

المؤجل إلى الطلاق يتعجل بالرجعي ولا يتأجل بمراجعتها، ولو وهبته المهر على أن يتزوجها فأبى فالمهر باق، نكحها أو لا. ولو وهبته لأحد ووكلته بقبضه صح. ولو أحالت به إنساناً ثم وهبته للزوج لم تصح، وهذه حيلة من يريد أن يهب ولا تصح.

بَاب نِكَاحِ الرَّقِيقِ

هو المملوك

هنا يمكن دفعها بإمعان النظر. قوله: (المؤجل إلى الطلاق) احتراز عن المهر المؤجل إلى مدة معلومة فإنه يبقى إلى أجله بعد الطلاق، وقوله: «يتعجل بالرجعي» أي مطلقاً، أو إلى انقضاء العدة كما هو قول عامة المشايخ، وعند الأول لا يتأجل لو راجعها، وليس رجعي بقيد بل البائن مثله بالأولى، وقدمنا تمام الكلام على ذلك عند قوله: «ولها منعه من الوطاء الخ». قوله: (ولو وهبته المهر الخ) أي لو قال لمطلقة: لا أتزوجك حتى تبيني مالك عليّ من مهرك ففعلت على أن يتزوجها فأبى، فالمهر عليه تزوج أم لا. بزازية، وقوله فأبى: أي قال لا أتزوجك فيكون رداً للهبية، فلذا بقي المهر عليه وإن تزوجها بعد الإباء. قوله: (ولو وهبته لأحد) أي غير الزوج، لأن هبة الدين لمن عليه الدين تصح مطلقاً، أما هبته لغيره فلا تصح ما لم يسلطه على قبضه فيصير كأنه وهبه حين قبضه، ولا يصح إلا بقبضه كما في جامع الفصولين. قوله: (لم تصح) أي الهبة. قوله: (وهذه حيلة الخ) أفاد أنها غير قاصرة على المهر، وفيها بعد الاشتراط رضا المديون بالحوالة، فإذا كان طالباً للهبية لا يرضى بالحوالة إلا أن يصور فيمن يجهل أن الحوالة تمنع من صحة الهبة. وأجاب الشارح في مسائل شتى آخر الكتاب بأن يتمكن المحال من مطالبة المديون برفعه إلى من لا يشترط قبوله: أي كمالكي المذهب. تأمل.

ومن الحيل شراء شيء ملفوف من زوجها بالمهر قبل الهبة: أي ثم ترده بعدها بخيار رؤية أو يصلحها إنسان عن المهر بشيء ملفوف قبل الهبة كما في البحر عن القنية، والأخيرة أحسن، والله تعالى أعلم.

بَاب نِكَاحِ الرَّقِيقِ

لما فرغ من نكاح من له أهلية النكاح من المسلمين شرع في بيان من ليس له ذلك وهو الرقيق، وقدمه على الكافر لأن الإسلام غالب فيهم. نهر. قوله: (هو المملوك) في الصحاح: الرقيق المملوك يطلق على الواحد والجمع. قال في البحر: والمراد هنا المملوك من الأدمي، لأنهم قالوا: إن الكافر إذا أسر في دار الحرب فهو

كلأ أو بعضاً، والقن المملوك كلأ.

(توقف نكاح قن وأمة ومكاتب ومدبر وأم ولد على إجازة المولى، فإن أجاز نفذ، وإن ردّ بطل)

رقيق لا مملوك، وإذا أخرج فهو مملوك أيضاً، فعلى هذا فكل مملوك من الآدمي رقيق لا عكسه اهـ. وعليه فالمراد بالرقيق هنا الرقيق المحرز بدارنا، فالأمة إذا أسرت ولم تخرج إلى دارنا لو تزوجت لا يتوقف نكاحها بل يبطل لأنه لا يجيز له وقت وقوعه كما في النهر بحثاً. قلت: قد يقال إن له مجيزاً وهو الإمام، لأن له بيعها قبل الإخراج وبعده، فتأمل. قوله: (كلأ أو بعضاً) يشمل المبعوض والمملوك ملكاً ناقصاً كالمكاتب ومن ولد له سبب الحرية كالمدبر وأم الولد. قوله: (والقن المملوك كلأ) أخرج المبعوض، لكن دخل فيه المكاتب والمدبر وأم الولد لدخولهم في المملوك. وفي المغرب: القن من العبيد من ملك هو وأبواه، وكذلك الاثنان والجمع والمؤنث، وأما أمة قن فلم نسمعه. وعن ابن الأعرابي: عبد قن خالص العبودية، وعليه قول الفقهاء، لأنهم يعنون به خلاف المدبر والمكاتب اهـ. فالمناسب ما في الرحمتي ظن أن القن المملوك ملكاً تاماً لم ينعقد له سبب الحرية.

قال ح: ثم اعلم أن كلأ من الرق والملك كامل وناقص، ففي القن كاملان، وفي معتق البعض ناقصان، وفي المكاتب كامل الرق، وفي المدبر وأم الولد كامل الملك. قوله: (توقف نكاح قن) أطلق في نكاحه فشمّل ما إذا تزوج بنفسه أو زوجته غيره، وقيد بالنكاح لأن التسري حرام مطلقاً.

قال في الفتح: فرع مهم للتجار ربما يدفع لعبده جارية ليتسرى بها، ولا يجوز للعبد أذن له مولاه أو لا، لأن حل الوطاء لا يثبت شرعاً إلا بملك اليمين أو عقد النكاح، وليس للعبد ملك يمين فأنحصر حل وطئه في عقد النكاح اهـ بحوه. قوله: (وأمة) قد علمت أن القن يشمل الذكر والأنثى. قوله: (ومكاتب) لأن الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الاكتساب، ومنه تزويج أمته إذ به يحصل المهر والنفقة للمولى، بخلاف تزويج نفسه وبعده، ودخل في المكاتب معتق البعض لا يجوز نكاحه عنده، وعندهما يجوز لأنه حر مديون. أفاد في البحر. قوله: (وأم ولد) وفي حكمها ابنها من غير مولاها، كما إذا زوج أم ولده من غيره فجاءت بولد من زوجها، وأما ولدها من مولاها فحر، وتماه في البحر. قوله: (فإن أجاز نفذ الخ) إن كان كل من الإجازة أو الرد قبل الدخول فالأمر ظاهر؛ وإن كان بعده ففي الرد يطالب العبد بعد العتق كما ذكره بقوله: «فيطالب الخ» وفي الإجازة قال في البحر عن المحيط وغيره: القياس أن يجب مهران مهر بالدخول ومهر بالإجازة كما في النكاح الفاسد إذا جدده صحيحاً.

فلا مهر ما لم يدخل فيطالب بمهر المثل بعد عتقه، ثم المراد بالمولى من له ولاية تزويج الأمة كأب وجد وقاض ووصي ومكاتب ومفاوض ومتول وأما العبد فلا يملك تزويجه إلا من يملك إعتاقه. درر.

(فإن نكحوا بالإذن فالمهر والنفقة عليهم) أي على القن وغيره لوجود سبب

وفي الاستحسان: لا يلزمه إلا المسمى، لأن مهر المثل لو وجب لوجب باعتبار العقد، وحيثذ فيجب بعقد واحد مهران وإنه ممتنع اهـ.

ثم الإجازة تكون صريحاً ودلالة وضرورة كما سيأتي، وفيه رمز إلى أن سكوته بعد العلم ليس بإجازة كما في القهستاني عن القنية. قوله: (فلا مهر) تفريع على قوله: «بطل» ح: أي لا مهر على العبد ولا مهر للأمة. قوله: (فيطالب) جواب شرط مقدر: أي فإن دخل فيطالب، فافهم. قوله: (من له ولاية تزويج الأمة) أي وإن لم يكن مالكاً لها. بحر. وشمل الوارث والمشتري؛ فلو مات الولي أو باعه فأجاز سيده الوارث أو المشتري يجوز، وإلا فلا كما أشير إليه في العمادية. قهستاني. وشمل الشريكين. فلو زوج أحدهما الأمة ودخل الزوج، فإن رد الآخر فله نصف مهر المثل وللمزوج الأقل من نصفه ومن نصف المسمى. بحر. قوله: (كأب) أي أبي اليتيم فإنه يزوّج أمته وكذا جده وكذا وصيه والقاضي ح. لأنه من باب الاكتساب فتح. قوله: (ومكاتب) لأنه كما تقدم يجوز له تزويج أمته لكونه من الاكتساب لا عبده ط. وخرج العبد المأذون فلا يملك تزويج الأمة أيضاً. بحر. ومثله الصبيّ المأذون. درر. قوله: (ومفاوض) فإنه يزوّج أمة المفاوضة لا عبدها. ح عن القهستاني. بخلاف شريك العنان فلا يملك تزويج الأمة كما مر، وكذا المضارب كما في البحر. قوله: (ومتول) ذكره في النهر بحثاً حيث قال: ولم أر حكم نكاح رقيق بيت المال والرقيق في الغنيمة المحرزة بدارنا قبل القسمة والوقف إذا كان بإذن الإمام والمتولي، وينبغي أن يصح في الأمة دون العبد كالوصي. ثم رأيت في البزاية: لا يملك تزويج العبد إلا من يملك إعتاقه اهـ: أي فإنه يدل على أنه لا يصح في العبد، وأما في الأمة فينبغي الجواز تحريماً على الوصف كما قال، ولعل الشارح اقتصر على المتولي ولم يذكر الإمام لأن أحكام الوصي والمتولي مستقيان من واد واحد، لكن الإمام في مال بيت المال ملحق بالوصي أيضاً، حتى أنه لا يملك بيع عقار بيت المال إلا فيما يملكه الوصي، وله بيع عبد الغنيمة قبل الإحراز وبعده فينبغي أن يملك تزويج الأمة إذا رأى المصلحة. تأمل. قوله: (وأما العبد الخ) يستثنى من ذلك ما لو زوّج الأب جارية ابنه من عبد ابنه فإنه يجوز عند أبي يوسف، بخلاف الوصي، لكن في المبسوط أنه لا يجوز في ظاهر الرواية فلا استثناء. بحر. قوله: (وغيره) أي من مدبر ومكاتب. قوله: (لوجود سبب الوجوب منه) أي من القن

