كذا قال صاحب الايضاح قوله والترتيب في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب
في الارث والابعد محجوب بالاقرب بيانه في شرح الطحاوي قال اولى الاولياء الاب ثم
اب الاب وكذلك الاجداد وان علوا ثم الاخ لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وام
ثم ابن الاخ لاب وكذلك اولادهم على هذا الترتيب ثم العم لاب وام ثم العم لاب وكذلك
اولادهما ثم عم الاب لاب وام ثم عم الاب لاب وكذلك اولادهما ثم عم الجد لاب وام
ثم عم الجد لاب وكذلك اولادهما ثم عم الاب لاب وام ثم عم الاب للاب وكذلك اولادهما
ثم عم الجد لاب وام ثم عم الجد لاب وكذلك اولادهما وان لم يكن واحد من هولاء فمولى
العتاقة الرجل والمراة فيه سواء ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب ثم مولى الموالاة
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ليس لذوي الارحام ولاية الانكاح وان لم
يكن واحد ممن ذكرنا فالقاضي او من نصبه القاضي لان القاضي ولي من لا ولي له قال
في الفتاوى الولوالجي وكذلك مولى الموالاة ان لم يكن اقرب منه وهو الذي اسلم ابو
الصغير على يديه ووالاه وهو اخر الاولياء وهو اخر الاولياء لان هذا العقد يفيد الخلافة في
الارث فيفيد في الانكاح كالعصبات قوله فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير
والصغيرة فلا خيار لهما بعد بلوغهما قال في شرح الاقطع وهو استحسان والقياس ان
يثبت لهما الخيار وجه القياس ان الصغيرة ملكت نفسها قبل تمام العقد عليها فثبت
لها الخيار كالامة اذا اعتقت ووجه الاستحسان ان النبي صلى الله عليه وسلم
لم يخير عائشة رضي الله تعالى عنها عند بلوغها ولو كان الخيار حقا لها لاعلمها اياها
وذكر ابن سماعة عن محمد ان القياس في الاب ان يثبت لها الخيار اذا بلغت يريد به
القياس على غير الاب والجد لان الولاية في حالة الصغر انما اثبت لمكان المصلحة وعلى
سبيل التحصيل ممن الجائز ان لا يقع مصلحة فيجب ان يثبت الخيار ولكنا استحسنا
فقلنا بلزوم العقد لان الاب وافر الشفقة كامل الراي فصار كمباشرته برضاها
بعد بلوغها قوله كما اذا باشراه برضاهما اي اذا باشر الاب والجد العقد برضاه
الصغير والصغيرة قوله وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار
اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وهو قول
ابي يوسف اولا كذا ذكر العالم في طريقة الخلاف وقال ابو يوسف اخرا لا خيار لهما

ويقع

ويقع العقد لازما وقال في شرح الطحاوي ثم على قولهما لما ثبت الخيار لهما فان اختار
النكاح فهما على النكاح وان اختار الفرقة وقعت الفرقة بينهما اذا قضى القاضي بالفرقة
فان كان قبل الدخول بها فلا مهر لها سواء كان الخيار للزوج او للمراة وان كان بعد الدخول
فلا يسقط شيء من المهر ثم قال الخيارات ثلثة خيار المدركة وخيار المعتقة وخيار المخيرة
فخيار المدركة يبطل بالسكوت اذا كانت بكرا وان كانت ثيبا لم يبطل الخيار بالسكوت وكذلك
اذا كان الخيار للزوج فلا يبطل الا بصريح الابطال او يجيء منه دليل على ابطال الخيار كما ان اشتغلت
بشيء اخر او اعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه ولا يقع الفرقة الا بقضاء القضا
وعلم النكاح شرط وعلم الخيار ليس بشرط واما خيار المعتقة فلا يبطل بالسكوت ويمتد الى اخر
المجلس ويقع الفرقة بنفس الاختيار ولا يحتاج الى قضاء القاضي وكذلك هذا في خيار المخيرة
فانه لا يحتاج الى قضاء القاضي ويمتد الى اخر المجلس ويتعلق بعلم الخيار لها اي للمعتقة والمخيرة
لان جهل خيار المخيرة جهل في غير موضعه فلا يعتبر وبه صرح البزدوي ولو اعتق امة
الا ثم زوجها وهي صغيرة ثم ادركت فلها خيار الادراك ولو وقع عقد النكاح وهي صغيرة
فاعتقها ثبت لها خيار الاعتاق دون خيار الادراك لان العقد وقع في حالة الرق
كذا في شرح الطحاوي قوله اعتبارا بالاب والجد يعني ان ابا يوسف رح يعتبر
وليا غير الاب والجد بهما يعني اذا زوج الاب او الجد فلا خيار للصغير والصغيرة بعد
البلوغ فكذا اذا زوج ساير الاولياء والجامع صدور العقد عن ولاية ولابي حنيفة ومحمد
رح ان شفقة ساير الاولياء قاصرة ليست مثل شفقة الاب والجد وهذا ظاهر
وولاية الانكاح ولاية نظرية فربما يتطرق الخلل في بعض المصالح لقصور الشفقة
فثبت الخيار لهما بعد البلوغ دفعا للخلل الواقع ان كان قوله ان قرابة الاخ نا
قصة وانما قيد بالاخ ليعلم الحكم في ساير الاولياء بالطريق الاولى وذلك لان الاخ
اقرب الاولياء بعد الاب والجد فاذا كانت قرابته ناقصة وشفقته قاصرة
مع كونه اقرب فلان تكون قرابة غيره ناقصة اولى واحرى قوله خيار الادراك
اي خيار البلوغ قوله واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي
وهو الصحيح من الرواية عن اصحابنا وذلك لان الام قاصرة الراي والقاضي ناقص الشفقة
لعدم القرابة فيتطرق الخلل فيثبت الخيار ومنه ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة

Copyright © King Saud University