

الهداية

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها .

ويجوز لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر C : لا يجوز وإذا أذنت المرأة للجل أن يزوجه من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر و الشافعي رحمهما ﷺ لا يجوز لهما أن الواحد لا يتصور أن يكون مملكا ومتملكا كما في البيع إلا أن الشافعي C يقول في الولي ضرورة لأنه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل .

ولنا أن الوكيل في النكاح معبر وسفير والتمانع في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق إليه وبخلاف البيع لأنه مباشر حتى رجعت الحقوق إليه وإذا تولى طرفيه فقله زوجته يتضمن الشطرين فلا يحتاج إلى القبول .

قال : وتزويد العبد والأمة بغير إذن مولاها موقوف فإن أجازها المولى جاز وإن رده بطل وكذلك لو زوج امرأة بغير رضاها أو رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فإن كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الإجازة وقال الشافعي C : تصرفات الفضولي كلها باطلة لأن العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على إثبات الحكم فيلغو ولنا أن ركن التصرف صدر من أهله مضافا إلى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى إذا رأى المصلحة فيه بنفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا أني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فأجازت فهو باطل وإن قال آخر : اشهدوا أني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فأجازت جاز وكذلك إن كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند أبي حنيفة و محمد رحمهما ﷺ وقال أبو يوسف C : إذا زوجت نفسها غائبا فبلغه فأجازها جاز .

وحاصل هذا أن الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين أو فضوليا من جانب وأصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين أو بين الفضولي والأصيل جاز بالإجماع وهو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فإذا كان فضوليا يتوقف وصار كالخلع والطلاق والإعتاق على مال ولهما أن الموجود شطر العقد لأنه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف المأمور من الجانبين فإن ينتقل كلامه إلى العاقلين وما جرى بين الفضوليين عقد تام وكذا الخلع وأختاه لأنه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به .

ومن أمر رجلا أن يزوجه امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم تلزمه واحدة منهما لأنه لا وجه إلى تنفيذهما للمخالفة ولا إلى التنفيذ في إحداها غير عين للجهالة ولا إلى التعيين لعدم الأولوية فتعين التفريق .

ومن أمره أمير بأن يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة C رجوعا إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة وقال أبو يوسف و محمد رحمهما الله لا يجوز إلا أن يزوجه كفؤا لأن المطلق ينصرف إلى التعارف وهوالزوج بالأكفاء قلنا العرف مشترك أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في الزوج بالكفاءة والله أعلم