الرجوب منه (ويسقطان بموتهم) لفوات محل الاستيفاء (وبيع قن فيهما لا) يباع (غيره) كمدير بل يسعى، ولو مات مولاه لزمه جملة إن قدر. نهر وقنية (لكنه يباع في النفقة مراراً) إن تجددت

وغيره، فإن العقد سبب لوجوب المهر والنفقة، وقد وجد من أهله مع انتفاء المانع وهو حق المولى لإذنه بالعقب. قوله: (ويسقطان بموتهم) قيد سقوط المهر في البحر عند قول الكنز: ولو زوج عبداً مأذوناً بما إذا لم يترك كسباً، في كلام الشارح إشارة إليه؛ أما النفقة ولو مقضية فتسقط عن الحرّ بموته فالعبد بالأولى. قوله: (وبيع قن) أي باعه سيده، لأنه دين تعلق في رقبته وقد ظهر في حق المولى بإذنه فيؤمر ببيعه، فإن امتنع باعه القاضي بحضرته إلا إذا رضي أن يؤدي قدر ثمنه، كذا في المحيط. نهر. واشترط حضرة المولى لاحتمال أن يفديه، وقد ذكر في المأذون المديون أن للغرماء استسعاه أيضاً. قال في البحر: من النفقة، ومفاده أن زوجته لو اختارت استسعاه لنفقة كل يوم أن يكون لها ذلك اه. قلت: وكذا للمهر. قوله: (كمدير) أدخلت الكاف المكاتب ومعنى البعض وابن أم الولد كما في البحر. قوله: (بل يسعى) لأنه لا يقبل البيع فيؤدي من كسبه لا من نفسه، فلو عجز المكاتب صار المهر ديناً في رقبته فيباع فيه إلا إذا أدى المهر مولاه واستخلصه كما في القن. وقياسه أن المدير لو عاد إلى الرق بحكم شافعي ببيعه أن يصير المهر في رقبته. بحر. قوله: (ولو مات مولاه الخ) في القنية: زوج مديره امرأة ثم مات المولى فالمهر في رقبة العبد يؤخذ به إذا عتق اه. وفيه نظر لأن حكمه السعاية قبل العتق لا التأخر إلى ما بعد العتق. بحر. قال في النهر: هذا مدفوع بأن ما في القنية فيه إفادة حكم سكتوا عنه، هو أن المدير إذا لزمته السعاية في حياة المولى هل يؤاخذ بالمهر بعد العتق؟ قال: نعم، وهو ظاهر في أنه يؤاخذ به جملة واحدة حيث قدر عليه ويبطل حكم السعاية اه.

أقول: حاصل الجواب أن المدير يسعى في حياة مولاه في المهر، أما بعد موت مولاه فإنه يسعى أولاً في ثلثي قيمته لتخليص رقبته من الرق ويصير المهر في رقبته يؤديه بعد عتقه كدين الأحرار لا بطريق السعاية، فإن وجد معه جملة أخذ منه وإلا عومل معاملة المديون المعسر. ولما كان فهم ذلك من عبارة القنية فيه خفاء عزا ذلك إليها وإلى النهر، فافهم. قوله: (إن تجددت) يعني إن لزمه نفقة فبيع فيها فلم يف ثمنه بما عليه من النفقة بقي الفضل في ذمته فيطالب به بعد العتق ولا يتعلق برقبته فلا يباع فيه عند السيد الثاني، ثم إن تجمعت عليه نفقة عند السيد الثاني بيع فيها ويفعل بالفضل كما مرح.

ووجهه ما في البحر عن المبسوط أن النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان وذلك في حكم دين حادث اه: أي إن ما تجدد وجوبه عند السيد الثاني في حكم دين حادث

(وفي المهر مرة) ويطالب بالباقي بعد عتقه

فبياع فيه، بخلاف ما تجمد عليه وبيع فيه أولاً، فإنه لا يباع فيه ثانياً لاستيفاء باقيه لأنه في حكم دين واحد، خلافاً لما في نفقات صدر الشريعة حيث يفهم منه أنه يباع في الباقي أيضاً كما سيأتي بيانه هناك إن شاء الله تعالى.

ثم الظاهر أن هذا مفروض فيما إذا كانت النفقة مفروضة بالتراضي أو بقضاء القاضي لأنها بدون ذلك تسقط بمضي المدة كما ذكره في النفقات.

ثم رأيت في نفقات البحر صور المسألة بما إذا فرض القاضي لها نفقة شهر مثلاً وعجز عن أدائها باعه القاضي إن لم يفده المولى. وأفاد أنه إنما يباع فيم يعجز عن أدائه لا لنفقة كل يوم مثلاً للإضرار بالمولى، ولا لاجتماع قدر قيمته للإضرار بها. وينبغي أن لا يصح فرضه لتراضيهما لحجر العبد عن التصرف ولاتهامه بقصد الزيادة لإضرار المولى، ولذا فرض المسألة في البحر فيما إذا فرضها القاضي. تأمل. قوله: (وفي المهر مرة) فيه أنه لو لزمه مهر آخر عند السيد الثاني كما إذا طلقها ثم تزوجها ببيع ثانياً، فلا فرق بين المهر والنفقة إلا باعتبار أن النفقة تتجدد عند السيد الثاني ولا بد، بخلاف المهر. ح عن شيخه السيد. وأجاب ط بأن النفقة التي حدثت عند الثاني سببها متحقق عند الأول فتكرر بيعه في شيء واحد، بخلاف بيعه في مهر ثان عند الثاني، فإن هذا سبب عن عقد مستقل حتى توقف على إذنه اهـ.

قلت: وحاصله أن النفقة المتجددة عند الثاني وإن كانت في حكم دين حادث ولذا يبيع فيها ثانياً إلا أنها لما كان سببها متحداً وهو العقد الأول لم تكن ديناً حادثاً من كل وجه، أما المهر الثاني فهو دين حادث من كل وجه لوجوبه بسبب جديد؛ وأنت خير بأن هذا جواب إقناعي. ثم اعلم أن دين المهر والنفقة عيب في العبد، فللمشتري الخيار إن لم يرض به.

تنبيه: قال في البحر: علل في المعراج لعدم تكرار بيعه في المهر بأنه يبيع في جميع المهر، فيفيد أنه لو بيع في مهرها المعجل ثم حلّ الأجل يباع مرة أخرى لأنه إنما يبيع في بعضه اهـ.

أقول: فيه نظر لأنه مخالف لما نقله قبله في المبسوط من أنه ليس شيء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى إلا النفقة، لأنه يتجدد وجوبها بمضي الزمان الخ. ولا يخفى أن المهر المؤجل كان واجباً قبل حلول الأجل؛ وإنما تأخرت المطالبة إلى حلوله، فلم يتجدد الوجوب عند المشتري حتى يباع ثانياً عنده، ولأنه يلزم أنه لو كان المهر ألفاً مثلاً وقيمة العبد مائة فيبيع بمائة ثانياً وثالثاً وهكذا، لأنه في كل مرة لم يبيع في كل المهر وهو خلاف ما صرحوا به؛ ومراد المعراج بقوله؛ يبيع في جميع المهر، أنه

إلا إذا باعه منها. خانية.

