لم يكن ويروي رجوعه الى قولهما وقال الشافعي ومالك واحمد لا ينعقد بعبارة النساء اصلا لقوله عليه
الصلوة والسلام لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الايم احق بنفسها
من وليها متفق على صحته وما رووه لم يصح وكذا كل ما روي في هذا الباب ولهذا قال البخاري
وابن معين لم يصح في هذا الباب حديث يعني في اشتراط الولي ولا تجبر بكر بالغة على النكاح
وقال الشافعي ومالك للاب والجد ولاية الاجبار لجهلها بامر النكاح فاشبهت الصغيرة ولنا قوله
عليه الصلوة والسلام البكر يستاذنها ابوها رواه مسلم وان استاذنها اي البكر البالغة
الولي فسكتت او ضحكت او زوجها الولي فبلغها الخبر اي خبر النكاح فسكتت فهو اي
سكوتها في الموضعين وضحكها اذن منها لقوله عليه الصلوة والسلام لا تنكح الثيب حتى تستامر
ولا تنكح البكر حتى تستاذن قالوا وكيف اذنها يا رسول الله قال تسكت رواه مسلم والضحك رضى
دلالة فانه علامة السرور والفرح بما سمعت وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضى
بخلاف ما اذا بكت فانه دليل السخط والكراهية وقيل اذا بكت بلا صوت لم يكن ردا بل حزنا على
مفارقة اهلها وعليه الفتوى وذكر المرغيناني ان دمعها ان كان باردا يكون رضا وان كان
حارا لا يكون رضا ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه يقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه عن
رغبتها عنه حتى لو قال لها اريد ان ازوجك من رجل فسكتت لا يكون رضى ولو قال لها ازوجك من فلان او فلان
وذكر جماعة فسكتت فهو رضى ويزوجها الولي من ايهم شاء وان قال من جيراني او بني عمي ان
كانوا جماعة يحصون فهو رضا والا فلا ولا يشترط ذكر المهر في الصحيح ثم انه سوى بين الاستئذان
وبين بلوغ الخبر بالتزويج لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف بين ان يكون قبل العقد او بعده و
قال محمد بن مقاتل اذا بلغها بعد عقد النكاح فسكتت لا يكون اجازة منها وعن ابي يوسف ان سكوتها
بعد العقد يكون ردا ذكره في البدائع وقال وهو قول محمد ولو زوجها الوليان بحضرتها فسكتت اختلف
المشائخ فيه والاصح انه رضي وان زوجها وليان متساويان كل واحد منهما من رجل فاجازتهما معا
بطلا لعدم الاولوية وان سكتت بقيا موقوفين حتى تجيز احدهما وعن محمد انهما بطلا ولو زوجها
من غير كفو فسكتت لم تكن رضى في قول محمد بن سلمة وهو قول ابي يوسف ومحمد ثم المخبر ان كان
وليا فعلى ما ذكرنا ورسول الولي كالولي فلو كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة عند ابي حنيفة خلافا
لهما وان استاذنها غير الولي فلا بد من القول لان سكوتها لقلة الالتفات الى كلامه فلا يدل
على الرضى وذكر الكرخي ان سكوتها عند استئذان الاجنبي يكون رضي والاول اصح وقوله كالثيب
يشير الى انه لا بد من نطقها واستدل عليه الشيخ بقوله عليه الصلوة والسلام الثيب يشاور
قلت ليس فيه دلالة على اشتراط النطق فان البكر ايضا تشاور وكذا الرضى بالقول لا يشترط في حق
الثيب ايضا بل رضاها يتحقق تارة بالقول كقولها رضيت وقبلت ونحوها وتارة بالدلالة
كطلب مهرها او نفقتها او تمكينها من الوطي ونحوها فثبت بهذا انه لا فرق بينهما في اشتراط

