السفه: لغه الخفّه، والسخافه، كما قاله ابن فارس، وغيره، ونصّ على أنّه قياس مطرد في هذا، فيقال ثوب سفية، أى: ردىء النسج.

ويقال: تسفّهت الريح الشجر، أى: أمالته.

كما قال ذو الرمة:

مشين كما اهتزت رياح تسفّت أعالها مرّ الرياح النّواسم

ومن شعره فى وصف زمام ناقته:

وابيض (١) موشى القميص نصبته على ظهر مقلاّت سفية جدّيلها

أى: خفيف زمامها. (٢)

ص: ١٦٧

١- (١). الأبيض هنا هو السيف، كما فى اللسان وغيره.

٢- (٢). انظر: مقاييس اللغة: ٧٩/٣؛ الصحاح: ٢٢٣٤/٦؛ تاج العروس: ٣٩٠/٩؛ القاموس: ٢٨٧/٤؛ لسان العرب: ٤٩٧/١٣.

فالسفيه بكسر الفاء، وسمي سفيها لخفه عقله وسوء تصرفه، وقد عرفه الفاضل الآبي في كشف الرموز: هو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة. (١)

فالسفيه هو المحجور عليه في التصرفات المائيه الذي يصرف الأموال في غير الأغراض الصحيحة عند العقلاء، بحيث يعاب على ذلك عرفاً؛ ولذا فسره الفقهاء جميعاً في كتاب الحجر بهذا المعنى.

قال العلامة:

أما الرشد، فهو كيفيه نفسانيه تمنع من إفساد المال وصرفه في غير الوجه اللايقه بأفعال العقلاء.

وقال أيضاً:

وأما السفيه فهو الذي يصرف أمواله في غير الوجه الملايم لأفعال العقلاء. (٢)

وقال المحقق الحلّي:

أمّا السفيه، فهو الذي يصرف أمواله في غير الأغراض الصحيحة. (٣)

وقال الطوسي:

والمبذر سفيه (٤)، وفي التنقيح: لا شك أنّ المفهوم من الرشد عرفاً هو إصلاح المال وعدم الانخداع في المعاملات. (٥)

إلى غير ذلك من كلمات الفقهاء بل هي متطابقه على ذلك، وقد فسّر السفيه بهذا المعنى في بعض الروايات، ففي موثقه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

ص: ١٦٨

١- (١) . كشف الرموز: ٥٥٣/١.

٢- (٢) . قواعد الأحكام: ١٣٧/٢.

٣- (٣) . الشرائع: ٨٦/٢.

٤- (٤) . الخلاف: ٢٨٧/٣.

٥- (٥) . التنقيح الرائع: ١٨١/٢.

سأله أبى وأنا حاضر عن قول الله عز وجل: (حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ) ، قال: «الاحتلام». قال: فقال: يحتلم فى ستة عشر سنة وسبع عشر سنة ونحوها؟ فقال: «إذا أتت عليه ثلاث عشر سنة كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً». فقال: وما السفيه؟ فقال: «الذى يشتري الدرهم بأضعافه»، وقال: وما الضعيف؟ قال: «الأبله». (١)

وفى صحيحه عيص بن القاسم عن الإمام الصادق عليه السلام قال:

سألته عن اليتيمه متى يدفع إليها مالها؟ قال: «إذا علمت أنها لا تفسد ولا تضيع». (٢)

وفى مرسله الفقيه عن الإمام الصادق عليه السلام:

أنه سئل عن قول الله عز وجل: (فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) قال: «إيناس الرشد حفظ المال». (٣)

ثم هذا التفسير من الفقهاء يمكن أن يكون مرادهم منه السفيه المحجور عليه فى التصرفات المالىة، فيكون ما ذكره بياناً للسفيه المخصوص، لا مطلق السفيه.

وعلى هذا يكون عرفهم فى السفيه متطابقاً مع عرف اللغوئين من كونه ضعيف العقل.

المطلب الثانى: الولاية على السفيه المبذّر

لا شك أن الولاية فى النكاح لا تكون إلا على ناقص بصغر أو جنون أو سفه أورك، والسفيه هنا من كان سفهه فى تبذير المال لا من جهه أخرى كفساد العقل الملحق له بالجنون، وهولا يجبر على النكاح؛ لأنه بالغ عاقل ولا يجوز له الاستقلال بالنكاح لسفهه فى تبذير المال جاء فى الحدائق:

ص: ١٦٩

١- (١). التهذيب: ١٨٢/٩، ح ٧٣١.

٢- (٢). وسائل الشيعة، باب ١ من أبواب الحجر، ح ٣.

٣- (٣). المصدر السابق: ١٤٣/١٣، ح ٢.

إنَّ المحجور عليه للسفه والتبذير لا يجوز له أن يتزوج؛ لأنه ممنوع من التصرفات الماليه. (١)

واستدلَّ على ذلك:

أنَّ السفيه لما كان ممنوعاً من التصرفات الماليه، ولما كان النكاح بلحاظ ما يترتب عليه من مهر ونفقة مندرجاً في التصرفات الماليه، لذا كان ممنوع عليه من دون إذن الولي، كما يقتضيه الحجر على السفيه. (٢)

وقد أورد عليه السيد الخوئي بما يلي:

أولاً: أن هذا الدليل مختص بالولد دون البنت.

ثانياً: بالمنع من كون مطلق الزواج من الأمور الماليه إذ ربما لا يستلزم النكاح المال، كما إذا نكحها بدون المهر بشرط عدم النفقه.

ثالثاً: أن المهر قد يفرض من غيره ومن دون أى تصرف فى شىء من أمواله؛ وأما وجوب الإنفاق، فهو حكم شرعى متفرع على التزويج، وليس من مصاديق التصرف المالي، فلا وجه لاستلزام الحجر عنه للحجر بالنسبه إليه.

وفيه: أنَّ وجوب الإنفاق وإن كان حكماً شرعياً، لكن لما كان على السفيه أن ينفق، ولما كان الإنفاق تصرفاً مالياً، ولما كانت النفقه تتحدّد بشأن الزوجه وما يليق بها؛ لذا فإنَّ الحجر على السفيه فى التصرفات الماليه يقتضى منعه من الزواج إلّا بإذن الولي لما يستتبعه زواجه من إنفاق، وما يستتبع الإنفاق من تصرف مالي، فكلّ عمل يستتبع تصرفاً مالياً ليس للسفيه بلحاظ الحجر أن يستقلّ به.

ولذا، فإنَّ الاستدلال على هذا البحث يكون بالروايات الداله على أن السفيه لا يجوز أمره فى النكاح، فقد وردت صحيحه عبد الله بن سنان عن الإمام الصادق عليه السلام قال: سأله أبى وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال:

«حتّى يبلغ أشده». قال: وما أشده؟ قال: «احتلامه». قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشر سنه أو أقلّ أو أكثر ولم يحتلم؟ قال: «إذا بلغ وكتب عليه الشىء»

ص: ١٧٠

١- (١). الحدائق الناظره: ٢٣/٢٤٦.

٢- (٢). جامع المقاصد: ١٢/١٠٠.

جاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً. (١)

وهذه الرواية واضحة الدلالة على عدم جواز أمر السفيه وبقاء الولاية عليه ويجرى الحكم إلى البنت السفيهة لعدم القول بالفصل، وأيضاً وردت صحيحه الفضلاء عن الإمام الباقر عليه السلام قال:

«المرأة التي ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها، تزويجها بغير ولي جائز». (٢)

ويدلّ ظاهر هذه الرواية أنها قيدت استقلالها في النكاح بعد أن ملكت نفسها وبلغت بعدم كونها سفيهة وحينئذٍ، فإن كانت سفيهة فهي غير مستقلة في النكاح. (٣)

فرع

لو تزوّجت السفيهة بدون إذن الولي فيتوقف صحّ هذا النكاح على إجازة الولي إذا رأى مصلحه في هذا الزواج ولا يحتاج إلى إعادته الصيغه؛ لأنّ صيغه السفيهة معتبرة، وليست هي كالمجنون والصبي الذي سلب الشارع عبارتهما وجعل عمدتهما خطأ؛ ولذا يصحّ أن توكل السفيهة في إجراء صيغه النكاح بين رجل وامرأة، كما يصحّ له إجراء صيغه نكاح نفسه إذا أذن له الولي.

المطلب الثالث: الولاية في النكاح على السفيه

إشاره

والكلام هنا في مقامين:

الأول: السفيه المتصل سفهه بزمان الصغر.

الثاني: السفيه الذي لم يتصل سفهه بصغره.

ص: ١٧١

١- (١). وسائل الشيعة: ١٣، باب ٢ من أبواب الحجر، ح ٥.

٢- (٢). المصدر السابق: ١٤، باب ٣ من عقد النكاح، ح ١.

٣- (٣). انظر: موسوعه الإمام الخوئي: ٢٣٣/٣٣.

الأول: السفیه المتصل سفهه بزمان صغره

فالظاهر ثبوت الولاية عليه للأب والجدّ ومع فقدهما للحاكم الشرعى.

قال الشهيد الثانى: فى شرح قول الشهيد الأول:

والحاكم والوصى يزوّجان من بلغ فاسد العقل، قال: لا ولاية لهما على الصغير مطلقاً فى المشهور. (١)

وقال السيد الطباطبائى فى الرياض شارحاً عبارته المختصر النافع للمحقق:

ولا يزوّج الوصى إلّا من بلغ فاسد العقل، وكذا الحاكم.

معلقاً على الفقرة الأولى:

ولا يزوّج الوصى للأب والجدّ صغيرى الموصى مطلقاً على الأشهر كما فى المسالك، وهو الأظهر.

وعلى الفقرة الثانية:

وكذا الحاكم... فلا يزوّج الصغيرين مطلقاً فى المشهور. (٢)

بل فى الحدائق اتفاق الأصحاب عليه، حيث قال:

وتثبت ولاية الوصى على من تجدد جنونه أو سفهه بعد البلوغ فى غير إشكال عندهم ولا- خلافاً، وتتفنى عن الصغير مطلقاً عند

الأصحاب. (٣)

واستدلّ له بما يلى:

أولاً: الاستصحاب.

ثانياً: إن مقتضى ما دلّ على ولايتهما على أموال الصغير إلى إيناس الرشد. (٤)

ص: ١٧٢

١- (١). الروضة البهية: ١١٨/٥.

٢- (٢). رياض المسائل: ٩٨/١١.

٣- (٣). الحدائق الناظرة: ٢٣٧/٢٣، أوائل كتاب النكاح، فى ولاية الحاكم.

٤- (٤). انظر: المؤيد، كتاب النكاح: ٤٣١/١.

اشاره

فإنه قد يقال: إن الولاية عليه للحاكم الشرعي، فإن ولاية الأب والجد قد انقطعت والأصل عدم ولايتهما عليه بعد ذلك، وثبوت الولاية في الترويج لا يستلزم ثبوتها في التصرفات الماليه، فعليه تكون الولاية للحاكم باعتباره ولي من لا ولي له.

الراجع

والذي يظهر لي أن الاستفادة من قوله تعالى: (فإن كان الذي عليه الحق سيفيها أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل). (١)

هو ثبوت الولاية على السفية مطلقاً للأب؛ لأن المنساق من كلمه وليه هو الولي المختص به، وهو الأب والجد لأنهما الولي المختص بإداره شؤونه. وبما أنه لا فصل في الشؤون الماليه في الولاية لذا فما دام أن الولاية في الدين ثابتة للأب والجد لذا فهي ثابتة كذلك في سائر التصرفات الماليه.

ص: ١٧٣

الوكالة: هي الاستنابه في التصرف، فهي تسبب للعمل على يد الوكيل. (١)

والذى يهمنّا فى هذا المبحث منها: هو وكيل الولي، وهو من استنابه الولي في تزويج موليته في حياته. فيقوم مقام الولي فيما وكلّ فيه في وجود الولي وغيابه، ويثبت له ما يثبت للولي.

والتوكيل في النكاح من الواضحات التي لا يحتاج إلى مزيد من الكلام.

الأدلة على ثبوت الوكالة في النكاح

١. معتبره محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال:

جاءت امرأه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوجني، فقال: «من لهذه؟»، فقال رجل: أنا يا رسول الله، قال: «ما تعطيهما؟». قال: ما لي شيء إلى أن قال: «أتحسن شيئاً من القرآن؟»، قال: نعم. قال: «زوّجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه». (٢)

فإنّ ظاهرها قد وكلت رسول الله صلى الله عليه وآله في إنكاحها فكان صلى الله عليه وآله وكيلاً عنها في إيجاب العقد.

ص: ١٧٥

١- (١). انظر: أبو القاسم، الخوئي، الاجتهاد والتقليد: ٢٦٩.

٢- (٢). وسائل الشيعة: باب ٢ من أبواب المهور، ح ١.

٢. معتبره داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يريد أن يزوج أخته، قال:

«يؤامرها فإن سكتت، فهو إقرارها وإن أبت لم يزوجها فإن قالت: زوجني فلاناً زوجها ممن ترضى». (١)

وهي دالة على صحته التوكيل، كما هو واضح فإن قولها زوجني فلاناً توكيل له في التزويج.

كما أن للمرأة أن توكل كما دلت الروايات المتقدمة، فكذلك للرجل أن يوكل أيضاً كما دلت على ذلك:

لما روى أن النبي صلى الله عليه وآله وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبه وكانت بالحبشه. (٢)

ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله أنه وكل أبا رافع في تزويج ميمونه بنت الحارث الهلالية خاله عبد الله بن العباس. (٣)

وهذا الحديث رواه مالك في الموطأ عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن سليمان بن يسار:

أن رسول الله صلى الله عليه وآله بعث أبا رافع ورجلاً من الأنصار، فزوجاه ميمونه بنت الحارث، ورسول الله بالمدينة قبل أن يخرج. (٤)

٣. رواه أبي ولاد الحنات قال:

سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أمر رجلاً أن يزوجه امرأة بالمدينة وسماها له، والذي أمره بالعراق فخرج الأمور فزوجه إياه، ثم قدم إلى العراق فوجد الذي أمره قد مات، قال:

«ينظر في ذلك، فإن كان الأمور زوجها إياه قبل أن يموت الأمر، ثم مات

ص: ١٧٦

١- (١) . المصدر السابق: ٢٠١/١٤.

٢- (٢) . انظر: مستدرک الوسائل: ٢١٠/٢.

٣- (٣) . المصدر السابق.

٤- (٤) . شرح الزرقاني على الموطأ: ٢٧٢/٢.

الآمر بعده فإن المهر فى جميع ذلك الميراث بمنزله الدين». (١)

فإنها تدل على صحته التوكيل بالدلالة الالتزاميه، كما هو واضح.

غير أن الولايه التى قد تكلمنا عنها سابقاً تختلف عن هذه الولايه للتوكيل، حيث تكون الأولى ثابتة على المولى عليه، ولم تكن ثابتة له بينما الثانية إنما تكون ثابتة للتوكيل فى طول ثبوتها للموكل، وهناك فرق آخر وهو أن الولايه الأولى تكون ثابتة حتى وإن كره المولى عليه الزواج بينما الولايه الثانية لا تصح إذا كان المولى عليه كارها لها، ولهذا ترى أن هذه الولايه مجازيه وليست حقيقته.

واستدل لها بهذا الخصوص بما يلى:

١. الأدله العامه فى صحه الوكاله ونفوذها ما لم يعزل الوكيل ويبلغه العزل، فى صحيح معاويه بن وهب وجابر بن يزيد جميعاً عن الإمام الصادق عليه السلام إنه قال:

«من وكل رجلاً على إمضاء أمر من الأمور فالوكاله ثابتة أبداً حتى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدخول فيها». (٢)

وعن ابن أبى عمير، عن هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام:

«والوكاله ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكاله بثقه يبلغه أو يشافهه بالعزل من الوكاله». (٣)

وغيرها من الروايات.

٢. الأدله الخاصه فيما إذا أولت أمرها رجلاً يزوجها من رجل معين، فى صحيح الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام أنه قال:

«فى المرأه الثيب تخطب إلى نفسها؟ قال عليه السلام:

«هى أملك بنفسها تولى أمرها من شاءت إذا كان كفواً بعد أن تكون قد نكحت رجلاً قبله». (٤)

ولا فرق بين الثيب وبين من أن يكون الأمر لها فى الزواج.

ص: ١٧٧

١- (١). وسائل الشيعه: باب ٢٨ من أبواب عقد النكاح، ح: ١.

٢- (٢). المصدر السابق: ١٣، باب ١ من أبواب الوكاله، ح: ١.

٣- (٣). المصدر السابق: باب ٢ قطعه من ح: ١ من كتاب الوكاله.

٤- (٤). المصدر السابق: ١٤، باب ٢ من عقد النكاح، ح: ٤.

وهو يشمل على مطلبين:

المطلب الأول: الأسباب الموجبه للولاية على النفس.

المطلب الثاني: فى ثبوت الولاية على المرأة فى نكاحها.

المطلب الأول: الأسباب الموجبه للولاية فى النكاح

إشاره

إنَّ الأسباب: جمع سبب، والسبب فى اللغة الحبل وكلّ ما يتوصّل به إلى غيره. (١)

والمقصود به هنا فى هذا المبحث: العلاقه بين الوليّ والمولّى عليه من عصبه نسب، أو ما يقوم مقامها، ممّا يتوصل به إلى ثبوت ولاية الوليّ على غيره وأحقّيته بها.

وللولاية فى النكاح عدّه أسباب: منها ما هو متفق عليه عندهم، ومنها ما هو محلّ خلاف، وهى كما يلى:

أولاً: القرابه النسبيه

إشاره

قالوا: إنَّ قرابه النسب هى أقوى أسباب الولاية فى النكاح عندهم على الأنثى صغيره كانت أم كبيره اتّفاقاً من حيث الجملة، كما سيأتى.

أمّا نوع القرابه التى تثبت بها ولاية النكاح، فقد اتفقوا على ثبوت ولاية النكاح للعصبات من أقرباء النسب إلّا الابن كما سيأتى.

واتّفقوا أيضاً على تقديمهم على غيرهم من ذوى الأرحام، بل حكى الإجماع على عدم ولاية ذوى الأرحام مع وجود العصبات.

واختلفوا فى ثبوت ولاية النكاح لذوى الأرحام، كأب الأمّ، والأخ للأمّ، والعمّ للأمّ، والخال، ونحوهم من الأقارب من جهه الأمّ على قولين:

ص: ١٧٨

القول الأول: أنه لا ولاية لذوى الأرحام، بل الولاية خاصه بالعصبات دونهم.

وبهذا قال الجمهور، ومنهم أصحاب المذاهب الأربعة، عدا روايه عن أبي حنيفة. (١)

القول الثانى: إنَّ كلَّ من يرث بفرض أو تعصيب ثبت له الولاية فى النكاح، وهى إحدى الروايتين عن أبى حنيفة. (٢)

سبب الخلاف

ويرجع سبب هذا الخلاف إلى اختلافهم فى أصل ثبوت سبب الولاية هنا، أهو مطلق القرابه؟ أم هو نوع خاص من القرابه، وهم العصبات؟

فعند الجمهور أن شرط ثبوت الولاية للقريب فى النكاح إنما هو العصبه خاصه.

وأما على الروايه الثانيه عن أبى حنيفة، فهو أن شرط ثبوت الولاية هو مطلق القرابه؛ أمّا العصبه، فهى شرط للتقديم لا غير فلا ولاية لذوى الأرحام مع العصبات؛ أمّا عند عدم وجود العصبه نسباً أو ولاء، فتثبت الولاية لذوى الأرحام، لوجود أصل سببها، وهو مطلق القرابه. (٣)

دليل الجمهور

استدلَّ الجمهور لقصر الولاية فى النكاح على العصبات دون ذوى الأرحام بما يلى:

أولاً: أنَّ الأصل فى الأولياء هم العصبات، فهم أهل الرأى والصيانه عما يلحق القبيله من العار والشين، ولذلك كانوا مقدمين على ذوى الأرحام بالإجماع؛ (٤) وأما ذوو

ص: ١٧٩

١- (١). انظر: السرخسى، المبسوط: ٢٢٣/٤؛ الأم: ١٤/٥؛ المغنى: ٣٥٠/٧.

٢- (٢). السرخسى، المبسوط: ٢٢٣/٤؛ بدائع الصنائع: ١٣٥٠/٣ و ١٣٥١.

٣- (٣). انظر: السرخسى، المبسوط: ٢٢٣/٤؛ بدائع الصنائع: ١٣٥١/٣، ١٣٧٠.

٤- (٤). انظر: بدائع الصنائع: ١٣٥١/٣.

الأرحام فهم ينسبون إلى قبيله أخرى فلا يلحقهم عار نسب غير نسبهم. (١)

ثانياً: أنّ مولى العتاقة مقدم عليهم، فلو كان لقرابتهم تأثير في استحقاق الولاية بها لكانوا مقدّمين على مولى العتاقة، إذ لا قرابه لمولى العتاقة. (٢)

دليل أبى حنيفه فى إثبات ولاية النكاح لذوى الأرحام

لقد استدل لأبى حنيفه على إثبات الولاية لذوى الأرحام بعد العصابات بما يلى:

أولاً: قوله تعالى: (وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ). (٣)

من غير فصل بين العصابات وغيرهم، فثبت ولاية النكاح على العموم إلّا من خصّ بدليل. (٤)

ثانياً: ما روى عن ابن مسعود أنّه أجاز تزويج امرأته ابنتها، وابنتها هذه لم تكن من ابن مسعود على الأصح، وإنّما جوّز نكاحها بولاية الأمومه. (٥)

ثالثاً: أنّ للشفقه اعتبارها فى ولاية النكاح، وهى كما توجد فى قرابه الأب كذلك فى قرابه الأم، لوجود سببها وهو القرابه. (٦)

رابعاً: أنّ ولاية النكاح مرتبه على استحقاق الميراث، لاتحاد سببهما، وهو القرابه، فكل من استحق الميراث، استحق الولاية، بدليل أنّه لا ولاية لعبد ولا لكافر على مسلمه، وإنّما يقدم العصابات على ذوى الأرحام؛ لأنّ للميراث أسباباً هى الفريضة،

ص: ١٨٠

١- (١). انظر: السرخسى، المبسوط: ٢٢٣/٤.

٢- (٢). المصدر السابق.

٣- (٣). النور: ٣٢.

٤- (٤). انظر: بدائع الصنائع: ١٣٥١/٣.

٥- (٥). انظر: السرخسى، المبسوط: ٢٢٣/٤.

٦- (٦). المصدر السابق.

والعصوبه، والقرايه، والعصوبه أقوى أسباب الارث، لاستحقاق جميع المال بها عند الانفراد فترتب أسباب الولايه على أقوى أسباب الارث. (١)

الترتيب بين العصبات فى ولايه النكاح

وأما الترتيب بينهم فى ولايه النكاح، لتقديم أحقهم بها، فهذا يختلف بين كل مذهب وآخر، وإليك بيان مذاهب الفقهاء من المذاهب الإسلاميه فى ترتيب الأولياء من العصبات.

أ) مذهب الحنفيه

إنَّ الترتيب بين العصبات فى ولايه النكاح عند الحنفيه كالترتيب فى الارث، والأبعد محجوب بالأقرب على النحو التالى: فأولهم الابن، فابنه وإن سفل، ثم الأب، فأبوه وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، ثم العم الشقيق ثم العم لأب، ثم ابن العم لأب، ثم ابن العم الشقيق، ثم ابن العم لأب، ثم أعمام الأب كذلك.

فكل هؤلاء تثبت لهم ولايه الإجار على الأنتى والذكر فى حال صغرهما، وكذلك فى حال كبرهما إذا جنّا، إلّا الابن فلا يتصور فى حقه إلّا ولايته على أمه المعتوهه أو المجنونه، وكذلك تثبت لهم ولايه الاستحباب على المرأه الكبيره. (٢)

ب) مذهب المالكيه

وأما الترتيب عند المالكيه، فيقدّم الأبناء فأبناؤهم وإن سفلوا، ثم الأب، ثم الإخوه الأشقاء، ثم الإخوه لأب، ثم بنو الإخوه للأب والأم، ثم بنو الإخوه لأب، ثم الأجداد للأب وإن علوا، ثم العمومه وإن سفلوا. (٣)

ص: ١٨١

١- (١). المصدر السابق.

٢- (٢). انظر فى هذا الترتيب: السرخسى، المبسوط: ٢١٩/٤؛ فتح القدير: ٢٧٧/٣.

٣- (٣). انظر: بدايه المجتهد: ١٠/٢؛ القرطبي، الجامع لأحكام القرآن: ٧٧/٣.

إلا أن بعضهم نصَّ على أن كل جدّ يقدم على ابنه من العمومه، وعلى هذا، فالذى يتقدّم العمومه مطلقاً إنّما هو الجدّ الأدنى، ثمّ بعد ذلك كلّ أب منهم يتقدّم ابنه.

وقال المغيرة: الجدّ وأبوه أولى من الأخ وابنه، وتقدّم الأبناء على الأب مقيّد بما إذا لم تكن للمرأة في حجر أبيها أو وصيه، وإلّا فالمقدّم الأب أو وصيه، وكذلك وصى الوصى. (١)

ج) مذهب الشافعيه

وأما مذهب الشافعيه، فترتيب الأولياء عندهم كترتيبهم في أحقيتهم بالميراث، إلّا في بعض المسائل، فأحقّ الناس بإنكاح المرأة عندهم: أبوها، ثمّ أبوه وإن علا ثمّ أخ لأبوين، ثمّ لأب، ثمّ بنو الإخوة وإن نزلوا، ثمّ الأعمام، ثمّ بنوهم وإن سفلوا، ثمّ سائر العصبه على ترتيب الارث بالتعصيب. (٢)

والمسائل التي يختلف فيها هذا الترتيب عن ترتيب الميراث - عندهم - هي:

الأولى:

الابن يقدّم في الميراث اتّفاقاً، وهنا لا ولاية للابن بمحض البنوّه، وإنما قد يلي بسبب آخر كمشاركتها في النسب، كأن يكون ابن عم، أو مولى، أو حاكماً، أو تولدت قرابه من المجوس، أو وطء شبهه كأن يكون ابن أخيها أو ابن عمها، فيلى نكاحها بذلك السبب لا بسبب محض البنوّه. (٣)

الثانيه:

الجدّ يشارك الأخ في الميراث، وهنا يقدّم عليه اتّفاقاً عندهم.

ص: ١٨٢

١- (١). مواهب الجليل: ٤٢٩/٣.

٢- (٢). انظر: الأم: ١٣/٥ و ١٤؛ مغنى المحتاج: ١٥١/٣.

٣- (٣). مغنى المحتاج: ١٥١/٣.

الثالته:

الأخ الشقيق يقدم على الأخ لأب في الميراث اتفاقاً عندهم، وهنا فيه قولان:

أظهرهما يقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب، كالميراث.

والقول الآخر:

يستويان في أحقيه الولايه، ويجرى هذان القولان في أبناء الأخوة والأعمام وبنيتهم إذا كان أحدهم شقيقاً والآخر لأب. (١)

(د) مذهب الحنابله

وأما ترتيبهم عند الحنابله: فأحق الناس بإنكاح المرأة هو أبوها فأبوه وإن علا، ثم ابنها فابنه وإن نزل، ثم أخوها لأبوين، ثم لأب، ثم بنوها كذلك، ثم عمها لأبوين، ثم لأب، ثم بنوها كذلك، ثم سائر الأولياء على ترتيب الارث بالتعصيب. (٢)

مراتب العصبان وأدتها

١. مرتبه الأب

إنّ للأب في ولايته على ابنته ما ليس لغيره من الأولياء، بل إنّ الولاية له ولفروعها وأصوله دون غيرهم عند الشافعية ومن وافقهم، وليس هناك سبب آخر يشاركه إلاّ البنوه عند الجمهور.

وعلى هذا، فإذا اجتمع أب المرأة وابنها فأيهما أحق بإنكاحها؟ في هذا ثلاثة أقوال عندهم:

الأول: أنّ الأب أحق بإنكاحها من الابن.

