كتــاب الأم

الخيار من قبل النسب .

قال الشافعي C تعالى : ولو أن عبدا انتسب لامرأة حرة حرا فنكحته وقد أذن له سيده ثم علمت أنه عبده أو انتسب لها إلى نسب فوجدته من غير ذلك النسب ومن نسب دونه ونسبها فوق نسبه كان فيها قولان : أحدهما أن لها الخيار لأنه منكوح بعينه ةغار بشيء وجد دونه والثاني : أن النكاح مفسوخ كما ينفسخ لو أذنت في رجل بعينه فزوجت غيره كأنها أذنت في عبد ا بن محمد الفلاني فزوجت عبد ا بن محمد من غير بني فلان فكان الذي زوجته غير من اذنت بتزويجه فإن قال قائل : فلم تجعل لها الخيار في الرجحل يغرها بنسبه وقد نكحته بعينه ولم تجعله لها من جهة الصداق ؟ قيل : الصداق مال من مالها هي أملك به لا عار عليها ولا على من هي فيه منه في نقصه ولا ولاية لأوليائها في مالها وهذا كان لأوليائها على الابتداء إذا أذنت فيه أن يمنعوها منه بنقص في النسب ولم يكن لهم على الابتداء يمنعونها كفؤا تترك لها من صداقها فإن قال قائل : فكيف لم تجعل نكاح الذي غرها مفسوخا بكل حال ؟ قيل له : لأنه قد كان لأوليائها على الابتداء أن يزوجها إياه وليس معنى النكاح إذا أراد الولاة منعه بأن الناكح غير كفء بان النكاح محرم وللأولياء أن يزوجوها غير كفء غذا رضيت ورضوا وإنما رددناه بالنقص على المزوجحة كما يجعل الخيار في رد البيع بالعيب وليس بمحرم أن يتم إن شاء الذي جعل له الخيار فقد جعلت خيارا في الكفاءة قيل : من جهة أن ا D جعل للأولياء في بضع المرأة أمرا وجعل رسول ا A نكاح المرأة بغير إذن وليها مردودا فكانت دلالة أن لا يتم نكاحها إلا بولي وكانت إذا فعلت ذلك مفوتة في شيء لها فيه شريك ومن يفوت في شيء له لم يجز ذلك على شريكه فإذا كان الشريك في بضع لم يتم إلا بإجماع الشريكين لأنه لا يتبعض ولم يكن للولاة معها معنى إلا بما وصفنا وا تعالى أعلم إلا أن تنكح من ينقص نسبه عن نسبها ولم يجعل ا للولاة أمرا في مالها ولو أن المرأة غرت الرجل بأنها حرة فإذا هي أمة وأذن لها سيدها كان له فسخ النكاح إن شاء ولو غرته بنسب فوجدها دونه ففيها قولان : أحدهما أن له عليها في الغرور بالنسب ما لها عليه من رد النكاح وإذا رد النكاح قبل أن يصيبها فلا مهر ولا متعة وإذا رده الإصابة فلها مهر مثلها لا ما سمي لها ولا نفقة في العدة حاملا كانت أو غير حامل ولا ميراث بينهما إذا فسخ والثاني لا خيار له إذا كانت حرة لأن بيده الطلاق ولا يلزمه من العار ما يلمها وله الخيار بكل حال إن كانت أمة (قال الربيع) : وإن كانت أمة غر بها كان له الخيار إن كانت أمة غر بها كان له الخيار إن كان يخاف العنت وكان لا يجد طولا لحرة وإن كان يجد طولا لحرة أو كان لا

يخاف العنت فالنكاح مفسوخ بكل حال وهو قول الشافعي قال الشافعي : ولو غرها بنسب فوجد دونه وهو بالنسب الدون كفء لها ففيها قولان : أحدهما ليس لها ولا لوليها خيار من قبل الكفاءة لها وإنما جعل لها الخيار ولوليها من قبل التقصير عن الكفاءة فإذا لم يكن تقصير فلا خيار وهذا أشبه القةلين وبه أقول : والآخر : أن النكاح مفسوخ لأنها مثل المرأة تأذن في الرجل فتزوج غيره ومن قال هذا القول الآخر قاله في المرأة تغر بنسب فتوجد على غيره قال : ولو غرت بنسب أو غر به فوجد خيرا منه وإنما منعني من هذا أن الغرور لم يكن فيه ببدنه ولا فيها ببدنها وهما المزوجان وإنما كان الغرور فيمن فوقه فلم تكن أذنت في غيره ولا أذن في غيرها ولكنه كان ثم غرور نسب فيه حق للعقدة وكان غير فاسد أن يجوز على الابتداء قال الشافعي : فإن قال : فهل تجد دلالة غير ما ذكرت من الاستدلال من أن معنى الأولياء إنما هو لمعنى النسب في هذا المعنى أو ما يشبهه في كتاب أو سنة حتى يجوز أن تجعل في النكاح خيارا والخيار إنما يكون إلى المخير إثباته وفسخه ؟ قيل : نعم عتقت بريرة فخيرها النبي A ففارقت زوجها وقد كان لها الثبوت عنده لأنه لا يخبرها إلا ولها أن تثبت إن شاءت وتفارق إن شاءت وقد كان العقد على بريرة صحيحا وكان الجماع فيه حلالا وكان لها فسخ العقد فلم يكن لفسخها معنى - وا تعالى أعلم - إلا أنها صارت حرة فصار العبد لها غير كفء والتي كانت كفيئة في حال ثم انتقلت إلى أن تكون غير كفء للعبد لتقصيره عنها أدنى حالا من التي لم تكن قط كفيئة لمن غرها فنكحته على الكفاءة فوجد على غيرها