(ولو زوّج) المولى (أتمه من عبده لا يجب المهر) في الأصح. ولوالجبية. وقال البزازي: بل يسقط ومحل الخلاف إذا لم تكن الأمة مأذونة مديونة، فإن

إنما بيع لأجل جميع المهر: أي لأجل ما كان جميعه واجباً وقت البيع، بخلاف النفقة الحادثة عند الثاني فإنه لم يبيع فيها عند الأول فبياع فيها ثانياً عند الثاني، فالمراد بيان الفرق بين المهر والنفقة كما صرحوا به في البحر من النفقات فراجع، فافهم. قوله: (إلا إذا باعه منها) فإن ما عليها من مقدار ثمنه يلتقي قصاصاً بقدره مما لها والباقي يسقط، لأن السيد لا يستوجب ديناً على عبده ح. قوله: (ولو زوّج المولى أتمه الخ) حاصله تقييد المسألة الأولى التي يباع في القنّ بما إذا لم تكن الأمة أمة مولى العبد فهذا كاستثناء مما قبله؛ ثم استثنى من هذا الاستثناء ما إذا كانت أمة المولى مأذونة مديونة فإنه يباع لها أيضاً، وأطلق هنا الأمة والعبد، فشمّل ما إذا كانا قنين أو مدبرين، أو كانت أم ولد، أو كان ابن أم ولد. قوله: (لا يجب المهر) لاستلزامه الوجوب لنفسه على نفسه وهو لا يعقل، وهذا بناء على أن مهر الأمة يثبت للسيد ابتداءً غير المأذونة والمكاتبه ومعقبة البعض كما في النهج. وفي استثناء المأذونة كلام يأتي قريباً. قوله: (بل يسقط) أي بل يجب على السيد ثم يسقط بناء على أن مهر الأمة يثبت لها أولاً ثم ينتقل للسيد كما في النهج عن الفتح ح. وفائدة وجوبه لها أنه لو كان عليها دين يستوفى منه ويقضى دينها. قالوا: والأول أظهر، كذا في شرح الجامع الكبير. يبيري على الأشباه. وأيده أيضاً في الدرر، وهذا مؤيد لتصحيح الولوالجي. قال في البحر: ولم أر من ذكر لهذا الاختلاف ثمرة.

ويمكن أن يقال: إنها تظهر فيما لو زوّج الأب أمة الصغير من عبده: فعلى الثاني يصح، وهو قول أبي يوسف؛ وعلى الأول لا يصح التزويج، وهو قولهما، وبه جزم في الولوالجية معللاً بأنه نكاح للأمة بغير مهر لعدم وجوبه على العبد في كسبه للحال اهـ.

واعترضه الرحمتي بأنه لا استحالة في وجوب المال للصغير على أبيه، بخلاف ما لو زوجها من أمة نفسه.

قلت: وكأنه فهم أن الضمير في قوله: «من عبده» للأب مع أنه للصغير كما صرح به في الظهيرية.

هذا، وجعل العلامة المقدسي ثمرة الخلاف قضاء دينها منه وعدمه. وقال: ويترجح القول بالوجوب ولهذا صححه ابن أمير حاج. قوله: (ومحل الخلاف الخ) ذكره في النهج بحثاً بقوله: وينبغي أن يكون محل الخلاف ما إذا لم تكن الأمة مأذونة مديونة،

كانت بيع أيضاً لأنه يثبت لها ثم ينتقل للمولى. نهر (فلو باعه سيده بعد ما زوجته امرأة فالمهر برقبته يدور معه أينما دار كدين الاستهلاك) لكن للمرأة فسخ البيع لو المهر عليه لأنه دين فكانت كالغرماء. منح (وقوله لعبدته طلقها رجعية إجازة)

فإن كانت بيع أيضاً، ويدل عليه ما في الفتح: مهر الأمة يثبت لها ثم ينتقل إلى المولى، حتى لو كان عليها دين قضى من المهر اهـ.

قلت: أنت خير أن قول الفتح: يثبت لها الخ، هو أحد القولين، فكيف يجعله دليلاً لعدم الخلاف؟ فإن المتبادر من عباراتهم أن قضاء دينها منه مبني على القول بأنه يثبت لها أو لا، أما على القول بأنه يثبت للسيد ابتداء فلا قضاء، ولهذا جعله العلامة المقدسي ثمرة الخلاف كما مر، فتأمل. قوله: (لأنه يثبت لها) أي لأن المهر يثبت للأمة مأذونة أو غيرها ثم ينتقل للمولى إن لم يكن عليها دين، وإلا فلا ينتقل إليه، فالضمير راجع للأمة المذكورة لا بقيد كونها مأذونة فهو استدلال بالأعم على الأخص، فافهم. قوله: (فالمهر برقبته) وقيل «في ثمنه» والأول الصحيح كما في المنية، ولو أعتقه كان عليه الأقل من المهر والنفقة كما في التنف. قهستاني. قوله: (يدور معه الخ) أي يباع فيه وإن تداولته الأيدي مراراً. قوله: (كدين الاستهلاك) أي كما لو استهلك مال إنسان عند سيده. قوله: (لكن للمرأة فسخ البيع) ذكره في البحر بحثاً، ونقله المصنف في المنح عن جواهر الفتاوى حيث قال: رجل زوج غلامه ثم أراد أن يبيعه بدون رضا المرأة: إن لم يكن للمرأة على العبد مهر فللمولى بيعه، وإن كان فلا إلا برضاها. وهذا كما قلنا في العبد المأذون والمديون إذا باعه بدون رضا الغرماء، فلو أراد الغريم الفسخ فله أن يفسخ البيع، كذلك هنا إذا كان عليه المهر لأن المهر دين اهـ. أما لو المولى قضاء عنه فلا فسخ أصلاً. قوله: (طلقها رجعية) مثله أوقع عليها الطلاق أو طلقها تطليقة تقع عليها. بحر.

قوله: (إجازة) لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا بعد النكاح الصحيح، فكان الأمر به إجازة اقتضاء، بخلاف البائن لأنه يحتمل المتاركة، كما في النكاح الفاسد والموقوف. ويحتمل الإجازة فحمل على الأدنى. وأشار إلى أن الإجازة تثبت بالدلالة كما تثبت بالصريح وبالضرورة، فالصريح كرضيت وأجزت وأذنت ونحوه. والدلالة تكون بالقول، كقول المولى بعد بلوغه الخير: حسن أو صواب أو لا بأس به، وبفعل يدل عليها كسوق المهر أو شيء منه إلى المرأة والضرورة بنحو عتق العبد أو الأمة، فالإعتاق إجازة، وتماهه في البحر. ولو أذن له السيد بعد ما تزوج لا يكون إجازة، فإن أجاز العبد ما صنع جاز استحساناً كالفضولي إذا وكل فأجاز ما صنعه قبل الوكالة، وكالعبد إذا توجه فضولي فأذن له مولاه في الزواج فأجاز ما صنعه الفضولي، كذا في الفتح.

للنكاح (الموقوف، لا طلقها أو فارقتها) لأنه يستعمل للمتاركة، حتى لو أجازته بعد ذلك لا ينفذ، بخلاف الفضولي (وإذنه لعبدته في النكاح ينتظم جائزه وفساده،

أقول: ولعل وجهه أن العقد إذا وقع موقوفاً على الإجازة فحصل الإذن بعده ملك استئناف العقد فيملك إجازة الموقوف بالأولى، لكن علمت أن من الإجازة الصريحة لفظ أذنت فيناقض ما ذكر من أن الإذن بعد التزوج لا يكون إجازة. وأجاب في البحر بحمل الأول على ما إذا علم بالنكاح فقال أذنت، والثاني على ما إذا لم يعلم، وبه جزم في النهر.

مَطْلَبٌ فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الْإِذْنِ وَالْإِجَازَةِ

قلت: يظهر مما ذكرنا الفرق بين الإذن والإجازة، فالإذن لما سيقع، والإجازة لما وقع. ويظهر منه أيضاً أن الإذن يكون بمعنى الإجازة إذا كان لأمر وقع وعلم به الآذن، وعلى هذا فقول البحر وغيره: الإجازة تثبت بالدلالة وبالصریح الخ، أنسب من قول الزيلعي: الإذن يثبت الخ. وعلم أن المصنف لو قال: «إذن» بدل قوله: «إجازة» لصح أيضاً، لأن الأمر بالطلاق يكون بعد العلم، والإذن بعد العلم إجازة، فقول النهر: ولم يقل أذن لأنه لو كان لاحتاج إلى الإجازة، فيه نظر فتدبر. قوله: (للنكاح الموقوف) يستفاد من قوله: «الموقوف» أنه عقد فضولي فتجري فيه أحكام الفضولي من صحة فسخ العبد والمرأة قبل إجازة المولى، وتمامه في النهر. قوله: (لأنه) أي قول المولى طلقها أو فارقتها لأنه يستعمل للمتاركة أي فيكون رداً. ويحتمل الإجازة، فحمل على الرد لأنه أدنى، لأن الدفع أسهل من الرفع، أو لأنه أليق بحال العبد المتمرد على مولاه، فكانت الحقيقة متروكة بدلالة الحال. بحر عن العناية. وعلى الثاني ينبغي لو زوجه فضولي فقال المولى طلقها أنه يكون إجازة، إذ لا تمرد منه في هذه الحالة. نهر. قلت: التعليل الأول يشمل هذه الصورة فلا يكون إجازة. قوله: (حتى لو أجازته) تفريع ما فهم من المقام من أن ذلك ردّ. وقال في البحر: وقد علم مما قررناه، أن قوله طلقها أو فارقتها وإن لم يكن إجازة فهو رد، فيفسخ به نكاح العبد حتى لا تلحقه الإجازة بعده. قوله: (بخلاف الفضولي) أي إذا قال له الزوج طلقها يكون إجازة لأنه يملك التطبيق بالإجازة فيملك الأمر به، بخلاف المولى، وهذا يختار صاحب المحيط. وفي الفتح أنه الأوجه، وختار الصدر الشهيد ونجم الدين النسفي أنه ليس بإجازة، فلا فرق بينهما. وعلى هذا الاختلاف إذا طلقها الزوج.