ص: ١٨٣

١- (١). المصدر السابق.

٢- (٢). انظر: المغنى: ٣٤٩/٧ - ٣٤٦؛ الإنصاف: ٦٩/٨ و ٧٠.

وهذا مذهب الشافعيه، والحنابله، ومحمد بن الحسن من الحنفيه، وكذلك المالكيه إذا كانت في حجر أبيها.

الثاني: أن الأب في المرتبه الثانيه بعد الابن وأبنائه وإن نزلوا.

وهذا مذهب الحنفيه عدا محمد بن الحسن، ومذهب المالكيه إن لم تكن في حجر أبيها.

الثالث: استواء الأب والابن في درجه واحده. وهو قول بعض الحنابله كما تقدم. (١)

الأدله

أ) استدلال من قدم الأب على الابن بما يلي:

١. أن الولد موهوب لأبيه، كما في قوله تعالى: (فَاسْتَجَبْنَا لَهُ وَوَهَبْنَا لَهُ يَحْيَى) ٢، وقول زكريا عليه السلام: (هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً) ٣، وقول إبراهيم عليه السلام: (الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَ إِسْحَاقَ إِنَّ رَبِّي لَسَمِيعُ الدُّعَاءِ) ٤ وقوله صلى الله عليه وآله: «أنت ومالك لأبيك».

وولايه الموهوب له على الهبه أولى من العكس. (٢)

٢. أن الأب أكمل نظراً، وأشد شفقاً على ابنته، مما يحمله على طلب الحظ لها أكثر من غيره. (٣)

٣. أن الأب يلي ولده في صغره، وفي سفهه وجنونه، فليبه في سائر ما يثبت عليه

ص: ١٨٤

١- (١). راجع مذهب الحنابله السابق.

٢- (٥). انظر: المغنى: ٣٤٦/٧.

٣- (٦). المصدر السابق.

من الولايه، ولذلك أختص بولايه المال، وجاز له أن يشتري لها من ماله، وله من مالها، إذا كانت صغيره، بخلاف غيره. (١)

٤. أن في الولايه نوعاً من الاحتكام، واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس، بخلاف الميراث، فإنه لا يعتبر له نظر، ولهذا يرث الصغير المجنون، وليس فيه احتكام ولا ولايه على الموروث، بخلاف ولايه النكاح. (٢)

٥. أن كل الأولياء يدلون به عدا الأبناء. (٣)

٦. أن الأب من قومها، والابن ليس كذلك، فهو ينسب إلى أبيه، فاستحق الأب الولايه، لقوه قرابته. (٤)

ب) وأما من قدم الابن على الأب في ولايه النكاح

فاستدل بأن الابن مقدم على الأب في الميراث، فهو أقوى منه تعصياً؛ ولذلك لا يستحق الأب معه إلا السدس من الميراث بالفريضه، ومبنى الولايه على العصبه، فلما كان أقوى تعصياً في الميراث، كان أحق بالتقديم من الأب في ولايه النكاح. (٥)

ج) وأما من سوى بين الابن والأب في درجه واحده

فقد رأى أن كلا منهما قد وجد فيه سبب التقديم؛ أما الأب، فلأنه من قومها وأشفق عليها؛ وأما الابن، فلأنه أقوى تعصياً في الميراث، وكل واحد من هذين السببين داع للتقديم، فاستويا في القوه، فاستحقا الولايه معاً، وقال أبو يوسف:

ص: ١٨٥

١- (١) . انظر: المصدر السابق.

٢- (٢) . المصدر السابق.

٣- (٣) . مغنى المحتاج: ١٥١/٣.

٤- (٤) . بدائع الصنائع: ١٣٧١/٣.

٥- (٥) . انظر: المغنى: ٣٤٦/٧.

إنَّ الأولى أن يفوض الابن - حينئذٍ - الأب في الإنكاح، إجلالاً واحتراماً واحترافاً عن موضع الخلاف. (١)

٢. مرتبه الجدّ في ولاية النكاح

وأما مرتبه الجدّ: أب الأب، في أحقيته بولاية النكاح، ففيها الأقوال التالية:

١. أنه أحقّ بالولاية بعد أبيها وإن علت درجته، فيقدّم الأقرب فالأقرب منهم، سواء على قول من يقدّم جهة الأبوه مطلقاً كالشافعيّه والحنبليه، أم على قول من يقدّم جهة البنوه على الأبوه، كمذهب المالكيه ومذهب أبي حنيفه وأبي يوسف.

٢. استواء الأخ والجدّ في مرتبه واحده، وهذه روايه عن أحمد وقول أبي يوسف ومحمّد كما تقدّم.

٣. تقديم الإخوه وبنبيهم على الجدّ الأدنى - وهو أب الأب - وهذا مذهب المالكيه، كما تقدم.

٤. تقديم كلّ جدّ على ابنه من العمومه فقط، فيقدّم الجدّ الأدنى على العم الأدنى، كما يقدم العم الأدنى على أب الجدّ، وهكذا كلّ أب يتقدّم ابنه، وهذا مذهب المالكيه، وإن كان بعضهم يطلق القول بتقديم الأجداد على الأعمام، كأبن رشد وابن جزى.

(٢)

الأدله

أ) استدلالاً من قدّم الجدّ على الابن وأبنائه بنفس الأدله على تقديم الأب على الابن، فينزل الجدّ وإن علا منزله أبيه - عند عدمه - كما ينزل الابن وإن نزل منزله أبيه، فالجدّ أب وإن علا، كما أن ابن الابن ابن وإن نزل. (٣)

ص: ١٨٤

١- (١). انظر: بدائع الصنائع: ٣/ ١٣٧١.

٢- (٢). راجع الترتيب السابق في مذهب المالكيه.

٣- (٣). انظر: المغنى: ٧/ ٣٦٧ - ٣٦٤.

كما استدلل أيضاً من قدم الابن على الجد بنفس الأدله على تقديم الابن على الأب وأولى.

وأما من قدم الجد على الإخوه أيضاً، فلأنَّ الجد أقوى تعصياً من الإخوه في الميراث، فالجد لا يسقط إلّا بالأب؛ أمّا الأخ فيسقط بالأب وبالابن، وكذلك إذا ضاق المال، وفي المسأله جد وأخ سقط الأخ دون الجد، فوجب تقديمه على الأخ في الولايه. (١)

وأيضاً، فإنَّ للجد ولاية على النفس والمال جميعاً، بخلاف الأخ فلا ولاية له في المال. (٢)

ب) وأما من سوى بين الأخ والجد في أحقيته الولايه، فهذا فرع عن التسويه بينهما عنده في الإرث، ولكن لا يخفى أنّ هناك فرقاً بين استحقاق الولايه وبين استحقاق الميراث، فالميراث لا يعتبر له كمال النظر، ولهذا يرث الصبي والمجنون، والولايه نوع من الاحتكام بخلاف الميراث. (٣)

ج) وأما من قدم أبناء الإخوه على الجد أيضاً فهذا تابع لتقديم الإخوه عليه.

د) وأما من قدم بعض العمومه على بعض الجدود، فقال بتقديم كلِّ جد على ابنه فقط، فهذا نظر لقرب الدرجه فيما يظهر.

٣. مرتبه الابن في ولاية النكاح

أما ترتيب الابن في سلم العصبات عند من قال بولايته في النكاح، وفيها الأقوال الثلاثة التي سبقت في مرتبه الأب، وهي:

ص: ١٨٧

١- (١) . انظر: المصدر السابق: ٢٤٧/٧؛ السرخسي، المبسوط: ٢١٩/٤.

٢- (٢) . انظر: السرخسي، المبسوط: ٢١٩/٤.

٣- (٣) . انظر: المغني: ٣٤٧/٧.

١. تقديم الأبوه مطلقاً على البنوه مطلقاً، وعلى هذا فيكون الأب وأبوه وإن علا مقدماً على الابن، وابنه وإن نزل.

٢. تقديم البنوه مطلقاً على الأبوه مطلقاً - أي: عكس الأولى.

٣. استواء الابن والأب في درجه واحده.

وقد تقدّم بيان من قال بها ووجهه نظر كلّ في ذلك (١)، فلا حاجه إلى إعادتها مرّه أخرى.

٤. مرتبه ولايه الإخوه

المقصود بالإخوه في هذا المبحث هم: الإخوه الأشقاء، أو لأب، وأمّا الأخ لأمّ، فليس هو من العصابات - التي هي محل بحثنا هذا، وإنما قد يلي عند عدم العصابات بقرايه ذوى الأرحام، كما في الروايه المشهوره عن أبي حنيفه، وكذلك قد يلي بالولايه العامه التي تستحق بمجرّد الإسلام، كما هو المشهور عند المالكيه.

وترتيب الإخوه الأشقاء أو لأب في سلّم العصابات فيه الخلاف المشهور في الجدّ والأخوه، وقد سبق أهمّ ما قيل فيه في مبحث مرتبه الجدّ في الولايه وحاصله ثلاثه أقوال:

القول الأول:

إنّ ترتيب الإخوه وبنيه في ولايه النكاح يأتي بعد الأصول والفروع، فلا ولايه لأخ وابنه وإن نزل مع أب وأبيه وإن علا، ولا مع ابن وابنه وإن نزل عند من يقول بولايه الأبناء، وهم الجمهور.

وهذا القول هو مذهب الحنيفيه، والحنابله، وكذلك الشافعيه القائلين بعدم ولايه الابن أصلاً. (٢)

ص: ١٨٨

١- (١). راجع: مرتبه ولايه الأب.

٢- (٢). راجع الأقوال السابقه في ترتيب العصابات إجمالاً.

وحجّه هذا القول: أنّ الإخوه أقرب العصابات بعد الأصول والفروع، وأقواهم تعصياً، وأحقّهم بالميراث. (١)

القول الثاني:

إنّ الإخوه وبنيتهم مقدمون على الجدّ. وهذا هو المشهور من مذهب المالكيه.

وقد ذكر ابن قدامه روايه لأحمد بن حنبل توافق مذهب المالكيه هذا في تقديم الأخ على الجدّ، وقال في توجيهها: لأنّ الجدّ يدلّ بابوّه الأب، والأخ يدلّ ببنوّه، والبنوّه مقدّمه. (٢)

القول الثالث:

هو استواء الأخ والجدّ في درجه واحده، وهي روايه عن أحمد، وقول أبي يوسف، ومحمّد، وهذا بناء على استواءهما في الميراث بالتعصيب، فيستويان في الولاية كالأخوين، كما تقدّم. (٣)

ثانياً: في ثبوت ولاية السلطان في النكاح

إنّ ثبوت الولاية في النكاح بسبب السلطنه من الأسباب المتفق عليها عندهم لكل من لا وليّ لها، قالوا: على أنّ للسلطان ولاية عامّه على الأنفس والأموال.

وقد استدّلوا لثبوت ولاية السلطان في النكاح بما يلي:

أولاً: حديث «السلطان وليّ من لا وليّ لها». (٤)

وهذا الحديث هو الأصل في إثبات ولاية السلطان وعليه العمل عندهم. (٥)

ص: ١٨٩

١- (١). انظر: المغني: ٣٤٨/٧؛ السرخسي، المبسوط: ٢١٩/٤.

٢- (٢). المغني: ٣٤٧/٧.

٣- (٣). راجع: مبحث مرتبه الجدّ في الولاية.

٤- (٤). سنن ابن ماجه: ١/٦٠٥، ح: ١٨٧٩.

٥- (٥). انظر: تهذيب السنن: ٣٢/٣.

ثانياً: قوله صلى الله عليه و آله لمن خطب منه المرأه التي وهبت نفسها للنبي: «زوّجناكها بما معك من القرآن» (١)، متفق عليه.

وممن استدللّ بهذا الحديث على ثبوت ولايه السلطان فى النكاح البخارى فى صحيحه، حيث كانت إحدى تراجمه عليه، باب (٢) السلطان ولى، لقوله صلى الله عليه و آله: «زوّجناكها بما معك من القرآن».

متى يكون السلطان ولياً فى النكاح؟

ويكون السلطان ولياً فى النكاح عندهم فى الحالات التاليه:

الأولى: إذا لم يكن للمرأه ولى غيره، وهذا متفق عليه.

الثانيه: إذا عضل الأولياء، فإن امتنعوا جميعاً من تزويجها، فيزوجها السلطان أو نائبه اتفاقاً أيضاً.

الثالثه: إذا غاب الولي الأقرب أن فيه قولين:

أحدهما: أنه السلطان، وهو مذهب الشافعيه وظاهر مذهب المالكيه المعتمد فى مختصر خليل وشروحه.

ثانيهما: أنه الولي الحاضر الذى يلى الغائب فى الترتيب. وهو مذهب الحنفيه والحنابله.

الرابعه: إذا كان الخاطب هو الولي، وذلك كأبن العم، فيزوجه السلطان إن لم يكن لها ولى فى درجته، وهذا مذهب الشافعيه.

وهذا مبنى على مسأله مشهوره، وهى: هل يتولى شخص واحد طرفى العقد بنفسه؟

ص: ١٩٠

١- (١). سنن الترمذى: ٢٥٤/٤.

٢- (٢). صحيح البخارى: ٦٢/٣.

فعد الشافعيه المنع إلاً الجد، فيصح أن يزوج بنت ابنه باين ابنه الآخر في الأصح عندهم. (١)
وأما الجمهور (٢) فعلى الجواز، فيتولى ابن العم - مثلاً - طرفى الإيجاب والقبول بنفسه لنفسه.

المطلب الثانى: فى ثبوت الولاية على المرأة فى نكاحها

إشاره

وقبل الشروع فى بيان مذاهب الفقهاء من الجمهور فى حكم الولاية فى النكاح على المرأة، أنه لا خلاف عندهم فى مشروعيتها الولاية عليها فى النكاح، ليكون تزويجها بيد وليها.

فقد ذهب جمهور الفقهاء من المذاهب الإسلاميه أن المرأة لا تزوج نفسها بنفسها ولا بد أن يتولى ذلك وليها.

قال الشوكانى:

ذهب إلى اعتبار الولي جمهور السلف والخلف حتى قال ابن المنذر: أنه لا يعرف عن أحد من الصحابه خلاف ذلك. (٣)
وعلى هذا فتكون الولاية حقاً من حقوق الولي عندهم.

وإليك بيان مذاهب الفقهاء فى ذلك إجمالاً سيتبعه التفصيل والبيان بحول الله وقوته.

أ) المذاهب إجمالاً

إن مذاهب القوم فى هذه المسأله يمكن حصرها فى سبعة مذاهب، وهى:

المذهب الأول: اشتراط الولاية عليها فى النكاح.

ص: ١٩١

١- (١) . انظر للشافعيه: روضه الطالبين: ٥٨/٧؛ مغنى المحتاج: ١٦٣/٣.

٢- (٢) . انظر للحنفيه: فتح القدير: ٣٠٧/٣ - ٣٠٥ وللمالكيه: الخرشي على مختصر خليل: ١٩٠/٣. وللحنابله: كشف القناع: ٦٢/٥.

٣- (٣) . نيل الأوطار: ٢٥١/٦.

المذهب الثاني: أنّ الولاية في النكاح ليست بشرط وإنما هي مستحبه.

المذهب الثالث: التفصيل، باعتبار كفاءة الزوج أو عدم كفاءته، فإن كان كفؤاً لها صحّ نكاحها بدون وليّ، ولا اعتراض لوليّها عليها، وإن لم يكن كفؤاً لها فلا يصحّ إنكاحها نفسها منه أصلاً.

المذهب الرابع: إنعقاد نكاحها بدون وليّ موقوفاً على إجازة الوليّ، سواء كان الزوج كفؤاً لها أم غير كفاء.

المذهب الخامس: التفريق بين من أذن لها وليها في نكاحها، وبين من لم يأذن لها، فإن أذن لها قبل العقد صحّ إنكاحها نفسها، وإن لم يأذن لها لم يصحّ.

المذهب السادس: التفريق بين البكر والثيب، فإن كانت بكرًا فلا نكاح لها إلّا بوليّ، وإن كانت ثيباً جاز لها أن تولّي أمرها رجلاً من المسلمين، ولا تعقده بنفسها.

المذهب السابع: التفريق بين المرأة الشريفه والدينئه، فإن كانت شريفه فلا يصحّ نكاحها بدون وليّ، وإن كانت دينئه، وليس لها وليّ جاز لها أن تجعل أمر نكاحها إلى رجل من المسلمين فيزوجها بالولاية العامه ولا تباشر النكاح بنفسها.

ومن هذا العرض الموجز لمذاهب القوم في هذه المسأله، يتّضح أنّ مردّها إلى ثلاث مذاهب:

المذهب الأول: اشتراط الولاية في النكاح مطلقاً.

المذهب الثاني: عدم اشتراطه مطلقاً.

المذهب الثالث: التفصيل: إمّا باعتبار أحوال المرأة من بكاره أو ثيبوبه، ومن شرف أو دناءه، أو باعتبار إذن الوليّ للمرأة سواء كان الإذن لها سابقاً للعقد أو لاحقاً له، أو باعتبار أحوال الزوج من كفاءه أو عدمها.

وإليك بيان هذه المذاهب وأدلّتها بالتفصيل ما أمكن.

ب) تفصيل المذاهب وأدلتها

المذهب الأول: أن الولاية شرط في نكاحها

وعلى هذا فإن مباشرة عقد نكاحها حق من حقوق وليها، فلا تلى نكاح نفسها ولا نكاح غيرها، ولا عباره لها في النكاح مطلقاً، وإن عقدته فهو باطل، وكذلك إن عقده لها أجنبي عنها بدون إذن وليها.

وهذا هو المعتمد عند المالكية والشافعية والحنابلة.

وقد عزا ابن قدامة هذا القول إلى علي بن أبي طالب عليه السلام، وعمر بن الخطاب، وابن مسعود، وابن عباس، وأبي هريره، وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن البصري، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمه، وابن المبارك، والشافعي، وعبيد الله بن الحسن - العنبري - وأحمد، وإسحاق، وأبو عبيد. (١) وقال أيضاً: إنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خلاف ذلك. (٢)

أدله اشتراط الولاية في النكاح

استدل من اشترط الولاية في نكاح المرأة بالكتاب والسنة.

أ) الأدلة من القرآن الكريم

الدليل الأول

قوله تعالى: (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ). (٣)

ص: ١٩٣

١- (١). المغنى: ٣٣٧/٣.

٢- (٢). انظر: فتح الباري: ١٨٧/٩؛ بدايه المجتهد: ٧/٢؛ المغنى: ٣٣٧/٧.

٣- (٣). البقره: ٢٣٢.

على أن الخطاب في قوله تعالى: (فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ) لأولياء النساء خاصه، قالوا: إذ لو كان أمر النساء إليهن لما خاطب الله به أولياتهن دونهن، ونهاهم عن الإضرار بهن إذا رغبين في نكاح أزواجهن، فإن من كان أمره بيده لا يقال: إن غيره منعه منه؛ إذ لا معنى لمنع غيره له.

قال الشافعي:

«هذه الآية أبين آية في كتاب الله عز وجل دلالة على أن ليس للمرأة أن تنكح نفسها». (١)

قالوا: والدليل على أن الخطاب في قوله تعالى: (فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ) لأولياء النساء خاصه هو ما صح في سبب نزول هذه الآية الكريمة، كما ذكر ذلك من المفسرين ابن جرير الطبري، وغيره.

قال ابن جرير:

أن هذه الآية نزلت في رجل كانت له أخت كان زوجها ابن عم لها فطلقها وتركها، فلم يراجعها حتى انقضت عدتها، ثم خطبها، فأبى أن يزوجه إياها، ومنعها منه وهي فيه راغبه، فنزلت فيه هذه الآية. (٢)

وقد أورد على هذا الاستدلال بما يلي:

أولاً: منع أن يكون الخطاب في قوله تعالى: (فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ) خطاباً للأولياء، بل هو خطاب للأزواج المطلقين.

ثانياً: أنه على فرض التسليم بكون الخطاب للأولياء فليس في نهى الأولياء عن العضل دليل على إثبات حق لهم فيما نهوا عنه.

فأمّا القول بأنه خطاب للأزواج المطلقين فقد اختاره الفخر الرازي وأيده «بقوله:

ص: ١٩٤

١- (١). الأم: ١٦٦/٥.

٢- (٢). جامع البيان: ٢٩٧/٢.

إِنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُوهُنَّ) جملة واحده مركبه من شرط وجزاء، فالشرط قوله تعالى: (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ) والجزاء قوله (فَلَا تَعْضُوهُنَّ) ولا- شكَّ أَنَّ الشرط وهو قوله: (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ) خطاب للأزواج، فوجب أن يكون الجزاء وهو قوله: (فَلَا تَعْضُوهُنَّ) خطاباً معهم أيضاً، إذ لو لم يكن كذلك لصار تقدير الآية: إذا طلقتم النساء أيها الأزواج فلا تعضوهن أيها الأولياء، وحينئذ لا يكون بين الشرط والجزاء مناسبه أصلاً، وذلك يوجب تفكك نظم الكلام، وتنزيه كلام الله عن مثله واجب، فهذا كلام قوى متين فى تقرير هذا القول، ثم أنه يتأكد بوجهين آخرين:

الأول: أن من أول آيه فى الطلاق إلى هذا الموضع كان الخطاب كله مع الأزواج، والبته ما جرى للأولياء ذكر، فكان صرف هذا الخطاب إلى الأولياء على خلاف النظم.

الثانى: ما قبل هذه الآيه خطاب مع الأزواج فى كيفيه معاملتهم مع النساء قبل إنقضاء العده، فإذا جعلنا هذه الآيه خطاباً لهم فى كيفيه معاملتهم مع النساء قبل انقضاء العده كان الكلام منتزماً والترتيب مستقيماً؛ أمّا إذا جعلناه للأولياء لم يحصل فيه هذا الترتيب الحسن اللطيف، فكان صرف الخطاب إلى الأزواج أولى. (١)

الدليل الثانى

قوله تعالى: (وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ). (٢)

على أن الخطاب فى قوله تعالى: (وَ أَنْكِحُوا) هو لأولياء النساء، ودلالته على

ص: ١٩٥

١- (١). التفسير الكبير: ١١٢/٦.

٢- (٢). النور: ٣٢.

اشترط الولايه فى النكاح من عدّه وجوه:

أولاً: أنّ هذا الخطاب للرجال دون النساء. (١)

ثانياً: أنّ الله خاطبهم بصيغه الأمر الداله على الوجوب، فدلّ على أنّهم هم المكلفون بتزويجهم. (٢)

وأورد على هذا الاستدلال:

إنّه خطاب لجميع الأمّة للتعاون على تيسير أسباب الزواج لطالبيه، وليس المراد بالإنكاح فى الآيه إجراء عقد الزواج. (٣)

الدليل الثالث

قوله تعالى: (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنَصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ). (٤)

قال الفخر الرازى:

للسافعى أنّ يتمسك بهذه الآيه فى بيان أنّه لا يجوز النكاح إلا بولى؛ وذلك لأنّ جمهور المفسرين أجمعوا على أنّ المراد من قوله: (أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ)، وهو إمّا الزّوج وإمّا الولى، وبطل حمله على الزوج لما بيناه أنّ الزوج لا قدره له البتّه على عقده النكاح، فوجب حمله على الولى. (٥)

ص: ١٩٦

١- (١). الجامع لأحكام القرآن: ٢٣٩/١٢.

٢- (٢). المصدر السابق.

٣- (٣). روح المعانى: ١٤٨/١٨.

٤- (٤). البقره: ٢٣٧.

٥- (٥). التفسير الكبير: ١٤٤/٦.

ب) أدلّه اشتراط الولايه فى النكاح من السنه

وأما أدلّه اشتراط الولايه فى النكاح من السنّه النبويّه، فهى الأظهر والأشهر عندهم، بل هى العمده فى هذه المسأله عند كثير ممّن ذهب إلى اشتراط الولايه فى النكاح، ومنها:

الحديث الأول: ما رواه أبو موسى الأشعري قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: «لا نكاح إلا بوليّ». (١)

ويعتبر هذا الحديث أقوى حجّه عند القائل باشتراط الولايه فى صحّه نكاح المرأه؛ إذ هو صريح فى نفي النكاح بدون وليّ.

قال الشوكاني:

قوله: «لا نكاح إلا بوليّ» هذا النفي يتوجه إلى الذات الشرعيّه، لأنّ الذات الموجوده - أعنى: صوره العقد بدون وليّ - ليست بشرعيه، أو يتوجّه إلى الصحّه التى هى أقرب المجازين إلى الذات، فيكون النكاح بغير وليّ باطلاً، كما هو مصرّح فى حديث عائشه. (٢)

وهذا الحديث عليه العمل عندهم، كما قال الترمذى:

والعمل فى هذا الباب على حديث النبى صلى الله عليه وآله: «لا نكاح إلا بوليّ»، عند أهل العلم من الأصحاب، منهم على بن أبى طالب عليه السلام وعمر بن الخطّاب، وعبد الله بن عباس، وأبو هريره وغيرهم.

وهكذا روى عن بعض التابعين أنّهم قالوا: «لا- نكاح إلا بوليّ» منهم سعيد بن المسيب، والحسن البصرى، وشريح، وإبراهيم النخعى، وعمر بن عبد العزيز، وغيرهم، وبهذا يقول سفيان الثورى، والأوزاعى، ومالك وعبد الله بن المبارك، والشافعى، وأحمد، وإسحاق». (٣)

ص: ١٩٧

١- (١). سنن الترمذى: ٢٢٦/٤؛ سنن ابن ماجه: ٦٠٥/١.

٢- (٢). نيل الأوطار: ١٣٥/٦.

٣- (٣). انظر: جامع الترمذى مع التحفه: ٢٣٤/٤ - ٢٣٢؛ الجامع لأحكام القرآن: ٧٣/٣.

وقد أورد على هذا الحديث من جهه إسناده ودلالته على اشتراط الولاية جمله اعتراضات:

أولاً: ضعف السند إنَّ هذا الحديث مضطرب بين الرفع والإرسال، والوصل والانقطاع. (١)

ثانياً: وعلى فرض تسليمه فإنَّ فيه أمرين:

الأول: أنَّ المنفى في حديث: «لا نكاح إلا بوليِّ» هو الكمال والاستحباب؛ إذ لا خلاف عندهم أنه يندب للمرأة أن لا تباشر عقده النكاح بنفسها، لثلاث تنسب إلى الوقاحه، ولكن ذلك لا يمنع صحته منها إذا وقع.

الثاني: أن لفظ (الوليِّ) مجمل، يحتمل ما قاله من اشترط الولاية في النكاح، ويحتمل غيره، ومع هذا الاحتمال، فلا يجوز حمله على بعضها دون بعض إلاَّ بدليل.

فأما سبب حمله على نفي الكمال والاستحباب، فذلك لمعارضته لأحاديث أخرى، مثل حديث ابن عباس أنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال:

«الأيِّم أحقُّ بنفسها من وليِّها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها». (٢)

الحديث الثاني: ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال:

«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليِّها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحلت من فرجها، فإن اشترجوا فالسلطان وليٌّ من لا وليَّ له». (٣)

قالوا: على أن هذا الحديث نصٌّ في بطلان إنكاح المرأة نفسها بغير إذن وليِّها، وهو عام في كل امرأة صغيرة أم كبيرة، بكرة أم ثيباً، في سلب ولاية النكاح عنها من غير تخصيص لبعضهنَّ دون بعض.

ص: ١٩٨

١- (١). انظر: فتح القدير: ٢٥٩/٣.

٢- (٢). سنن بن ماجه: ٦٠١/١؛ سنن البيهقي: ١١٥/٧.

٣- (٣). سنن بن ماجه: ٦٠٥/١.

