فصل وشروطه أي النكاح خمسة .

وتقدم بيان الشرط أحدها تعيين الزوجين في العقد لأن النكاح عقد معاوضة أشبه البيع فلا يصح النكاح إن قال الولي زوجتك بنتي وله بنت غيرها حتى يميزها اسمها كفاطمة أو صفة لا يشاركها فيها غيرها من إخواتها كالكبرى أوالطويلة أو يشير اليها إن كانت حاضرة كهذه والا يكن له إلا بنت واحدة فيصح النكاح بقوله زوجتك بنتي ولو سماها بغير اسمها لأنه لا تعدد هنا فلا التباس وإن سماها باسمها كأن قال زوجتك فاطمة أو الطويلة ولم يقل بنتي لم يصح العقد لاشتراك هذا الأسم أو هذه الصفة بينها وبين سائر الفواطم والطوال أو قال من له بنتان عائشة وفاطمة زوجتك بنتي عاتشة فقيل الزوج النكاح ونويا أي الولي والزوج فاطمة لم يصح النكاح لأنهما لم يتلفض بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبه ما لو قال زوجتك بنتي فقط أو عائشة فقط ولأن اسم أختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها كذا ما لوأراد الولي الكبرى والزوج الصغرى كمن سمى له في العقد غير مخطوبته فقبل يظنها أي غير المخطوبة إياها أي المخطوبة لانصراف القبول الى غير من وجد الايجاب فيها فان لم يظنها إياها صح العقد وكذا زوجتك حمل هذه المرأة فلا يصح لأن الحمل مجهول ولا يتحقق كونه أنثى ولم يثبت له حكم الوجود وكذا إن وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتكها لأن النكاح لا يصح تعليقه الشرط الثاني رضا زوج مكلف أي بالغ عاقل ولو كان المكلف رقيقا نصا فليس لسيده إجباره لأنه يملك الطلاق فلا يجبرعلى النكاح كالحر ولأنه خالص حقه ونفعه له فلا يجبرعليه كالحر والأمر بانكاحه في قوله تعالى : { وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم } مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الأيامى وإنما يزوجن عند الطلب ولأن مقتضى الأمر الوجوب وإنما يجب تزويجه إذا طلبه وأما الأفة فالسيد يملك منافع بضعها والاستمتاع بها بخلاف العبد والاجارة عقد على منافع بدنه وسيده يملك استيفاءها بخلاف النكاح و رضا زوجة حرة عاقلة ثيب تم لها تسع سنين ولها إذن صحيح معتبرفيشترط مع ثيوبتها ويسن مع بكارتها نصا لحديث أبي هريرة مرفوعا [لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكرحتى تستأذن قالوا : يا رسول ا وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت] متفق عليه وخص بنت تسع لحديث أحمد عن عائشة قالت إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرة وروي عن ابن عمرمرفوعا ومعناه في حكم المرأة ولأنها تصلح بذلك للنكاح وتحتاج إليه أشبهت البالغة ويجبر أب ثيبا دون ذلك أي تسع سنين لأنه إذن لها معتبر و يجبرأب بكرا ولو كانت مكلفة لحديث ابن عباس مرفوعا [الأيم أحق بنفسها من وليها والبكرتستأمرو إذنها صماتها] رواه أبوداود فقسم النساء قسمين وأثبت الحق