وفي جامع الفصولين أن هذا الاختلاف في الطلقة الواحدة، أما لو طلقها ثلاثاً فهي إجازة اتفاقاً، وعليه فينبغي أن تحرم عليه لو طلقها ثلاثاً لأنه يصير كأنه إجازة أولاً ثم طلق اهـ. وبه صرح الزيلعي بحر. قوله: (وإذنه لعبدته الخ) أطلقه فشمّل ما إذا أذن له في نكاح حرّة أو أمة معينة أو لا، فما في الهداية من التقييد بالأمة والمعينة اتفاق.

فبيع العبد لمهر من نكحها فاسداً بعد إذنه فوطئها) خلافاً لهما؛ ولو نوى المولى الصحيح فقط تقيده به، كما لو نص عليه، ولو نص على الفاسد صح وصح الصحيح أيضاً. نهر.

(ولو نكحها ثانياً) صحيحاً (أو) نكح أخرى (بعدها صحيحاً) وقف على الإجازة) لانتهاء الإذن بمرة وإن نوى مراراً؛ ولو مرتين صح لأنهما كل نكاح العبد، وكذا التوكيل بالنكاح

بحر. قوله: (بعد إذنه) متعلق بنكحها، وقيد به لثلاث يتوهم أن قوله: «وإذنه لعبد» يدخل فيه الإذن بعد النكاح، لأن الإذن ما يكون قبل الوقوع على ما مر بيانه، فافهم. قوله: (فوطئها) قيد به لأن المهر لا يلزم في الفاسد إلا به ط. قوله: (خلافاً لهما) فعندهما الإذن لا يتناول إلا الصحيح، فلا يطالب بالمهر في الفاسد إلا بعد العتق. قوله: (تقيده به) أي ويصدق قضاء وديانة.

قال في النهر: واعلم أنه ينبغي أن يقيد الخلاف بما إذا لو لم ينو المولى الصحيح فقط، فإن نواه تقيده به أخذاً من قولهم لو حلف أنه ما تزوج في الماضي يتناول يمينه الفاسد أيضاً. قال في التلخيص: ولو نوى الصحيح صدق ديانه وقضاء وإن كان فيه تخفيف رعاية لجانب الحقيقة اه نهر. قوله: (كما لو نص عليه) أي فإنه يتقيد به اتفاقاً أيضاً كما بحثه في البحر أخذاً مما بعده. قوله: (صحح) أي فإذا دخل بها يلزمه المهر في قولهم جميعاً. بحر عن البدائع. قوله: (وصحح الصحيح أيضاً) أي اتفاقاً، وهذا ما بحثه في النهر على خلاف ما بحثه في البحر من أنه لا يصح اتفاقاً. وإذا تأملت كلام كل منهما يظهر لك أرجحية ما في البحر كما أوضحته فيما علقته ويأتي قريباً بعض ذلك. قوله: (ولو نكحها ثانياً) أي بعد الفاسد، وهذا عطف على قوله: «فبيع الخ» فهو أيضاً من ثمرة الخلاف لأنه إذا انتظم الفاسد عنده ينتهي به الإذن، وإذا لم ينتظمه لا ينتهي به عندهما فله أن يتزوج صحيحاً بعده بها أو غيرها. قوله: (لانتهاء الإذن بمرة) ومثل الإذن الأمر بالتزويج، كما لو قال له تزوج فإنه لا يتزوج إلا مرة واحدة لأن الأمر لا يقتضي التكرار، وكذا إذا قال تزوج امرأة، لأن قوله امرأة اسم لواحدة من هذا الجنس. بحر عن البدائع. قوله: (وإن نوى مراراً الخ) أي لو قال لعبد تزوج ونوى به مرة بعد أخرى لم يصح لأنه عدد محض، ولو نوى ثنتين يصح لأن ذلك كل نكاح العبد، إذ العبد لا يملك التزوج بأكثر من ثنتين. بحر عن شرح المغني للهندي.

وحاصله أن الأمر يتضمن المصدر وهو للفرد الحقيقي أو الاعتباري: أي جملة ما يملكه دون العدد المحض، كما قالوا في طلق امرأتي ونوى الواحدة أو الثلاث يصح دون الثنتين. قوله: (وكذا التوكيل بالنكاح) بأن قال تزوج لي امرأة لا يملك أن يزوجه

(بخلاف التوكيل به) فإنه لا يتناول الفاسد فلا ينتهي، به يفتى. والوكيل بنكاح فاسد لا يملك الصحيح، بخلاف البيع. ابن ملك.

وفي الأشباه: من قاعدة الأصل في الكلام الحقيقية الإذن في النكاح والبيع والتوكيل بالبيع يتناول الفاسد،

إلا امرأة واحدة، ولو نوى الموكل الأربع ينبغي أن يجوز على قياس ما ذكرنا لأنه كل جنس النكاح في حقه ولكني ما ظفرت بالنقل، كذا في شرح المغني للهندي في بحث الأمر. بحر فافهم. لكن نية الأربع إنما تصح إذا لم يقل امرأة، أما لو قاله كما هو تصوير المسألة قبله فلا كما أفاده الرحمتي، ويؤيده ما مر آنفاً عن البدائع من أن المرأة اسم لواحدة من هذا الجنس. قوله: (بخلاف التوكيل به) أي توكيل من يريد النكاح به، وهذا مرتبط بقول المصنف: والإذن بالنكاح ينتظم جائزه وفاسده. قوله: (فإنه لا يتناول الفاسد) لأن الفاسد ليس بنكاح، لأنه لا يفيد شيئاً من أحكام النكاح، ولهذا لو حلف لا يتزوج نكاحاً فاسداً لا يحنث، بخلاف البيع يجوز في قول أبي حنيفة لأن الفاسد بيع يفيد حكم البيع وهو الملك، ويدخل في يمين البيع فيحنث به. خانية. قوله: (به يفتى) عبارة البحر: فلا ينتهي به اتفاقاً، وعليه الفتوى كما في المصنفى، وأسقط الشارح اتفاقاً لأن قوله: «وعليه الفتوى» يشعر بالخلاف وإرجاع ضمير عليه إلى الاتفاق فيه نظر، إذ لا معنى للإفتاء بالاتفاق، فافهم. قوله: (لا يملك الصحيح) لأنه قد يكون له غرض في الفاسد وهو عدم لزوم المهر بمجرد العقد فإنه لا يلزم إلا بالوطء. وفي الصحيح يلزم المهر بمجرد العقد، ويتأكد بالخلوة والموت ولو بدون وطء، ففيه إلزام على الموكل بما لم يلتزمه، وهذا يؤيد ما بحثه في البحر كما مر عند قوله: «وصح الصحيح أيضاً». قوله: (بخلاف البيع) أي بخلاف الوكيل ببيع فاسد فإنه يملك الصحيح، لأن البيع الفاسد بيع حقيقة لإفادته الملك بعد القبض، بخلاف النكاح الفاسد كما مر. قوله: (الإذن في النكاح) الأولى بالنكاح بالباء، والمراد الإذن للعبد المحجور وهو فك الحجر وإسقاط الحق، لأن العبد له أهلية التصرف في نفسه، وإنما حجر عليه لحق المولى فبالإذن يتصرف لنفسه بأهليته. وعند زفر والشافعي: هو توكيل وإنابة كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى. والظاهر أن هذا غير خاص بالعبد لأنه يقال: أذنت لزيد بأكل طعامي أو بسكنى داري، ففيه فك حجر وإسقاط حق؛ وكذا يقال: أذنت له ببيع داري، فيكون بمعنى الإحلال والإعارة والتوكيل، وإنما لم يكن الإذن للعبد توكيلاً عندنا لما علمت من أنه بالإذن يتصرف لنفسه لا بطريق النيابة عن المولى. قوله: (والتوكيل بالبيع) أي توكيل أجنبي به. وقول البحر: أشار المصنف إلى أن الإذن بالبيع وهو التوكيل به يتناول الفاسد بالأولى اتفاقاً يوهم أن الإذن هو

وبالنكاح لا، واليمين على نكاح وصلاة وصوم وحج وبيع، إن كانت على الماضي يتناوله؛ وإن على المستقبل لا.