وكذلك أكد النبي صلى الله عليه وآله حقيقة دلالاته على بطلان إنكاح المرأة نفسها بدون وليها، وأن ولاية نكاحها حق من حقوق وليها. (١)

مناقشه الاستدلال بهذا الحديث

وقد أورد على سند هذا الحديث ودلالته جملة اعتراضات منها:

أولاً: أن الزهري - راويه - قد سئل عنه، فقال: لست أعرفه، أو لست أحفظه، وفي لفظ فأنكره. (٢)

فدل ذلك على ضعف هذا الحديث.

ثانياً: أن عائشه، وهي التي روته قد عملت بخلافه، وكذلك الزهري.

فقالوا: أن عمل عائشه يخالف ما روته هنا ما رواه عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، عن عائشه: أنها زوجت بنت عبد الرحمن المنذر بن الزبير، وعبد الرحمن غائب بالشام، فلما قدم عبد الرحمن قال: أمثلي يصنع به هذا ويفتات عليه؟ فكلمت عائشه عن المنذر، فقال المنذر: إن ذلك بيد عبد الرحمن، فقال عبد الرحمن: ما كنت أرد أمراً قَصَّ بيتيه، فقَرَّت حفصه عنده ولم يكن ذلك طلاقاً. انتهى بلفظ الطحاوي. ثم قال الطحاوي:

فلما كانت عائشه قد رأت تزويجها بنت عبد الرحمن بغير أمره جائز، ورأت ذلك العقد مستقيماً حتى أجازت فيه التمليك الذي لا يكون إلا عن صحه النكاح وثبوته استحالة، عندنا أن يكون ترى ذلك. (٣)

وأما خلاف الزهري، فقد ذكر ابن حزم من طريق عبد الرزاق عن معمر أنه قال له:

ص: ١٩٩

١- (١). انظر في دلاله هذا الحديث على اشتراط الولاية في النكاح: الجامع لأحكام القرآن: ٧٣/٣ و ٧٤؛ نيل الأوطار: ١٣٦/٦.

٢- (٢). المحلّي: ٤٥٢/٩.

٣- (٣). شرح معاني الآثار: ٨/٣.

سألت الزهري عن الرجل يتزوج بغير ولي؟ فقال: إن كان كفواً لم يفرق بينهما. (١)

فدل ذلك على ضعف هذا الحديث أو نسخه.

المذهب الثاني: أن الولايه ليست بشرط في نكاح الحره البالغه

وعلى هذا فاللحره البالغه العاقله - بكرًا كانت أم ثيبًا - تزويج نفسها إلا أنه خلاف المستحب، وسواء أكان الزوج كفواً لها أم غير كفاء؟ فالنكاح صحيح وللأولياء حق الاعتراض إذا لم يكن الزوج كفواً لها. (٢)

وهذا المذهب هو المشهور عن أبي حنيفة - وبه قال زفر - وهو روايه عن أبي يوسف في ظاهر المذهب. (٣)

استدل أصحاب هذا القول لما ذهبوا إليه بما يلي:

(أ) الدليل من القرآن

الدليل الأول: قوله تعالى: (وَ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ). (٤)

فقد قال أبو بكر الجصاص: قوله تعالى: (فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ) معناه: لا تمنعهن أو لا تضيّقوا عليهن في التزويج، وقد دلت هذه الآيه من وجوه على جواز النكاح إذا عقدت على نفسها بغير ولي، ولا إذن وليها:

أحدها: إضافه العقد إليها من غير شرط إذن الولي.

والثاني: نهيه عن العضل إذا تراضى الزوجان. (٥)

ص: ٢٠٠

١- (١). المحلّي: ٤٥٢/٩.

٢- (٢). انظر: السرخسي، المبسوط: ١٠/٥؛ بدائع الصنائع: ١٣٦٤/٣.

٣- (٣). فتح القدير: ٢٥٦/٣؛ بدائع الصنائع: ١٣٦٤/٣.

٤- (٤). البقره: ٢٣٢.

٥- (٥). أحكام القرآن: ٤٠٠/١.

وأجيب عن ذلك بأن المراد بنكاحهنّ هو ما يعقده لهنّ أولياؤهنّ لا ما تعقده المرأة لنفسها، كما دلّ سبب نزول الآية في حديث معقل بن يسار في عضله أخته كما سبق بيانه.

وأما إضافة النكاح إليهنّ فلاإنهنّ محلّه والمتسببات فيه.

قال الفخر الرازى:

وهذا وإن كان مجازاً إلا أنه يجب المصير إليه، لدلاله الأحاديث على بطلان هذا النكاح أى بدون وليّ. (١)

الدليل الثانى: قوله تعالى: (وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ). (٢)

قال أبو بكر الجصاص:

ومن دلائل القرآن على ذلك - أى: على تزويج المرأة نفسها - قوله تعالى: (فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ)، فجاز فعلها فى نفسها من غير شرط الولي، وفى إثبات شرط الولي فى صحه العقد نفى لموجب الآية.

فإن قيل: إنّما أراد بذلك إختيار الأزواج وألا يجوز العقد عليها إلا بإذنها.

قيل له: هذا غلط من وجهين:

أحدهما: عموم اللفظ فى إختيار الأزواج وفى غيره.

والثانى: أنّ إختيار الأزواج لا يحصل لها به فعل فى نفسها، وإنما يحصل ذلك بالعقد الذى يتعلّق به أحكام النكاح، وأيضاً، فقد ذكر الإختيار مع العقد بقوله: (إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ). (٣)

وأجيب عن ذلك بما يلى:

ص: ٢٠١

١- (١). التفسير الكبير: ١١٤/٦.

٢- (٢). البقره: ٢٣٤.

٣- (٣). أحكام القرآن: ٤٠٠/١.

١. أن قوله تعالى: (فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ) ١ خطاب للأولياء، ولولا أن العقد لا يصح إلا من الولي لما كان مخاطباً به، حكى ذلك الفخر الرازي عن الشافعيه. (١)

٢. أن الله عز وجل إنما أباح لها فعلها في نفسها بالمعروف، وعقدها على نفسها ليس من المعروف؛ إذ هو خلاف المستحب عند من قال بجوازها من الحنفية، وصرحوا بأن فيه ما يشعر بابتذالها ووقاحتها. (٢)

ب) الدليل من السنه

وأما الدليل من السنه، فقد استدلوا بجمله من الأحاديث منها ما يلي:

الحديث الأول: ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله قال:

«الأيّم أحقّ بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها».

فقالوا: إن الأيّم في هذا الحديث اسم لامرأة لا زوج لها، بكرًا كانت أم ثيبًا، وقد أثبت النبي صلى الله عليه وآله لكل من الولي والأيّم حقاً ضمن قوله أحقّ وجعلها أحقّ بنفسها من وليها ولن تكون أحقّ منه بنفسها إلا إذا صحّ تزويجها نفسها بغير رضاه، وهذا يمنع أن يكون له حقّ في منعها العقد على نفسها. (٣)

وقد أجاب عنه الجمهور: بأنه لا حجه في هذا الحديث، وعمده ما أجابوا به جوابان:

أولهما: أن لفظ (الأيّم) وإن كان لغه اسماً لامرأة لا زوج لها، بكرًا كانت أم ثيبًا، صغيرة أم كبيرة، بل لكل من لا زوج له، وإن كان رجلاً، إلا أن المقصود به في هذا

ص: ٢٠٢

١- (٢). التفسير الكبير: ١٢٩/٦.

٢- (٣). انظر: فتح القدير: ٢٥٨/٣.

٣- (٤). نصب الرايه وحاشيتها: ١٧٤/٤.

الحديث إنما هو: «المرأه الثيب»، خاصه فيبقى الاستدلال به قاصراً عن دعوى شموله الثيب والبكر معاً. (١)

واستدلوا على ذلك بثلاثة أمور:

١. مقابله الأيّم بالبكر فى الحديث دليل على أنّ النبى صلى الله عليه وآله إنّما أراد بالأيّم من لم تكن بكرًا، فقد قسّم النساء قسمين: أيامى وأبكارًا ولا ثالث لهما. (٢)

٢. ما جاء فى بعض روايات هذا الحديث بلفظ: «الثيب أحقّ بنفسها من وليّها»؛ إذ إنّها مفسّره للمراد من الأيّم فى هذا الحديث. (٣)

٣. أنّ استعمال لفظ الأيّم فى المرأه الثيب التى فارقت زوجها بموت أو طلاق ونحوه أكثر استعمالاً فى اللغه، وأشهر ذكرًا بخلافه فى البكر التى لمّا تزوّج بعد. (٤)

ثانيهما: أنّه متى أمكن الجمع بين الأحاديث التى ظاهرها التعارض وجب المصير إليه، لما فى ذلك من العمل بالأدله جميعاً دون العمل ببعضها وردّ بعض، والجمع بين هذا الحديث وأحاديث اشتراط الولايه فى النكاح ممكن، وذلك بحمل حقّ الولي على العقد، وحقّها على الرضى، ولا شك أنّ حقّها بنفسها أكد، لتوقف حقّ الولي عليه، فهذا وجه أحقيّتها بنفسها. (٥)

وقال النووى:

قوله صلى الله عليه وآله: «أحقّ بنفسها»، يحتمل من حيث اللفظ أنّ المراد أحقّ من وليها فى كل شىء من عقده وغيره، كما قاله أبو حنيفة وداود. ويحتمل أنّها أحقّ بالرضى - أى: لا تزوج حتّى تنطق بالإذن بخلاف البكر - ولكن لما صحّ قول

ص: ٢٠٣

١- (١). انظر: فى معنى الأيّم ماده (أيم) مقاييس اللغه: ١٦٥/١ و ١٦٦؛ الصحاح: ١٨٦/٥؛ القاموس: ٧٩/٤؛ النهايه فى غريب الحديث: ٨٥/١ و ٨٦.

٢- (٢). انظر: نصب الرايه: ١٩٣/٣؛ شرح النووى لصحيح مسلم: ٢٠٣/٩.

٣- (٣). المصادر السابقه.

٤- (٤). المصادر السابقه.

٥- (٥). انظر فى هذا المعنى: عون المعبود: ١٢٥/٦ و ١٢٤.

النبي صلى الله عليه وآله: «لا- نكاح إلا بولي»، مع غيره من الأحاديث الدالّة على اشتراط الوليّ تعيّن الاحتمال الثاني، وأعلم أنّ لفظه أحقّ هنا للمشاركة، معناه: أنّ لها في نفسها في النكاح حقاً، ولوليها حقاً وحقها أو كد من حقّه، لو أراد تزويجها كفوّاً وامتنعت لم تجبر، ولو أرادت أن تتزوّج كفوّاً فامتنع الوليّ أجبر، فإن أصرّ زوجها القاضى، فدلّ على تأكيد حقّها ورجحانه. (١)

الحديث الثاني: ما روى عن النبي صلى الله عليه وآله: «ليس للوليّ مع الثيب أمر، واليتيمه تستأمر وصمتهما إقرارها». (٢)

فقالوا: إن قوله صلى الله عليه وآله: «ليس للوليّ مع الثيب»، أمر نصّ في إسقاط اعتبار الوليّ في العقد، وفي إثبات حقّ المرأة في تزويج نفسها. (٣)

وقد أجيب عنه بما يلي:

أولاً: إنّ هذا الحديث قاصر عن الدعوى - وهو إنكاح المرأة نفسها بكرّاً أم ثيباً - فهو لا يشمل البكر. (٤)

ثانياً: الجمع بينه وبين أحاديث اشتراط الولاية في النكاح بحمل هذا الحديث على نفى حقّ الوليّ في الإكراه؛ إذ ليس للوليّ مع الثيب أمر إكراه، فلا يجبرها على النكاح، ولا على من ترضاه، وهذا محلّ اتفاق. (٥)

المذهب الثالث: التفصيل بين الكفاء وغيره

وأما المذهب الثالث في الولاية على المرأة، فهو التفصيل في ذلك باعتبار كفاءه الزوج أو عدم كفاءته.

ص: ٢٠٤

١- (١). شرح النووى لصحيح مسلم: ٢٠٣/٩ و ٢٠٤.

٢- (٢). سنن أبى داود: ١٢٧/٦؛ سنن البيهقى: ١١٨/٧.

٣- (٣). انظر: أحكام القرآن: ٤٠١/١؛ بدائع الصنائع: ١٣٦٧/٣.

٤- (٤). انظر: عون المعبود: ١٢٧/٦.

٥- (٥). المصدر السابق.

فإن كان الزوج كفؤاً لها صحَّ عقدها نكاح نفسها ونفذ، وإن لم يكن الزوج كفؤاً لها، فالنكاح غير صحيح أصلاً.

وهذا القول: هو روايه الحسن اللؤلؤى عن أبي حنيفة، وقد أختيرت هذه الروايه الفتوى. (١)

توجيه هذه الروايه:

وتوجيه هذه الروايه عن أبي حنيفة - والتي قد أختيرت للفتوى - هو سدّ باب التزويج على المرأة من غير كفئها احتياطاً للأولياء ودفعاً للضرر عنهم، لأنّه كما قالوا: كم من واقع لا يرفع؟

وليس كلّ ولىّ يحسن المرافعه والخصومه، ولا- كلّ قاض يعدل، ولو أحسن الولىّ وعدل القاضى فقد يترك أنفه للتردد على أبواب الحكام واستثقلاً للخصومات، كما أن الجنّو بين يدي الحكام مدلّه، فيتقرّر الضرر، وخاصّه بعد فساد الزمان، فكان الأحوط سدّ الباب بالقول بعدم الانعقاد أصلاً. (٢)

والحاصل:

أنّ الأصل فى إنكاح المرأة نفسها صحته؛ وأما بطلانه، فيدور مع الكفاءه وجوداً وعدمًا.

المذهب الرابع: انعقاده موقوفاً على إجازة الولىّ

وأما المذهب الرابع فى الولاية على المرأة، فهو صحّحه إنكاحها نفسها بدون إذن وليّها، ولكنّه ينعقد موقوفاً على إجازة وليّها، سواء كان الزوج كفوءاً أم غير كفء.

وهذا القول هو الروايه المشهوره عن محمّد بن الحسن. (٣)

ص: ٢٠٥

١- (١). انظر: فتح القدير: ٢٥٥/٣؛ السرخسى، المبسوط: ١٠/٥.

٢- (٢). فتح القدير: ٢٥٥/٣.

٣- (٣). السرخسى، المبسوط: ١٠/٥؛ فتح القدير: ٢٥٦/٣.

الاستدلال لهذا المذهب:

قال الكاساني:

احتجَّ محمّد بما روى عن عائشه عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: «أيما امرأة تزوجت بغير إذن وليها فنكاحها باطل»، ثم قال: والباطل من التصرفات لا حكم له شرعاً كالبيع الباطل ونحوه. (١)

واستدلّ له من جهة المعقول: بأن للوليّ حقاً في النكاح، بدليل ثبوت حقّ الاعتراض له أو الفسخ، ومن لا حقّ له في عقد فلا يملك فسخه، والتصرّف في حقّ إنسان إنما يقف جوازه على إجازته، كالأمه إذا زوجت نفسها بغير إذن سيدها. (٢)

المذهب الخامس: صحته بإذن وليّها

وأما المذهب الخامس: فهو التفريق بين من أذن لها وليها في إنكاح نفسها وبين من لم يأذن لها، فإن أذن لها وليّها صحّ توليها عقد نفسها وإن لم يأذن لها، فلا يصحّ.

وهذا هو مذهب أبي ثور. (٣)

استدلّ أبو ثور لمذهبه هذا بما يلي:

١. بحديث عائشه أن النبي صلى الله عليه وآله قال:

«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا فالسلطان وليّ من لا وليّ له».

فإنّ منطوق هذا الحديث يدلّ على بطلان إنكاح المرأة نفسها بغير إذن وليّها، ومفهومه يدلّ على صحّ إنكاحها نفسها بإذن وليّها.

ص: ٢٠٦

١- (١). بدائع الصنائع: ١٣٦٥/٣ و ١٣٦٦.

٢- (٢). المصدر السابق.

٣- (٣). انظر في هذا المذهب: شرح النووي: ٢٠٥/٩؛ نيل الأوطار: ١٣٦/٦.

٢. إنَّ الوليَّ إنّما يراد ليختار كفوّاً، لدفع العار وذلك يحصل بإذنه. (١)

ولكن ماذا لو أنكحت نفسها كفوّاً بدون إذنه؟ أيجيزه أبو ثور أم لا؟

المذهب السادس: اشتراط الولاية في النكاح على البكر دون الثيب

وأما المذهب السادس، فهو التفريق بين البكر والثيب، فإن كانت المرأة بكراً فلا نكاح لها إلا بوليّ، وإن كانت ثيباً صحّ لها أن تولي أمر نكاحها رجلاً من المسلمين، فيزوجها ولا اعتراض لوليّها عليها.

وهذا مذهب داود الظاهري. (٢)

دليل داود الظاهري

واستدلّ داود الظاهري لمذهبه هذا بحديث ابن عباس أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال:

«الأيم أحقّ بنفسها من وليّها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها». (٣)

فظاهر هذا الحديث التفريق بين البكر والثيب في الولاية، حيث جعل الثيب أحقّ بنفسها من وليّها، وذلك بخلاف البكر، فإنّ ظاهر الحديث يدلّ على أنّ أمرها بيد من يستأذنها. (٤)

المذهب السابع: اشتراط الولاية على الشريفه دون الدينئه

وأما المذهب السابع: فهو القول بالتفريق بين الدينئه والشريفه، فإن كانت المرأة شريفه فلا يصحّ لها نكاح إلا بوليّ، وإن كانت دينئه صحّ نكاحها بالولاية العامه، فيصحّ أن تجعل أمرها إلى رجل صالح من المسلمين، فيعقد لها، ويصحّ نكاحها ولو تولي الزوج العقد بنفسه.

ص: ٢٠٧

١- (١). شرح النووي: ٢٠٥/٩.

٢- (٢). بدايه المجتهد: ٧/٢؛ نيل الأوطار: ١٣٦/٦.

٣- (٣). لقد تقدّم تخريجه.

٤- (٤). انظر: المصادر السابقه.

وهذا القول هو المشهور عن مالك بن أنس. (١)

شرط القول بهذا المذهب.

لا بدّ في صحّحه نكاح الدينئه بغير وليّ - على هذا المذهب. من شرطين:

أولهما: ألا يوجد لها وليّ خاص مجبر، فإن وجد الوليّ الخاص المجبر فلا يصح نكاحها بالولاية العامه، ولا بدّ من فسخه حتّى ولو أجازته الوليّ الخاصّ المجبر بعد ذلك. (٢)

وثانيهما: ألا تتولّى هي بنفسها عقده النكاح، ولا تتولّاه لها امرأه، بل تستخلف رجلاً من المسلمين فيتولى أمر نكاحها، فإن باشرته بنفسها أو امرأه لها فلا يصحّ ذلك النكاح، ويفسخ إن وقع، ففي المدوّنه قال:

أرأيت لو أن امرأه زوّجت نفسها ولم تستخلف من يزوجهها بغير أمر الأولياء، وهي ممّن الخطب لها، أو هي ممّن لا خطب لها؟

قال: قال مالك: لا يقمّ هذا النكاح أبداً على حال، وإن تطاولت وولدت منه أولاداً؛ لأنّها هي عقدت عقده النكاح، فلا يجوز ذلك على حال. (٣)

ص: ٢٠٨

١- (١). شرح النووي على مسلم: ٢٠٥/٩.

٢- (٢). حاشيه الدسوقي، على الشرح الكبير: ٢٢٦/٢.

٣- (٣). المدوّنه الكبرى: ١٥٢/٢.

الفصل الثالث: شروط تحقّق الولاية وإعمالها

إشاره

ص: ٢٠٩

المراد بشروط ثبوت الولايه فى النكاح فى هذا الفصل هى: صفات أهليته وليّ النكاح، وإنّ كان ما يذكر هنا من تلك الصفات ليست خاصه بوليّ النكاح، بل هى شرط لصحة تصرف كلّ عاقد.

وقد دأب الفقهاء هنا على بحث تلك الصفات باسم: «شروط الوليّ فى النكاح»، وبعضهم باسم موانع الولايه فى النكاح، ولا مُشاحه بين الاصطلاحين، فالشروط ضد الموانع، فبعضهم أراد بيان الصفات التى يجب وجودها فى الوليّ كالعقل والبلوغ، وبعضهم أراد بيان الصفات السالبه لأهليته كالجنون والصغر.

والذى جرى اختياره، هو: بحث صفات أهليته الوليّ، وهى المسماه بالشروط، وإليك تعريفاً موجزاً لكلّ من الشروط والموانع حسب الآتى:

أولاً: الشروط

لغته:

هى جمع شرط وهو إلزام شىء والتزامه، وأصله العلامه، ومنه شرط الحاجم؛ لأنه يترك أثراً علامه فى مكانه. (١)

ص: ٢١١

١- (١). انظر فى معنى الشرط لغه ماده: مقاييس اللغه: ٢٦٢/٣ - ٢٦٠؛ الصحاح: ١١٣٦/٣؛ القاموس المحيط: ٣٨١/٢؛ لسان العرب: ٣٢٩/٧.

عرفاً:

ما يتوقف عليه تأثير المؤثر في تأثيره لا- في وجوده، ومن خاصيته: أنه يلزم من عدمه العدم، لا- من وجوده الوجود، كالطهاره للصلاه، والحوال للزكاه (١)، والعقل للولي.

ثانياً: الموانع

لغته:

جمع مانع: اسم فاعل، من منعه إذا حجزه أو حال بينه وبين ما يريد، وأصل: منع ضد أعطى، والمانع ضد المعطى. (٢)

اصطلاحاً:

المانع: فهو الذي يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته.

فبالأول: خرج السبب.

وبالثاني: خرج الشرط.

وبالثالث: احتراز من مقارنة عدمه لعدم الشرط، ما يلزم العدم، أو وجوب السبب فيلزم الوجود، بل بالنظر إلى ذاته لا يلزم شيء من ذلك.

فظهر، أن المعتبر من المانع وجوده، ومن الشرط عدمه، ومن السبب وجوده وعدمه، وقد اجتمعت في الصلاه، فإن الدلوك سبب في الوجوب، والبلوغ شرط، والحيز مانع. (٣) والمانع كالأبوه في القصاص، والجنون في الولي.

وبهذا يتضح أن مفهومى الشروط والموانع ضدان، وسيكون البحث عن صفات

ص: ٢١٢

١- (١). القواعد والفوائد: ٦٤/١.

٢- (٢). انظر: مقاييس اللغة: ٢٧٨/٥؛ الصحاح: ١٢٨٧/٣؛ القاموس المحيط: ٨٩/٣؛ تاج العروس: ٥١٥/٥؛ لسان العرب: ٣٤٣/٨.

٣- (٣). القواعد والفوائد: ٢٥٥/١ و ٢٥٦.

أهليته الولي، وهي الصفات المسماة بالشروط، وهي تبلغ سبعة شروط، وسيكون لكل منها مبحث خاصّ لبيان أهمّ ما قيل فيه - إن شاء الله تعالى - وهي كالتالي:

أولاً: اشتراط البلوغ في وليّ النكاح

إشاره

إنّ اشتراط البلوغ في وليّ النكاح فإنّه يكاد أن يكون محلّ اتفاق بين جميع المذاهب الإسلاميّه؛ إذ إنّ الولاية في النكاح ولاية نظر فاعتبار البلوغ هو أماره تكامل القوى العقليّه، ولما كانت الولاية معتبره بشرط النظر، لم يصح إسنادها لمن لا يعرف المفسده من المصلحه ولا يقدرها لنقصان عقله. وإذا كان الصغير والصغيره يحتاجان إلى الولي، فلا معنى لثبوت الولاية لهما على غيره؛ إذ إنّ الولاية في النكاح، أو غيره، ولاية نظر، والصغير إمّا معدوم النظر أو ناقصه، فلم يكن من أهلها.

وهذا هو المذهب المعتمد عند جميع أصحاب المذاهب الإسلاميّه. (١)

قال المحقّق الكركي:

لما كان تصرف الوليّ منوطاً بالغبطه والمصلحه - وإنّما يحصل بالبحث والنظر ممّن له أهليته ذلك - اعتبر في الولي: أن لا يكون صبيّاً، لنقصه، وعدم اعتبار أفعاله التي من جملتها نظره، وعبارته وإن كان مرهقاً، ومعلوم أنّه يمتنع في الأب والجدّ أن يكونا صبيين. (٢)

ولكن روى عن أحمد بن حنبل: أنّ الصغير إذا بلغ عشرًا زوج وطلق،

ص: ٢١٣

١- (١). انظر للإماميه: قواعد الأحكام: ١٢/٣؛ جامع المقاصد: ١٠٤/١٢؛ كشف اللثام: ٦٦/٧؛ الحدائق الناظره: ٢٦٩/٢٣. للحنفيه: فتح القدير: ٢٨٤/٣ و ٢٨٥؛ بدائع الصنائع: ١٣٤٧/٣. وللمالكيه: بدايه المجتهد: ٩/٢؛ قوانين الأحكام: ٢٢٤. وللشافعيه: مغنى المحتاج: ١٥٤/٣؛ روضه الطالبين: ٦٢/٧. وللحنابله: الإنصاف: ٧٣/٨؛ كشف القناع: ٥٣/٥.

٢- (٢). جامع المقاصد: ١٠٥/١٢.

وأجيزت وكالته في الطلاق، قال ابن قدامه - بعد أن حكى هذه الرواية - وذلك لأنه إذا بلغ هذا السن صحَّ بيعه، ووصيته وطلاقه، فتثبت له الولاية كالبالغ. (١)

الأدلة

استدل الإمامية له بما يلي:

أولاً: من جهه المعنى إن اعتبار البلوغ لا - بد منه؛ لأن الصغير والصغيره يحتاجان إلى الولي، فلا معنى لثبوت الولاية لهما على غيره.

ثانياً: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:

«رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق». (٢)

وهو واضح الدلالة.

استدل الجمهور من أهل السنة بما يلي:

أولاً: قوله تعالى: (وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ). (٣)

فإذا لم يؤتمن الصغير على حفظ ماله حتى يبلغ، فأولى ألا يؤتمن على تصريف أمور غيره فيما هو أشد خطراً من المال. (٤)

ثانياً: ما روى عن ابن عباس مرفوعاً بلفظ: «لا نكاح إلا بوليٍّ مرشد» (٥)، ومظنه الرشد المعتبر هو: ما كان بعد البلوغ لا قبله. (٦)

ص: ٢١٤

١- (١). المغني: ٢٥٦/٧.

٢- (٢). الخصال: ٩٤؛ سنن أبي داود: ١٤٠/٤ و ١٤١؛ سنن الترمذي: ٣٢/٤؛ سنن ابن ماجه: ٦٥٨/١.

٣- (٣). النساء: ٦.

٤- (٤). المغني: ٣٥٦/٧.

٥- (٥). سيأتي تخريجه والكلام عليه إن شاء الله تعالى.

٦- (٦). انظر: المغني: ٣٥٧/٧.

ولكن نوقش هذا الحديث من جهة إسناده قالوا: فالصحيح فيه أنه موقوف على ابن عباس كما رواه البيهقي من طريق الشافعي وغيره. (١)

ثالثاً: ويستدل من جهة المعنى بأن الصغير مولى عليه في نفسه، فأولى أن لا يلي على غيره، والولاية يعتبر لها كمال النظر، والصغير إما أن يكون لا- نظر له - إن كان غير مميز - أو ناقص النظر إن كان مميزاً؛ ولأنَّ النكاح عقد معاوضه فلم يصح من الصبي كالباع. (٢)

وأما وجه ما روى عن أحمد بن حنبل من أن الصغير إذا بلغ عشرين زوجاً وتزوج؛ فذلك لأنه إذا بلغ هذا السن صحَّ بيعه، ووصيته وطلاقه، فتثبت له الولاية كالبالغ، قاله ابن قدامة، إلا أنه رجح الرواية المشهورة في المذهب، وهي اشتراط البلوغ. (٣)

ولعلَّ هذا فيما ترجح عنده، وإلا فالرواية بصحة بيع الصبي وطلاقه ووصيته موجودة في المذهب، بل إنَّ صحَّه طلاق الصبي ووصيته هي المذهب كما قرره صاحب الإنصاف.

