

النافع الكبير

{ باب في تزويج البكر والصغيرين } .

قوله : في بكر قال لها وليها إلخ ههنا مسئلتان : إحداهما إذا سكتت عند الاستيمار من الولي والثانية إذا سكتت بعدما زوجها الولي حين بلغها الخبر والسكوت منها رضا في المسئلتين بالنص والمعقول .

قوله : غير ولي وهم الأجانب أو قريب ليس بولي : كما لو كان عبداً أو كافراً أو مكاتباً أو كان ولياً غيره أولى منه : كالأخ مع الأب والعم مع الأخ ودلت الأحاديث على أن الأب لا يملك إجبار البكر البالغة على النكاح لأن النبي (E) ما أهدر رضاها لكن أقام السكوت مقام الرضا ولكن مع هذا إذا زوجها ينعقد النكاح ويتوقف على إجازتها فإذا بلغها الخبر فسكتت فقد رضيت وطريق وصول الخبر إليها أن يبعث الولي إليها رسولا عدلاً كان أو غير عدل فإن أخبرها الفضولي فلا بد من العدول والعدالة في قول أبي حنيفة (C) وعندهما لا يشترط ذلك كما لا يشترط في الرسول .

قوله : جاز لأن لغير الأب والجد ولاية تزويج الصغير والصغيرة عندنا خلافاً للشافعي فإن كبراً فلهما الخيار عند أبي حنيفة ومحمد (رحمهما) خلافاً لأبي يوسف فإن علمت بالنكاح وسكتت فهو رضا ويلزم العقد أما إذا لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتى تعلم أما إذا علمت وسكتت كان رضا اعتباراً بابتداء النكاح وأما إذا لم تعلم فالسكوت منها لا يكون رضا لأن الجهل بأصل النكاح عذر وإن علمت بالنكاح ولم يعلم بالخيار لم يعتبر هذا الجهل حتى لو سكتت كان رضا .

قوله : ورثه الآخر لأنه لما صح النكاح وجب الملك وهذا كاف للتوارث وأثبت خيار البلوغ للذكر والأنثى جميعاً لأن المعنى يجمعهما وهو قصور الشفقة بخلاف خيار العتق حيث يثبت للأنثى خاصة لأن المعنى خاص فيها وهو زيادة الملك عليها فيثبت لها الخيار سواء كانت تحت عبد أو تحت حر .

قوله : حتى ينقضه القاضي على قول من يجعل له الخيار بخلاف خيار المخيرة والمعتقة فإن ثمة يرتفع النكاح بالرد لأن النقص بخيار البلوغ كان للدفع عن ضرر خفي وهو قصور شفقة الولي فجعل إلزاماً في حق الخصم الآخر والإلزام يفتقر إلى القضاء وأما خيار العتق كان لدفع ضرر ظاهر وهو زيادة الملك عليها فكان دفعاً والدفع لا يفتقر إلى القضاء .

قوله : وقال أبو يوسف ومحمد إلخ لهما أن ولاية الآباء ما ثبتت إلا بشرط النظر فلا يملك الأب كسائر الأولياء وهو الأخ والعم وغيرهما إذا فعلوا ذلك وكما في باب البيع ولأبي حنيفة

أن النظر والضرر أمران باطنان لا يمكن الوقوف عليهما فيبيني الحكم على السبب الداعي إلى النظر والحس وهو قرب القرابة وبعدها وهذا في النكاح أما في البيع والتصرفات الواردة على المال لا يعتبر إلا المالية حتى لو عرف سوء الاختيار من الأب مجانية أو فسقا كان عقده باطلا في هذا الباب .

قوله : والأب حاضر وإن كان غائبا لا يجوز أما إذا كان حاضرا فلأنه أمكن جعل الأب مزوجا ومباشرا من كل وجه حكما لأنه يتصور حقيقة فكان العقد مضافا إلى الأب فبقي المزوج شاهدا ومعه رجل آخر وأما إذا كان غائبا لم يجر لأنه لا يمكن جعله مزوجا ومباشرا من كل وجه حكما لأنه لا يتصور حقيقة فكان القول مضافا إلى المزوج فلا يصلح شاهدا وعلى هذا قالوا : الأب إذا زوج بنته البكر البالغة بأمرها بحضرتها بشهادة رجل واحد جاز وإن كانت غائبة لا يجوز .

قوله : فهو جائز هذا قول أبي حنيفة وعلى قولهما لا يجوز وعلى هذا الخلاف التزويج من غير كفؤ وهو نظير الاختلاف في التزويج بالمهر بغبن فاحش كما مر