(ولو زوّج عبداً له مأذوناً مديوناً صح، وساوت) المرأة (الغرماء في مهر مثلها) والأقل (والزائد) عليه (تطالب به) بعد استيفاء الغرماء (كدين الصحة مع)

التوكيل، لكن قد علمت أنه ليس عينه مطلقاً بل قد يطلق عليه، فمراده الإذن الذي بمعنى توكيل الأجنبي لا إذن العبد. تأمل. قوله: (وبالنكاح لا) أي والتوكيل بالنكاح لا يتناول الفاسد كما مر. قوله: (واليمين على نكاح) كما إذا حلف لا يتزوج فإنه لا يحث إلا بالصحيح. وأما إذا حلف أنه ما تزوج في الماضي فإنه يتناول الصحيح والفاسد أيضاً، لأن المراد في المستقبل الإعفاف وفي الماضي وقوع العقد. بحر عن المبسوط. قوله: (وصلاة) يقال على قياس ما تقدم: إن يمينه في الماضي منعقدة على صورة الفعل وقد وجدت، بخلافها في المستقبل فمنعقدة على المتهينة للثواب وهو لا يحصل بالفاسد، ومثلها الصوم والحج ط.

قلت: وسيأتي في الأيمان: حلف لا يصوم حنث بصوم ساعة بنية وإن أفطر لوجود شرطه؛ ولو قال صوماً أو يوماً حنث بيوم، وحنث في: لا يصلي بركعة، وفي: لا يصلي صلاة بشفع، وفي: لا يحج لا يحنث حتى يقف بعرفة عن الثالث، أو حتى يطوف أكثر الطواف عن الثاني اهـ.

وبه علم أن المراد بالصحيح في المستقبل ما يتحقق به الفعل المحلوف عليه شرعاً مع شرائطه، وذلك في الصوم بساعة، وفي الصلاة بركعة وإن أفسده بعده. تأمل. قوله: (صح) أي النكاح لأنه يبتني على ملك الرقبة وهو باق بعد الدين كما هو قبله. بحر. قوله: (وساوت الغرماء) أي أصحاب الديون، وفيه تصريح بأن المهر سائر الديون؛ فلو مات العبد وكان له كسب يوفى منه. وما في الفتح عن التمرتاشي: لو مات العبد سقط المهر والنفقة يجب حمله في المهر على ما إذا لم يترك شيئاً. نهر، وأصل هذا الاستخراج والتوفيق لصاحب البحر. قوله: (والأقل) أي إن كان المهر المسمى أقل من مهر المثل تساوى الغرماء فيه، ولم يذكره المصنف لعلمه بالأولى. قوله: (والزائد عليه الخ) أي إذا كان المسمى أكثر من مهر المثل فإنها تساويهم في قدره والزائد عليه يطالب به بعد استيفاء الغرماء. بحر: أي فيسعى لها به إن بقي في ملك مولاه أو تصبر إلى أن يعتق؛ ولو باعه الغرماء معها ليس لها بيعه ثانياً لأخذ الزائد، لأنه لا يباع في المهر مرتين كما حررناه فيما مر. تأمل. قوله: (كدين الصحة) أي إذا كان على المريض دين صحة وهو ما ثبت ببينة مطلقاً أو بإقراره صحيحاً قدم على دين المرض وهو ما أقر به مريضاً، لأن فيه إضراراً بالغرماء فيقضي بعد قضاء ديونهم.

دين (المرض) إلا إذا باعه منها كما مر .

(ولو زوّج بنته مكاتبه ثم مات لا يفسد النكاح) لأنها لم تملك المكاتب بموت أبيها (إلا إذا عجز فرد في الرق) فحيث يفسد للتنافي .
(زوّج أمته) أو أم ولده (لا تجب) عليه (تبوتها)

قوله: (إلا إذا باعه منها) في الخانية: زوّجه بألف وباعه منها بتسعمائة وعليه دين ألف فأجاز الغريم البيع كانت التسعمائة بينهما يضرب الغريم فيها بألف والمرأة بألف، ولا تتبعه المرأة بعد ذلك ويتبعه الغريم بما بقي من دينه إذا عتق اهـ. وقوله ولا تتبعه بتاءين ثم باء موحدة: أي لا تطالبه بما بقي من مهرها لأنه صار ملكها وانفسخ النكاح والسيد لا يستوجب على عبده مالاً، بخلاف ما بقي للغريم فإنه باق في ذمة العبد فطالبه به بعد عتقه؛ أما قبله فلا لما مر من أن العبد لا يباع في دين أكثر من مرة إلا النفقة، ولأن الغريم لما أجاز بيع المولى منها تعلق حقه في القيمة فقط. ولا يخفى أن للمرأة يبيعه وعتقه، كما لو باعه المولى من غيرها، ولا يمنع من بيعه تعلق الدين برقبته إلى ما بعد عتقه لما قلنا، فما قيل من أنه ليس لها يبيعه لتعلق حق الغريم به فهو وهم منشؤه التصحيف، ولو كانت النسخة: ولا تبعه ويبيعه الغريم من البيع، نافي قوله: إذا عتق، فافهم. قوله: (كما مر) أي قبيل قوله: «ولو زوّج المولى أمته من عبده» ح. قوله: (بنته) المراد من ترثه من النساء بعد موته سواء كانت بنتاً أو بنت ابن أو أختاً ط. قوله: (لأنها لم تملك المكاتب) لأنه لا يحتمل النقل من ملك إلى ملك ما لم يعجز، وإنما تملك ما في ذمته من بدل الكتابة، وأما صحة عتقها إياه فلأنه يبرأ به عن بدل الكتابة أولاً ثم يعتق. فتح. قوله: (للتنافي) أي بين كونه مالكا لها وكونها مالكة له. قوله: (أو أم ولده) ومثلها المدبرة، ولا تدخل المكاتبه بقرينة قوله فتخدمه: أي المولى لأن المكاتبه لا يملك المولى استخدامها فلذا تجب النفقة لها بدون التبوتة. بحر. وأما نفقة الأولاد فتكون على الأم، لأن ولد المكاتبه دخل في كتابتها، وتماه في شرح أدب القضاء للخصاف. قوله: (لا تجب تبوتها) هي في اللغة مصدر بوائه منزلاً: أي أسكته إياه. وفي الاصطلاح على ما في شرح النفقات للخصاف: أن يخلي المولى بين الأمة وبين زوجها ويدفعها إليه ولا يستخدمها. أما إذا كانت تذهب وتجيء وتخدم مولاه لا تكون تبوتة اهـ بحر. وقال قبله: وقيد بالتبوتة لأن المولى إذا استوفى صداقها أمر أن يدخلها على زوجها وإن لم يلزمه أن يبوئها، كذا في المبسوط؛ ولذا قال في المحيط: لو باعها بحيث لا يقدر الزوج عليها سقط مهرها كما سيأتي في مسألة ما إذا قتلها اهـ: أي سقط لو قبل الوطاء.

هذا وفيما نقله عن الخصاف وما نقله عن المبسوط شبه التنافي، لأن الأول أفاد

وإن شرطها في العقد، أما لو شرط الحرّ حرية أولادها فيه صح وعتق كل من ولدته في هذا النكاح، لأن قبول المولى الشرط والتزويج

أنه لا بد في تحقق معنى التبوّنة اصطلاحاً من تسليم الأمة إلى الزوج، الثاني أفاد أن التسليم إليه بعد قبض الصداق واجب، وعدم وجوب التبوّنة ينافي وجوب التسليم المذكور. والجواب ما أفاده في النهر من أن التسليم الواجب يكتفي فيه بالتخلية، بل بالقول بأن يقول له المولى متى ظفرت بها وطنتها، كما صرح به في الدراية، والتبوّنة المنفية أمر زائد على ذلك لا بد فيها من الدفع، والاكتفاء فيه بالتخلية كما ظن بعضهم غير واقع اهـ. وهذا أولى مما أجاب به المقدسي من أن المراد بالتبوّنة المنفية التبوّنة المستمرة. قوله: (وإن شرطها) لأنه شرط باطل، لأن المستحق للزوج ملك الحل لا غير، لأنه لو صح الشرط لا يخلو إما أن يكون بطريق الإجارة أو الإعارة، فلا يصح الأول لجهالة المدة، ولا الثاني لأن الإعارة لا يتعلق بها اللزوم. بحر. قوله: (أما لو شرط الحر الخ) بيان للفرق بين المسألتين، وهو أن اشتراط حرية الأولاد وإن كان لا يقتضيه نكاح الأمة أيضاً، إلا أنه صح لأنه في معنى تعليق الحرية بالولادة والتعليق صحيح، ويمتنع الرجوع عنه لأنه يثبت مقتضاه جبراً، بخلاف اشتراط التبوّنة لأنه يتوقف وجودها على فعل حسي اختياري، لأنه وعد يجب الإيفاء به، غير أنه إذا لم يف به لا يثبت متعلقه: أعني نفس الموعود به. فتح ملخصاً. وأقره في البحر والنهر، ومقتضى وجوب الوفاء به أنه شرط غير باطل، لكن لا يلزم من صحته وجوده بخلاف اشتراط الحرية، لكن تقدم التصريح بأنه باطل، وكذا صرح به في كافي الحاكم فقال: لو شرط ذلك للزوج كان هذا الشرط باطلاً، ولا يمنعه أن يستخدم أمته، ولعل معنى وجوب الوفاء به أنه واجب ديانة، ومعنى بطلانه أن غير لازم قضاء، فتأمل.

