زوجها المولى برضاها فعتقت بأداء أو تحرير تخيّر عندنا وهذا الخيار كخيار المخيرة يثبت للأنثى فقط ووقوع الفرقة به لا يتوقف على القضاء ولا يبطل بسكوت ويمتد إلى آخر المجلس إلا إذا أبطلته صريحا أو دلالة بأن تمكنه من نفسها أو نحوه وإنما يفارق هذا الخيار خيار المخيرة بوجهين أحدهما أن الفرقة بخيار العتق لا يكون طلاقا وفي المخيرة يكون طلاقا لأنه يثبت بتسليط الزوج وهو أهل للطلاق والثاني أن خيار العتق تعذر فيه الجهل بخلاف المخيرة إذ الأمة مشغولة بخدمة المولى فلا تتفرغ لعلم الأحكام بخلاف الحرة وعلى هذا لو كانت المخيرة أمة ينبغي أن تعذر بجهل لو علمت بالعتق لا بخيار العتق ولا يبطل بقيامها وهو قول الكرخي ومشايخ بخارا قال صاحب جامع الفصولين أقول هذا إشارة إلى أن فيه خلافا **قاضيخان** وإنما يفارق هذا الخيار خيار المخيرة من وجه واحد وهو أن الفرقة في خيار العتق لا يكون طلاقا وفي خيار المخيرة يكون طلاقا **ح** كما يثبت لها خيار العتق منكوحة فكذا في عدة الرجعي والأمة لو كانت صبية لا تتصرف بحكم الخيار فسخا أو إجازة ما لم تبلغ وكذا وليها فإذا بلغت خيرها القاضي خيار العتق لا البلوغ **بس** ثم الفرقة بهذا الخيار إن كانت قبل الدخول لا يلزمه المهر لمجيئها من قبل المرأة وإن بعد الدخول يجب كل المهر وإنما يثبت لها خيار العتق لو زوجها المولى أو تزوجت بإذنه ولو بلا إذنه فلا خيار لها **جع** اختارت نفسها بلا علم الزوج يصح وقيل لا يصح في غيبة الزوج **خ** أما الخيار بعدم الكفاءة فلو زوجت نفسها غير كفو فللأولياء فسخه وهذا التفريق لا يتم إلا بالقضاء وقبل القضاء النكاح قائم بكل أحكامه من طلاق وظهار وتوارث وخيار الولي لا يبطل بسكوته ولا بالامتناع عن طلب التفريق وإن طال الزمان ما لم تلد **درر غرر** أما إذا ولدت فليس للأولياء حق الفسخ كيلا يضيع الولد بعدم مربيه كذا في الخانية والخلاصة ولكن ذكر في مبسوط شيخ الإسلام أن المرأة إذا زوجت نفسها من غير كفو فعلم الولي فسكت حتى ولدت أولادا ثم بدا له أن يخاصم في ذلك فله أن يفرق بينهما إذ السكوت إنما جعل في حق النكاح في حق البكر نصا بخلاف القياس كذا في النهاية انتهى يقول الحقير الظاهر أن ما في المبسوط قياس وما في الخانية وغيرها استحسان إذ هو الأرفق نظرا إلى جانب الولد كما مر آنفا **ج** والتفريق بالخيار بعدم الكفاءة فسخ لا طلاق حتى لو كان قبل دخوله سقط كل المهر لا بعده وعليه نفقة العدة وإن أجاز الولي بطل حقه وكذا لو أخذ مهرها ولو زوجها وليها بغير كفو ثم افترقا ثم زوجت نفسها من هذا الزوج بغير وليها فللولي أن يفرق بينهما إذ الرضا في عقد لا يدل على الرضا في عقد آخر يقول الحقير هذا الدليل لا يتم به المرام كما لا يخفى على ذوي الأفهام قال ولو زوجها الولي بغير كفو فطلقها رجعيا ثم راجعها لم يكن له التفريق بينهما **قاضيخان** طلقها غير الكفو طلاقا بائنا ثم تزوجها بلا إذن وليها فللولي أن يفرق بينهما ولو زوجها أحد الأولياء بغير كفو فليس لهذا الولي ولا لغيره حق الفسخ ويكون ذلك لمن **قت** تزوجت بغير كفو فرضي به بعض الأولياء ليس للباقي فسخه إذ العقد وقع صحيحا برأيهم فلم يجز إبطاله