بل إنَّ صاحب الإنصاف حكى عن الشارح المذكور قوله:

إن أكثر الروايات تحدّد من يقع طلاقه، من الصبيان بكونه يعقل، وهذا اختيار القاضي من الحنابلة. (٤)

الرّاجع

على مذهب الإمامية، فإنَّه لا- يتصور الولاية من الصبي؛ لأنَّ الولاية على مبناهم لا تكون إلا للآب والجدَّ حصراً، ثمَّ إنَّ هذه الولاية ولاية على الغير، فينبغي أن يعتبر لها

ص: ٢١٥

١- (١). سنن البيهقي: ١٢٤/٧.

٢- (٢). انظر: المغني: ٣٥٦/٧؛ مغني المحتاج: ١٥٤/٣؛ بدائع الصنائع: ١٣٤٧/٣.

٣- (٣). المغني: ٣٥٦/٧.

٤- (٤). الإنصاف: ٤٣٢/٨.

كمال النظر، ومظنته البلوغ، والصغير إن كان غير مميز، فلا- نظر له لنفسه ولا لغيره، وأما إن كان مميّزاً فهو قاصر النظر، وقصور نظره مظنه إلحاق الضرر بغيره.

ثانياً: اشتراط العقل في ولي النكاح

إنّ العقل شرط من شروط الولي اتفاقاً، وهذا ممّا لا شبهه فيه لعدم صحّحه توليه المجنون؛ لأنّه عاجز عن النظر لنفسه، فاسد التدبير وليس أهلاً لأيّ عقد أو تصرف قولي لعدم اعتبار عبارته شرعاً، ومن لا عقل له لا يمكنه أن ينظر لنفسه ولا لغيره.

وقد تقدّم حديث رفع القلم عن ثلاثة ومنهم: المجنون حتّى يفيق.

وهذا يدل على رفع التكليف عنه زمن جنونه، فلا- ولا-يه له على نفسه فضلاً أن تكون له ولا-يه على غيره، وإن عدم العقل هو الأصل في موانع الأهلية والتكليف.

ويشمل من زال عقله بالجنون، سواء أكان جنوناً مطبقاً أم متقطعاً، وسواء أكان أصلياً أم طارئاً عليه بعد بلوغه، وكذلك يشمل من ذهب عقله بسبب الإغماء وما شابه ذلك.

قال الشهيد الثاني:

فلا- تثبت الولاية للمجنون، ولا للمغمى عليه، لعجزهما عن اختيار الأزواج والنظر في أحوالهم، وإدراك التفاوت بينهم المطلوب من الولي. (١)

وعليه، فحيث يختل الشرط في الولي ينتقل الحكم إلى غيره من الأولياء وهو عند فقهاء الإمامية في الأب والجد؛ لأنّ لكلّ منهما الولاية مع كمال الآخر، فمع نقصه أولى، فإذا جن الأب أو أغمى عليه فالولاية للجدّ خاصّه.

قال المحقق الحلّي:

ص: ٢١٤

لو جن الأب أو أغمى عليه تثبت الولايه للجدّ خاصّه، ولو زال المانع عادت الولايه. (١)

ولا فرق بين طول زمان الجنون والإغماء وقصره، لقصور حالته ووجود الولايه في الآخر، وعند فقهاء السنه تنتقل الولايه إلى من بعده من الأولياء (٢)، إلّا في بعض الحالات الطارئة على العقل والتي عرف بالعادة قرب إفاقه صاحبها، فحيثُذ تنتظر إفاقته ولا تسلب منه ولايته بسبب ذلك العذر الطارئ، وذلك كمن زال عقله بالإغماء، أو بجنون غير مطبق، فهذه الحالات لا يستديم العقل فيها زواله غالباً، بل يرجى عن قرب زوال ما أُلّم به فيكون من أهل النظر لنفسه ولغيره أشبه النائم وهذا ما ذهب إليه الشافعي (٣)، حيث جعل المانع القصير غير مبطل للولايه، ولا ناقل لها إلى الأبعد كالنوم.

ثالثاً: اشتراط الرشد في ولي النكاح

المراد بالرشد في هذا المبحث

الرُّشد لغه:

وهو خلاف الغي، وأصل هذه الكلمه يدلُّ على معنى: الاستقامه، سواء أكانت حسيّه أم معنويّه. (٤)

وأما المراد بالرُّشد عند الفقهاء، فهو: ضد السّفه، قال الفاضل المقداد:

ص: ٢١٧

١- (١). شرائع الإسلام: ٢٢٣/٢.

٢- (٢). انظر للحنفيه: نيل الأوطار: ٢٨٤/٣ و ٢٨٥؛ بدائع الصنائع: ١٣٤٧/٣؛ وللمالكيه: الكافي: ٤٣٠/١؛ قوانين الأحكام: ٢٢٤؛ وللحنابله: المغنى: ٣٥٥/٧؛ الإنصاف: ٧٥/٨.

٣- (٣). الأم: ١٣/٥.

٤- (٤). انظر ماده (رشد) مقاييس اللغه: ٣٩٨/٢؛ الصحاح: ٤٧٤/٢؛ القاموس: ٣٠٥/١؛ تاج العروس: ٣٥٢/٢، لسان العرب: ١٧٤/٣؛ النهايه في غريب الحديث: ٢٢٥/٢.

لا شك أنّ المفهوم من الرشد عرفاً هو إصلاح المال وعدم الانخداع في المعاملات. (١)

وقال العلامة: الرشد هو الصلاح في المال. (٢)

فهل بين الرشد في المال والرشد في النكاح تلازم؟ أو أنّ رُشد كلِّ مقام بحسبه؟

هذا ما نحاول بحثه من خلال استعراض مذاهب الفقهاء التاليه:

أولاً: مذهب الإماميه

لقد نصّ الإماميه على أنّ الرشد شرط من شروط الولي في النكاح؛ إذ غير الرشيد لا ولاية له لنفسه، فكيف تكون الولاية لغيره؟

إلّا أنّهم قد صرّحوا بالفرق بين الرشد في المال والرشد في النكاح، قال السيد الحكيم:

و أنّ حصرهم أسباب الحجر بخصوص السفه في المال وأنّ الحجر يرتفع بالرشد في المال: أن السفه في غير الماليات لا أثر له في الحجر، وليس السفه في التزويج إلّا كالسفه في المأكل، والمسكن، والملبس، والمركب، ومعاشره الإخوان، وغير ذلك من الأمور المتعلقة بالإنسان ممّا لا يستوجب اتلاف المال وتبذيره، فإنّ من الضروري أنّه لا ولاية على السفه فيها، وليس هو ممنوعاً من التصرف إلّا بإذن وليه، فليكن السفه كذلك في التزويج. (٣)

ثانياً: مذهب الحنفيه

لم أر من صرح منهم بعد الرشد شرطاً من شروط الولي في النكاح، وهذا هو قياس مذهب أبي حنيفة في الولاية على ماله؛ إذ لا حجر - عنده - على السفه الحرّ في ماله، ولا في إنكاحه نفسه، فكذلك ينبغي أن يكون لا حجر عليه في ولايته النكاح؛

ص: ٢١٨

١- (١). التنقيح الرائع لمختصر الشرائع: ١٨١/٢.

٢- (٢). التحرير: ٢١٨/١.

٣- (٣). مستمسك العروة الوثقى: ٤٦٠/١٤ و ٤٦١.

إذ باب الولايتين عنده واحد، وهذا هو المشهور عنه، أعنى أن الرّشد ليس شرطاً في وليّ النكاح. (١)

ثالثاً: مذهب المالكيه

وأما مذهب المالكيه، فقد اختلف أصحاب مالِك في اشتراط الرّشد في وليّ النكاح، فمنهم من عدّه شرطاً، ومنهم من لم يره - وهم الأكثر والمذهب المشتهر - ومنهم من قال: أنّه شرط كمال لا صحّه.

وظاهر مذهبهم أنّ الرّشيد ضدّ السّفية المحجور عليه في ماله، وعلى هذا فلا فرق عندهم بين رشد المال ورشد النكاح. (٢)

رابعاً: مذهب الشافعيه

إنّ الرّشد شرط في وليّ النكاح، والرّشيد هنا ضدّ السّفية المحجور عليه في ماله، فلا ولاية له في النكاح على الصحيح المعتمد في المذهب، وهناك قول آخر مرجوح أنّه يلي؛ لأنّه كامل النظر في النكاح، وإنّما حجر عليه لحفظ ماله. (٣)

خامساً: مذهب الحنابله

لقد نصّ بعضهم على أنّ الرّشد شرط من شروط الوليّ في النكاح، إلّا أنّهم صرّحوا بالفرق بين الرّشد في المال والرّشد في النكاح، وأنّ رشد المال غير معتبر في النكاح، فقالوا: إنّ الرشد هنا: هو معرفه الكفء، ومصالح النكاح، وليس هو حفظ المال؛ لأنّ رشد كلّ مقام بحسبه. (٤)

ص: ٢١٩

١- (١) . انظر: بدايه المجتهد: ٩/٢؛ قوانين الأحكام الشرعيه: ٢٢٤.

٢- (٢) . انظر: المجتهد: ٩/٢؛ قوانين الأحكام الشرعيه: ٢٢٤.

٣- (٣) . انظر: مغني المحتاج: ١٥٤/٣؛ روضه الطالبين: ٦٣/٧.

٤- (٤) . انظر للحنابله: كشف القناع: ٥٣/٥ و ٥٤؛ الإنصاف: ٧٤/٨.

وممّا سبق يتّضح أنّ للفقهاء فى معنى الرّشد فى ولىّ النكاح وجهتين:

الوجهه الأولى: أنّ الرّشد فى النكاح فرع الرّشد فى الأموال.

ولعلّ وجهتهم: أنّ من لم يكن رشيداً فى ماله، فأولى ألاً يكون رشيداً فى معرفه مصالح النكاح، خاصّه أنّ النكاح أعلى شأنًا من المال، وعلى هذا تصح ولاية النكاح من السفیه قبل الحجر عليه فى ماله، كما يصحّ تصرّفه فى ماله قبل ذلك اتّفاقاً.

وأما بعد الحجر عليه فى ماله، فلا تصحّ ولايته فى النكاح.

الوجهه الثانيه: أنّ الرّشد فى النكاح غير الرّشد فى المال، وكلّ منهما معتبر فى محله.

واشتراط الرّشد فى النكاح بهذا المعنى لم أجده صريحاً كغيره من الشروط لغير الإماميّه والحنابله، كما تقدّم.

ومع هذا فإن عبارات عامّه الفقهاء لم تخل من هذا المعنى كقولهم إنّ شرط الولىّ النظر ولكنّ الظاهر أنّ هذا معتبر عندهم بالعقل والبلوغ؛ لأنّ شأن العاقل البالغ حسن النظر، فإذا كان الشخص بالغاً، رشيداً فى المالىات، لكن لا رشد له بالنسبه إلى أمر التزويج، وخصوصياته من تعيين الزوجه وكيفيّة الإمهارة، ونحو ذلك، قال السيد الشيرازى:

فلا ينبغى الإشكال أنّه لا يلحق بالسفيه، إلّا إذا كان فيه نوع من السفه -لأن الجنون فنون - وذلك لأدله السلطه العامه الشامله للمقام، ومثله من لا رشد له بالنسبه إلى أمر المسكن، أو أمر الملبس أو غير ذلك، فيكون مبذراً فى أحدها مثلاً، فإنّه لا ينبغى الاشكال فى عدم الولاية عليه، نعم قد يستفاد من روايه عبد الله بن سنان: «إذا بلغت ونبت عليه الشعر جاز أمره، إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً». (١)

ص: ٢٢٠

١- (١). هذا المضمون مروى بتعبيرات مختلفه، وأقرب الكلّ إليه ما رواه محمّد بن الحسن، الحرّ العاملى، وسائل الشيعه، باب ٢ من أحكام الحجر، ح ٥، إلّا أنّه نقله عن الخصال عن أبى الحسين الخادم بياع اللؤلؤ من دون توسط ابن سنان. ولكن الموجود فى الخصال ٨٩/٢، روايته عن بياع اللؤلؤ عن عبد الله بن سنان، فلاحظ.

بناء على إطلاق السفية الشامل لما نحن فيه، لكنه غير ظاهر، بل يراد به مقابل الرشد لا ما يشمل المقام. (١)

رابعاً: اشتراط الحرية في ولي النكاح

إن اشتراط الحرّيه في وليّ النكاح ممّا لم أجد فيه خلافاً في جميع المذاهب الإسلاميه.

قال النجفي:

فلا ولاية للعبد على ولده الحرّ والمملوك الذكر والأنثى بلا خلاف ولا إشكال، فلو عقد على بنته الصغيره مثلاً الحرّ لم يمض عقده، وإن لم يناف غرض السيد، بل وإن أذن له، فإنّ إذنه لا تفيد ولاية بعد أن كان ناقصاً عنها لعدم قدرته على شيء، بل لو أذن سيده في العقد على بنته المملوكه له كان ذلك توكيلاً من السيد لا إثبات ولاية. (٢)

ولكن حكى عن بعض الحنابله من احتمال صحّحه إنكاح العبد ابنته، وتصحيح بعضهم له بإذن سيده، وأطلق بعضهم فحكى في المذهب روايه في صحّحه ولاية العبد على قريباته الحرائر، ومع هذا فالرّوايه المعتمده في المذهب عندهم هي اشتراط الحرّيه في وليّ النكاح، كما في المغني والإنصاف. (٣)

ووجه اشتراط الحرّيه في وليّ النكاح: أنّ العبد مؤلّى عليه في النكاح إجماعاً، فهو ملك لسيدهن، ولا يملك تزويج نفسه بغير إذن سيده؛ لأنّه لا ولاية له على نفسه، بل عليه ولي فمن عليه ولي لا يكون ولياً على الغير.

ص: ٢٢١

١- (١) . موسوعه الفقه: ٥٤/٦٤.

٢- (٢) . جواهر الكلام: ٢٠٦/٢٩.

٣- (٣) . المغني: ٣٥٦/٧؛ الإنصاف: ٧٢/٧.

ومن لا يملك تزويج نفسه فأولى أن لا يملك تزويج غيره؛ ولأنّ ولاية النكاح يشترط لها النظر، ولا نظر في تفويض نكاح الحرّ إلى مملوك. (١)

ولإطلاق الأدلّة مثل قوله تعالى: (ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ) . (٢)

فهو ممنوع من التصرف في نفسه فضلاً عن غيره، بل الولاية على الولد الحر للجدّ إن وجد أو وصيه، فإن لم يوجد فللحاكم الشرعي.

وأما إذا كان الولد رقاً فالولاية لمولاه وهذا واضح.

ولافرق في سقوط ولايته على ولده بين كونه حرّاً أو عبداً مملوكاً لسيدّه أو غيره، هذا إذا لم يأذن له مولاه فإن أذن له صحّ، وينبغي أن يكون موضع الصحّة ما إذا كان الولد مملوكاً فأذن له مولاه أيضاً في تزويجه، أما لو كان حرّاً صغيراً، فإن ثبوت ولايته عليه بإذن المولى له مشكل؛ لأنّ المقتضى لسلب ولايته هو الرّق، ولا يزول بالإذن.

خامساً: اشتراط الإسلام في ولي النكاح

إشارة

أما اعتبار الإسلام في الولي، فقد ادعى الإجماع منّا ومن أهل السنّة على عدم ثبوت الولاية للكافر على ولده المسلم. (٣)

ذكر المحقّق البحراني قائلاً: الظاهر أنّه لا خلاف بين الأصحاب في اشتراط

ص: ٢٢٢

١- (١). انظر: في شرط الحرّية المصادر التالية للإماميّة: جامع المقاصد: ١٠٤/١٢؛ قواعد الأحكام: ١٣/٣؛ للحنفية: السرخسي، المبسوط: ٢٢٣/٤ و ٢٢٤، بدائع الصنائع، ج ٣/١٣٣٦ و ١٣٣٧؛ وللمالكية: المدونه: ١٥٠/٢؛ الشرح الكبير: ٢٣٠/٢؛ وللشافعية: الأمّ: ١٤/٥؛ روضه الطالبين: ٦٢/٧؛ وللحنابلة: المغني: ٣٥٦/٧؛ الإنصاف: ٧٢/٧.

٢- (٢). النحل: ٧٥.

٣- (٣). انظر للإمامية: مسالك الأفهام: ١٦٦/٧؛ كشف اللثام: ٦٨/٧؛ جواهر الكلام: ٢٠٦/٢٩؛ وانظر لأهل السنّة: المغني: ٣٥٦/٧ - ٣٦٣، المحلّي: ٤٧٣/٩.

الإسلام فى الولايه فلا تثبت للكافر - أباً كان أو جدّاً. الولايه على الولد المسلم صغيراً أو مجنوناً ذكراً كان أو أنثى. (١)

قال ابن المنذر:

الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه، به اعزّ الله عباده، وبه قطع الموالاه بين أوليائه المؤمنين وأعدائه الكافرين، فلا ولايه لكافر على مسلم بإجماع أهل العلم. (٢)

ولكن حكى بعض الحنابله وجهاً فى المذهب لصحّه ولايه الكافر على ابنته المسلمه، وهل يباشر تزويجها بنفسه على هذا الوجه؟ أو يعقده مسلم بإذنه؟ أو يعقده الحاكم بإذنه؟ أوجه على هذا الوجه، قالوا: أصحّها الأول. (٣)

وقد استدللّ له الإماميه بأمر:

أولاً: من القرآن الكريم:

أولاً: قوله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً). (٤)

وجه الاستدلال:

الآيه تشير إلى نفى السبيل، ومن المعلوم أن الولايه سبيل على المؤمن، فلا تكون الولايه إلّا للمسلم. (٥)

مناقشه الاستدلال:

نوقش الاستدلال بهذه الآيه بأن الظاهر من الجعل فيها بقرينه ما قبلها، وهو قوله تعالى: (فَاللَّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ) ووجود حرف الاستقبال فيها يكون الظاهر منها الجعل التكويني فيما يتعلّق بأمر الأخره لا الجعل التشريعى الذى نحن فيه، مع أنه

ص: ٢٢٣

١- (١). الحدائق الناظره: ٢٣/٢٦٧.

٢- (٢). الإشراف على مذاهب العلماء: ٤/٤٠.

٣- (٣). انظر: الإنصاف: ٨/٧٩؛ المبدع: ٧/٣٨.

٤- (٤). النساء: ١٤١.

٥- (٥). كتاب النكاح: ١٢٨.

فَسَّرَتِ الْآيَةَ فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ بِنَفْيِ الْحِجَّةِ لِلْكَفَّارِ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ فَالسَّبِيلُ الْمُنْفَى فِي الْآيَةِ إِنَّمَا هُوَ الْحِجَّةُ لَا التَّسَلُّطُ عَلَيْهِ، وَلِذَا نَرَى ثُبُوتَ السُّلْطَةِ لِلْكَافِرِ عَلَى أَجِيرِهِ الْمُسْلِمِ، مِضَافاً إِلَى إِمْكَانِ انْصِرَافِ السَّبِيلِ عَلَيْهِ مِمَّا كَانَ لِمَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِ وَخِدْمَتِهِ. (١)

ثانياً: قوله تعالى: (وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ). (٢)

بتقريب أنَّ الاستفادة من الآية جعل الولاية للمؤمنين فيما بينهم فلا ولاية لغيرهم عليهم. (٣)

وأورد على الاستدلال بالآية الكريمة، أنه لم يثبت منها إرادته الولاية بهذا المعنى، وإنما أن يراد بها المودة أو النصرة، وهو كونهم متعاونين بعضهم لبعض، فكما أن قوله تعالى: (وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) ليس في مقام جعل الولاية وتشريعها بين الكافرين، فمن الممكن أن تكون الآية على هذا المنال، بل قد يستظهر من الآية أن الولاية من الطرفين، فتعمّ الكبير والصغير فلا دلالة في عدم ولاية الكافر الكبير على المؤمن الصغير. (٤)

ثانياً: من السنه

فمنها: الحديث المروي عن النبي صلى الله عليه وآله: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه». (٥)

والاستدلال به في كون الحديث في مقام التشريع فيدل على أنه ليس في أحكام الإسلام ما يوجب علو غير المسلم على المسلم، فلا تجعل له الولاية عليه إذن. (٦)

ص: ٢٢٤

١- (١). انظر: مستمسك العروة الوثقى: ٤٨٣/١٤.

٢- (٢). التوبة: ٧١.

٣- (٣). المؤيد، كتاب النكاح: ٤٤٥/١.

٤- (٤). مستمسك العروة الوثقى: ٤٨٣/١٤.

٥- (٥). وسائل الشيعة: ٣٧٦/١٧، الباب الأول من أبواب موانع الإرث، ح: ١١.

٦- (٦). المؤيد، كتاب النكاح: ٤٤٥/١.

وأورد عليه السيد الحكيم قائلاً:

المراد من العلو الظهور نظير قوله تعالى: (هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ رَسُولَهُ بِالْهُدَىٰ وَدِينِ الْحَقِّ لِيُظْهِرَهُ عَلَى الدِّينِ كُلِّهِ وَلَمْ يَكْرَهُ الْمُشْرِكُونَ) ١. (١)

ثالثاً: الإجماع

قال الشهيد الثاني:

فلا تثبت الولاية للكافر، أباً كان أو جدّاً أو غيرهما... ثم قال والحكم فيه إجماعى. (٢)

ومثله فى الحدائق. (٣)

رابعاً: دعوى اقتضاء مناسبه الحكم والموضوع لنفى ولايه الكافر على المسلم؛ لأنّ شرف الإسلام وعزته مقتض بل عله تامه؛ لأن لا يجعل فى أحكامه وشرائعه ما يوجب ذلّ المسلم وهوانه، وقد قال الله تعالى: (وَلِلَّهِ الْعِزَّةُ وَلِرَسُولِهِ وَلِلْمُؤْمِنِينَ وَلَكِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَا يَعْلَمُونَ) ٥، فكيف يمكن أن يشرع الله أحكاماً توجب علو الكافر على المسلم، فيكون الكفار هم الأعزّه مع أنّه تبارك وتعالى حصر العزه به وبرسوله وبالمؤمنين.

فالفقيه يقطع بعد التأمل فى ذلك بعدم إمكان جعل مثل هذا الحكم الذى يكون سبباً لهوان المسلم وذله بالنسبه إلى الكافر الذى لا احترام له وهو كالأنعام بل أضل سبيلاً. (٤)

ويلاحظ عليه:

ص: ٢٢٥

١- (٢). مستمسك العروه الوثقى: ٤٨٣/١٤.

٢- (٣). مسالك الأفهام: ١٦٦/٧.

٣- (٤). الحدائق الناظره: ٢٦٧/٢٣.

٤- (٤). محمد حسين، البجنوردى، القواعد الفقيهيه: ١٦٢/١.

عدم صحّحه هذا البيان على اطلاقه لا سيما فيما نحن فيه، فإن ولاية الأب على ولده ورعايته لشؤونه والقيام بما تقتضيه مصلحته لا يعدّ هواناً وذلك على الولد الذى أزمه الشارع الأقدس بإحترام أبيه ومعاشرته بالمعروف وإن كان كافراً.

وبالجملة إذا كانت مناسبة الحكم والموضوع المستدل بها قائمه على أساس أنّ فى ولاية الكافر على المسلم ذلاً وهواناً، فلا شموليه لهذا الدليل لأنه دائر مدار تحقق الذل والهوان. وقد تسالم الفقهاء على أن عمل المسلم أجيراً عند الكافر لا إشكال فيه فى نفسه، وكذلك اقتراضه منه وما شاكل. (١)

خامساً: ما أفاده السيّد الخوئى قدس سره من انصراف أدلّه الولاية عن الكافر؛ لأنّ المتفاهم العرفى منها جعل الولاية للشخص من جهة احترامه وأداء حقوقه، فلا تشمل الكافر الذى يجب عدم موادته والابتعاد عنه، وهذا لا يتسق مع الولاية على المسلم. (٢)

ويردّ عليه:

إنّ احترام الآباء والأجداد قد نقول به وإن لم تثبت ولاية للكافر؛ إذ لا ملازمه بين الاحترام والولاية ولا ترتب بينهما من قبيل ترتب الحكم على موضوعه، فسواء ثبتت الولاية فى موردنا أم لم تثبت يكون حكم احترام الأب والجدّ، وإن كان كافراً على حاله فلا تضاد بين عدم الولاية والاحترام.

سادساً: ما أفاده السيّد الخوئى قدس سره أيضاً من التمسك بقاعده الالتزام، بدعوى إن الكفار لا يلتزمون بجواز إنكاح الصغيره مطلقاً، كما لا يلتزمون بالولاية على بناتهم الأبنكار، وتوقف نكاحهن على إذنهم، فمقتضى قاعده أئزموهم بما أئزموا به أنفسهم تقتضى سقوط ولايتهم، والالتزام بصحّحه نكاح الباكر من غير إذنهم. (٣)

ص: ٢٢٤

١- (١). المؤيد، كتاب النكاح: ٤٤٨/١.

٢- (٢). موسوعه الإمام الخوئى: ٢٥٤/٣٣.

٣- (٣). مستند العروه الوثقى: ٣١٢/٢.

ويلاحظ عليه:

إنَّ قاعده الإلزام متوقفه على وضوح عدم ثبوت ولايه لهم على الصَّغار فى النكاح وعلى الأبكار الرشيدات، وهو أمر غير معلوم عند جميع الكفار خصوصاً فى نكاح الصغيره. (١)

وأما أهل السنه استدلوا بما يلى:

أولاً: من القرآن

بالإضافه الآيات المتقدمه التى استدلل بها الإماميه استدلوا بقوله تعالى: (ما لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ). (٢)

قالوا: على أن هذه الآيه وإن كانت ليست فى الكافرين، بل هى فى المؤمنين لبيان الموالاه بين من أسلم ولم يهاجر، ومن هم فى دار الإسلام، إلّا أن بعضهم - كمالك - قد استدلل بها على منع الموالاه بين المؤمنين والكافرين من باب أولى. (٣)

ثانياً: من السنه

زواج النبي صلى الله عليه وآله أم حبيبه، ابنه أبى سفيان من غير ولايه أبيها.

قال الشافعى:

ولا يكون الكافر ولياً لمسلمه وإن كانت بنته، قد زوج ابن سعيد بن العاص النبي صلى الله عليه وآله أم حبيبه، وأبو سفيان حتى؛ لأنها كانت مسلمه وابن سعيد مسلم، لا أعلم مسلماً أقرب بها منه، ولم يكن لأبى سفيان فيها ولايه؛ لأن الله تبارك وتعالى قطع الموالاه بين المسلمين والمشركين والمواريث والعقل وغير ذلك. (٤)

ص: ٢٢٧

١- (١). انظر: المصدر السابق.

٢- (٢). الأنفال: ٧٢.

٣- (٣). انظر: المدونه: ١٥٠/٢.

٤- (٤). الأم: ١٥/٥.

فولايه الكافر على المسلمه ممنوعه قياساً على منع التوارث بينهما. (١)

الزَّاجِح

والذى يظهر لى من بعد هذا أنّ العمده فى الاستدلال هو الإجماع وتسالم الأصحاب عليه.

و يمكن الاستدلال - بالإضافة إلى الإجماع - بما يلى:

إنّ الولايه التى جعلها الله سبحانه وتعالى على الصغير أو الصغيره أو المجنون والمجنونه أو البنت الباكر أو السفیه أو السفیهه إنّما هى من أجل مصلحه المولّى عليه وعدم إيقاعه فى مفسده ما، وبما أنّ ولایه الكافر على المسلم هو عين المفسده لما فيه توجه الكفار إلى غير ما يتوجه إليه المسلم فى حياته الاجتماعیه والدينيه وغيرها، فتكون أدلّه الولايه منصرفه عن ولایه الكافر على المسلم، وهذا الانصراف للأدله هو المقبول عرفاً.