الاستئذان

الاستئذان والرضا وان رضاها قد يكون صريحا وقد يكون دلالة غير ان سكوت البكر رضى دلالة
لحيائها دون الثيب لان حياءها قل بالممارسة فلا يدل سكوتها على الرضى ومن زالت بكارتها
بوثبة من موضع او حيضة او جراحة او تعنيس وهو اطالة مكثها في منزل اهلها بعد ادراكها
او بسبب زنا خفي فهو بكر حتى يكون احكامها احكام البكر في التزويج لانها بكر حقيقة لان مصيبها
اول مصيب وقال الشافعي حكم هذه كحكم الثيب في الجميع والثيب تشاور واما المذكور في الزنا فهو قول
ابي حنيفة لان حياءها اكثر فكانت كالبكر وعندهما كالثيب وبه قال الشافعي في الجديد واحمد في رواية
ولو وطئت بشبهة او نكاح فاسد تكون في حكم الثيب بلا خلاف وانما قيدنا الزنا بالخفاء لانه لو اشتهر
حالها لا يكتفي بسكوتها بلا خلاف وكان ينبغي للشيخ ان يقيده والقول لها اي للمراة ان اختلفا اي الرجل
والمراة في السكوت بان قال الزوج بلغك النكاح فسكتت وقالت بل رددت وقال زفر القول قوله
لانه متمسك بالاصل ولنا انه يدعي ملك بضعها وهي امرها دث وهي تنكر حدوثه فكانت هي المتمسكة
بالاصل فيكون القول قولها ثم ايهما اقام البينة قبلت بينته وان اقاماها معا فالبينة بينة المراة وان
لم يكن لها بينة فالقول قولها بلا يمين عند ابي حنيفة وقالا عليها اليمين وسياتي في كتاب الدعوى
وللولي انكاح الصغير والصغيرة سواء كانت بكرا او ثيبا فمدار الاجبار على الصغر عندنا وعند
الشافعي على البكارة فيجبر البكر وان كانت بالغة ولا يجبر الثيب وان كانت صغيرة وعند مالك ولاية
الاجبار مخصوصة بالاب وحده على الصغيرة وحدها دون الصغير واما البكر الصغيرة فيجبر اجماعا
والثيب الكبيرة لا يجبر اجماعا ومذهبنا منقول عن عمر وعلي والعبادلة وابي هريرة رضي الله عنهم
وكفى بهم حجة وقدوة وحكى الكرخي اجماع الصحابة رضي الله عنهم والولي هو العصبة بترتيب الارث
يعني اولاهم الابن وابن الابن وان سفل ولا يتصور هذا الا في المعتوه والمعتوهة لا في الصغار ثم الاب
وابو الاب وان علا ثم الاخوة لاب ثم الاخ من ام ثم الاعمام لاب ثم العم من ام ثم اعمام الجد كذلك ثم مولى العتاقة
يستوي فيه الذكر والانثى ثم عصبة المولى ثم ذوو الارحام على ما يذكر عن قريب وذكر الكرخي ان الاخ
والجد يشتركان في الولاية عند ابي يوسف ومحمد كالميراث عندهما والاصح ان الجد اولى بالتزويج
بالاجماع والاصل فيه ما روي عن علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا الانكاح الى العصبات وقد
اجمع العلماء على العمل به في حق الكبيرة فوجب العمل به في حق الصغيرة لانها اعجز وامس حاجة
ولهما اي للصغير والصغيرة خيار الفسخ بالبلوغ اي اذا بلغا ان شاءا اقاما على النكاح وان شاءا
فسخا لكن في غير الاب والجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا خيار لهما في الكل
لان النكاح عقد لازم وقد صدر من الولي فلا يفسخ ولهما ان الولاية نظرية وفي غير الاب والجد
خلل وقوله بشرط القضاء يتعلق بقوله خيار الفسخ يعني لهما خيار الفسخ بشرط ان يحكم القاضي
بالفسخ لان في اصله ضعفا فيتوقف عليه كالرجوع في الهبة بخلاف خيار المخيرة وخيار العتق
ويبطل خيارها بسكوتها عند البلوغ ان علمت بالنكاح حال كونها بكرا ولو لم تعلم به لا يبطل لانها

Copyright © King Saud University