كفاءة الزوج .

فصل : و منها كفاءة الزوج في إنكاح المراة الحرة البالغة العاقلة نفسها من غير رضا الأولياء بمهر مثلها فيقع الكلام في هذا الشرط في أربعة مواضع أحدها في بيان أن الكفاءة في باب النكاح هل هي شرط لزوم النكاح في الجملة أم لا و الثاني في بيان النكاح الذي الكفاءة من شرط لزومه و الثالث في بيان ما تعتبر فيه الكفاءة و الرابع في بيان من يعتبر له الكفاءة .

أما الأول : فقد قال عامة العلماء إنها شرط و قال الكرخي ليست بشرط أصلا و هو قول مالك و سفيان الثوري و الحسن البصري و احتجوا بما روي أن أبا طيبة خطب إلى بني بياضة فأبوا أن يزوجوه فقال رسول ا صلى ا عليه و سلم : [أنكحوا أبا طيبة إن لا تفعلوا تكن فتنة في الأرض و فساد كبير] .

و روي أن بلالا Bه خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه فقال له رسول ا صلى ا عليه و سلم : [قل لهم إن رسول ا صلى ا عليه و سلم يأمركم أن تزوجوني] أمرهم رسول ا صلى ا عليه و سلم بالتزويج عند عدم الكفاءة و لو كانت معتبرة لما أمر لأن التزويج من غير كفء غير مأمور به و قال صلى ا عليه و سلم : [ليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى] و هذا نص و لأن الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع كان أولى الأبواب بالاعتبار بها باب الدماء لأنه يحتاط فيه ما لا يحتاط في سائر الأبواب و مع هذا لم يعتبر حتى يقتل الشريف بالوضيع فههنا أولى و الدليل عليه أنها لم تعتبر في جانب المرأة فكذا في جانب الزوج .

و لنا ما روى عن رسول ا صلى ا عليه و سلم أنه قال : [لا يزوج النساء إلا الأولياء و لا يزوجن إلا من الأكفاء و لا مهر أقل من عشر دراهم] و لأن مصالح النكاح تختل عند عدم الكفاءة لأنها لا تحصل إلا بالاستفراش و المرأة تستنكف عن استفراش غير الكفء و تعير بذلك فتختل المصالح و لأن الزوجين يجري بينهما مباسطات في النكاح لا يبقى النكاح بدون تحملها عادة و التحمل من غير الكفء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها .

و لا حجة لهم في الحديثين لأن الأمر بالتزويج يحتمل أنه كان ندبا لهم إلى الأفضل و هو اختيار الدين و ترك الكفاءة فيما سواه و الاقتصار عليه و هذا لا يمنع جواز الامتناع و عندنا الأفضل اعتبار الدين و الاقتصار عليه و يحتمل انه كان أمر إيجاب أمرهم بالتزويج منهما مع عدم الكفاءة تخصيصا لهم بذلك [كما خص أبا طيبة بالتمكين من شرب دمه صلى ا

عليه و سلم] و خص خزيمة بقولى شهادته وحده و نحو ذلك و لا شركة في موضع الخصوصية حملنا الحديثين على ما قلنا توفيقا بين الدلائل .

و أما الحديث الثالث فالمراد به أحكام الآخرة إذ لا يمكن حكمه على أحكام الدنيا لظهور فضل العربي على العجمي في كثير من أحكام الدنيا فيحمل على أحكام الآخرة و به نقول و القياس على القصاص غير سديد لأن القصاص شرع لمصلحة الحياة و اعتبار الكفاءة فيه يؤدي إلى تفويت هذه المصلحة لأن كل أحد يقصد قتل عدوه الذي لا يكافئه فتفوت المصلحة المطلوبة من القصاص و في اعتبار الكفاءة في باب النكاح تحقيق المصلحة المطلوبة من النكاح من الوجه الذي بينا فبطل الاعتبار و كذا الاعتبار بجانب المرأة لا يصح أيضا لأن الرجل لا يستنكف عن استفراش المرأة الدنيئة لأن الاستنكاف عن المستفرش لا عن المستفرش و الزوج مستفرش فيستفرش الوطء و الخشن .