ولأنّ الحكمه المقتضيه لجعل الولى، حيث أنه لأجل حفظ مصلحه المسلم التى غالباً تكون مرتبطه بالإسلام والكافر لا يلتزم بذلك، بل يعارضه.

وعليه، فلا يزوّج الأب الكافر ابنته المسلمه ولا ابنه الصغير المسلم؛ لأنه لا ولایه للكافر على نفس المسلم.

ثم إذا سقطت ولایه الأب الكافر على ولده المسلم، فتكون حينئذ للجدّ إن كان مسلماً؛ لأنّ ولایته لم تسقط بسقوط ولایه الأب أمّا إذا كان الجدّ كافراً فالولایه للحاكم الشرعى.

ص: ٢٢٨

ولو كان الابن كافراً، فهل لأبيه الكافر الولاية عليه أم لا؟

اختلف الفقهاء من الإمامية في هذه المسألة فذهب العلامة إلى الولاية، حيث قال:

ولا تسلب ولايته عن الكافر (١) واليزدى: والأقوى ثبوت ولايته على ولده الكافر. (٢)

ولكن مقتضى إطلاق ما في قوله: إذا كان الولي كافراً، فلا ولاية له (٣)، انتفاء ولاية الكافر حتى على الولد الكافر.

ونحوه في التحرير (٤)، انتفاء ولاية الكافر.

أمّا عند فقهاء الجمهور من أهل السنّة قالوا: وأمّا ولاية الكافر على الكافر فهذا لا يخلو من أن يكون الكافر أصلياً أو مرتدّاً، فإن كان مرتدّاً، فلا ولاية له على أحد، ولو على مرتدّه مثله؛ لأنّه محكوم عليه بالقتل.

وأمّا إن كان أصلياً فله الولاية على قريبته الكافر، وهي كلّ من يربطه بها سبب من أسباب الولاية المعروفه في نكاح المسلمين من نسب، أو سلطان أو نحوها. (٥)

واستدلّ القائل بثبوت الولاية على الولد الكافر بعموم أدلّه الولاية على الولد المسلم، وليس فيها ما يقتضى انتفاء ولايته مطلقاً.

وأمّا من استدل (٦) بعموم قوله تعالى: (وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) ٧، فليس

ص: ٢٢٩

١- (١). قواعد الأحكام: ١٣/٣.

٢- (٢). العروه الوثقى: ٨٦٩/٢.

٣- (٣). شرائع الإسلام: ٥٠٤/٢.

٤- (٤). تحرير الأحكام: ٦/٢.

٥- (٥). انظر: بدائع الصنائع: ١٣٤٧/٣؛ روضه الطالبين: ٦٧/٧؛ مغنى المحتاج: ١٥٦/٣.

٦- (٦). انظر للاماميه: جواهر الكلام: ٢٠٧/٢٩؛ وللسنه: بدائع الصنائع: ١٣٤٧/٣؛ مغنى المحتاج: ١٥٦/٣.

صحيحاً؛ إذ لم يثبت إرادته ما نحن بصددده من الولايه، بل يحتمل على الأقل إرادته الموده أو النصرة. (١)

سادساً: اشتراط العدالة فى ولى النكاح

اشاره

وهل تعتبر العدالة فى ولى النكاح أم لا؟

المشهور عند الإماميه هو عدم اشتراط العدالة فى ولايه الأب والجّد.

قال السيّد المجاهد قدس سره عند التعرّض لكون المسأله ذات قولين ما لفظه:

يظهر من إطلاق النافع والشرائع، والتبصره والإرشاد والتذكيره، والدروس واللمعه وكنز العرفان والمسالك والروضه والكفايه:

الثانى، أى: عدم اعتبار العدالة. (٢)

بل صرح الكركى:

أنّ الذى يقتضيه النظر أن ولايته ثابتة بمقتضى النصّ والإجماع، واشتراط العدالة فيه لا دليل عليه.

وقال الشهيد الثانى:

لا يشترط عداله الولي وهو الأب والجّد فى النكاح، فلهما أن يزوجا الولد وإن كانا فاسقين. (٣)

وقال السبزواري:

أن أكثر العبارات خاليه من اشتراط العدالة فى الأب والجّد والأصل يقتض عدم الاشتراط. (٤)

بل المحكى الإجماع المدعى كما نقله العاملى:

الفسق لا يسلب ولايه النكاح عند علمائنا، فللفاسق أن يزوج ابنته

ص: ٢٣٠

١- (١). انظر: مستمسك العروه الوثقى: ٤٨٤/١٤.

٢- (٢). المناهل: ١٠٥.

٣- (٣). مسالك الأفهام: ٢٦٩/٥؛ جامع المقاصد: ٢٧٦/١١.

٤- (٤). كفايه الأحكام: ٥٨٩/١.

الصالحه البالغه يا ذنوها، والصغيره والمجنونه مطلقاً. (١)

ولكن الإنصاف هناك من خالف حيث اشترط العدالة، كما فى الوسيله وفى الإيضاح:

أَنَّ الْأَصْحَحَ أَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْأَبِ أَوْ الْجَدِّ مَا دَامَ فَاسِقًا. (٢)

وأما عند أهل السنه فى ولايه الفاسق

فيمكن حصرها فى ما يلى:

أولاً: أنه لا ولايه لفاسق فى النكاح مطلقاً.

وهذا هو المعتمد فى مذهب الشافعيه (٣)، وإحدى الروايتين عن أحمد، وعليها المذهب. (٤)

ثانياً: صحه ولايته فى النكاح، وهذا مذهب الحنفيه والمالكيه، وإحدى الروايتين عن أحمد، وقول للشافعيه قيل: إن الفتوى عليه عند أكثر المتأخرين. (٥)

إلا أن المشهور من مذهب المالكيه أن عدم الفسق شرط كمال، وهل المراد به عندهم تقديم العدل الأبعد على الفاسق الأقرب؟ أو تقديم العدل على الفاسق المساوى له فى الرتبته؟ ظاهر كلام شراح المختصر أن المراد الثانى. (٦)

ثالثاً: أنه إن كان الفاسق لو سلب الولايه لانتقلت منه إلى حاكم فاسق صحت ولايته، وإلا فلا.

وبهذا أفتى الغزالي من الشافعيه، وقال: ولا سبيل إلى الفتوى بغيره؛ إذ قد عم

ص: ٢٣١

١- (١) . مفتاح الكرامه: ٢٥٧/٥؛ راجع: تذكره الفقهاء: ٥٩٩/٢.

٢- (٢) . إيضاح الفوائد: ٦٢٨/٢.

٣- (٣) . انظر: مغنى المحتاج: ١٥٥/٣؛ روضه الطالبين: ٦٤/٧.

٤- (٤) . انظر: المغنى: ٣٥٧/٧؛ الإنصاف: ٧٣/٨ و ٧٤.

٥- (٥) . انظر للحنفيه: بدائع الصنائع: ١٣٤٨/٣؛ فتح القدير: ٢٨٥/٣؛ وللمالكيه: الدردير، الشرح الكبير: ٢٣٠/٢؛ وللشافعيه والحنابله: المصادر السابقه.

٦- (٦) . انظر: المصادر السابقه للمالكيه.

الفسق البلاد والعباد. وقال النووي: وهذا الذى قاله حسن وينبغى أن يكون العمل به. (١)

رابعاً: أنه يلى إن كان مجبراً، وهذا قول للشافعية، والمقصود بالمجبر عندهم الأب والجدّ فيما لهما إجباره، كالصغيره والبكر.

خامساً: أنه يلى إن لم يكن مجبراً، عكس الأوّل، وهو قول لهم أيضاً.

سادساً: أنه يلى إن كان فسقه بغير شرب الخمر، وهو قول لهم أيضاً.

سابعاً: أنه يلى إن كان متستراً غير معلن بفسقه، وهو قول لهم أيضاً. (٢)

الأدلة

(أ) أدلة القول بعدم ولاية الفاسق

من الإماميه

استدلّ له بوجوه:

الأوّل: أنه ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله، ويستحيل من حكمه الصانع جعل الفاسق أميناً تقبل إقراراته وإخباراته عن الغير مع نصّ القرآن على خلافه. (٣)

وفيه:

إنّ المنافى للحكمه جعل من لا يبالي بالخيانة ولياً مطلقاً، فإذا فرضنا تحديد الولاية بالنكاح الذى لا مفسده فيه لا منافاه هناك، مع أنّ الأب مأمون من ذلك بملاحظه شفقتة ورأفته. (٤)

ص: ٢٣٢

١- (١). انظر: مغنى المحتاج: ١٥٥/٣؛ روضه الطالبين: ٦٤/٧.

٢- (٢). انظر: كلّ هذه الأقوال: روضه الطالبين: ٦٤/٧.

٣- (٣). إيضاح الفوائد: ٦٢٨/٢.

٤- (٤). فقه الصادق: ١٤٤/٢١.

الثاني: قوله تعالى: (وَلَا تَزْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ وَمَا لَكُم مِّنْ دُونِ اللَّهِ مِنْ أَوْلِيَاءَ ثُمَّ لَا تُنصَرُونَ). (١)

والاستدلال بها بأحد وجهين:

أحدهما: أن جعله تعالى الفاسق أميناً وولياً ركون منه إلى الظالم، مع أنه نهى عنه.

ثانيهما: أن العقد مع الأب بعنوان أنه ولي الطفل ركون إليه، وهو منهي عنه. (٢)

وأورد عليهما بما يلي:

أمّا الأوّل: فلأنّ مجرد جعله أميناً وولياً كجعل الشخص وكيلاً ليس ركوناً إليه، مع أنّ الملاك غير معلوم، ولعل لركون العبد مفسده ليست في ركون المولى.

وأما الثاني: فلأنّ العقد مع الأب بعنوان أن الله تعالى جعله ولياً ليس ركوناً من العبد إليه، فإنّه كالعقد معه بما أنه مالك أو وكيل، مع أن الظالم أخصّ من الفاسق، أضف إلى ذلك ما قيل من ورود الآيه في سلاطين الجور، وأن المراد بالركون الداء لهم بالبقاء. (٣)

الثالث: قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَىٰ مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ). (٤)

والاستدلال بها: أنّ الشارع لم يعتمد على خبر الفاسق لا يعتمد على عمله بطريق أولى. (٥)

وفيه: أنّ قبول إخبار الفاسق حينئذ وإقراره إنّما يكون من جهه كونه ولياً، حيث أنه

ص: ٢٣٣

١- (١). هود: ١١٣.

٢- (٢). انظر: فقه الصادق: ١٤٥/٢١ و ١٤٦.

٣- (٣). فقه الصادق: ١٤٥/٢١.

٤- (٤). الحجرات: ٦.

٥- (٥). الشيرازي، كتاب البيع: ٢١٧/٤.

من ملك شيئاً ملك الإقرار به، ولا ينافى مع عدم قبوله إلى غيره من حيث هو، والآية متضمنة للثاني، مع أن عدم قبول أخباره لا ينافى ثبوت الولاية، مع أن قبول أخباره بعد ثبوت الولاية بما أنه بلسان أنه لأبيه غير قبول إخباره عن غيره، بل هو في حكم قبول إقراره عن نفسه. (١)

من أهل السنه

استدل القائلون منهم بعدم ولاية الفاسق بما يلي:

أولاً: حديث ابن عباس: «لا نكاح إلا بوليٍّ مرشد وشاهدي عدل». رواه الدارقطني والبيهقي وغيرهما. (٢)

وفي لفظ للدارقطني والبيهقي:

لا نكاح إلا بوليٍّ مرشد وشاهدي عدل، وأيما امرأه أنكحها وليّ مسخوط عليه فنكاحها باطل.

وفي لفظ ثالث للبيهقي:

لا نكاح إلا بولي أو سلطان، فإن أنكحها سفيه أو مسخوط عليه فلا نكاح له.

وقد نقل عن الشافعي قوله: والمراد بالمرشد في الحديث العدل. (٣) أي: أن الفاسق غير رشيد.

وقد نوقش هذا الحديث من جهة إسناده ودلالته على هذا.

فأمّا الإسناد فالصحيح فيه أنه موقوف على ابن عباس، كما رواه البيهقي من طريق الشافعي وغيره (٤)، وأمّا المرفوع فضعيف، كما

قاله الدارقطني والبيهقي وغيرهما. (٥)

ص: ٢٣٤

١- (١). فقه الصادق: ١٤٥/٢١.

٢- (٢). تخريجه: سنن الدارقطني: ٢٢١/٣ - ٢٢٢؛ السنن الكبرى: ١١٢/٧، آخر باب لا نكاح إلا بولي، عن طريق الشافعي موقوفاً

على ابن عباس: ١٢٤/٧، باب لا نكاح إلا بوليٍّ مرشد من طرق مرفوعاً وموقوفاً.

٣- (٣). انظر: مغني المحتاج: ١٥٥/٣.

٤- (٤). انظر: سنن البيهقي: ١١٢/٧.

٥- (٥). انظر: سنن الدارقطني: ٢٢٢/٣؛ سنن البيهقي: ١٢٤/٧.

وأما عدم دلالة على اشتراط العدالة سواء أكان مرفوعاً أم موقوفاً، فلاحتمال أن يكون المراد به غير العاقل. (١)

ثانياً: ما رواه أبو بكر البرقاني بإسناده إلى جابر بن عبد الله الأنصاري قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله :

«لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل.»

كذا في المغني لابن قدامة وغيره من كتب الحنابلة (٢)، ولم أقف له على تخريج، فإن صح، فهو شاهد لما سبق عن ابن عباس.

ثالثاً: ولأن الفسق عيب قادح في الشهادة فكذلك الولاية. (٣)

رابعاً: ولأن ولاية النكاح ولاية نظر، فلا تثبت لفاسق، كولاية المال. (٤)

ب) أدله القول بصحة ولاية الفاسق

من الإمامية

ويمكن أن يستدل لعدم اعتبار العدالة بوجهين غير الإجماع.

أحدهما: الأصل.

ويحتمل في ما يراد بالأصل هنا وجهان:

الأول: الأصل اللفظي، وهو اطلاق الأدلة الإجتهاديه، إمّا ما دلّ على الأمر بالوفاء بالعقود، فإن اطلاقها ينفي دخل العدالة في ترتب الأثر.

وأمّا ما دلّ على النصوص من ولاية الأب والجدّ من دون تقييدها بالعدالة وعلى كلّ من تقريري أصاله لإطلاق يكون عطف (الإطلاقات) على (الأصل)

ص: ٢٣٥

١- (١) . انظر: بدائع الصنائع: ١٣٤٩/٣.

٢- (٢) . المغني: ٣٥٧/٧؛ المبدع: ٣٥/٧.

٣- (٣) . انظر: مغني المحتاج: ١٥٥/٣؛ بدائع الصنائع: ١٣٤٨/٣.

٤- (٤) . انظر: المغني: ٣٥٧/٧؛ المبدع: ٣٥/٧.

تفسيرياً وهو مقتضى حكومه الدليل الاجتهادى على الأصل العملى حتى مع وحده المفاد.

الثانى: الأصل العملى، وأعنى به: استصحاب عدم الاشتراط، أو البراءة من شرطيه العدالة.

وهذا الاحتمال مغايره المعطوف للمعطوف عليه، ومن هذا المنطلق يكون الغرض الإشاره إلى دليلين أحدهما الأصل العملى، والآخر الاطلاق اللفظى.

وقد تمسك به الشيخ الانصارى قدس سره فى مقابل الإطلاق، وعليه فليس المراد به القاعده المستفاده منه كما توهم، بل المراد به الأصل العملى، ولذا أورد عليه جمع من المتأخرين عنه - منهم المحقق النائنى قدس سره بأن الأصل بالعكس؛ لأنّ نفوذ نكاح شخص على آخر يتوقف على دليل، ومع عدمه فالأصل يقتضى عدم نفوذه.

ولكن يبدو أنّ الظاهر من مراده بالأصل هو استصحاب عدم الردع، وذلك بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء، وعدم ثبوت ردع من الشارع الأقدس عنه، فلا إيراد عليه. (١)

ثانيهما: إطلاق النصوص المتقدمه الدالّه على ولايه الأب، لعدم التفصيل فيها بين كون المتصرف عادلاً أو فاسقاً، خصوصاً مع توفر الدواعى لبيان الاشتراط، لو كانت العدالة معتبره شرعاً فى نفوذ التصرف، فلاحظ قول أبى عبد الله الصادق عليه السلام فى روايه محمّد بن مسلم الوارده فى تصرف الوصى فى مال اليتيم:

«من أجل أنّ أباه قد أذن له فى ذلك، وهو حى».

حيث إنّ إذن الأب تمام الموضوع لنفوذ تصرف الوصى بلا دخل قيد العدالة فيه. (٢)

ص: ٢٣٦

١- (١). انظر: فقه الصادق: ١٤٥/٢١.

٢- (٢). المروج الجزائرى، هدى الطالب فى شرح المكاسب: ٨٤/٦.

من أهل السنه

استدلوا بما يلي:

أولاً: عموم قوله تعالى: (وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) ١، وهذا خطاب للأولياء بدون فرق بين عدل وفاسق. (١)

ثانياً: أن الفسقه لم يمنعوا من التزويج في العصور المفضله، ولا فيما بعدها. (٢)

بل قد يدعى الإجماع على ذلك كما قال الكاساني:

ولنا إجماع الأئمة أيضاً، فإن الناس عن آخرهم عامتهم وخاصيتهم من لدن رسول الله صلى الله عليه وآله إلى يومنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير من أحد. (٣)

ثالثاً: ولأن الفاسق يلي نكاح نفسه، فثبت له الولاية على غيره كالعدل. (٤)

ورد بالفرق بين تزويجه نفسه وولايته على غيره، فإن غاية ما في تزويجه نفسه أن يضرَّ بها، ويحتمل في حق نفسه ما لا يحتمل في حق غيره، ولهذا يقبل إقراره على نفسه ولا تقبل شهادته لها. (٥)

رابعاً: ولأن سبب الولاية القرابه، وشرطها النظر، والفاسق قريب ناظر، والفسق لا يقدر في تحصيل النظر، ولا في الداعي إليه وهو الشفقه. (٦)

ص: ٢٣٧

١- (٢). انظر: بدائع الصنائع: ١٣٤٨/٣.

٢- (٣). مغنى المحتاج: ١٥٥/٣.

٣- (٤). بدائع الصنائع: ١٣٤٨/٣.

٤- (٥). انظر: المغنى: ٣٥٧/٧؛ المبدع: ٣٥/٧.

٥- (٦). انظر: مغنى المحتاج: ١٥٥/٣.

٦- (٧). انظر: المغنى: ٣٥٧/٧؛ بدائع الصنائع: ١٣٤٨/٣.

وبتأمل الأقوال السابقة يتضح أنَّ أقوى ما يمكن أن يوجّه به المنع من ولاية الفاسق هو الاحتياط للدين والعرض، وأقوى ما يمكن أن يوجّه به الجواز هو الحاجة إلى ولايتهم، خاصّة إذا عم الابتلاء بكثرة الفساق، وبناء على هذا يبدو لي أنَّ أولى تلك الأقوال بالرجحان هو قول المشهور للإماميّة وذلك لما يلي:

أولاً: أنَّ الأصل في عقود الأولياء الصّحّة، ما لم يقدّم دليل على بطلانها، وما تقدم من الأدلّة غير ناهض على المدّعى.

ثانياً: السيره القطعيّة المستمرّة من زمان النبي صلى الله عليه وآله إلى زماننا هذا على عدم التفتيش عن سلوك الأولياء ومنعهم عن التصرف في شؤون المولّى عليه، وجعلهم بمنزلة الأجنبيّ حتّى تثبت عدالتهم، بل لم يعهد إلى الآن عزل الوليّ عن النكاح لفسقه.

ثالثاً: الحاجة والضروره إلى تفويض نكحه النساء إلى أوليائهنّ وإن كانوا فساقاً، لما في منعهم من الضيق والحرص على الناس ما يترتب على ذلك من المفاسد والخصومات، بسبب أنفه الأولياء الفساق عن التنازل عن حقّهم في ولاية نكحه نسائهم.

سابعاً: اشتراط كون الوليّ غير محرم بحجّ أو عمره أو بهما معاً

ومعنى هذا الشرط: أنّه لا يصحّ للولّي تزويج موليّته ما دام محرماً بحجّ، أو عمره، أو بهما معاً، وليس معناه أنَّ إحرام الوليّ سالب لحقه في الولاية، كما هو الشأن في سائر ما تقدّم من الشروط.

وفي عدّه هذا من جملة شروط وليّ النكاح تسامح؛ لأنّ الإحرام لا يخرج الوليّ عن كونه وليّاً على الصحيح، وإنّما هو مبنيّ على عدم صحّة نكاح المحرم مطلقاً،

سواء أكان ناكحاً أم منكحاً؟ رجلاً أم امرأة؟ ولياً أم وكيلًا؟ وللفقهاء فى هذه المسأله مذهبان:

المذهب الأول: أنه لا يصح للمحرم أن يعقد النكاح لنفسه ولا لغيره، ولا أن يعقد له مطلقاً.

وهذا هو مذهب الإماميه قال السيد الحكيم:

بلا خلاف ولا اشكال فيه، فإن المحرم لا يصح العقد منه له ولا لغيره. (١)

وقال العلامة الحلبي:

لا يجوز للمحرم أن يكون ولياً ولا وكيلًا فى العقد لا للمحل ولا للمحرم. (٢)

والجمهور من السنه منهم مالك والشافعي وأحمد.

قال ابن قدامه:

روى ذلك عن عمر وابنه وزيد بن ثابت، وبه قال سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهرى والأوزاعى ومالك والشافعي. (٣)

المذهب الثانى: أن الإحرام لا يمنع النكاح مطلقاً، أى عكس الأول، وإليه ذهب أبو حنيفه وأصحابه والثورى وغيرهم، وقالوا: على أنه هو المروى عن ابن عباس.

قال ابن حزم:

اختلف السلف فى هذا: فأجاز نكاح المحرم طائفه، صح ذلك عن ابن عباس، وروى عن ابن مسعود ومعاذ، وقال به عطاء والقاسم بن محمد بن أبى بكر، وعكرمه وإبراهيم النخعي، وبه يقول أبو حنيفه وسفيان... (٤)

ص: ٢٣٩

١- (١) . مستمسك العروه الوثقى: ٤٨٤/١٤.

٢- (٢) . منتهى المطلب: ٨٠٩/٢.

٣- (٣) . المغنى: ٣١١/٣ و ٣١٢. وانظر من كتب المذاهب المصادر التالیه: للمالكيه: بدايه المجتهد: ٢٤٢/١. للشافعيه: مغنى المحتاج: ١٥٦ و ١٥٧، روضه الطالبين: ٦٧/٧. وللحنابله: كشف القناع: ٤٤١/٢. وانظر للظاهريه: المحلى: ٢٠١/٧ - ١٩٧.

٤- (٤) . المحلى: ١٩٨/٧.

(أ) أدله من منع المحرم من عقد النكاح

استدلّ جمهور السنه بما روى عن النبي صلى الله عليه وآله قال:

«لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب» (١).

ولهذا الحديث شواهد منها:

١. ما رواه مالك في الموطأ عن نافع أنّ عبد الله بن عمر كان يقول: لا ينكح المحرم ولا يخطب على نفسه ولا على غيره.

وبنحوه هذا رواه أيضاً أحمد والبيهقي من طرق عن بن عمر موقوفاً عليه. (٢)

٢. ما رواه أبان بن عثمان عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله :

«لا يتزوج المحرم ولا يزوّج».

رواه الدارقطني. (٣)

٣. ما رواه مالك عن داود بن الحصين: أنّ أبا غطفان المرمي أخبره أنّ أباه طريفاً تزوّج امرأه، وهو محرم فرد عمر نكاحه، ورواه

الدارقطني عن يحيى بن سعيد عن داود بن الحصين. (٤)

٤. وعن الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام قال: «من تزوّج، وهو محرم نزعنا منه امرأته».

وفي لفظ آخر: قال: «لا ينكح المحرم فإن نكح ردّ نكاحه»، رواهما البيهقي. (٥)

ص: ٢٤٠

١- (١). سنن الترمذي: ٥٧٨/٣ و ٥٧٩؛ سنن ابن ماجه: ٦٣٢/١.

٢- (٢). تخريجه: ١. ترتيب المسند: ٢٢٧/١١؛ ٢. سنن البيهقي: ٦٥/٥.

٣- (٣). سنن الدارقطني: ٢٦١/٣.

٤- (٤). المصدر السابق.

٥- (٥). سنن البيهقي: ٦٦/٥.

٥. وروى البيهقي بإسناده أنّ مولى لزيد بن ثابت تزوّج، وهو محرم، ففرق بينهما زيد بن ثابت. (١)

فالحديث الأوّل، وهذه الشواهد، فيها الدليل الواضح، على أنّه ليس للمحرم أن يعقد النكاح، ولا أن يعقد له، ولا أن يخطب أيضاً، وعلى هذا جرى عمل التابعين بعد الصحابه، فقد روى البيهقي بإسناده إلى سعيد بن المسيب أنّ رجلاً تزوّج وهو محرم فأجمع أهل المدينة على أن يفرق بينهما.

من الإماميه

استدلّوا بصحيح ابن سنان، عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«ليس للمحرم أن يتزوّج ولا يزوّج، وإن تزوّج أو زوّج محلاً فتزويجه باطل». (٢)

فهى كذلك واضحة الدلالة على أنّه ليس للمحرم أن يعقد النكاح لنفسه، ولا لغيره، وإن تزوّج أو زوّج فتزويجه باطل بدليل ما أشرنا إليه.

(ب) أدلّه من أجاز نكاح المحرم

وأما أدلّه من أجاز للمحرم عقد النكاح، فهو حديث ابن عباس قال: أنّ رسول الله صلى الله عليه و آله تزوّج ميمونه وهو محرم.

وهذا الحديث رواه: البخارى ومسلم والترمذى والدارقطنى والبيهقى وغيرهم. (٣)

وفى لفظ لأحمد والنسائى عن ابن عباس أيضاً: أنّ النبى صلى الله عليه و آله : تزوّج ميمونه بنت الحارث وهما محرمان. (٤)

ص: ٢٤١

١- (١) . المصدر السابق.

٢- (٢) . وسائل الشيعة: ٤٣٦/١٢.

٣- (٣) . تخريجه: ١. صحيح البخارى: ١٦٥/٩؛ ٢. صحيح مسلم: ١٩٦/٩؛ ٣. عون المعبود، شرح سنن أبى داود: ٢٩٦/٥؛ ٤. سنن الترمذى: ٥٨١/٣ و ٥٨٢؛ ٥. سنن الدارقطنى: ٢٦٣/٣ و ٢٦٤.

٤- (٤) . شرح سنن النسائى: ١٩١/٥ و ١٩٢.

وهي واضحة الدلالة على من احتج به من أن الإحرام لم يكن مانعاً للمحرم من التزويج.

واحتجوا من جهة المعقول: بقياس النكاح على شراء الأمة للتسرى؛ إذ أنه عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها، ولا يمنع شيء منها بسبب الإحرام. (١)

وقد أجاب الجمهور عن حديث ابن عباس بأجوبه منها ما يلي:

أولاً: أن حديث ابن عباس معارض بما صحَّح عن ميمونه صاحبه القضييه، حيث أخبرت عن نفسها أن رسول الله صلى الله عليه و آله تزوجها وهو حلال، وبنى بها وهو حلال، وصاحبه القضييه أعرف بها، وحديث ميمونه هذا رواه عنها يزيد بن الأصم - ابن أختها - قال: حدّثني ميمونه بنت الحارث أن رسول الله صلى الله عليه و آله : «تزوجها وهو حلال»، قال: وكانت خالتي وخاله ابن عباس.

