

بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

شرائط اللزوم .

فصل : و أما شرائط اللزوم فنوعان في الأصل : نوع هو شرط وقوع النكاح لازما و نوع هو شرط بقاءه على اللزوم .

أما الأول فأنواع : .

منها : أن يكون الولي في إنكاح الصغير و الصغيرة هو الأب و الجد فإن كان غير الأب و الجد من الأولياء كالأخ و العم لا يلزم النكاح حتى يثبت لهما الخيار بعد البلوغ و هذا قول أبي حنيفة و محمد .

و عند أبي يوسف : هذا ليس بشرط و يلزم بشرط و يلزم نكاح غير الأب و الجد من الأولياء لا يثبت لهما الخيار .

وجه قول أبي يوسف : أن هذا النكاح صدر من ولي فيلزم صدر من ولي فيلزم كما إذا صدر عن الأب و الجد و هذا لأن ولاية الإنكاح ولاية نظر في حق المولى عليه فيدل ثبوتها على حصول النظر و هذا يمنع ثبوت الخيار لأن الخيار لو ثبت إنما يثبت لنفي الضرر و لا ضرر فلا يثبت الخيار و لهذا لم يثبت في نكاح الأب و الجد كذا هذا .

و لهما : ما روي أن قدامة بن مطعون زوج بنت أخيه عثمان بن مطعون من عبد الله بن عمر B و خيرها رسول الله صلى الله عليه و سلم بعد البلوغ فاختارت نفسها حتى روي أن عمر قال : لها انتزعت مني بعدما ملكتها و هذا نص في الباب و لأن أصل القرابة إن كان يدل على أصل النظر لكونه دليلا على أصل الشفقة فقصورها يدل على قصور النظر لقصور الشفقة بسبب بعد القرابة فيجب اعتبار أصل القرابة بإثبات أصل الولاية و اعتبار القصور بإثبات الخيار تكميلا للنظر و توفيراً حق الصغير بتلافي التقصير لو وقع و لا يتوهم التقصير في إنكاح الأب و الجد لو فور شفقتهم لذلك لزم إنكاحهما و لم يلزم إنكاح الأخ و العم على أن القياس في إنكاح الأب و الجد أن لا يلزم إلا أنهم استحسنوا في ذلك لما روي أن رسول الله صلى الله عليه و سلم لما تزوج عائشة B ها و بلغت لم يعلمها بالخيار بعد البلوغ و لو كان الخيار ثابتا لها و ذلك حقها لا علمها به و هل يلزم إذا زوجها الحاكم ذكر في الأصل ما يدل على أنه لا يلزم فإنه قال إذا زوجها غير الأب و الجد فلها الخيار و الحاكم غير الأب و الجد هكذا قول محمد أن لها الخيار و روى خالد بن صبيح المروزي عن أبي حنيفة أنه لا خيار لها .

وجه هذه الرواية : أن ولاية الحاكم أعم من ولاية الأخ و العم لأنه لا يملك التصرف في النفس و المال جميعا فكانت ولايته شبيهة بولاية الأب و الجد و ولايتهما ملزمة كذلك ولاية الحاكم .

وجه رواية الأصل : أن ولاية الأخ و العم أقوى من ولاية الحاكم بدليل أنهما يتقدمان عليه حتى لا يزوج الحاكم مع وجودهما ثم ولايتهما غير ملزمة فولاية الحاكم أولى و إذا ثبت الخيار لكل واحد منهما و هو اختيار النكاح أو الفرقة فيقع الكلام بعد هذا في موضعين أحدهما في بيان وقت ثبوت الخيار و الثاني في بيان ما يبطل به الخيار أما الأول فالخيار يثبت بعد البلوغ لا قبله حتى لو رضيت بالنكاح قبل البلوغ لا يعتبر و يثبت الخيار بعد البلوغ لأن أهلية الرضا تثبت بعد البلوغ لا قبله فيثبت الخيار بعد البلوغ لا قبله . و أما الثاني فما يبطل به الخيار نوعان نص و دلالة أما النص فهو صريح الرضا بالنكاح نحو أن تقول رضيت بالنكاح و اخترت النكاح أو أجزته و ما يجري هذا المجرى فيبطل خيار الفرقة و يلزم النكاح و أما الدلالة فنحو السكوت من البكر عقيب البلوغ لأن سكوت البكر دليل الرضا بالنكاح لما ذكرنا فيما تقدم أن البكر لغلبة حيائها تستحي عن إظهار الرضا بالنكاح .

فاما سكوت الثيب فإن كان وطئها فبلغت و هي ثيب فسكتت عقيب البلوغ فلا يبطل به الخيار لأنها لا تستحي عن إظهار الرضا بالنكاح عادة لأن بالثيابة قل حياؤها فلا يصح سكوتها دليلا على الرضا بالنكاح فلا يبطل خيارها إلا بصريح الرضا بالنكاح فلا يبطل خيارها إلا بصريح الرضا بالنكاح فلا يبطل خيارها إلا بصريح الرضا بالنكاح أو بفعل أو بقول يدل على الرضا نحو التمكين من الوطاء و طلب المهر و النفقة و غير ذلك .

