

تبين الحقائق شرح كنز الدقائق

@ 123 @ عند المقابلة بشفقة الأب والجد وقد أثر النقصان حكما حتى امتنع ثبوت الولاية في المال ولوجود أصل الشفقة نفذناه في الحال ولقصورها أثبتنا لهما الخيار في المال ليزال الضرر لو كان فيه ضرر ويضاف إلى اختيارهما إلى أنفسهما فيبرأ الأولياء عن عهدة اليتامى بخلاف الأب والجد لأنهما وافرا الشفقة تاما الولاية فلا يحتاج إلى إثبات الخيار وعلى هذا المعتبر والمعتوه إذا زوجهما الأب والجد لا خيار لهما إذا أفقا وإن زوجهما الابن فلا رواية فيه عن أبي حنيفة وينبغي أن لا يكون لهما الخيار لأنه مقدم على الأب ولا خيار في الأب فهذا أولى ولو زوج المولى أمته الصغيرة ثم أعتقها ثم بلغت لا يثبت لها خيار البلوغ لكمال ولايته فصار كالأب والجد ولأن خيار العتق يغني عن خيار البلوغ والعبد الصغير كذلك لا يثبت له خيار البلوغ على الأصح وقوله في غير الأب والجد يتناول الأم والقاضي حتى إذا زوجهما القاضي والأم يثبت لهما الخيار لأن ولاية الإلزام تبنى على الرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما أحدهما وعن أبي حنيفة أنه لا يثبت لهما الخيار لأن ولاية القاضي تامة لأنها تعم المال والنفس وشفقة الأم فوق شفقة الأب فكانا كالأب والأول هو الصحيح لأن ولايتهما متأخرة عن ولاية الأخ والعم فإذا ثبت الخيار في الحاجب ففي المحجوب أولى وقوله بشرط القضاء أي لهما الخيار بشرط أن يحكم القاضي بالفسخ لأن في أصله ضعفا إذ هو مختلف فيه وكذا في سببه لأن سببه ترك الولي النظر ولا يوقف على حقيقته فيوقف على القضاء كالرجوع في الهبة بخلاف خيار المخيرة لأن سببه قوي وهو تخيير الزوج وبخلاف خيار العتق لأن سببه مقطوع به وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالأنثى ألا ترى أنه كان يملك مراجعتها في قرأين ويملك عليها تطليقتين وتنقضي عدتها بحيضتين وقد ازداد ذلك بالعتق فكان لها أن تدفع الزيادة ولأن ولاية المولى لم تكن ثابتة في هذه الزيادة فصار العقد في حق هذه الزيادة كأنه وجد الآن فلا يملكه إلا برضاها فكان الاختيار منها دفعا للحكم عن الثبوت لا رفعاً له بعد الثبوت والدفع لا يفتقر إلى القضاء لأن الدفع أمر مستقل به الدافع لأن لكل أحد ولاية دفع الضرر عن نفسه كالرد بالعيب قبل القبض فإنه يتم بالخصم دون الحكم ولأنها تنفرد بدفع أصل الملك بعد الحرية حتى لا يجوز النكاح بدون رضاها فكذا تنفرد بدفع الزيادة إلا أنه لا يمكنها أن تدفع الزيادة إلا بدفع ما كان ثابتاً فملكته دفعه ضمناً ولا يقال إن كانت المرأة دافعة للزيادة فهي مبطله لما كان ثابتاً من ملك الزوج فبماذا ترجح جانبها