لو صح الملك في صورة التزوج لكان الحرام الذي ارتكبه فعل التزوج وله عذر وهو التحرز
عن الزنا ولو لم يصح الملك في صورة عدم التزوج لكان الحرام الذي ارتكبه فعل الزنا
ولا عذر له اذ ليس تركه التزوج لانه حرام وعلى تقدير ان يكون تركه اياه لحرمته فحرمة
الزنا اشد منها فالاحتياط في التزوج لا في تركه كما لا يخفى والمجوسية والوثنية يفهم منها
حكم عابدة كوكب بطريق الدلالة وخامسة في عدة رابعة للحر وثالثة في عدة ثانية للعبد
وفيه خلاف الشافعي وامة على حرة ويجوز ذلك عند مالك برضا الحرة وعند الشافعي اذا كان
الزوج عبدا او في عدتها خلافا لهما فيما اذا كان العدة من طلاق باين وحامل ثبت نسب
حملها ولو كانت مسبية او مستولدة انما قال ولو كانت مسبية لان كونها مسبية مظنة
لان لا يثبت نسب ولدها وانما قال او مستولدة لان ما مر من صحة نكاح موطوءة السيد
منشاء لان يتوهم صحة نكاحها حال حملها منه ايضا ومن وهم ان كونها موطوءة سيدها
يوجب صحة نكاحها ومع ذلك بطل نكاحها باعتبار ثبوت نسب حملها فتدوهم ونكاح
المتعة خلافا لمالك وصورته ان يقول اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال فيقبله ولا حاجة
الى ان يقال خذي هذا المال والموقت خلاف لزفر وصورته ان يقول تزوجتك
بكذا الى شهر وهو متعة معنى **باب الولي والكفو** نفذ نكاح حرة مكلفة
بلا ولي اعلم ان الحرة العاقلة البالغة ثيبا كانت او بكرا اذا زوجت نفسها بلا ولي
فعند ابي حنيفة وزفر ينعقد النكاح وينفذ خلافا للشافعي ومالك في الانعقاد فان
النكاح لا ينعقد بعبارة النساء عندهما ولمحمد في النفاذ فانه ينعقد عنده موقوفا
على اجازة الولي سواء كان الزوج كفوا لها او لم يكن ومعنى كونه موقوفا انه لا يجوز
له وطيها قبل الاجازة ولا يقع الطلاق ولا يتوارث احدهما من الاخر ويروي رجوعه
الى قول ابي حنيفة وابو يوسف كان يقول لا ينعقد الا بولي اذا كان لها ولي ثم رجع
وقال ان كان الزوج كفوا لها جاز والا فلا ثم رجع وقال جاز سواء كان الزوج كفوا
لها او لم يكن هذا على ما ذكره السرخسي في شرح الكافي وقال ابو جعفر الطحاوي في شرح
الاثار لا يجوز النكاح الا بولي على مذهب ابي يوسف ومحمد وجعل هذا القول من

ابي يوسف

ابي يوسف قوله المرجوع اليه على خلاف ما ذكره السرخسي وهو اقدم من السرخسي واعلم
بمذاهب اصحابنا ويوافقه ما ذكره الكرخي في مختصره ولو من غير كفو ينعقد وينفذ عند
ابي حنيفة في ظاهر الرواية الا انه لا يلزم وعنه عدم نفاذه وله اي للولي حق الاعتراض
حينئذ اي على تقدير عدم الكفاءة في التزوج دفعا لضرر العار والتفريق الى القاضي كما
في خيار البلوغ وما لم يفرق فاحكام النكاح ثابتة ضرورة انه ثابت والطلاق تصرف في
النكاح والقاضي يفسخ اصل النكاح فلا يكون طلاقا ذكره في مختارات النوازل وروي
الحسن عنه اي عن ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف ايضا ويروي رجوع محمد رح
الى قولهما عدم جوازه لان كم من واقع لا يرفع وعليه الفتوي ذكره صاحب الهداية
في مختارات النوازل وصاحب الخلاصة وقاضيخان لانه اقرب الى الاحتياط ولا يجبر
ولي بالغة ولو بكرا خلافا للشافعي اعلم ان ولاية الاجبار عند اصحابنا يدور مع
الصغر وجودا وعدما في الصغير والصغيرة وعند الشافعي في الصغير كذلك اما في
الصغيرة فانها تدور مع البكارة وجودا وعدما وفي الكبير والكبيرة تدور مع
الجنون وجودا سواء كان اصليا بان بلغ مجنونا او عارضيا بان طرء بعد البلوغ
عند اصحابنا الثلثة وقال زفر اذا طرء الجنون لم يجز للولي التزويج ثم ان لكل ولي ولاية
الاجبار عند ابي حنيفة خلافا لهما في غير العصبات وللشافعي في غير الاب والجد
ولمالك في غير الاب وسكوتها عبارة السكوت خير من الصمت لدلالتها على القدرة
على التكلم دون الصمت وهي معتبرة ههنا وضحكها غير مستهزئة لان الضحك ادل
على الرضاء من السكوت الا انه اذا كان على وجه الاستهزاء لا يكون رضاء وبكاؤها
بلا صوت اذن ومعه رد وعليه الفتوي ذكره في الذخيرة عند استيذانه او بلوغ
الخبر بشرط تسمية الزوج على وجه يقع لها به المعرفة لا المهر هو الصحيح قالوا ويشترط
ان يكون الزوج كفوا والمهر وافرا فان عدما او عدم احدهما لم يكن سكوتها عند
الاستيمار رضا الا في حق الاب والجد في قول ابي حنيفة لان عنده الاب والجد ولي في
هذا العقد وعندهما هنا بمنزلة الاجانب فيه كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان

Copyright © King Saud University