هذا لفظ حديث مسلم، وقد رواه أيضاً أحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى والبيهقى. (٢)

ثانياً: إن حديث ابن عباس معارض بخبر أبي رافع، وكان هو الرسول بين رسول الله صلى الله عليه و آله و ميمونه، ورسول القضييه أعلم بها.

وخبر أبي رافع هذا رواه: أحمد والترمذى والدارقطنى والبيهقى كلّهم عن طريق حماد بن زيد، عن مطر الوراق، عن ربيعه بن أبي عبد الرحمن عن سليمان بن يسار عن أبي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه و آله : أن رسول الله صلى الله عليه و آله تزوج ميمونه حلالاً وبنى بها حلالاً، وكنت الرسول بينهما. (٣)

ص: ٢٤٢

١- (١). انظر: فتح القدير: ٢٣٣/٣؛ تبين الحقائق: ١١١/٢.

٢- (٢). تخريجه: ١. شرح النووى لصحيح مسلم: ١٩٦/٩ - ١٩٧؛ ٢. سنن أبى داود: ٢٩٥/٥ المطبوع مع: عون المعبود؛ ٣. تحفه الأحوذى، بشرح جامع الترمذى: ٤/٣. ٥٨٣. سنن ابن ماجه: ١/٦٣٢؛ ٥. سنن الدارقطنى: ٢٦٢/٣ و ٢٦٣؛ ٦. سنن البيهقى: ٦٦/٥.

٣- (٣). تخريجه: ١. تحفه الأحوذى، بشرح جامع الترمذى: ٣/٥٨٠؛ ٢. سنن الدارمى: ١/٣٦٩؛ ٣. شرح معانى الآثار: ٢/٢٧٠؛ ٤. سنن الدارقطنى: ٢٦٢/٣ - ٢٦٣.

وروايه مالك التي أشار إليها الترمذى هي في الموطأ عن سليمان بن يسار:

أن رسول الله صلى الله عليه وآله بعث أبا رافع ورجلاً من الأنصار فزوجه ميمونه بنت الحارث ورسول الله صلى الله عليه وآله بالمدينه لم يخرج. (١)

وقال ابن القيم:

هذا وإن كان ظاهره الإرسال، فهو متصل؛ لأن سليمان بن يسار رواه عن أبي رافع: أن رسول الله صلى الله عليه وآله تزوج ميمونه وهو حلال، وبنى بها وهو حلال، وكنت الرسول بينهما، وسليمان بن يسار مولى ميمونه، وهذا صريح في تزوجها بالوكالة قبل الإحرام. (٢)

ولهذا فقد نقل الزيعلي عن الطحاوي ترجيحه لحديث أبي رافع على روايه ابن عباس فقال:

قال الطحاوي في كتابه الناسخ والمنسوخ:

والأخذ بحديث أبي رافع أولى؛ لأنه كان السفير بينهما، وكان مباشراً للحال، وابن عباس كان حاكياً، ومباشر الحال مقدّم على حاكبه، ألا ترى عائشه كيف أحالت على علي حين سئلت عن مسح الخف، وقالت سلوا علياً؟ فإنه كان يسافر مع رسول الله صلى الله عليه وآله. (٣)

ثالثاً: إن ابن عباس كان إذ ذاك صغيراً، وهذا بخلاف ميمونه صاحبه القضييه، وبخلاف أبي رافع أيضاً السفير فيها، فلم يكن لابن عباس من الضبط والعنايه بهذه القضييه في ذلك العمر، ما لميمونه وأبي رافع.

ولذلك اشتهر عن سعيد بن المسيب توهيم ابن عباس في قوله:

إن رسول الله صلى الله عليه وآله نكح ميمونه وهو محرم.

ص: ٢٤٣

١- (١). شرح الزرقاني على الموطأ: ٢٧٢/٢.

٢- (٢). تهذيب السنن مع عون المعبود: ٢٩٦/٥.

٣- (٣). نصب الرايه: ١٧٤/٣.

قال الحافظ:

قال الأثرم قلت لأحمد، إنَّ أبا ثور يقول: بأى شىء يدفع حديث ابن عباس؟ - أى مع صحته - قال: فقال: الله المستعان: إنَّ ابن المسيب يقول: وهَمَّ ابن عباس، وميمونه تقول تزوّجنى وهو حلال. (١)

وأما قياس نكاح المحرم على شراء الأمه للتسرى، فهو قياس فى مقابل النصّ، ومثله فاسد الاعتبار، وبهذا يتضح أنّ القول الراجح هو: أنّ المحرم لا يعقد النكاح لنفسه ولا لغيره، ولا يعقد له أيضاً، ولا فرق بين إحرام الحجّ أو العمره الواجب والمندوب الأصلى أو النيابى.

ص: ٢٤٤

١- (١). فتح البارى: ١٦٥/٩.

عندما يقوم الأب والجدّ في العقد على القصر هل يلحظان مجرد جانب المصلحه لهم أم يكفي عدم وجود المفسده؟
وقد فرق علماء القدماء من الإماميّه بين ولايه المال للأب وولايه النكاح له فاكتفوا في ولايه المال له وجود المصلحه، ولكن في ولايه النكاح اكتفوا بمجرد عدم المفسده.

قال النراقي:

لا اشكال في اشتراط جواز التزويج بانتفاء المفسده له. (١)

وقال اليزدي:

يشترط في صحّه تزويج الأب والجدّ ونفوذ عدم المفسده. (٢)

والكلام في المقام يقع في ثلاثه أمور:

ص: ٢٤٥

١- (١) . مستند الشيعة: ١٣٦/١٦.

٢- (٢) . العروه الوثقى: ٨٦٦/٢.

الأول: صحّ النكاح حتّى مع المفسده

ويدلّ عليه إطلاق الأدلّه، فكما إنّ للبالغ أن يزوّج نفسه مع المفسده كذلك أن يزوّج المولّى عليه. (١)

لكن يرد عليه:

أولاً: بانصراف الأدلّه فيما إذا كان هناك مفسده على المولّى عليه.

ثانياً: بحديث لا ضرر، لأن الزواج فيه الضرر وهو منهي عنه.

ثالثاً: بالأولويه من التصرف في المال فإذا كان لا يجوز التصرف في مال الطفل الذي يكون فيه المفسده فزواجه مع المفسده أولى. (٢)

الثاني: لزوم المصلحه

وإلى هذا ذهب العلّامة قائلًا:

يجب على الولي حفظ مال الطفل لأن الله تعالى جعله قيماً عليه ناظراً في مصالحه وتحصيل منافعه ودفع المفاسد عنه. (٣)

وقال الشهيد الثاني:

يزوجه قدر ما تقتضيه الحاجه مراعيًا للمصلحه. (٤)

واستدلّ له بما يلي:

١. قوله تعالى: (وَ لَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ). (٥)

ص: ٢٤٤

١- (١) . موسوعه الفقه: ٤٥/٦٤.

٢- (٢) . المصدر السابق.

٣- (٣) . تذكره الفقهاء: ٦٠٩/٢.

٤- (٤) . جامع المقاصد: ١١١/١٢.

٥- (٥) . الأنعام: ١٥٢.

بتقريب أنه إذا كان أن الأحسن ما فيه المصلحه، وهي وإن لم تشمل الأب لكنها تشمل الجدّ وثبت في الأب لعدم القول بالفصل. (١)

وأورد على الاستدلال بما يلي:

أولاً: أنه لا يصدق اليتيم على من له الجدّ.

ثانياً: إن المراد بأحسن الحسن، الفعل الذي لا مفسده فيه.

ثالثاً: إن الآيه منصرفه إلى الأجانب، والخطاب فيها لا يشمل الجدّ.

رابعاً: عدم الفصل غير محرز. (٢)

٢. الإجماع.

بدعوى الإجماع على اعتبار المصلحه في التصرف في مال الصغير، فالتصرف في عرضه بالنكاح يكون بطريق أولى. (٣)

وأورد عليه:

أنه لو ثبت ذلك في التصرف في المال لا وجه للتعدى إلى المقام. (٤)

٣. الأصل.

وهو إن لم يكن لأدله الولايه إطلاق لا بد من الاقتصار على المتيقن، وهو الولايه على التصرف الذي فيه المصلحه، والرجوع في غير ذلك إلى أصله عدم ثبوت الولايه، أو عدم نفوذ التصرف. (٥)

ويرد عليه:

ص: ٢٤٧

١- (١) . انظر: موسوعه الإمام الخوئى: ٣٣٠/٣٣.

٢- (٢) . فقه الصادق: ١٥٠/١٦.

٣- (٣) . انظر: موسوعه الفقه: ٤٥/٦٤.

٤- (٤) . المصدر السابق.

٥- (٥) . انظر: نهج الفقاهه: ٢٩٥.

أن مقتضى الإطلاق عدم الاعتبار أضف إليه بناء العقلاء، فإن بنائهم على ثبوت الولايه مع عدم المفسده، ولم يردع الشارع الأقدس عنه. (١)

الثالث: كفايه عدم المفسده

قال السيد الخوئي معلقاً على العروه الوثقى:

يشترط في صحه تزويج الأب والجّد ونفوذه عدم المفسده.

وقال أيضاً:

اتفاقاً بل لم ينسب الخلاف فيه إلى أحد. (٢)

وذلك لوضوح أن ولايه الأب والجّد على الصغير والصغيره لا تكون مطلقه، بل إنّما جعلت لهما لأجل عدم التضرّر بهما.

وقد يستدلّ له بأمور:

الأول: معتبره أبي حمزه الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل:

«أنت وما لك لأبيك». قال أبو جعفر عليه السلام: «ما أحبّ أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه ممّا لا بدّ منه إنّ الله لا يحبّ

الفساد». (٣)

الاستدلال بها إن تحديد ولايه الأب بعدم المفسده إذا ثبت في المال ثبت في العرض بطريق أولى. (٤)

الثاني: معتبره الفضل بن عبد الملك عن أبي جعفر عليه السلام قال:

إن الجّد إذا زوج ابنه ابنه، وكان أبوها حياً، وكان الجّد مرضياً جاز... (٥)

بتقريب أن ظاهر التقييد وبملاحظه مناسبه الحكم والموضوع هو اعتبار كونه مرضياً

ص: ٢٤٨

١- (١). فقه الصادق: ١٤٤/٢١.

٢- (٢). موسوعه الإمام الخوئي: ٢٢٩/٣٣.

٣- (٣). وسائل الشيعه: ١٩٥/١٢، باب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به، ح ٢.

٤- (٤). المؤيد، كتاب النكاح: ٤١١/١.

٥- (٥). وسائل الشيعه: ١٤، باب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ٤.

يلحظ تصرفاته الصادره تجاه البنت، وإلّا فكونه مرضياً بالنسبه إلى سائر تصرفاته أجنبي عن ولايته على البنت. (١)

الثالث: معتبره عبيد بن زراره المتقدمه والتي ورد فيها:

«الجدّ أولى بها ما لم يكن مضاراً». (٢)

ومن أجل التقريب الذهني لا بدّ من قول، وهو أنّ التقييد بعدم كونه مضاراً إنّما يدل على عدم ثبوت الولايه للجدّ إذا كان في مقام الإضرار بالبنت. (٣)

الرابع: التمسك بدليل نفى الضرر، فإنّه يقتضى نفى جعل الولايه للأب والجدّ فيما إذا كان في إنكاحهما لها ضرر عليها، وبذلك تختص ولايتهما عليها، وعلى الصبي بفرض عدم المفسده لا محاله. (٤)

رضا البكر

لقد عرفنا أنّ البكر البالغ لا تنكح إلّا بإذنها وإذن وليّها، وبقي أن نعرف في هذا المبحث ما يحصل به معرفه إذن البكر لوليّها في نكاحها.

وخلاصه الأقوال: في هذا أنّه يحصل بثلاثة دلائل على الأذن والرضى وهى:

١. صريح كلامها.

٢. سكوتها، وإن لم يقترن به ما يدل على سخط أو كراهه.

٣. ما له حكم السكوت دلالة على الرضى.

وإليك بيان ذلك بالتفصيل:

ص: ٢٤٩

١- (١) . موسوعه الإمام الخوئى: ٢٢٩/٣٣.

٢- (٢) . وسائل الشيعه: ١٤، باب ١١ من أبواب عقد النكاح، ح ٢.

٣- (٣) . موسوعه الإمام الخوئى: ٢٢٩/٣٣.

٤- (٤) . المصدر السابق.

أولاً: إذن البكر بصريح كلامها

إنَّ تعبير البكر عن رضاها وإذنها لوئيتها في إنكاحها بصريح كلامها هو أقوى الوسائل لمعرفة رضاها؛ إذ أنَّ التعبير باللسان هو أبلغ وسائل التعبير لمعرفة رضاها، وهو أبلغ وسائل التعبير عمَّا في النفس، وهو الأصل في الدلالة على مرادها، والقول أبلغ دلالة من الفعل، ولم يخالف في هذا من المذاهب الإسلاميَّة إلَّا ابن حزم الظاهري، فهو يرى أنَّ إذن البكر لا يكون إلَّا بسكوتها، فإن سكتت بعد استئذنها فقد رضيت وأذنت ولزمها إنكاح وليها لها، وإن تكلمت بالرضى أو بالمنع أو غير ذلك، فلا يعقد عليها. [\(١\)](#)

واستدلَّ ابن حزم لما ذهب إليه بظاهر الأحاديث التي فرّقت بين صفة إذن البكر، وإذن الثيب، فجعلت النطق للثيب، والسكوت للبكر.

ومن تلك الأحاديث:

١. حديث ابن عباس أنَّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال:

«الأيِّم أحقَّ بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها...».

وفى لفظ: «الثيب أحق بنفسها». [\(٢\)](#)

٢. حديث أبي هريرة أنَّ النبي صلى الله عليه وآله قال:

«لا تنكح الأيِّم حتَّى تستأمر، ولا البكر حتَّى تستأذن». قالوا: يا رسول الله، وكيف إذنها؟ قال: «أن تسكت». [\(٣\)](#)

وقد حمل ابن حزم على من خالف مذهبه هذا ممَّن قال: بصحَّه رضی البكر

ص: ٢٥٠

١- (١). انظر: المحلّى: ٤٧١/٩.

٢- (٢). تخريجه: ١. شرح الزرقاني على الموطأ: ١٢٦/٣؛ ٢. شرح النووي لصحيح مسلم: ٢٠٤/٩ و ٢٠٥؛ ٣. عون المعبود، شرح سنن أبي داود: ١٢٤. ٤/٦. تحفه الاحوذى، بشرح جامع الترمذى: ٢٤٤. ٥/٤. سنن ابن ماجه: ٦٠١/١.

٣- (٣). سنن البيهقي: ١١٩/٧، سنن ابن ماجه: ٦٠١/١ و ٦٠٢.

بصريح القول، فقال - بعد أن ذكر الحديثين السابقين:

ذهب قوم من الخوالم إلى أنّ البكر إن تكلمت بالرّضى، فإنّ النكاح يصحّ بذلك خلافاً على رسول الله صلى الله عليه وآله وعلى الصحابه، فسبحان الذى أوهمهم أنّهم أصحّ أذهاناً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وأوقع فى نفوسهم أنّهم وقفوا على فهم وبيان غاب عن رسول الله صلى الله عليه وآله ، نعوذ بالله عن مثل هذا.

فأمّا رسول الله صلى الله عليه وآله فإنّه أبطل النكاح عن البكر ما لم تستأذن فتسكت، وأجازه إذا استؤذنت فسكتت، بقوله صلى الله عليه وآله «لا تنكح البكر حتّى تستأذن وإذنها صماتها».

وأما الصحابه فإنّهم - كما أوردنا فى الخبر آنفاً. لم يعرفوا ما إذن البكر حتّى سألو رسول الله صلى الله عليه وآله عنه، وإلا فكان سؤالهم عند هؤلاء فضولاً، وحاش لهم من ذلك، فتنبه هؤلاء لما لم يتنبه له أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله ولا تبّه عنه صلى الله عليه وآله وهذا كما ترون، وما علمنا أحداً من السلف روى عنه أنّ كلام البكر يكون رضى، وقد روينا عن عمر بن الخطّاب وعلى بن أبى طالب عليه السلام وغيرهما أن إذن البكر هو السكوت.

ومن عجائب الدنيا قول مالك: إنّ العانس البكر لا يكون إذنها إلّا بالكلام، وهذا مع مخالفته لنص كلام رسول الله صلى الله عليه وآله و آله وفى غايه الفساد؛ لأنّه أوجب فرضاً على العانس ما أسقطه عن غيرها، فوردنا أنّ يعرفونا الحدّ الذى إذا بلغت المرأة انتقل فرضها إلى ما ذكر. (١)

إنّ ما ذهب إليه ابن حزم فى هذا ممّا يعاب على أهل الظاهر فى تحميلهم ظواهر النصوص ما لا- تحتمله، وليس فى هذه الأحاديث النبويّه ونحوها أنّ السكوت فرض على البكر، به يصحّ نكاحها وبدونه يبطل، بل ليس فيها إلا صحّح اعتبار سكوت البكر رضى منها، وهو رخصه صان الله بها كرم حياء البكر، فأكرم الله بهذا السكوت ذلك الحياء الذى حبس لسانها عن رغبه تستحى من إبدائها بصريح قولها.

ص: ٢٥١

ثانياً: إذن البكر بالسكوت

(أ) رأى الإمامية

لقد اتفق فقهاء الإمامية إجمالاً على أنّ سكوت البكر بعد استئذانها يكفي دلالة على إذنها لوليها بإنكاحها ورضاها بخاطبها ما لم تقترن به قرينه واضحه داله على عدم الرضى.

قال اليزدى:

ورد فى الأخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها، وأفتى به العلماء، لكنها محمولة على ما إذا ظهر رضاها وكان سكوتها لحيائها عن النطق بذلك. (١)

وقال السيد الحكيم:

بل المشهور بين الأصحاب، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه إلّا من ابن ادريس انكاره. (٢)

قال ابن إدريس:

إنّ السكوت لا يدل فى موضع من المواضع على الرضا إلّا إذا لم يكن له وجه إلا الرضا فحينئذ يدل عليه، حيث يقول لا بدّ من النطق ولا- يكفي السكوت، لكونه أعم من الرضا، وحمل ما ورد من الروايات وأقوال الأصحاب باستئذانها والاكتفاء بسكوتها على تقدير تقدم توكيلها، فلا يوقع العقد عليها إلا عند استثمارها ثانياً.

قال: فإن قيل: إذا وكلته فى العقد فلا حاجة إلى استثمارها؟

قلنا: بل يستحبّ أن يستأمرها عند العقد بعد ذلك. (٣)

وقال العلامة:

وليس بجيد فإن العادة قاضيه بأن السكوت هنا رضا؛ إذ حياء المرأه البكر، يمنعها عن النطق فلو لم يجعل السكوت دلالة على الرضا.

مع أنه دال عرفاً فيه، وفى كثير من المواضع انتفت الدلالة على الرضا

ص: ٢٥٢

١- (١). العروه الوثقى: ٨٦٩/٢.

٢- (٢). مستمسك العروه الوثقى: ٤٨٠/١٤.

مطلقاً، مع أنّ النقل عن النبي صلى الله عليه وآله في أنّ الثيب يعرب عنها لسانها، والبكر إذنها صماتها مشهور. (١)

نعم، في المبسوط أنّه احتاط في استنطاقها، فقال:

وأما البكر، فإن كان لها ولي الإجماع مثل الأب والجدّ فلا يفتقر نكاحها إلى إذنها، ولا إلى نطقها، وإن لم يكن لها ولي الإجماع كالأخ وابن الأخت والعمّ فلا بدّ من إذنها، والأحوط أن يرعى نطقها، وهو الأقوى عند الجميع. وقال قوم يكفي سكوتها، لعموم الخبر، وهو قوى. (٢)

(ب) رأى أهل السنّه

وأما فقهاء السنّه اتّفقوا أيضاً - من حيث الجملة - على أن سكوت البكر بعد استئذنانها يكفي دلالة على إذنها لوليها بإنكاحها ورضاها ما لم تقترن به قرينه واضح داله على عدم الرضى، إلّا أنّ بعض الفقهاء منهم قد قصره على اعتباره إذناً للبكر مع بعض أوليائها دون بعض، أو لبعض الأبكار دون بعض، فتحصل بذلك لهم ثلاثة أقوال في اعتبار السكوت من البكر رضى.

القول الأوّل: أنّ سكوت البكر بعد استئذنانها يكفي لمعرفة رضاها بالنكاح وإذنها فيه، وأنّه معتبر في كل بكرٍ، ومع كلّ وليّ.

وهذا مذهب جمهور علمائهم ومنهم الحنفيّه والحنابله والظاهرية وأحد الوجهين عند الشافعيّه، قال ابن قدامه في المغني:

فأما البكر فإذنها صماتها في قول عامّه أهل العلم منهم: شريح والشعبي، وإسحاق، والنخعي، والثوري، والأوزاعي، وابن شبرمه، وأبو حنيفة، ولا فرق بين كون الولي أباً أو غيره. (٣)

ص: ٢٥٣

١- (١). مختلف الشيعة: ١٣٠/٧.

٢- (٢). الطوسي، المبسوط: ١٨٣/٤.

٣- (٣). المغني: ٣٨٦/٧، انظر للحنابله: الإنصاف: ٦٤/٨؛ المبدع: ٢٨/٧. وانظر للحنفيّه: السرخسي، المبسوط: ٣٢/٥؛ بدائع الصنائع: ١٣٥٤/٣ و ١٣٥٥، وانظر للظاهرية: المحلّي: ٤٧١/٩، وللشافعيّه: مغني المحتاج: ١٥٠/٣، روضه الطالبين: ٥٥/٧

القول الثاني: أنَّ سكوت البكر إنما يكتفى به دلالة على الرضى والإذن إذا كان وليها أبها أو جدّها، وأمّا سائر أوليائها فلا يكون إذنها لهم فى نكاحها إلّا بصريح كلامها.

وهذا القول لبعض الشافعية. (١)

القول الثالث: أنَّ سكوت البكر إنما يكتفى به مع بعض الأبكار دون بعض تبعاً لاختلاف أحوالهنّ، وهذا التفصيل للمالكية، حيث قالوا: إنَّ الأصل فى إذن البكر أنّه يحصل بسكوتها، وهناك حالات مستثناه من هذه القاعدة، لا يكون للبكر فيها إذن إلّا بصريح القول، وذكروا سبع حالات للأبكار لا يعتبر لهنّ إذن إلّا بصريح كلامهنّ وهنّ:

الأولى: البكر البالغ المرشّده، ولو كانت ذات أب؛ لأنّه لما رشّدها علم من ذلك أنّها عارفه بمصالح نفسها، وما يراد منها ففارقت غيرها. (٢)

الثانية: البكر التى عضلها وليها عن النكاح، سواء كان وليها أبها أو غيره، فرفعت أمرها إلى الحاكم فزوّجها فلا بدّ من نطقها، إلّا إنّ أمر الحاكم أبها بتزويجها بعد تحقق العضل منه، فإنّه يجبرها ولا يحتاج إلى إذنها. (٣)

الثالثة: البكر التى زوّجت بعرض (٤)، وهى من قوم لا يزوّجون به ولا أب ولا وصى ينظر فى مالها، فلا بدّ من نطقها؛ لأنّها بائعه مشترية، والبيع والشراء لا يلزم بالصمت. (٥)

ونحو هذا القول قال بعض الشافعية: أنّه إذا استأذنها وليها أن يزوّجها بأقلّ من

ص: ٢٥٤

١- (١). انظر: المصادر السابقة للشافعية.

٢- (٢). انظر: حاشية الدسوقي، على الشرح الكبير: ٢٢٧/٢ و ٢٢٨.

٣- (٣). انظر: المصدر السابق.

٤- (٤). أى: غير ذهب أو فضّه. انظر: منح الجليل: ٢٠/٢.

٥- (٥). انظر المصدر السابق.

مهر مثلها، أو بغير نقد البلد، وصمت، لم يكن ذلك إذناً منها في ذلك؛ لأنه استئذان في مال. (١)

الرابعة: البكر التي تزوّجت بمن فيه رقّ لو زوجها أبوها بعده، وهذا بناءً على أنّ العبد غير كفاء للحرّ، وقيل إن كان زوجها بعبد أبيها فلا بدّ من نطقها، حتّى ولو قيل: إن العبد كفؤ للحره، لما يلحقها من زياده المعرّه بتزويجها بعبد أبيها، ممّا لم يحصل مثله لو تزوّجت بغير عبد أبيها. (٢)

الخامسة: البكر التي تزوّجت بذي عيب يوجب لها الخيار، كجنون وجذام وبرص ولو مجبره، لأنّ ذلك عيب تدخل عليه ويلزمها. (٣)

السادسة: البكر المفتات عليها، وهي التي زوجها وليها بدون إذنها، ثمّ استأذنها بعد العقد فلا تصحّ إجازتها إلّا بصريح قولها، وهذا عندهم في غير الوليّ المجبر؛ لأنه لا يتصور منه افتيات. (٤)

السابعة: البكر المعنّسه، وبعضهم قيدها باليتيمه. (٥)

الأدلّه

أولاً: أدلّه المشهور من الإماميّة: وهو أنّ سكوت البكر بعد استئذنها يكفي دلالة على إذنها لوليها إنكاحها ورضاها بخاطبها.

استدلّوا بما يلي:

ص: ٢٥٥

١- (١). انظر: روضه الطالبين: ٥٦/٧.

٢- (٢). انظر: حاشيه الدسوقي، على الشرح الكبير: ١٢٨/٢.

٣- (٣). انظر: المصدر السابق.

٤- (٤). انظر: المصدر السابق.

٥- (٥). انظر: حاشيه البناني على الزرقاني: ١٧٨/٣.

١. ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله :

البكر تستأمر بإذنها صماتها، والثيب يعرب عنها لسانها. (١)

أى: تبين، يقال: أعرب الرجل عن صاحبه، أى: أبان.

٢. صحيح البنزطى قال: قال أبو الحسن عليه السلام :

فى المرأه البكر إذنها سكوتها والثيب أمرها إليها. (٢)

٣. صحيح داود بن سرحان، عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل يريد أن يزوّج أخته؟ قال عليه السلام : يؤامرها فإن سكنت فهو

إقرارها، وإن أبت لم يزوجهها، ونحوه صحيح الحلبي. (٣)

١. خبر الضحّاك بن مزاحم قال:

سمعت على بن أبى طالب عليه السلام يقول: (وذكر حديث تزويج فاطمه عليها السلام وإنه طلبها من رسول الله صلى الله عليه و آله فقال النبي صلى الله عليه و آله لعلى عليه السلام :

«أنه قد ذكرها قبلك رجال، فذكرت ذلك لها فرأيت الكراهه فى وجهها، ولكن على رسلك حتى أخرج إليك». فدخل عليها وقال: «إنّ علياً قد ذكر من أمرك شيئاً، فما ترين؟» فسكتت فلم تولّ وجهها، ولم ير فيه كراهه، فقام وهو يقول: «الله أكبر سكوتها إقرارها». (٤)

دلّت هذه الروايات على الاكتفاء فى إذن البكر بالسكوت، ومتى ثبت الاكتفاء بالسكوت فى الإذن كفى فى الإجازة؛ لأنّها فى معنى الإذن، وهى: كما ترى ظاهره، بل صريحه فى القول المشهور، وليس فى شىء منها ما يشير إلى حصول الوكاله التى ادعاها ابن إدريس، بل ظاهره فى خلاف ذلك، وما ادعاه من استحباب استثمارها بعد الوكاله مجرد دعوى ألجأه إليه ضيق الخناق فى الخروج عما وقع

ص: ٢٥٦

١- (١). وسائل الشيعة: ٢٠٤/١٤؛ سنن ابن ماجه: ٦٠١/١؛ سنن الترمذى: ٤١٥/٣؛ سنن أبى داود: ٢٣٢/٢ و ٢٣٣.

٢- (٢). وسائل الشيعة: ١٤، ٢٠٦، باب ٥ من ابواب عقد النكاح، ح ١.

٣- (٣). المصدر السابق.