الا اذا

إلا إذا كان أقرب فيكون له نقضه **ط** للولي الأبعد نقضه إذا غاب الأقرب غيبة منقطعة إلا إذا برهن الزوج أن الأقرب زوجه وانتصب الأبعد خصما عن الأقرب في إقامة البينة لأنه خصمه **ابن الهمام** الغيبة المنقطعة في جواز تزويج الولي الأبعد عند غيبة الأقرب أن يكون الأقرب في موضع لا تصل إليه القوافل في السنة إلا مرة واحدة وهو اختيار القدوري ومن المشايخ من قال أن يكون متحولا من موضع إلى موضع لا يوقف على أثره ويكون مفقودا لا يعرف خبره وقيل إذا كان في موضع يقع الكراء إليه دفعة واحدة فليس غيبة منقطعة أو بدفعتان فمنقطعة وقيل أدنى مدة السفر لأنه لا نهاية لأقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين منهم الإمام النسفي والصدر الشهيد وغيرهما قالوا وعليه الفتوى قال الإمام السرخسي الأصح أنه إذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفو عن هذا قال قاضيخان في الجامع الصغير لو كان مختفيا في المصر بحيث لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة وهذا أحسن لأنه أنظر وفي النهاية وعليه أكثر المشايخ منهم الإمام محمد بن الفضل وفي شرح الكنز أكثر المتأخرين على أنه أدنى مدة السفر ولا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ والأشبه بالفقه قول أكثر المشايخ **ط** وقبض المهر مع تجهيز هل هو رضى ومجرد القبض قيل رضى وقيل لا إلا بجهيزها منه ولو خاصم زوجها بنفقتها أو بقية مهرها فهو رضا استحسانا إذا كان عدم الكفاءة ثابتا عند القاضي وإلا فلا قال صاحب جامع الفصولين أقول على هذا ينبغي أن يكون قبض المهر مع التجهيز على هذا التفصيل **حس** تزوجت بغير كفو فلها الامتناع عن الوطء حتى يرضى الولي وكفاءة النساء للرجال غير معتبرة عندح خلافا لهما كذا **فقط د** يخاصم في الكفاءة ذو الرحم المحرم منها وبنو العم وكل ولي إذ العار يلحق الولي وهذا أولى كذا **مف** وذكر في **خ** أن الفسخ للأولياء من العصبة **درر غرر** الكفاءة تعتبر نسبا في العرب فإن العجم ضيعوا أنسابهم فقريش سواسية من العرب أكفاء والعجم أكفاء وتعتبر إسلاما أيضا فمسلم بنفسه ليس كفوا لذي أب واحد فيه والأبوان فيه كالآباء وتعتبر حرية أيضا فعبد أو معتق ليس كفوا لحرة أصلية ولا معتق أبوه كفوا لذات أبوين حرين وتعتبر ديانة أيضا فليس فاسق كفوا للصالحة أو بنت صالح وتعتبر مالا أيضا فعاجز عن مهر معجل ونفقة ليس كفوا للفقيرة ولا تعتبر الكفاءة غنى في الأصح إذ كثرة المال مذموم فالقادر عليهما كفو لذات أموال عظام وتعتبر حرفة أيضا فمثل حائك وحداد وحجام ونحوها ليس كفوا لمثل عطار وبزاز والعجمي العالم كفو للعربي الجاهل إذ شرف العلم يقاوم شرف النسب والعالم الفقير كفو للجاهل الغني والعلوي والقروي كفو للمدني **ابن الهمام** لم يذكر صاحب الهداية الكفاءة في العقل وذكره الولوالجي قال بعضهم لا رواية في اعتبار العقل في الكفاءة واختلف فيه فقيل تعتبر لأنه يفوت بعدمه مقصود النكاح وقيل لا لأنه عرض ولا تعتبر الكفاءة في السلامة من العيوب التي تفسخ بها البيع كجنون وجذام وبرص ونحو وذكر الإمام محمد في جذام وجنون وبرص إذا كان بحال لا تطيق المقام معه والحق اعتبار الكفاءة في العقل على قول محمد إلا أن الذي له التفريق أو الفسخ هو الزوجة لا الولي وكذا في أخواته

Copyright © King Saud University