تنبيه: قال في النهر: وقيد الرجل في الفتح بالحرّ حتى لو كان عبداً كانت الأولاد عبيداً عندهما، خلافاً لمحمد اهـ. ونظر فيه ح بأن التعليق المعنوي موجود.

قلت: وهو الذي يظهر، وهذا القيد غير معتبر المفهوم، ولذا لم يقيد به في كثير من الكتب. وأما ما ذكره في النهر من الخلاف، فإنما رأيتهم ذكروه في مسألة العبد المغرور إذا تزوج امرأة على أنها حرة فظهرت أمة، بخلاف الحر المغرور فإن أولاده أحرار بالقيمة اتفاقاً، فالظاهر أن ما في النهر سبق نظر بقرينة أنه ذكر مسألة المغرور، ثم قال: وقيد الرجل في الفتح الخ، فاشتبه عليه مسألة بمسألة، فليراجع. قوله: (حرية أولادها) أي أولاد القنة ونحوها، وقوله: «فيه» أي في العقد، والظاهر أن اشتراطها بعده كذلك، ويجرر ط. قوله: (في هذا النكاح) أما لو طلقها ثم نكحها ثانياً فهم أرقاء، إلا إذا شرط كأول ط. قوله: (والتزويج) عطف على قبول ط، وهو من أحسن قول ح:

على اعتباره هو معنى تعليق الحرية بالولادة فيصح . فتح . ومفاده أنه لو باعها أو مات عنها قبل الوضع فلا حرية .

ولو ادعى الزوج الشرط ولا بيته له حلف المولى . نهر (لكن لا نفقة ولا سكنى لها إلا بها) بأن يدفعها إليه ولا يستخدمها (وتخدم المولى ويطأ الزوج إن ظفر بها

إنه عطف على الشرط . قوله : (على اعتباره) حالاً من التزويج والهاء للشرط ح . قوله : (هو معنى الخ) خبر إن ح ، فكأنه قال : إن ولدت أو ولداً من هذا النكاح فهم أحرار ط . قوله : (ومفاده) أي مفاد التعليق المذكور ، وذلك لأن المعلق قبل وجود الشرط عدم ، ولا بد له من بقاء الملك عند وجود الشرط ، وهذا البحث لصاحب البحر ، وأقره عليه أخوه في النهر والمقدسي . وقال في البحر : وقد ذكر ذلك في المبسوط في التعليق صريحاً بقوله : كل ولد تلدينه فهو حر ، فقال : لو مات المولى وهي حبلى لم يعتق ما تلده لفقده الملك لانقالها للورثة ؛ ولو باعها المولى وهي حبلى جاز بيعه ، فإن ولدت بعده لم تعتق اهـ . إلا أن يفرق بين التعليق صريحاً والتعليق معنى ولم يظهر لي الآن اهـ .

قلت : يظهر لي الفرق بينهما من حيث إن هذا التعليق المعنوي تعلق به حق الزوج في ضمن العقد المقصود منه أصالة الولد والرقيق ميت حكماً فصار المقصود به أصالة حرية الولد ، فلا يكون في حكم التعليق الصريح ، فلا يبطل بزوال ملك المولى ونظيره المكاتب ، فإن عقد الكتابة معاوضة وهو متضمن لتعليق التعليق على أداء البدل ، ولا يبطل هذا التعليق الضمني بموت المولى المعلق . وأيضاً فإن المغرور الذي تزوج امرأة على أنها حرة يكون شارطاً لحرية أولاده معنى ، فإذا ظهر أنها أمة تكون أولاده أحراراً مع أن هذا الشرط لم يكن مع المولى ، وفي مسألتنا وقع شرط الحرية مع المولى صريحاً فلا ينزل حاله عن حال المغرور ، فتأمل . قوله : (ولو ادعى الزوج الخ) هذا ذكره في النهر بحثاً وقال : إنه حادثة الفتوى .

واستنبطه مما في جامع الفصولين في المغرور : لو ادعى أنه تزوجها على أنها حرة وكذبه المولى ، فإن برهن فالأولاد أحرار بالقيمة ، وإلا حلف المولى لأنه ادعى عليه ما لو أقر به لزمه ، فإذا نكل يخلف . قوله : (لكن لا نفقة الخ) لأنها جزء الاحتباس ، ولذا لم تجب نفقة الناشئة والحاجة مع غير الزوج والمغصوبة والمحبوسة بدين عليها . رحمتي . وعطف السكنى على النفقة عطف خاص على عام ، لأن النفقة اسم لها وللطعام والكسوة . قوله : (ولا يستخدمها) مبني على ما مر عن نفقات الخصاف .

وذكر في البحر أن التحقيق أن العبرة لكونها في بيت الزوج ليلاً ، ولا يضر

فارغة) عن خدمة المولى؛ ويكفي في تسليمها قوله متى ظفرت بها وطقتها. نهر (فإن بوأها ثم رجع) عنها (صح) رجوعه لبقاء حقه (وسقطت) النفقة.

(ولو خدمته) أي السيد بعد التبوثة (بلا استخدامه) أو استخدامها نهاراً وأعادها لبيت زوجها ليلاً (لا) تسقط لبقاء التبوثة.

(وله) أي المولى (السفر بها) أي بأمته (وإن أبى الزوج) ظهيرية (وله إجبار قته وأمته) ولو أم ولد، ولا يلزمه الاستبراء بل يندب؛ فلو ولدت لأقل من نصف حول فهو من المولى والنكاح فاسد. بحر من الاستيلاد وثبوت النسب (على النكاح) وإن لم يرضيا

الاستخدام نهاراً اهـ. ويأتي مثله قريباً. قوله: (فارغة عن خدمة المولى) ظاهره أنه لو وجدها مشغولة بخدمة المولى في مكان خال ليس له وطؤها، ولم أره صريحاً.

وقد يقال: إن كان استمتاعه لا ينقص خدمة المولى أبيع له، لأنه ظفر بحقه غير منقص حق المولى لاسيما والمدة قصيرة ط. قوله: (ويكفي في تسليمها) أي الواجب بمقتضى العقد وهو بهذا المعنى لا ينافي عدم وجوب التبوثة كما أوضحناه قبل. قوله: (أو استخدامها نهاراً الخ) هذا ما تقدم قريباً عن البحر أنه التحقيق. قال ح: وتكون نفقة النهار على السيد ونفقة الليل عن الزوج كما في القهستاني عن الفنية. قوله: (وإن أبى الزوج) أي وإن أوفى المهر بتمامه، لأن حق المولى أقوى ط. قوله: (وله) أي للمولى حيث تم الملك له. نهر. احترازاً عن المكاتب، فإن ملكه فيه ناقص، فولاية الإيجاب في المملوك تعتمد كمال الملك، وهو كامل في المدبر وأم الولد وإن كان الرق ناقصاً، والمكاتب على عكسهما. بحر. قوله: (ولو أم ولد) ومثلها المدبر والمدبرة، وأشار إلى أن القنة كذلك بالأولى، لكنها داخلية في القن لإطلاقه عليهما كما مر، فافهم. قوله: (ولا يلزمه الاستبراء) قدمنا في فصل المحرمات أن الصحيح وجوب الاستبراء على السيد إذا أراد أن يزوجها وكان يطؤها. وأما الزوج فقال في الهداية: إنه لا يستبرئها لا استحباباً ولا وجوباً عندهما. وقال محمد: لا أحب أن يطأها قبل أن يستبرئها اهـ. ورجح أبو الليث قول محمد، وتقدم تمام الكلام على ذلك. قوله: (فهو من المولى) أي إن ادعاه في القنة والمدبرة ولم ينفه عنه في أم الولد ط.

