

بداية المجتهد

- (فأما المسألة الأولى) فاختلف فيها قول مالك فمرة قال : إن زوج الأبعد مع حضور الأقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال : النكاح جائز ومرة قال : للأقرب أن يجيز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الأب في ابنته البكر والوصي في محجورته فإنه لا يختلف قوله إن النكاح في هذين مفسوخ أعني تزويج غير الأب البنت البكر مع حضور الأب أو غير الوصي المحجورة مع حضور الوصي وقال الشافعي : لا يعقد أحد مع حضور الأب لا في بكر ولا في ثيب . وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعي : أعني ثابتا بالشرع في الولاية أم ليس بحكم شرعي ؟ وإن كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الأقرب أم ذلك حق من حقوق الأ ؟ فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال : يجوز نكاح الأبعد مع حضور الأقرب ومن رأى أنه حكم شرعي ورأى أنه حق للولي قال : النكاح منعقد فإن أجازته الولي جاز وإن لم يجزه انفسخ ومن رأى أنه حق قال : النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب أعنى أن يكون النكاح منفسخا غير منعقد