

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 الوطاء 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 كفاء 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 الشقم 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 الباقيين 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 الباقيين كالدين إذا و جب لجماعة فأبرأ بعضهم لا يسقط حق الباقيين لما قلنا كذا هذا و لأن رضا أحدهم لا يكون أكثر من رضاها فإن زوجت نفسها من غير كفاء 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 الباقيين كالقصاص إذا و جب لجماعة فعفا أحدهم عنه أنه يسقط حق الباقيين كذا هذا .

و لأن حقهم في الكفاءة ما ثبت لعينه بل لدفع الضرر و التزويج من غير كفاء وقع اضرازا 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 الباقيون 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 فتصور فيه الشركة و بخلاف ما إذا زوجت نفسها من غير كفاء 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 زوجها من غير كفاء برضاها يلزم النكاح لما قلنا و لو زوجها أحد الأولياء من غير رضا الباقيين 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 لكل 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 هذا الحق 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 الكفاء أنه لا يجوز بالإجماع لأنه ضرر على ما بينا في شرائط الجواز و أما إنكاحهما من الكفاء فجائز عندنا خلافا للشافعي لكنه غير لازم في قول أبي حنيفة و محمد و عند أبي يوسف لازم و المسألة قد مرت