قلت: وهذا إذا زوّجها غير عالم، لما قدمناه في المحرمات عن التوشيح من أنه ينبغي أنه لو زوّجها بعد العلم قبل اعترافه به أنه يجوز النكاح ويكون نفيماً. قوله: (والنكاح فاسد) فلا يلزم المهر إلا بوطن الزوج ط. قوله: (وإن يرضيا) أشار إلى ما في القهستاني وغيره من أن المراد بالإجبار تزويجهما بلا رضاهما لا إكراههما على الإيجاب

لا مكاتبه ومكاتبته، بل يتوقف على إجازتهما ولو صغيرين إلحاقاً بالبالغ؛ فلو أديا وعتقا عاد موقوفاً على إجازة المولى لا على إجازتهما لعدم أهليتهما إن لم يكن عصبه غيره، ولو عجزا توقف نكاح المكاتب على رضا المولى ثانياً لعود مؤن النكاح عليه، ويطل نكاح المكاتبه لأنه طراً حل بات على موقوف فأبطله، والدليل يعمل العجائب،

والقبول كما قيل اه فافهم. قوله: (لا مكاتبه ومكاتبته) لأنهما التحقا بالأجانب بعقد الكتابة، ولهذا يستحقان الأرش على المولى بالجناية عليهما، وتستحق الكتابة المهر إذا وطئها المولى فصار كالحرين فلا يجبران على النكاح. ط عن أبي السعود. قوله: (ولو صغيرين) ظاهره أن المراد الإجازة ولو في حال الصغر مع أن عبارة الصغيرين الحرين غير معتبرة أصلاً. ويحتمل أن يكون المراد أنه لا ينفذ نكاح المولى عليهما ولو كانا صغيرين، بل يتوقف على إجازتهما بعد بلوغهما، والمتبادر من كلامهم الأول. تأمل. قوله: (فلو أديا) أي بدل الكتابة قبل رد العقد. فتح. قوله: (عاد موقوفاً على إجازة المولى) لأنه تجدد له ولاية أخرى غير الولاية التي قارنها رضاه بتزويجها، لأن تلك الولاية كانت بحكم الملك وهذه بحكم الولاء، فيشترط تجدد رضاه لتجدد الولاية، وصار كالشريك إذا زوج العبد المشترك ثم ملك باقيه، فإن النكاح يحتاج إلى إجازته لتجدد ملكه في الباقي، وكمن أذن لعبد ابنه الصغير في التجارة ثم مات الابن فورثه، فإن العبد يحتاج في التصرف إلى إذن جديد من الأب لتجدد ولاية ملكه، وكمن زوج نافلته مع وجود ابنه ثم مات الابن فالنكاح يحتاج إلى إجازة الجد لتجدد ولايته، بخلاف الراهن إذا باع العبد المرهون والمولى إذا باع العبد المأذون المديون ثم سقط الدين في صورتين بطريق من طرق السقوط حيث لا يفتقر العقد فيهما إلى إجازة المالك ثانياً، لأن نفاذ العقد فيهما بالولاية الأصلية وهي ولاية الملك. من شرح تلخيص الجامع الكبير. قوله: (لعدم أهليتهما) لأن الكتابة لم تبقى بعد العتق والصغير ليس من أهل الإجازة. قوله: (إن لم يكن الخ) قيد لقوله: «عاد الخ». قوله: (ثانياً) راجع إلى رضا لا إلى توقف: أي رضا ثانياً. قال في شرح التلخيص: لكن لا بد من إجازة المولى وإن كان قد رضي أولاً. فافهم. قوله: (لعود مؤن النكاح عليه) لأنه لما زوجه إنما رضي بتعلق مؤن النكاح كالمهر والنفقة بكسب المكاتب لا بملك نفسه، وكسب المكاتب بعد عجزه ملك للمولى. شرح التلخيص. قوله: (لأنه طراً حل بات) أي حل وطئها للسيد على حل موقوف: أي حلها للزوج فأبطله كالأمة إذا تزوجت بغير إذن ثم ملكها من محل له بطل النكاح لطريان الحل على الموقوف، ولا يبطل نكاح العبد المكاتب لعدم الطريان المذكور. من شرح التلخيص. قوله: (والدليل يعمل العجائب)

ويبحث الكمال هنا غير صائب.

(ولو قتل) المولى (أتمه)

وجه العجب أن المولى يملك إلزام النكاح بعد العتق لا قبله، وأنه يتوقف على إجازة المكاتب قبل العتق ولا يتوقف على إجازته بعده، وأن المكاتب لو ردت إلى الرق يبطل النكاح الذي باشره المولى وإن أجازته، ولو عتقت جاز بإجازته، ولهذا قيل: إنها مهما زادت من المولى بعداً زادت قرباً إليه في النكاح. قوله: (ويبحث الكمال هنا غير صائب) قال الكمال: الذي يقتضيه النظر عدم التوقف على إجازة المولى بعد العتق بل بمجرد عتقها ينفذ النكاح، لما صرحوا به من أنه إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأعتقه نفذ، لأنه لو توقف: فإما على إجازة المولى وهو ممتنع لانقضاء ولايته، وإما على العبد، ولا وجه له لأنه صدر من جهته فيكيف يتوقف، ولأنه كان نافذاً من جهته وإنما توقف على السيد فكذا السيد هنا فإنه وليّ مجبر، وإنما التوقف على إذنها لعقد الكتابة وقد زال فبقي النفاذ من جهة السيد، فهذا هو الوجه، وكثير ما يقلد الساهون الساهين.

ورده في البحر بأنه سوء أدب وغلط. أما الأول فلأن المسألة صرح بها الإمام محمد في الجامع الكبير، فكيف ينسب السهو إليه وإلى مقلديه؟ وأما الثاني فلأن محمداً رحمه الله علل لتوقفه على إجازة المولى بأنه تجدد له ولاية لم تكن وقت العقد وهي الولاء بالعتق، ولذا لم يكن له الإجازة إذا كان لها وليّ أقرب منه كالأخ والعم، فصار كالشريك إلى آخر ما قدمناه عن شرح التلخيص، قال: وكثيراً ما يعترض المخطئ على المصيبين اهـ. ومثله في النهر والشرنبلالية وشرح الباقراني.

مَطْلَبٌ: عَلَيَّ أَنَّ الْكَمَالَ ابْنَ الْهَمَامِ بَلَغَ رُتْبَةَ الْأَجْتِهَادِ

وأجاب العلامة المقدسي بأن ما بحثه الكمال هو القياس كما صرح به الإمام الحصري في شرح الجامع الكبير، وإذا كان هو القياس لا يقال في شأنه إنه غلط وسوء أدب، على أن الشخص الذي بلغ رتبة الاجتهاد إذا قال: مقتضى النظر كذا الشيء هو القياس، لا يردّ عليه بأن هذا منقول، لأنه إنما تبع الدليل المقبول، وإن كان البحث لا يقضي على المذهب اهـ.

والذي ينفي عنه سوء الأدب في حق الإمام محمد أنه ظن أن الفرع من تفرعات المشايخ، بدليل أنه قال في صدر المسألة: وعن هذا استطرفت مسألة نقلت من المحيط، هي أن المولى إذا تزوج مكاتبته الصغيرة، إلى أن قال: هكذا تواردتها الشارحون، فهذا يدل على أنه ظن أنها غير منصوص عليها، فالأنسب حسن الظن بهذا الإمام. قوله: (ولو قتل المولى أتمه) قيد بالقتل لأنه لو باعها وذهب بها المشتري من المصر أو غيبها بموضع لا يصل إليه الزوج لا يسقط المهر، بل تسقط المطالبة به إلى

قبل الوطاء) ولو خطأ. فتح (وهو مكلف) فلو صبياً لم يسقط على الراجح (سقط المهر) لمنعه المبدل كحرة ارتدت ولو صغيرة (لا لو فعلت ذلك) القتل (امرأة) ولو

أن يحضرها. وفي الخانية: لو أبقت فلا صداق لها ما لم تحضر في قياس قول الشيخين. نهر. وكالقتل ما لو: أعتقها قبل الدخول فاختارت الفرقة؛ وقيد بالمولى لأن قتل غيره لا يسقط به المهر اتفاقاً؛ وبالأمه لأنه لو قتل المولى الزوج لا يسقط لأنه تصرف في العاقد دون المعقود عليه، وأراد بالأمه القنة والمدبرة وأم الولد، لأن مهر المكاتبه لها لا للمولى، فلا يسقط بقتل المولى إياها. بحر. والمكاتبه المأذونة والمديونه على ما سيجيء. قوله: (قبل الوطاء) أي ولو حكماً. نهر. لما مر مراراً أن الخلوة الصحيحة وطء حكماً. قوله: (ولو خطأ) أي أو تسيباً كما هو مقتضى الإطلاق. نهر. قوله: (فلو صبياً) مثله المجنون بالأولى. نهر. قوله: (على الراجح الخ) ذكر في المصنفى فيه قولين. وفي الفتح: لو لم يكن من أهل المجازاة بأن كان صبياً زوج أمته وصيه مثلاً قالوا: يجب أن لا يسقط في قول أبي حنيفة، بخلاف الحرة الصغيرة إذا ارتدت يسقط مهرها، لأن الصغيرة العاقلة من أهل المجازاة على الردة، بخلاف غيرها من الأفعال لأنها لم تحظر عليها والردة محظورة علياً اهـ. فترجح عدم السقوط. بحر. قال الرحمتي: لكن الصبى من أهل المجازاة في حقوق العباد؛ ألا ترى أنه يجب عليه الدية إذا قتل والضمان إذا أتلف؟ والمجنون مثله ولذا ترك التقييد بالمكلف في الهداية والوقاية والدرر والمنتقى والكنز، والدليل يعضده وفيهم الأسوة الحسنة. قوله: (سقط المهر) هذا عنده خلافاً لهما لأنه منع المبدل، قبل التسليم فيجازى بمنع البدل، وإن كان مقبوضاً لزمه رد جميعه على الزوج. بحر. قوله: (كحرة ارتدت) لأن الفرقة جاءت من قبلها قبل تقرر المهر فيسقط. رحمتي. قوله: (ولو صغيرة) لحظر الردة عليها بخلاف غيرها من الأفعال كما مر. قوله: (لا لو فعلت ذلك القتل امرأة) أي القتل المذكور وهو ما يكون قبل الوطاء. قال في النهر: لأن جنابة الحرّ على نفسه هدر في أحكام الدنيا، وبتسليم أنها ليست هدرأ فقتلها نفسها تفويت بعد الموت، وبالموت صار للورثة فلا يسقط وإذا لم يسقط مع أن الحق لها أولاً فعدم السقوط بقتل الوارث أولى اهـ. قوله: (ولو أمة) لأن المهر لمولاها ولم يوجد منه منع المبدل. بحر.