٤- (٤). المصدر السابق.

عليه الاتفاق، فإننا لم نقف لذلك على دليل عقلي ولا نقلى كما لا يخفى. (١)

ثم أنه تارة يكون السكوت دالاً - قطعاً على الرضا، وأخرى يكون مقروناً بقرائن توجب الظن بالرضا، وثالثة لا تكون هناك قرينه على شيء من الرضا وعدمه، ورابعه يكون مقروناً بقرائن موجهة للقطع بعدم الرضا، وخامسه يكون مقروناً بما يوجب الظن بعدمه، وسادسه تتعارض فيه الأمارات.

وقد اختار صاحب الجواهر قدس سره حججه السكوت في الصور الثلاث الأولى، وظاهر من السيد الزدى في العروه الاختصاص بالصورتين الأولى، وظاهر ما في الرياض حججه عدا المقترن بما يدل على عدم الرضا قطعاً.

وتنقيح القول ببيان أمور:

أحدها: إنَّ الاستفادة من جملة من النصوص الاكتفاء بالسكوت في الإجازة، كما في صحيح معاوية بن وهب قال:

جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: إنني كنت مملوكاً لقوم، وإنني تزوجت امرأة حرّه بغير إذن موالى، ثم اعتقوني بعد ذلك، فاجدد نكاحي إياها حين اعتقت؟ فقال له: «أكانوا علموا أنك تزوجت امرأة وأنت مملوك لهم؟» فقال: نعم، وسكتوا عني ولم يغيروا علي، فقال عليه السلام: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت علي نكاحك الأول. (٢)

فإنها دالة على صحه عقد العبد بدون إذن مواليه بسكوتهم وإن سكوتهم إقرارهم.

ونحوه خبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام عن آبائه عن علي عليه السلام: «إنه أتاه رجل بعبد، فقال: إن عبدى تزوج بغير إذني، فقال علي عليه السلام لسيدة: فرق بينهما، فقال السيد لعبده يا عدو الله، طلق فقال له علي عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له: طلق فقال علي عليه السلام للعبد: أما الآن فإن شئت فطلق، وإن شئت فأمسك.

ص: ٢٥٧

١- (١). الحدائق الناضرة: ٢٣/٢٤٤.

٢- (٢). وسائل الشيعة: ٢١/١١٧.

فقال السيّد: يا أمير المؤمنين، أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري. فقال عليه السلام: ذلك لأنك حين قلت له طلق أقررت له بالنكاح». (١)

فإنّها دالّة على أن المولى الذى قال لعبد المزوج لنفسه فضولاً طلق يكون ذلك إقراراً بالنكاح.

ثانيها: أنّه فى هذه النصوص لم ينزل السكوت منزله الرضا، بل نزل منزله الإقرار والإذن الكاشفين عنه، فلا وجه لتوهم كونه بمنزله الرضا موضوعاً للصحة واقعاً، بل الظاهر كونه موضوعاً للحجّة.

ثالثها: إن السكوت من الأمارات العرفية، وعند أهل العرف يكون حجّة فى الصورتين الأولىين، فعلى هذا يدور الأمر فى هذه النصوص بين كونها إمضاء لما عند العرف، فتختص حجّيته بالصورتين الأولىين، وبين كونها تأسيساً فى مقابل ما عند العرف، فتعم الحجّية جميع الصور غير الرابعة، والظاهر من كلام الشارع وإن كان هو التأسيس، ولكن فى باب العقود والإيقاعات لا يبعد دعوى الظهور فى الإمضاء ولا أقلّ من الإجمال، فالمتيقن هو حجّيته فى الصورتين الأولىين.

ثانياً: أدلّه مذهب الجمهور من السنه: وهو أنّ سكوت البكر رضى فى حقّ كلّ بكر، وكلّ ولّى.

استدلّ الجمهور من السنه القائلون بأنّ سكوت البكر رضى مع كلّ ولّى وفى حقّ كلّ بكر بالسنه.

فمنها ما يلى:

١. حديث أبى هريره أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن» فقالوا: يا رسول الله، وكيف إذنّها؟ قال: «أن تسكت». (٢)

ص: ٢٥٨

١- (١). المصدر السابق.

٢- (٢). لقد مرّ تخريجه.

٢. حديث ابن عباس أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال:

«الأيّم أحقّ بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها».

٣. حديث عائشه أنّها قالت: يا رسول الله، إنّ البكر تستحي؟ قال: «رضاها صمتها...».

وفى لفظ: قلت: يا رسول الله: يستأمر النساء في أبضاعهنّ؟ قال: «نعم». قلت: إنّ البكر تستحي فتسكت، قال: «سكاتها إذنها».

وفى لفظ ثالث: قالت: قال رسول الله: «تستأذن النساء». قلت: إنّ البكر تستحي، قال: «إذنها صماتها». رواه البخارى بالألفاظ الثلاثة، وراه أيضاً مسلم وغيره، وتقدّم تخريجه.

٤. ما رواه عدى بن عدى الكندى، عن أبيه، عن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: «أشيروا على النساء في أنفسهنّ». فقالوا: إنّ البكر تستحي يا رسول الله، قال: «التيب تعرب عن نفسها بلسانها، والبكر رضاها صمتها». رواه ابن ماجه والبيهقى. (١)

فقالوا هذه الأحاديث صحيحة صريحه واضحه الدلالة على أنّ البكر إذا استأذنها وليها في نكاحها فسكتت، أنّ ذلك إذن منها، لا فرق بين بكر وأخرى، ولا بين وليّ وآخر.

وأما توجيه القول الثالث: وهو أنّ سكوت البكر إنّما يكتفى به دلالة على الرضى مع أبيها أو جدّها دون غيرهما، فهو:

أولاً: إنّ السكوت إنّما يكتفى به في حقّ البكر لشده حياؤها، وهي أشدّ حياء مع أبيها وجدّها، بخلاف غيرهما؛ إذ لا تستحي أن تفصح عن رضاها وإذنها، بصريح قولها مع أخيها، وعمّها، ونحوهما. (٢)

ثانياً: أنّ نكاح البكر لا يتوقّف على رضاها إذا كان وليها أبها أو جدّها،

ص: ٢٥٩

١- (١). تخريجه: ١. سنن ابن ماجه: ١/٦٠٢؛ ٢. سنن البيهقى: ٧/١٢٣.

٢- (٢). انظر: شرح النووى على مسلم: ٩/٢٠٩.

بخلاف غيرهما، فإنها لا تنكح إلا بإذنها، والصمت محتمل للرضى، وللحياء، ولغيرهما، وكل من افتقر رضاها إلى إذنها افتقر إلى نطقها مع قدرتها على النطق كالثيب. (١)

وظاهر هذا القول أنّ صفة إذن البكر لوليها في نكاحها يتبع القول في إجبار البكر أو عدمه، فحيث ثبت عندهم لوليها حق إجبارها، كما في أبيها وجدّها اكتفى بسكوتها، لعدم توقف نكاحها على إذنها، وحيث لم يجز له إجبارها، كما في غير الأب والجدّ، لم يكتف بسكوتها، بل لا بدّ من إذنها بالقول.

ولا يخفى ضعف هذا القول، ومخالفته للسنة، والإجماع المدعى، وحتى المعقول، على مبنى أهل السنة أنفسهم.

فأما مخالفته السنة:

فقد سبق بيانها، ولم تفرّق بين صفة إذن البكر مع أب أو جدّ.

وأما مخالفته الإجماع:

فقد اجمع علمائهم على ما دلّت عليه السنة الصحيحة والصريحة، قبل حدوث هذا الخلاف، كما حكاه ابن قدامه، وقد تقدّم.

وأما توجيه القول الرابع: وهو تفصيل المالكية في صفة إذن البكر تبعاً لاختلاف أحوالها، حيث استثنوا سبع حالات للأبكار لا يكون لهنّ إذن فيها إلّا بالنطق، فلم أجد له مستنداً من النصوص الشرعية، ولا قاعده يمكن أطرادها، ومن تأمل تلك الأقوال وجدّها أشبه بالقول السابق لبعض الشافعية، من حيث الثبوت في الوقوف على رضى البكر بصريح القول فيما يتوقّف عليه نكاحها، إلّا أنّ القول السابق يشترط النطق حيث وجب الإذن، وأما هذا التفصيل للمالكية، فإنّه يشترط الإذن بالقول لقرائن يترجّح بها أنّ السكوت في تلك الحالات غير دالّ على الرضى، كما تشير إليه تعليقاتهم لبعض

ص: ٢٦٠

تلك الصور، فإنهم ذكروا أنّ البكر المرشده أو المعنسه أعرف بمصالح نفسها، فأشبهت الثيب. (١)

وعلى هذا، فسكوت البكر المعنسه أو المرشده يغلب على الظن أنّه لعدم الرضى، لا لشده الحياء.

إلا أنّ هذا التوجيه لا يقاوم ما سبق من النصّ والمشهور على مبنى الإماميه والإجماع على مبنى الجمهور من أهل السنه على أنّ سكوت البكر رضى من غير تفصيل، وقد سبق وصف ابن حزم لقول مالك فى المعنسه: أنّه من عجائب الدنيا.

والبكر المرشده لا تختلف عن هذا.

وأما قولهم فى البكر التى عضلها أبوها، فرفعت أمرها إلى الحاكم فأنكحها أو أمر من ينكحها فاشترط صريح القول بالإذن فى هذه الصورة لا- يختلف عن وجهه بعض الشافعيه السابقه فى اشتراط الإذن بالقول، حيث لا يكون للولى حقّ الإيجاب، فقد نص بعض شراح المختصر على أنّ الحاكم لو أمر أباه أن ينكحها بعد تحقق العضل عنده أنّ الأب يجبرها، ولا يحتاج إلى إذنها. (٢)

وأما قولهم فى التى زوّجت بعرض، وهى من قوم لا يزوّجون به، فقالوا: إنّ هذا مال وهى بائعه مشتريه، والمال لا يلزم بالصمت، ولكن استثناء الأب من هذه الصورة يلحقه بالقاعده السابقه فى اعتبار الإيجاب أو عدمه.

وأما التى زوّجت بمن فيه رقّ فاعتبار نطقها هنا لتزويجها بغير كفئها، والغالب أنّ المرأه لا ترضى بغير الكفاء، فإذا سكنت كان ذلك قرينه دالّه على عدم الرضى، لا على شده الحياء، وكذلك إذا أريد تزويجها بمن فيه عيب، فالغالب أنّ المرأه لا ترضى

ص: ٢٤١

١- (١). انظر: حاشيه الدسوقي، على الشرح الكبير: ٢٢٧/٢ و ٢٢٨.

٢- (٢). انظر: المصدر السابق.

بمعيب، فوجود العيب قرينه دالّ على أنّ سكوتها للكراهه لا للرضى، وخاصّه إذا كان العيب يثبت لها حقّ الفسخ.

وأما قولهم فى التى زوّجها وليها غير المجرر افتياتاً عليها، أى: بدون إذنها، فذلك؛ لأنّ افتيات وليها هنا قد أظهر تعدّيه على حقها، فاحتيج لنطقها للأمن من هذا التعدّى مرّة ثانية.

وبهذا نعلم أنّ أصح هذه الأقوال هو القول الأوّل، وهو:

أنّ سكوت البكر بعد استئذانها يكفى دلالة على إذنها لوليها بإنكاحها ورضاها بخاطبها. ما لم تظهر قرينه واضحة دالّة على أنّ سكوتها سكوت سخط أو كراهيه، لا سكوت أدب وحياء.

ثالثاً: ما يكون له حكم السكوت فى الدلالة على رضى البكر

وأما ما يلحق بالسكوت فى الدلالة على إذن البكر ورضاها، فقد بحث الفقهاء ما إذا استأذنها وليها فى تزويجها فضحكت، أو تبسّمت، أو بكت، أيلحق ذلك بسكوتها أم لا؟!

فأما الضحك والتبسّم، فهو بمنزلة سكوتها فى دلالته على الرضى، بل إنّه أدلّ على الرضى من السكوت؛ لأنّ الإنسان إنّما يضحك غالباً ممّا يسره، وهذا مذهب الإماميّة، وفيه قال الشهيد الثانى:

ولو ضحكت أو تبسّمت عند عرضه عليها، فأولى بالإكتفاء؛ لأنه أقوى دلالة من السكوت. (١)

وهذا أيضاً ما ذهب إليه الجمهور من أهل السنّه.

وأما إن ضحكت أو تبسّمت كالمستهزئه، فلا يكون ذلك دالّاً على الرضى. (٢)

ص: ٢٦٢

١- (١). مسالك الأفهام: ١٦٦/٧.

٢- (٢). انظر فى إلحاق الضحك بالسكوت المصادر التالىة: للحنفيه: السرخسى، المبسوط: ٤/٥؛ بدائع الصنائع: ١٣٥٥/٣. وللمالكيه: الخرشى على مختصر خليل: ١٨٤/٣. وللشافعيه: مغنى المحتاج: ١٥٠/٣؛ روضه الطالبين: ٥٥/٧. وللحنابله: المغنى: ٣٨٩/٧؛ الإنصاف: ٦٥/٨.

وأما إذا استأذنها وليها فبكت

ففي دلالة على الرضى إلحاقاً له بالسكوت خلاف.

١. فقيل: هو بمنزلة سكوتها، وبه قال ابن البراج من الإمامية، حيث قال:

إذا أراد أبوها العقد عليها، ويستحب له أن لا يعقد عليها حتى يستأذنها، فإن سكتت أو ضحكت أو بكت كان ذلك رضى منها بالتزويج. (١)

وبه قال الحنابلة، والمالكية، ورواه عن أبي يوسف من الحنفية. (٢)

٢. قيل: أنه بمنزلة سكوتها، إلا إذا اقترن به صياح، أو ضرب خد؛ لأن ذلك مشعر بعدم الرضى.

وبهذا قال الشافعية، بناء على الأصح عندهم، وهو أن سكوت البكر رضى مع جميع الأولياء. (٣)

وبنحو هذا قال بعض الحنفية: إن البكاء لا يكون رداً إلا إذا كان له صوت، كالويل، وأما لو خرج الدمع من عينيها من غير صوت البكاء لم يكن هذا رداً، بل تحزن على مفارقه بيت أبيها. (٤)

قال ابن الهمام: واختيرت للفتوى. (٥)

ص: ٢٦٣

١- (١). المهذب: ١٩٤/٢.

٢- (٢). انظر لأبي يوسف: محمد، ابن الهمام، فتح القدير: ٢٦٤/٣؛ بدائع الصنائع: ١٣٥٥/٣. وللمالكية: الخرشي على مختصر خليل: ١٨٤/٣. وللحنابلة: المغني: ٣٨٩/٧؛ الإنصاف: ٦٥/٨.

٣- (٣). انظر: مغني المحتاج: ١٥٠/٣.

٤- (٤). انظر: السرخسي، المبسوط: ٤/٥.

٥- (٥). انظر: فتح القدير: ٢٦٤/٣.

٣. أنّ البكاء دليل عدم الرضى مطلقاً، وهو مذهب الحنفية. (١)

٤. اعتبار قرائن الأحوال، بالكشف عن بكائها أهو للكراهه أم لا؟

فإذا كان للكراهه لم يكن إذنا.

وهذا قول اختاره بعض المحققين من المذاهب الخمسه.

قال الشهيد الثاني:

وينبغي تقييد الإكتفاء بالسكوت بعدم اشتماله على اماره الكراهه، وإلّا لم يكف، ومتى أشبه الحال كفى السكوت عملاً بالنص، ولو ضحكت أو تبسمت عند عرضه عليها فأولى بالإكتفاء؛ لأنه أقوى دلالة من السكوت، وألحق ابن البراج لها ما لو بكت، وهو بعيد، والأولى الرجوع فيه إلى قرائن الأحوال. (٢)

وقال ابن الهمام:

والمعول عليه اعتبار قرائن الأحوال فى الضحك والبكاء، فإن تعارضت أو أشكل أحتيط، ومن هذا ما اعتبر بعضهم من أنّ دموعها إن كانت حارّه فهو ردّ، أو بارده فهو رضى، لكنه اعتبار قليل الجدوى أو عديمه؛ إذ الإحساس بكيفيتى الدمع لا يتهاً إلّا لخذ الباكي، ولو ذهب إنسان يحسه لا يدرك حقيقه المقصود، وليس بمعتاد، ولا يطمئن به القلب، إلّا أنّه كذا ذكر. (٣)

الأدله

استدلّ من قال إنّ بكاء البكر بمنزله سكوتها بما يلي:

من الإماميه

ما روى فى دعائم الإسلام عن الإمام على بن أبى طالب عليه السلام أنّه قال:

ص: ٢٦٤

١- (١). انظر: السرخسى، المبسوط: ٤/٥؛ بدائع الصنائع: ٣/١٣٥٥.

٢- (٢). مسالك الأفهام: ٧، ١٦٥ و١٦٦.

٣- (٣). فتح القدير: ٣/٢٦٤.

«لا ينكح أحدكم ابنته حتى يستأمرها في نفسها فهي أعلم بنفسها، فإن سكتت أو بكت أو ضحكت، فقد أذنت وإن أبت لم يزوجها». (١)

من أهل السنه ما يلي:

١. ما روى عن أبي هريره قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله :

«تستأمر اليتيمه في نفسها، فإن بكت أو سكتت فهو رضاها، وإن أبت فلا جواز عليها».

كذا أورده ابن قدامه في المغنى وعزاه لأبي بكر (٢)، والحديث قد رواه أبو داود أيضاً وقال: وليس بكت بمحفوظ وهو وهم في الحديث. (٣)

٢. لأنها لو كرهت لنطقت بامتناعه؟ فإنها لا تستحي من الامتناع، فكان إذناً منها كالصمات، والضحك، وأما البكاء فهو دليل فرط الحياء، أو لما يترتب على نكاحها من فراقها لبيت أبيها. (٤)

وقيل: إن البكاء قد يكون للحزن، وقد يكون لشده الفرح، فلا يجعل ردّاً ولا إجازة للتعارض، كأنها سكتت فكان رضى. (٥)

وأما من فرق بين البكاء الذى يصحبه صياح، أو ضرب للحدود، أو دعاء بالويل، وبين غيره من البكاء، فلأن تلك القرائن مشعره بالغضب، والسخط، دون البكاء المجرد منها، فإنه دليل الحياء، وخوف فراق بيوت الآباء. (٦)

ص: ٢٤٥

١- (١) . النعمان المغربى، دعائم الاسلام: ٢١٨/٢.

٢- (٢) . المغنى: ٣٨٧/٧.

٣- (٣) . عون المعبود، شرح سنن أبي داود: ١٨/٦.

٤- (٤) . انظر: المغنى: ٣٨٨/٧.

٥- (٥) . كذا قال أبو بكر الكاسانى فى: بدائع الصنائع توجيهاً لقول أبي يوسف: ١٣٥٥/٣.

٦- (٦) . انظر: السرخسى، المبسوط: ٤/٥.

وأما من جعل البكاء دليلاً على الردّ وعدم الإذن، فلائذ البكاء وضع أصلاً للحزن، والسخط، والكراهيه، لا للفرح والرضى، بخلاف الضحك والتبسم، فإنّ وضعه لما يسرّ ويفرح، وليس هو بصمت فيدخل في عموم الأحاديث. (١)

وأما من اعتبر قرينه الحال، وعوّل عليها في هذا المقام، فلائذ البكاء يدل على الحزن والكراهيه، وقد يكون لغير ذلك، وقرينه الحال هي التي تدل على المراد به.

الرّاجح

والذى يظهر لى من كلّ ما تقدّم: أنّه قلّ من العلماء من يلغى قرينه الحال عند التحقيق والتأمل.

ويبدو لى: أنّ البكاء لا يلحق بالصمت فى الدلاله على الرضى إلّا بقرينه تدل على فرط الحياء أو خشيه فراق بيوت الآباء أو نحو ذلك، ولذا أشكل العلّامة على القاضى ابن البراج، حيث قال: وكلام ابن البراج: من إن البكاء دالّ عليه مشكل. (٢)

والشهيد الثانى بعد نقل ايراد كلامه: وهو بعيد. (٣)

ثمّ إنّ البكاء دالّ حقيقه على السخط والكراهيه، لا على الفرح والرضى ونحوه، فلا يخرج عما وضع له إلّا بقرينه واضحه.

ص: ٢٦٦

١- (١) . انظر: المصدر السابق.

٢- (٢) . المختلف: ١٢٩/٧.

٣- (٣) . مسالك الأفهام: ١٦٦/٧.

بعد الثناء والحمد لله تعالى أن يسير لنا إنجاز هذا البحث المتواضع، وهو الولاية في عقد النكاح، وكلّى أمل أن أكون وفقت من خلاله تقديم رؤيه إسلاميه لهذا الموضوع الذى يعتبر من المواضيع المهمه التى يجب أن يحظى بمزيد من العنايه والبحث لما يترتب عليه من نتائج مهمه فى مسيره الحياه الزوجيه.

ونستعرض فيما يلى ما تمّت دراسته فى هذا الكتاب بشكل موجز، فقد قسّمت البحث إلى مقدّمه، وثلاثه فصول، وخاتمه.

تناولت فى المقدّمه أسباب اختيارى لهذا الموضوع، وخطتى فيه.

وتناولت فى الفصل الأول: معنى الولى، وأقسام الولاية وهل الولاية حكم أو حق، ومتى تسقط الولاية.

وفى الفصل الثانى: تحدّثت عن أولياء العقد عند الشيعة الإماميه وباقي المذاهب الأخرى.

وتحدّثت فى الفصل الثالث: عن شروط تحقّق الولاية وإعمالها من عدم المفسده ووجود المصلحه.

وما تم التوصل إليه من نتائج فهى كما يلى:

١. توضيح أهمّ ما شرعه الإسلام فيما يتصل بالمرأه وأنه قرر أهليتها الاجتماعيه والأسريه، ومدى احترام إرادتها، وحزّيه التعبير عمّا فى نفسها، وأن إرادتها معتبره فى أمر نكاحها ومستقبلها.

٢. أكدّ على الرجال وجوب الوفاء بها، فإذا ما بلغت وحسن تصرفها زالت عنها الولاية وغدت أحقّ بنفسها تقبل أو ترد من جاء يطلب يدها للزواج منها، وليس للولى أو غيره أن يجبرها على قبول من لا- تريده، أو يمنعها من أن تتزوَّج من رضيته ممّن يكافئها، وقد منحها الله تعالى هذا الحقّ وهو حريه التعبير عن هذه المسأله المهمه فى حياتها.

٣. أثبت الشارع المقدّس الولاية لبعض الأولياء ممّن تتوفّر فيهم الشفقه والحرص على مصلحه من يحتاج إليها عليهم ضمن شروط وضوابط معينه، حيث أن تزويجها حال صغرها مصلح كثيره كتنقيد الأكفأ، وخوف من الفوات ورعايه حقوق الصغيره وغير ذلك.

٤. التشريك بين البكر وبين الأب أو الجدّ من قبل الأب فى الولاية بمعنى توقف الصحّه على إذنهما معاً، إنّما يكون ذلك مراعاة لمصلحه البنت؛ فلأنها بكر لا تجربه لها فى الحياه الزوجيه، ولكونها غير مخالطه للرجال فمعرفة بصفاتهم وأخلاقهم محدوده. ولما قد يغلب عليها من الاندفاع العاطفى لكل ذلك يخشى عليها من ألا يكون قرارها فى انتقاء الزوج موضوعياً مناسباً فتتورط فى حياه زوجيه لا- تسعد بها ولا- يمكن الخلاص منها بسهولة، باعتبار أن قرار الانفصال والطلاق بيد الزوج فمن هنا يكون التشريك بين رضا الأب ورضا البنت فيكون كلا الرضائين بنحو جزء العله المؤثره.

٥. لهذه الحيثيات التى تنصب فى مصلحه البنت كان لوليها دور فى قرار زواجها لما يترتب عليه من ألفه وموده وسكن وراحه للحياه الزوجيه، وفى ذلك تحقيق لمصالح الزواج ودوامه واستقراره.

هذه عصاره الفكر ونتيجه البحث والتلقى تراها بين يديك فما وجدت فيه من خير وصواب فهو من عند الله تعالى، وما وجدت فيه من خطأ أو نقص فهو من نفسى، فتلك سنه الله فى بنى الإنسان فالكمال لله وحده وأسأل الله سبحانه أن يتقبله بقبول حسن، وأن يجعله خالصاً لوجهه الكريم وأن ينفع به عباده المؤمنين، فإنّه على كل شىء قدير وبالإجاباه جدير.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين، والصلاه على محمّد وآله الطيّبين الطاهرين.

القرآن الكريم.

أولاً: القرآن الكريم وعلومه

١. أحكام القرآن، الجصاص، أبي بكر أحمد بن علي، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت.
٢. التبيان في تفسير القرآن، الطوسي، محمّد بن الحسن، تحقيق وتصحيح: أحمد حبيب قصير العامل، الطبعة الأولى ١٤٠٩ق، الناشر: مكتب الإعلام الإسلامي.
٣. تفسير القرآن العظيم، ابن كثير، إسماعيل بن عمرو، الناشر: دار الكتب العلميّه، منشورات محمّد علي بيضون.
٤. تفسير القمّي، القمّي، علي بن ابراهيم، الطبعة الثالثه ١٤٠٤ق، الناشر: مؤسسه دار الكتاب للطباعه والنشر، قم - إيران.
٥. التفسير الكبير، الفخر الرازي، محمّد بن عمر بن حسين، الناشر: دار الكتب العلميّه، طهران - إيران.
٦. تفسير الميزان في تفسير القرآن، الطباطبائي، محمّد حسين، الناشر: جماعه المدرسين في الحوزه العلميّه في قم المقدسه.
٧. جامع البيان في تفسير القرآن، الطبري، أبو جعفر محمّد بن جرير، قدم له الشيخ خليل الميس، الناشر: دار الفكر للطباعه والنشر.
٨. الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، محمّد بن أحمد، الناشر: انتشارات ناصر خسرو، طهران - إيران.
٩. روح المعاني في تفسير القرآن والسبع المثاني، الألوسي، محمود بن عبد الله، الناشر: دار الكتب العلميّه - بيروت.

١٠. فقه القرآن، القطب الراوندى، سعيد بن هبه الله، تحقيق السيّد أحمد الحسينى، الطبعة الثانية ١٤٠٥ق، مطبعة الولاية - قم المقدسه، الناشر: مكتبة آية الله العظمى النجفى المرعى.

١١. الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، الزمخشري، محمود بن عمر، الناشر: دار الكتاب العربى - بيروت - لبنان.

١٢. مجمع البيان، الطبرسى، الفضل بن الحسن، حَقَّقه وعلّق عليه لجنة من العلماء المحققين الإخصائين قدم له السيّد محسن الأمين العاملى، من منشورات مؤسسه الأعلمى للمطبوعات، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٥ق / ١٩٩٥م.

١٣. مواهب الرحمن فى تفسير القرآن، السبزوارى، عبد الأعلى، الناشر: مؤسسه أهل البيت عليهم السلام، بيروت ١٤٠٩ق.

ثانياً: الحديث الشريف

١٤. الأمالى، الصدوق، محمّد بن على، تحقيق قسم الدراسات الإسلاميه، مؤسسه البعثه، الطبعة الأولى ١٤١٧ق.

١٥. تحف العقول عن آل الرسول صلى الله عليه وآله، ابن شعبه الحرانى، حسن بن على، الطبعة الثانية، الناشر: مؤسسه النشر الإسلامى - التابعه لجماعه المدرسين بقم المشرفه - إيران.

١٦. تحفه الأحوذى بشرح جامع الترمذى، المبار كفورى، الحافظ أبى يعلى محمّد بن عبد الرحيم، المتوفى سنه ١٣٥٣ش، ضبطه وراجع أصله وصحّحه عبد الرحمن عثمان، الناشر محمّد بن عبد المحسن الكتبى - صاحب المكتبه السلفيه بالمدينه المنوره - الطبعة الثانية ١٣٨٥ش / ١٩٦٥م.