و كذا سكوت الغلام بعد البلوغ لأن الغلام لا يستحي عن إظهار الرضا بالنكاح إذ ذاك دليل الرجولية فلا يسقط خياره إلا بنص كلامه أو بما يدل على الرضا بالنكاح من الدخول بها و طلب التمكن منها و إدراج النفقة عليها و نحو ذلك ثم العلم بالنكاح شرط بطلان الخيار من طريق الدلالة حتى لو لم تكن عالمة بالنكاح لا يبطل الخيار لأن بطلان الخيار لوجود الرضا منها دلالة و الرضا بالشيء قبل العلم به لا يتصور إذ هو استحسان الشيء و من لم يعلم بشيء كيف يستحسنه فإذا كانت عالمة بالنكاح و وجد منها دليل الرضا بالنكاح بطل خيارها و لا يمتد هذا الخيار إلى آخر المجلس بل يبطل بالكسوت من البكر بخلاف خيار العتق وخيار المخيرة لأن التخيير هناك وجد من العبد و هو الزوج أو المولى أما في الزوج فظاهر و كذا في المولى لأن الخيار يثبت بالعتق و العتق حصل بإعتاقه و التخيير من العبد تمليك فيقتضي جوابا في المجلس فيمتد إلى آخر المجلس كخيار القبول في البيع بخلاف خيار البلوغ لأنه ما ثبت بصنع العبد بل بإثبات الشرع فلم يكن تمليكا فلا يمتد إلى آخر المجلس و إن لم تكن عالمة بالنكاح فلها الخيار حين تعلم بالنكاح .

ثم خيار البلوغ يثبت للذكر و الأنثى و خيار العتق لا يثبت إلا للمعتقة لأن خيار البلوغ يثبت لقصور الولاية و ذا لا يختلف بالذكورة و الأنوثة و خيار العتق ثبت لزيادة الملك

عليها بالعتق و إذا يختص بها و كذا خيار البلوغ للذكر و الأنثى إذا كانت الأنثى ثيبا لا يبطل بالقيام عن المجلس و خيار العتق و المخيرة يبطل و الفرق على نحو ما ذكرنا من خيار البكر و خيار العتق و خيار المخيرة أن الأول يبطل بالسكوت و الثاني لا يبطل .
و أما العلم بالخيار فليس بشرط و الجهل به ليس بعذر لأن دار الإسلام دار العلم بالشرائع فيمكن الوصول إليها بالتعلم بالخيار في غير موضعه فلا يعتبر و لهذا لا يعذر العوام في دار الإسلام بجهلهم بالشرائع بخلاف خيار العتق فإن العلم بالخيار هناك شرط و الجهل به عذر .

و إن كان دار الإسلام دار العلم بالشرائع و الأحكام لأن الوصول إليها ليس من طريق الضرورة بل بواسطة التعلم و الأمة لا تتمكن من التعلم لأنها لا تتفرغ لذلك لا شتغالها بخدمة مولاهما بخلاف الحرة .

ثم إذا اختار أحدهما الفرقة فهذه الفرقة لا تثبت إلا بقضاء القاضي بخلاف خيار العتق فإن المعتقة إذا اختارت نفسها تثبت الفرقة بغير قضاء القاضي .
وجه الفرق : أن أصل النكاح ههنا ثابت و حكمه نافذ و إنما الغائب وصف الكمال و هو صفة اللزوم فكان الفسخ من أحد الزوجين رفع الأصل بفوات الوصف و فوات الوصف لا يوجب رفع الأصل لما فيه من جعل الأصل تبعا للوصف و ليس له هذه الولاية و به حاجة إلى ذلك فلا بد من رفعه إلى من له الولاية العامة وهو القاضي ليرفع النكاح دفعا لحاجة الصغير الذي بلغ و نظرا له بخلاف خيار العتق لأن الملك ازداد عليها بالعتق و لها أن لا ترضى بالزيادة فكان لها أن تدفع الزيادة و لا يمكن دفعها إلا باندفاع ما كان ثابتا فيندفع الثابت ضرورة دفع الزيادة و هذا يمكن إذ ليس بعض الملك تابعا لبعض فلا تقع الحاجة إلى قضاء القاضي و نظير الفصلين الرد بالعيب قبل القبض و بعده أن الأول يثبت بدون قضاء القاضي و الثاني لا يثبت عند عدم التراضي منهما إلا بقضاء القاضي و لا عز و جل أعلم .

و لو زوج ابنته ابن أخيه فلا خيار لها بالإجماع لأن النكاح صدر عن الأب و أما ابن الأخت فله الخيار في قول أبي حنيفة و محمد لصدور النكاح عن العم و عند أبي يوسف لا خيار له و المسألة قد مرت و لو أعتق أمته ثم زوجها و هي صغيرة فلها خيار البلوغ لأن ولاية الولاء دون ولاية القرابة فلما ثبت الخيار ثمة فلأن يثبت ههنا أولى و لو زوجها ثم أعتقها و هي صغيرة فلها إذا بلغت خيار العتق لا خيار البلوغ لأن النكاح صادفها و هي رقيقة