لأحدهما فدل على نفيه عن الآخر وهي البكر فيكون وليها أحق منها بها ودل الحديث على أن الاستئمار هنا والاستئذان في الحديث السابق مستحب غير واجب ويسن استئذانها أي البكر إذا تم لها تسع سنين لما سبق مع استئذان أمها لحديث ابن عمر مرفوعا [آمروا النساء في بناتهن] رواه أبوداود ويؤخذ بتعيين بنت تسع فأكثر ولو بكر كفؤا لا بتعيين أب نصا فان عينت غير كفؤ قدم تعيين الأب و يجبر أب مجنونة ولو كانت بلا شهوة أو كانت ثيبا أو بالغة لأن ولاية الإجبار انتفت عن العاقلة بخيرة نظرها لنفسها بخلاف المجنونة ويزوجها أي المجنونة مع شهوتها كل ولي لحاجتها إلى النكاح لدفع ضرر الشهوة عنها وصيانتها عن الفجور وتحصيل المهر والنفقة والعفاف وصيانة العرض وتعرف شهوتها من كلامها وقرائن أحوالها كتتبعها الرجال وميلها إليهم و يجبر أب ابنا صغيرا أي غير بالغ لما روى أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير فاختصموا إلى زيد فأجازاه جميعا رواه الأثرم وله تزويجه أكثرمن واحدة إن رآه مصلحة و يجبر أب ابنا بالغا مجنونا مطبقا ومعتوها ولو كان بلا شهوة لأنه غيرمكلف أشبه الصغير فانه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته في الحال وتوقع نظره فعند حاجته أولى وبما كان النكاح دواء له يرجى به شفاؤه وقد يحتاج إلى الايواء والحفظ ويأتي أن للأب تزويج ابنه الصغير والمجنون بأكثر من مهر المثل كتزويج الصغيرة بدون مهرمثلها لمصلحة ويزوجهما أي الصغير والبالغ المجنون مع عدم أب لهما وصيه أي الأب في النكاح كما يعلم مما يأتي وقاله الخرقي وجزم به الزركشي قال في الفروع وهوأظهر لقيامه مقامه فان عدم وصى الأب وثم حاجة إلى نكاحهما فحاكم يزوجهما لأنه ينظر في مصالحهما بعد الأب ووصيه ومن يتحقق في بعض الاحيان إذا بلغ لا يصح تزويجه إلا بإذنه لأنه ممكن ومن أمكن أن يتزوج لنفسه لم تثبت ولاية تزويجه لغيره كالعاقل ومن زال عقله بغير سام أو مرض يرجى زواله فكالعاقل ويصح قبول صبي مميز لنكاحه بان وليه كتوليه البيع والشراء لنفسه بإذن وليه ولكل ولي من أب ووصيه وبقية العصبات والحاكم تزويج بنت تسع فأثر بإذنها نصا لحديث أبي هريرة مرفوعا [تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت لم تكره] رواه أحمد فدل على أن اليتيمة تزوج بإذنها وإن لها إذنا صحيحا وقد انتفى ذلك فيمن لم تبلغ تسعا بالا تفلق فوجب حمله على من بلغت تسعا جمعا بين الأخبار وهو أي إذنها معتبر كما تقدم بيانة و لا يزوج غير أب ووصيه من دونها أي تسع سنين بحال من الأحوال لأنه لا إذن لها وغير الأب ووصيه لا اجبار له وإذن ثيب بوطء في قبل ولو كان وطأها زنا أو مع عود بكارة بعد وطأها الكلام لحديث الثيب تعرب عن نفسها ولمفهوم حديث لاتنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها ألا تسكت الأنه لما قسم النساء قسمين وجعل السكوت إذنا لأحدهما وجب أن يكون الآخر بخلافه و اذن بكر ولو وطأت في دبر الصمات لحديث عائشة [قلت يا رسول ا البكر تستحي قال : رضاها صماتها] متفق عليه ولو ضحكت أو بكت كان اذنا لحديث

أبي هريرة مرفوعا [تستأمر اليتيمة فان بكت أو سكتت فهو رضاها وإن أبت فلا جواز عليها] ولأنها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان فكان ذلك إذنأ منها كالصمات والبكاء يدل على فرط الحياء الكراهة ولوكرهت لامتنعت فانها لا تستحي من الامتناع ونطقها أي البكر بالإذن أبلغ من صماتها لأنه الأصل في الإذن واكتفى عنه بصمات البكر لاستحيائها ويعتبر في استئذان من يشترط استئذانها تسمية الزوج لها على وجه تقع المعرفة منها به بأن يذكرلها نسبه ومنصبه ونحوه مما يتصف به لتكون على بصيرة في إذنها في تزويجه ولا يعتبرتسمية المهر ومن زالت بكارتها بغير وطء كاصبع أو وثبة فكبكر في الإذن فإذنها صماتها لان حياءها لا يزول بذلك ويجبر سيد عبدا صغيرا أو أو مجنونا كابنه وأولى لتمام ملكه وولايته و يجبر سيد أمة مطلقا أي كبيرة كانت أو صغيرة بكرا أوثيبا فنا أو مدبرة أو أم ولد لأن منافعها مملوكة له والنكاح عقد على منفعتها أشبه عقد الإجارة ولذلك ملك الاستمتاع بها وبهذا فارقت العبد ولأنه ينتفع بما يحصل له من مهرها وولدها ويسقط عنه نفقتها وكسوتها بخلاف العبد وسواء كانت مباحة له أو محرمة عليه كأمه أو أخته من رضاع أو مجوسية ونحوها لأن منافعها له وإنما حرمت عليه لعارض و لا يجبر سيد مكاتبا أو مكاتبة ولو صغيرين لأنها بمنزلة الخارجين عن ملكه ولذلك لا يلزمه نفقتهما ولا يملك اجارتهما ولا أخذ مهر المكاتبة ويعتبر في نكاح معتق بعضها إذنها وإذن فعتقها و إذن مالك البقية التي لم تعتق كالشريكين في أمة فيعتبر لنكاحها إذنها ويقول كل من مالك البعض ومعتق البعض الآخر في المبعضة أو من الشريكين في المشتركة زوجتكها ولا يقول زوجتك نصيبي منها لأن النكاح لا يقبل التبعيض والتجزي بخلاف البيع والإجارة