١٧. تهذيب التهذيب، الحافظ ابن حجر العسقلانى، أحمد بن على، الطبعة الأولى بمطبعة دائره المعارف النظاميه، الهند - حيدر آباد الدكن سنه ١٣٢٥ش.

١٨. تهذيب السنن لابن القيم، ابن القيم، محمّد بن أبى بكر بن أيوب، الناشر: محمّد عبد المحسن صاحب المكتبه السلفيه بالمدينه المنوره، الطبعة الثانية ١٣٨٨ش / ١٩٨٦م.

١٩. سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلّه الأحكام، الصنعانى، محمّد بن إسماعيل، الناشر: دار إحياء التراث العربى، بيروت، الطبعة الرابعه ١٣٧٩ش / ١٩٦٥م.

٢٠. سنن ابن ماجه، القزوينى، محمّد بن يزيد، تحقيق محمّد فؤاد الباقي، مطبعة عيسى البابى الحلبي.

٢١. سنن أبي داود، السجستاني، الحافظ أبي داود، تحقيق: سعيد محمد اللحام، الناشر: دار الفكر بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠ق/ ١٩٩٠م.

٢٢. سنن الدارقطني، الدارقطني، أبي الحسن علي بن عمر، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليماني المدني الناشر المحقق، طبع دار المحاسن القاهرة سنة ١٣٨٦ش / ١٩٦٦م.

٢٣. سنن الدارمي، الدارمي، عبد الله، تحقيق وتخريج السيد عبد الله هاشم اليماني المدني، الناشر: المحقق، طبع دار المحاسن القاهرة ١٣٨٦ش / ١٩٦٦م.

٢٤. السنن الكبرى، البيهقي، الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين، الطبعة الأولى بمطبعة دار المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن - الهند سنة ١٣٥٣ش وأعدت تصويرها دار المعرفة، بيروت.

٢٥. شرح النووي لصحيح مسلم، النووي، محي الدين أبو زكريا، الناشر المطبعة المصرية ومكتبتها.

٢٦. شرح سنن النسائي، السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الناشر: دار احياء التراث العربي، بيروت.

٢٧. شرح معاني الآثار، الطحاوي، أبي جعفر أحمد بن محمد، شرح معاني الآثار، تحقيق محمد زهري النجار، الناشر دار الكتب العلميّة، بيروت، الطبعة الأولى ١٣٩٩ش / ١٩٧٩م.

٢٨. صحيح البخاري، البخاري، محمد بن إسماعيل، الناشر: دار الفكر بيروت، الطبعة بالأوفست عن طبعه دار الطباعة العامره بإسطنبول ١٤٠١ق / ١٩٨١م.

٢٩. صحيح مسلم، ابن مسلم القشيري، مسلم بن الحجاج، الناشر دار الفكر بيروت.

٣٠. عوالي اللئالي العزيزية في شرح الأحاديث الدينيه، الإحسائي، محمد بن علي، الطبعة الأولى ١٤٠٣ق / ١٩٨٣م، مطبعة سيد الشهداء، قم - إيران.

٣١. عون المعبود، شرح سنن أبي داود، العظيم آبادي، محمد شمس الحق، الناشر: محمد عبد المحسن صاحب المكتبة السلفيه بالمدينه المنوره - الطبعة الثانيه سنة ١٣٨٨ش / ١٩٦٨م.

٣٢. الغدير، الأميني، عبد الحسين أحمد، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت ١٣٧٩ش.

٣٣. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، طبع المكتبة السلفيه.

٣٤. الكافي، الكليني، محمد يعقوب، الناشر: دار الكتب الإسلاميه، مرتضى آخوندي، طهران - إيران.

٣٥. مسند أحمد، ابن حنبل، أحمد، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانيه ١٣٩٨ش / ١٩٧٨م.

٣٦. الموطأ، مالك، عبد الله مالك بن أنس، الناشر: دار المعرفه بيروت ١٣٩٨ش / ١٩٧٨م.

٣٧. نصب الرايه لأحاديث الهدايه، الزيعلي، عبد الله، من مطبوعات المجلس العلمى بالهند، الطبعة الثانيه ١٣٩٣ش المكتب الإسلامى، بيروت.

٣٨. النهايه فى غريب الحديث والأثر، ابن الأثير، مبارك بن محمّد، الطبعة الرابعه، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى - محود محمّد الطناحى، الناشر: إسماعيليان، قم.

٣٩. نيل الاوطار الناشر، الشوكانى، محمّد بن على، مصطفى الحلبي وأولاده بمصر.

٤٠. وسائل الشيعه، الحر العاملى، محمّد بن الحسن، الطبعة الثانيه، ١٤١٤ق تحقيق مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث.

ثالثاً: الفقه وعلومه

٤١. أحكام النساء، المفيد، محمّد بن محمّد، تحقيق: الشيخ مهدي نجف، الناشر: المؤتمر العالمى لألفيته الشيخ المفيد، مطبعة مهر.

٤٢. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، العلامة الحلّى، الحسن بن يوسف، الطبعة الأولى ١٤١٠ق، تحقيق: الشيخ فارس الحسون، الناشر: جماعه المدرّسين، قم المقدّسه.

٤٣. إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، التبريزى، جواد بن على، الطبعة الثالثه، الناشر: مؤسسه إسماعيليان ١٤١٦ق.

٤٤. الإشراف على مذاهب العلماء، ابن المنذر، محمّد بن المنذر النيسابورى، الناشر- دار طيبه، الرياض، الطبعة الأولى.

٤٥. الاقتصاد الهادى إلى طريق الرشاد، الطوسى، محمّد بن الحسن، تحقيق: الشيخ حسن سعيد، الناشر: مكتبه جهلستون ١٤٠٠ق، مطبعة خيام، قم.

٤٦. الأمّ الشافعى، عبد الله محمّد، الطبعة الأولى ١٤٠٠ق / ١٩٨٠م، المطبعة دار الفكر بيروت.

٤٧. الانتصار، المرتضى، على بن الحسين، تحقيق ونشر: مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرسين بقم المشرفه، الطبعة الأولى ١٤١٥ق.

٤٨. الإنصاف، فى معرفه الراجح من الخلاف على مذهب أحمد بن حنبل، المرادوى، على بن سليمان، دار إحياء التراث العربى - بيروت ١٤٠٠ق / ١٩٨٠م.

٤٩. إيضاح الفوائد فى شرح إشكالات القواعد، الحلّى، محمّد بن حسن، الطبعة الأولى ١٣٨٩ش الناشر: طبع بأمر السيّد محمود الشاهرودى.

٥٠. البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ابن نجيم، زين الدين ابراهيم، الناشر: دار المعرفة - بيروت - طبعه ثانيه مُعادةً بالأوفست.
٥١. بحوث استدلاليه فى فقه الأحوال الشخصيه كتاب النكاح، لمؤيد، حسين، الناشر: دار التفسير، الطبعه الأولى ١٤٢٣ق/ ٢٠٠٢م.
٥٢. بدايه المجتهد ونهايه المقتصد، ابن رشيد الحفيد، محمّد بن أحمد، دار الفكر بيروت.
٥٣. بدائع الصنائع، الكاسانى، علاء الدين أبى بكر بن مسعود، الناشر: زكريا على يوسف.
٥٤. بلغه الفقيه، بحر العلوم، محمّد، الناشر: مكتبه الصادق، طهران، الطبعه الرابعه ١٤٠٣ق/ ١٩٨٤م.
٥٥. تبين الحقائق، الزبلى، عثمان بن على، الناشر دار المعرفة، بيروت، الطبعه الثانيه ١٣١٣ش.
٥٦. تحرير الأحكام، العلامة الحلّى، حسن بن يوسف، الطبعه الحجرية، مطبعه طوس مشهد المقدّسه.
٥٧. تحرير المجله، كاشف الغطاء، محمّد حسين، الطبعه الأولى ١٣٥٩ش، الناشر: المكتبه الرضويه، النجف - العراق.
٥٨. تحفه الفقهاء، السمرقندى، علاء الدين، الطبعه الثانيه ١٤١٤ق، المطبعه دار الكتب العلميه، بيروت.
٥٩. تذكرة الفقهاء (ط - ق)، العلامة الحلّى، حسن بن يوسف، الناشر: مكتبه الرضويه لإحياء الآثار الجعفريه المؤسس الشيخ عبد الكريم التبريزى.
٦٠. تكمله المجموعه الثانيه، المطيعى، محمّد نجيب، الناشر: المكتبه السلفيه بالمدينه المنوره.
٦١. التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، الفاضل المقداد، جمال الدين، تحقيق: عبد اللطيف حسين كوهكمري، الناشر: مكتبه السيّد المرعشى، قم المقدّسه ١٤٠٤ق.
٦٢. تهذيب الأحكام، الطوسى، محمّد بن الحسن، الناشر: دار الكتب الإسلاميه، طهران - إيران.
٦٣. تهذيب التهذيب، العسقلانى، أحمد بن على، الطبعه الأولى ١٤٠٤ق، النشر: دارالفكر بيروت.
٦٤. جامع المدارك فى شرح المختصر النافع، الخونسارى، أحمد، تحقيق: على أكبر غفارى، الناشر: مكتبه الصدوق، طهران، الطبعه الثانيه.
٦٥. جامع المقاصد فى شرح القواعد، لكركى، على بن الحسين، تحقيق ونشر: مؤسسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعه الأولى ١٤٠٨ق، المطبعه المهديه - قم المقدّسه.
٦٦. جواهر الكلام، النجفى، محمّد حسن، تحقيق عباس القوجانى، الناشر: دار الكتب الإسلاميه - آخوندى، مطبعه خورشيد،

الطبعة الثالثة.

ص: ٢٧٣

٦٧. حاشيه البناني على الزرقاني المسّماه، البناني، محمّد، (بافتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني) دار الفكر، بيروت.
٦٨. حاشيه الدسوقي على الشرح الكبير، الدسوقي، محمّد بن أحمد، الناشر: دار الفكر، بيروت.
٦٩. حاشيه المكاسب، الأصفهاني الكمباني، محمّد حسين، تحقيق عباس محمّد آل سباع القطيفي، الطبعة الأولى ١٤١٨ق.
٧٠. حاشيه المكاسب، الخراساني، محمّد كاظم حسين، تحقيق: السيّد مهدي شمس الدين، الناشر: وزاره الإرشاد الإسلامي، الطبعة الأولى ١٤٠٦ق.
٧١. حاشيه المكاسب، اليزدي، السيّد محمّد كاظم، الناشر: مؤسسه اسماعيليان ١٤١٨ق.
٧٢. الحدائق الناظره، البحراني، يوسف، تحقيق: محمّد تقى الأيرواني، الناشر: جماعه المدرسين، قم المشرفه - إيران.
٧٣. الخرشى على مختصر الخليل، الخرشى، محمّد بن عبد الله، الناشر: دار الفكر بيروت.
٧٤. الخلاف، تحقيق سيد على الخراساني، الطوسي، محمّد بن الحسن، سيد جواد الشهرستاني، الشيخ محمّد مهدي نجف، الطبعة الأولى ١٤١٧ق، الناشر: مؤسسه النشر الإسلامي، قم المقدّسه.
٧٥. الدرّ المختار، الحصفكي، علاء الدين، الناشر دار الفكر ١٤١٥ق، بيروت - لبنان.
٧٦. دليل تحرير الوسيله، السيفي المازندراني، على أكبر، الناشر: مؤسسه تنظيم ونشر آثار الإمام الخميني، قم - إيران.
٧٧. رسائل آل طوق، آل طوق، أحمد بن صالح، الطبعة الأولى ١٤٢٢ق، الناشر: دار المصطفى لإحياء التراث.
٧٨. الروضه البهيه (شرح اللمعه)، الشهيد الثاني، زين الدين، الطبعة الأولى ١٤١٠ق، الناشر: داوري، المطبعه أمير - قم.
٧٩. روضه الطالبين، النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، طبع ونشر المكتب الإسلامي للطباعه والنشر.
٨٠. رياض المسائل في بيان الأحكام بالدلائل، الطباطبائي، على، الطبعة الحجرية، الناشر: مؤسسه آل البيت، قم - إيران.
٨١. السرائر الحاوي لتحرير الفتاوى، ابن ادريس، محمّد بن منصور، الناشر والمطبعه: جماعه المدرسين، قم المقدّسه، الطبعة الثانية ١٤١٠ق.

٨٢. شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام، المحقق الحلى، جعفر بن حسن، المعلق: السيد صادق الشيرازى، الطبعة الثانية، الناشر: انتشارات استقلال طهران ناصر خسرو، المطبعة أمير، قم.

٨٣. الشرح الكبير، الدردير، أبو البركات سيدى، الناشر: دار إحياء الكتب العربيه، بيروت.

٨٤. العده فى اصول الفقه، الطوسى، محمد بن الحسن، الطبعة الأولى ١٤١٧ق، تحقيق: محمد رضا انصارى قمى، الناشر: مطبعة ستاره، قم - إيران.

٨٥. العروه الوثقى، الحكيم، محسن، مستمسك الناشر مكتبه السيد المرعى ١٤٠٤ق.

٨٦. العروه الوثقى، اليزدى، محمد كاظم، الناشر: مؤسسه الأعلمى، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٩ق.

٨٧. عوائد الأيام، النراقى، أحمد، الناشر: مكتبه بصيرتى، قم، الطبعة الثالثة ١٤٠٨ق، مطبعة غدیر، قم.

٨٨. غايه المراد فى شرح نكت الإرشاد، الشهيد الأول، محمد بن مكى، الطبعة الأولى ١٤١٤ق تحقيق: رضا مختارى، الناشر: دفتر تليغات الإسلامى التابع للحوزه العلميه فى قم المقدسه.

٨٩. غايه المرام فى شرح شرائع الإسلام، راشد الصيمرى، مفلح بن حسن، الطبعة الأولى ١٤٢٠ق، الناشر: دار الهادى بيروت لبنان.

٩٠. فتح القدير، ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، مكتبه ومطبعة مصطفى البابى الحلبي بمصر الطبعة الأولى سنه ١٣٨٩ش / ١٩٧٠م.

٩١. فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، الأنصارى، زكريا، الطبعة الأولى ١٤١٨ق تحقيق: دار الكتب العلميه، بيروت - لبنان.

٩٢. فقه الإماميه، قم الخيارات، الكيلانى، ميرزا حبيب الله بن محمد عل، الناشر: الداورى، إيران، قم المقدسه، ١٤٠٧ق.

٩٣. فقه الصادق، الروحانى، محمد صادق، الطبعة الثالثة ١٤١٢ق، المطبعة العلميه، الناشر: مؤسسه دار الكتاب، قم.

٩٤. الفقه على المذاهب الأربعة، الجزيرى، عبد الرحمن، دار إحياء التراث العربى، بيروت.

٩٥. الفقه على المذاهب الإسلاميه ومذهب أهل البيت عليهم السلام، الجزيرى، عبد الرحمن؛ الغروى، محمد؛ المازح، ياسر، الطبعة الأولى ١٤١٩ق، الناشر: دار الثقلين، بيروت - لبنان.

٩٦. فى فقه الإماميه، الشهيد الأول، محمد بن مكى، الدروس تحقيق ونشر: مؤسسه النشر الإسلامى - التابعه لجماعه المدرسين - قم، الطبعة الأولى ١٤١٢ق.
٩٧. قواعد الأحكام فى معرفه الحلال والحرام، العلامة الحلى، حسن بن يوسف، تحقيق ونشر: مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرسين ١٤١٣ق، قم المقدسه.
٩٨. القواعد الفقهيّه، البجنوردى، محمد حسين، تحقيق: مهدي المهريزى، محمد حسين الدرايتى، الطبعة الأولى ١٤١٩ق الناشر: نشر الهادى، قم المقدسه.
٩٩. القواعد والفوائد فى الفقه والأصول والعريه، الشهيد الأول، محمد بن مكى، تحقيق الدكتور السيد عبد الهادى الحكيم، الناشر: مكتبه المفيد، قم - ايران.
١٠٠. قوانين الأحكام الشرعيّه، ابن جزى، محمد بن أحمد، دار العلم للملايين، بيروت ١٩٧٩م.
١٠١. الكافى فى الفقه، أبو الصلاح الحلبي، تقى الدين بن نجم، تحقيق: رضا استادى، الناشر: مكتبه أمير المؤمنين عليه السلام، أصفهان ١٤٠٣ق.
١٠٢. الكافى فى فقه أهل المدينه المالكي، ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الناشر: مطبعه حسان القاهره ١٣٩٩ش / ١٩٧٩م.
١٠٣. كتاب البيع، الحسينى الشيرازى، محمد، الناشر: معهد التعاليم الإسلاميه، الطبعة الأولى ١٤١٤ق.
١٠٤. كتاب النكاح، الأنصارى، مرتضى محمد أمين، تحقيق: لجنة تحقّق تراث الشيخ الأنصارى، الطبعة الأولى ١٤١٥ق، المطبعه باقرى، قم.
١٠٥. كشف الرموز فى شرح المختصر النافع، الفاضل الآبى، زين الدين أبى على الحسن بن أبى طالب، الناشر: مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرسين بقم المشرفه، الطبعة الأولى ١٤١٠ق.
١٠٦. كشف القناع عن متن الإقناع، البهوتى، منصور بن يونس، الناشر: مكتبه النصر الحديثه بالرياض.
١٠٧. كشف اللثام، الفاضل الهندى، بهاء الدين محمد بن الحسن، الناشر: مكتبه آيه الله العظمى المرعشى النجفى عام ١٤٠٥ق، قم المقدسه.
١٠٨. كفايه الأحكام، السبزوارى، محمد باقر، الطبعة الحجرية، الناشر: مدرسه صدر مهدوى - أصفهان، مطبعه مهر - قم.

١٠٩. ماوراء الفقه، الصدر، محمّد محمّد صادق، تحقيق: جعفر هادي الدجيلي، الناشر: دار الأضواء للطباعة والنشر ١٤٢٠ق.
١١٠. المبدع في شرح المقنع، ابن مفلح، إبراهيم، الناشر: المكتب الإسلامي ١٣٩٧ش / ١٩٧٧م.
١١١. المبسوط في فقه الإماميّة، الطوسي، محمّد بن الحسن، تحقيق: محمّد تقي الكشفي، الناشر: المكتبة الرضويه، المطبعة الحيدريه - طهران.
١١٢. المبسوط، السرخسي، أبو بكر محمّد بن أحمد، دار المعرفه بيروت، طبعه ثلثه مُعادةً بالأوفست ١٣٩٨ش / ١٩٧٨م.
١١٣. مجمع الفوائد والبرهان في شرح إرشاد الأذهان، المقدّس الأردبيلي، أحمد بن محمّد، الناشر: جماعه المدرسين ١٤٠٣ق.
١١٤. المحلّي، ابن حزم، علي بن أحمد، دار الفكر بيروت.
١١٥. مختصر المُزني، المُزني، إسماعيل بن يحيى، الناشر دار المعرفه، بيروت.
١١٦. المختصر النافع في فقه الإماميّة، المحقّق الحلّي، نجم الدين جعفر، الناشر: مؤسسه البعثه - طهران ١٤١٠ق، طبعه دار التقريب، القاهره.
١١٧. مختلف الشيعه في أحكام الشريعه، العلامه الحلّي، حسن بن يوسف، الناشر: مؤسسه النشر الإسلامي التابعه لجماعه المدرسين؛ بقم المشرفه، الطبعه الثانيه، ١٤١٣ق .
١١٨. مدارك العروه، الاشتهاردى، علي بناه، الطبعه الأولى ١٤١٧ق، الناشر: دار الأسوه للطباعة والنشر، طهران - إيران.
١١٩. المدونه الكبرى، مالك بن أنس، دار الفكر بيروت سنه ١٣٩٨ش، ١٩٧٨م.
١٢٠. المراسم العلويه في الأحكام النبويه، سلّار، عبد العزيز، تحقيق: السيّد محسن الحسيني الأميني، الناشر: المعاونه الثقافيه للمجمع العالمى لأهل البيت عليهم السلام ١٤١٤ق، المطبعه أمير - قم.
١٢١. مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، الشهيد الثاني، زين الدين، تحقيق ونشر: مؤسسه المعارف الإسلاميّه، الطبعه الأولى ١٤١٣ق، المطبعه بهمن، قم.
١٢٢. مسائل الناصريات، المرتضى، علي بن الحسين، الناشر: رابطة الثقافه والعلاقات الإسلاميّه، طهران، المطبعه مؤسسه الهدى.
١٢٣. مستند الشيعه في أحكام الشريعه، النراقي، أحمد، تحقيق ونشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث مشهد، الطبعه الأولى ١٤١٥ق، المطبعه ستاره قم.

١٢٤. مصباح الفقاهه، التوحيدى التبريزى، الميرزا محمد على، من تقريرات أبو القاسم الخوئى، الناشر: الوجدانى، الطبعة الثالثة، مطبعة الغدير.

١٢٥. مطارح الأنظار، الأنصارى، مرتضى محمد أمين، الناشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - إيران.

١٢٦. مغنى المحتاج، الخطيب الشربيني، محمد بن أحمد، دار إحياء التراث العربى، بيروت.

١٢٧. المغنى على مختصر الخرقى، ابن قدامه المقدسى، عبد الله بن أحمد، الناشر: مكتبة المؤيد عن طبعه المنار الأولى سنة ١٣٤٨ش.

١٢٨. مفاتيح الشرائع، الفيض الكاشانى، محمد محسن، الناشر: مكتبة السيد المرعشى قم المقدسه.

١٢٩. مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلامة، العاملى، جواد بن محمد، تحقيق: الشيخ محمد باقر الخالصى، الطبعة الأولى ١٤١٩ق، مطبعة ونشر: مؤسسه النشر الإسلامى - التابعه لجماعه المدرسين - بقم المشرفه.

١٣٠. المقنعه، المفيد، محمد بن محمد، تحقيق ونشر: جماعه المدرسين، قم المقدسه، الطبعة الثانية ١٤١٠ق.

١٣١. المكاسب المحرمه، الأنصارى، مرتضى، تحقيق: لجنة تحقق تراث الشيخ الأنصارى، الطبعة الأولى، المطبعة باقرى، قم.

١٣٢. المكاسب والبيع، الآملى، محمد تقى، تقرير أبحاث الميرزا النائينى، نشر: مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرسين بقم المشرفه.

١٣٣. المناهل، الطبعة الأولى، الطباطبائى، محمد مجاهد، الناشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام .

١٣٤. منيه الطالب فى شرح المكاسب، الخونسارى، موسى بن محمد، تقرير أبحاث الميرزا محمد حسين النائينى، تحقيق ونشر: مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجماعه المدرسين بقم المشرفه، الطبعة الأولى ١٤١٨ق.

١٣٥. مهذب الأحكام، السبزوارى، عبد الأعلى، تحقيق: مؤسسه المنار، الطبعة الرابعه، الناشر: مكتب آيه الله السبزوارى، قم - إيران.

١٣٦. المهذب البارع فى شرح المختصر النافع، ابن فهد الحلى، جمال الدين، تحقيق مجتبى العراقى، الناشر والمطبعة: جماعه المدرسين، قم ١٤٠٧ق.

١٣٧. المهذب، ابن البراج، عبد العزيز، تحقيق: باشراف الشيخ السبحانى، الناشر: جماعه المدرسين، قم ١٤٠٦ق.

١٣٨. مواهب الجليل لشرح مختصر، الحطاب الرعيني، محمد بن محمد، الناشر: دار الفكر، الطبعة الثانية ١٣٩٨ش / ١٩٧٨م.
١٣٩. موسوعه الإمام الخوئي، الخوئي، أبو القاسم، الطبعة الثانية، الناشر: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي ١٤٢٦ق / ٢٠٠٥م.
١٤٠. موسوعه الفقه، الحسيني الشيرازي، محمد، الناشر: دار العلوم، الطبعة الثانية ١٤٠٩ق / ١٩٨٨م.
١٤١. نهايه المرام، العاملي، محمد، الناشر والمطبعة: مؤسسه النشر الإسلامي التابعه لجماعه المدرسين بقم، الطبعة الأولى ١٤١٣ق.
١٤٢. نهج الفقاهه، الحكيم، محسن، الناشر: انتشارات ٢٢ بهمن، قم.
١٤٣. النور الساطع في الفقه النافع، كاشف الغطاء علي، مطبعة الآداب ١٣٨١ش / ١٩٦١م، النجف الأشرف.
١٤٤. الهدايه في الفروع والأصول، الصدوق، محمد بن علي، تحقيق ونشر: مؤسسه الإمام الهادي عليه السلام، الطبعة الأولى ١٤١٨ق، مطبعة اعتماد، قم.

١٤٥. هدى الطالب في شرح المكاسب، مروج الجزائري، محمد جعفر، الناشر: مؤسسه دار الكتاب للجزائري، قم - إيران.

١٤٦. الوسيله إلى نيل الفضيله، ابن حمزه، محمد بن علي، تحقيق: الشيخ محمد الحسون، الناشر: مكتبه السيد المرعشي، الطبعة الأولى ١٤٠٨ ق مطبعة، خيام - قم.

رابعاً: كتب التراجم والرجال

١٤٧. الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين، الزركلي، خير الدين، الطبعة الثالثة ١٣٨٩ش / ١٩٦٩م.
١٤٨. رجال الطوسي، الطوسي، محمد بن الحسن، تحقيق الشيخ جواد القيومي، الناشر: مؤسسه النشر الإسلامي التابعه لجماعه المدرسين بقم المشرفه ١٤١٥ق.
١٤٩. رجال النجاشي، النجاشي، أحمد بن علي، تحقيق: السيد موسى الشبيري الزنجاني، الطبعة الخامسة ١٤١٦ق، الناشر: مؤسسه النشر الإسلامي التابعه لجماعه المدرسين قم المشرفه.
١٥٠. الرجال لابن الغضائري، أحمد بن الحسين الواسطي البغدادي، تحقيق: السيد محمدرضا الحسيني الجلالی.

١٥١. الفهرست، الطبعة الأولى، الطوسي، محمّد بن الحسن، تحقيق ونشر: مؤسسه نشر الفقاهاه، الشيخ جواد القيومي، المطبعة مؤسسه النشر الإسلامي.

١٥٢. معجم المؤلفين تراجم مصنفى الكتب العربيه، كحاله، عمر رضا، الناشر: مكتبه المثنى بيروت، ودار إحياء التراث العربى بيروت.

١٥٣. نقد الرجال، التفرشى، مصطفى بن حسين، تحقيق ونشر: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث، الطبعة الأولى ١٤١٨ق، المطبعة ستاره - قم.

خامساً: كتب اللغة

١٥٤. تاج العروس من جواهر القاموس، الزبيدى، محمّد مرتضى، من منشورات دار كتب الحياه بيروت صوره عن الطبعة الأولى بالمطبعة الخيره بمصر ١٣٠٦ش.

١٥٥. الصحاح، الجوهري، إسماعيل بن حماد، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، الناشر: دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية ١٣٩٩ش / ١٩٧٩م.

١٥٦. القاموس المحيط، الفيروزآبادى، محمّد بن يعقوب، مطبعة مصطفى البابى الحلبي بمصر ١٣٧١ش.

١٥٧. لسان العرب، ابن منظور، محمّد بن مكرم، الطبعة الأولى ١٤٠٥ق المطبعة دار إحياء التراث العربى الناشر: نشر أدب حوزة.

١٥٨. المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى، الفيومي، أحمد بن على، الناشر: المكتبة العلميه، بيروت.

١٥٩. المفردات فى غريب القرآن، الراغب الأصفهاني، أبو القاسم حسين بن أحمد، الطبعة الأولى ١٤٠٤ق، الناشر: دفتر نشر الكتاب.

١٦٠. مقاييس اللغة، ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق عبد السلام محمّد هارون - دار الكتب العلميه، ايران.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان

الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