فصل : و أما الثاني : فالنكاح الذي الكفاءة فيه شرط لزومه هو إنكاح المرأة نفسها من غير رضا الأولياء لا يلزم حتى لو زوجت نفسها من غير كفء من غير رضا الأولياء و لا يلزم للأولياء حق الاعتراض لأن في الكفاءة حقا للأولياء لأنهم ينتفعون بذلك ألا ترى أنهم يتفاخرون يعلو نسب الختن و يتعيرون بدناءة نسبه فيتضررون بذلك فكان لهم أن يدفعوا الضرر عن أنفسهم بالاعتراض كالمشتري إذا باع الشقص المشفوع ثم جاء الشفيع كان له أن يفسخ البيع و يأخذ المبيع بالشفعة دفعا للضرر عن نفسه كذا هذا و لو كان التزويج برضاهم يلزم حتى لا يكون لهم حق الاعتراض لأن التزويج من المرأة تصرف في محل هو خالص حقها و هو نفسها و امتناع اللزوم كان لحقهم المتعلق بالكفاءة فإذا رضوا فقد أسقطوا حق أنفسهم و هم من أهل الإسقاط و الحمل قابل للسقوط فيسقط و لو رضي به بعض الأولياء سقط حق الباقين في قول أبي حنيفة و محمد و عند أبي يوسف لا يسقط وجه قوله أن حقهم في الكفاءة ثبت مشركا بين الكل فإذا رضي به أحدهم أسقط حق نفسه فلا سقط حق الباقين كالدين إذا و جب لجماعة فأبرأ بعضهم لا يسقط حق الباقين لما قلنا كذا هذا و لأن رضا أحدهم لا يكون أكثر من رضاها فإن زوجت نفسها من غير كفء بغير رضاهم لا يسقط حق الأولياء برضاها فلأن لا يسقط برضى أحدهم أولى .

و لهما أن هذا حق واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ و هو القرابة و أسقاط بعض ما لا يتجزأ إسقاط لكله لأنه لا بعض له فإذا أسقط واحد منهم لا يتصور بقاؤه في حق الباقين كالقصاص إذا وجب لجماعة فعفا أحدهم عنه أنه يسقط حق الباقين كذا هذا .

و لأن حقهم في الكفاءة ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر و التزويج من غير كفء وقع اضرارا بالأولياء من حيث الظاهر و هو ضرر عدم الكفاءة فالظاهر أنه لا يرضى به أحدهم إلا بعد علمه بمصلحة حقيقة هي أعظم من مصلحة الكفاءة وقف هو عليها و غفل عنها الباقون لولاها لما رضي و هي دفع ضرر الوقوع في الزنا على تقدير الفسخ .

و أما قوله : الحق ثبت مشتركا بينهم فنقول على الوجه الأول ممنوع بل يثبت لكل واحد منهم على الكمال كأن ليس معه غيره لأن ما لا يتجزأ لا يتصور فيه الشركة كحق القصاص و الأمان بخلاف الدين فإنه يتجزأ فتتصور فيه الشركة و بخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كفء بغير رضا الأولياء لأن هناك الحق متعدد فحقها خلاف جنس حقهم لأن حقها في نفسها و في نفس العقد و لا حق لهم في نفسها و لا في نفس العقد و إنما حقهم في دفع الشين عن أنفسهم و إذا اختلف جنس الحق فسقوط أحدهما لا يوجب سقوط الآخر .

و أما على الوجه الثاني فمسلم لكن هذا الحق ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر و في إبقائه لزوم أعلى الضررين فسقط ضرورة و كذلك الأولياء لو زوجوها من غير كفء برضاها يلزم النكاح لما قلنا و لو زوجها أحد الأولياء من غير رضا الباقين يجوز عند عامة العلماء خلافا لمالك بناء على أن ولاية النكاح ولاية المستقل لكل واحد منهم عندنا و عنده ولاية مشتركة و قد ذكرنا المسألة في شرائط الجواز و هل يلزم قال أبي حنيفة و محمد يلزم و قال أبو يوسف و زفر و الشافعي لا يلزم .

وجه قولهم : على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن الكفاءة حق ثبت للكل على الشركة و أحد الشريكين إذا أسقط حق نفسه لا يسقط حق صاحبه كالدين المشترك .

و جه قولهما : أن هذا حق واحد لا يتجزأ ثبت بسبب لا يتجزأ و مثل هذاالحق إذا ثبت لجماعة يثبت لكل واحد منهم على الكمال كأن ليس معه غيره كالقصاص و الأمان و لأن إقدامه على النكاح مع كمال الرأي برضاها مع التزام ضرر ظاهر بالقبيلة و نفسه و هو ضرر عدم الكفاءة بلحوق العار و الشين دليل كونه مصلحة في الباطن و هو اشتماله على دفع ضرر أعظم من ضرر عدم الكفاءة و هو ضرر عار الزنا أو غيره لولاه لما فعل .

و أما إنكاح الأب و الجد الصغير و الصغيرة فالكفاءة فيه ليست بشرط للزومه عند أبي حنيفة كما أنها ليست بشرط جواز عنده فيجوز ذلك و يلزم لصدوره ممن له كمال نظر لكمال الشفقة بخلاف إنكاح الأخ و العم من غير الكفء أنه لا يجوز بالإجماع لأنه ضرر على ما بينا في شرائط الجواز و أما إنكاحهما من الكفء فجائز عندنا خلافا للشافعي لكنه غير لازم في قول أبي حنيفة و محمد و عند أبي يوسف لازم و المسألة قد مرت