قال ح: حاصل ما يفهم من كلامهم أن العلة في سقوط المهر أمران: الأول أن يكون صادراً ممن له المهر. الثاني أن يترتب عليه حكم ذنبوي كالمذكور في صدر المتن، ففي الأمة غير المأذونة وغير المكاتبه إذا قتلت نفسها فقد الأمران؛ وفي الحرة إذا قتلت نفسها والمولى الغير المكلف إذا قتل أمته فقد الثاني؛ وفي الأجنبية أو الوارث إذا قتل حرة أو أمة فقد الأول اهـ: أي لأن الوارث بالقتل لم يبق وارثاً مستحقاً للمهر

أمة على الصحيح . خانية (بنفسها) أو قتلها وارثها أو ارتدت الأمة أو قبلت ابن زوجها كما رجحه في النهر، إذ لا تفويت من المولى (أو فعله بعده) أي الوطء لتقرره به، ولو فعله بعده أو مكاتبته أو مأذونته المديونة لم يسقط اتفاقاً .

(والإذن في العزل) وهو الإنزال خارج الفرج (لمولى الأمة لا لها) لأن

لحرمانه به فصار كالأجنبي . بحر . قوله : (أو ارتدت الأمة) مقابل قوله : «كحرة ارتدت» . قوله : (كما رجحه في النهر) راجع للأخيرتين، وسبقه إلى ذلك في البحر قياساً على تصحيح عدم السقوط في قتل الأمة نفسها، فإن الزيلعي جعل الروائين في الكل، وإذا كان الصحيح منهما في مسألة القتل عدم السقوط فليكن كذلك هنا، وهو الظاهر لأن المستحق وهو المولى لم يفعل شيئاً اهـ . قوله : (أو فعله) الضمير المستتر للمولى المكلف والبارز للقتل ح . قوله : (لتقرره) أي المهر به : أي بالوطء ح . قوله : (ولو فعله بعده) صورته : زوج عبده ثم قتله وضمن قيمته يوفي منها مهر المرأة، ومثله ما إذا باعه . قال في النهر : وسيأتي أنه لو أعتق المديون كان عليه قيمته؛ فالقتل أولى ح . قوله : (أو مكاتبته) لما عرف أن مهر المكاتبه لها لا للمولى . بحر . قوله : (أو مأذونته المديونة) بحث لصاحب النهر حيث قال : وأقول : ينبغي أن يقيد الخلاف : أي الخلاف الماز بين الإمام وصاحبيه بما إذا لم تكن مأذونة لحقها به دين؛ فإن كانت لا يسقط اتفاقاً لما مر من أن المهر في هذه الحالة لها توفي منه ديونها، غاية الأمر أنه إذا لم يف بدينها كان على المولى قيمتها للغرماء فتضم إلى المهر ويقسم بينهم اهـ .

تنبيه : الحاصل أن المرأة إذا ماتت فلا يخلو إما أن تكون حرة أو مكاتبه أو أمة، وكل من الثلاث إما أن يكون حنف أنفها أو بقتلها نفسها أو بقتل غيرها، وكل من التسعة إما قبل الدخول أو بعده، فهي ثمانية عشر، ولا يسقط مهرها على الصحيح إلا إذا كانت أمة وقتلها سيدها قبل الدخول . بحر . قلت : ويزاد في التقسيم المأذونة المديونة، فتبلغ الصور أربعة وعشرين .

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ الْعَزْلِ

قوله : (والإذن في العزل) أي عزل زوج الأمة . قوله : (وهو الإنزال خارج الفرج) أي بعد النزح منه لا مطلقاً، فقد قال في المصباح : فائدة المجمع إن أمنى في الفرج الذي ابتداء الجماع فيه قيل أمناه وألقى ماءه؛ وإن لم ينزل : فإن كان لإعياء وفتور قيل أكسل وأقحط وفهر؛ وإن نزح وأمنى خارج الفرج قيل عزل؛ وإن أولج في فرج آخر فأمنى فيه قيل فهر فهدراً من باب منع، ونهى عن ذلك؛ وإن أمنى قبل أن يجامع فهو الزملق بضم الزاي وفتح الميم المشددة وكسر اللام . قوله : (لمولى الأمة) ولو مدبرة أو أم ولد؛ وهذا هو ظاهر الرواية عن الثلاثة لأن حقها في الوطء قد تأدى بالجماع .

الولد حقه، وهو يفيد التقييد بالبالغة وكذا الحرة. نهر.

(ويعزل عن الحرّة) وكذا الكاتبة. نهر. بحثاً (بإذنها) لكن في الخانية أنه يباح في زماننا لفساده. قال الكمال: فليعتبر عذراً مسقطاً لإذنها، وقالوا: يباح

وأما سفح الماء ففائدته الولد، والحق فيه للمولى، فاعتبر إذنه في إسقاطه، فإذا أذن فلا كراهة في العزل عند عامة العلماء وهو الصحيح؛ وبذلك تضافرت الأخبار. وفي الفتح: وفي بعض أجوبة المشايخ الكراهة، وفي بعض عدمها. نهر. وعنهما أن الإذن لها. وفي القهستاني أن للسيد العزل عن أمته بلا خلاف، وكذا لزوج الحرة بإذنها. وهل للأب أو الجد الإذن في أمة الصغير؟ في حاشية أبي السعود عن شرح الحموي: نعم. قال: وفيه أنه لا مصلحة للصبيّ فيه لأنه لو جاء ولد يكون رقيقاً له، إلا أن يقال؛ إنه متوهم اهـ. وفيه أنه لو لم يعتبر التوهم هنا لما توقف على إذن المولى. تأمل. قوله: (وهو) أي التعليل المذكور يفيد التقييد: أي تقييد احتياجه إلى الإذن بالبالغة وكذا الحرة بتقييد احتياجه بالبالغة، إذ غير البالغة لا ولد لها. قال الرحمتي: وكالبالغة المراهقة إذ يمكن بلوغها وحبلها اهـ. ومفاد التعليل أيضاً أن زوج الأمة لو شرط حرية الأولاد لا يتوقف العزل على إذن المولى كما بحثه السيد أبو السعود. قوله: (نهر بحثاً) أصله لصاحب البحر حيث قال: وأما المكاتبه فينبغي أن يكون الإذن إليها، لأن الولد لم يكن للمولى، ولم أره صريحاً اهـ. وفيه أن للمولى حقاً أيضاً باحتمال عجزها وردها إلى الرق، فينبغي توقفه على إذن المولى أيضاً رعاية للتحقق. رحمتي. قوله: (لكن في الخانية) عبارتها على ما في البحر: ذكر في الكتاب أنه لا يباح بغير إذنها. وقالوا: في زماننا يباح بغير إذنها، وقالوا: في زماننا يباح لسوء الزمان اهـ. قوله: (قال الكمال) عبارته: وفي الفتاوى: إن خاف من الولد السوء في الحرة يسعه العزل بغير رضاها لفساد الزمان، فليعتبر مثله من الأعذار مسقطاً لإذنها اهـ.

فقد علم مما في الخانية أن منقول المذهب عدم الإباحة، وأن هذا تقييد من مشايخ المذهب لتغير بعض الأحكام بتغير الزمان، وأقره في الفتح، وبه جزم القهستاني أيضاً حيث قال: وهذا إذا لم يخف على الولد السوء لفساد الزمان وإلا فيجوز بلا إذنها اهـ. لكن قول الفتح: فليعتبر مثله، يحتمل أن يرد بالمثل ذلك العذر، كقولهم: مثلك لا يبخل. ويحتمل أنه أراد إلحاق مثل هذا العذر به. كأن يكون في سفر بعيد، أو في دار الحرب فخاف على الولد، أو كانت الزوجة سيئة الخلق ويريد فراقها فخاف أن تحبل، وكذا ما يأتي في إسقاط الحمل عن ابن وهبان، فافهم.

مَطْلَبٌ فِي حُكْمِ إِسْقَاطِ الْحَمْلِ

قوله: (وقالوا الخ) قال في النهر: بقي هل يباح الإسقاط بعد الحمل؟ نعم يباح

إسقاط الولد قبل أربعة أشهر ولو بلا إذن الزوج (وعن أمته بغير إذنها) بلا كراهة، فإن ظهر بها حبل حلّ نفيه إن لم يعد قبل بول (وخيرت أمة). ولو أم ولد

ما لم يتخلق منه شيء، ولن يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً، وهذا يقتضي أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح، وإلا فهو غلط لأن التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة، كذا في الفتح؛ وإطلاقهم يفيد عدم توقف جواز إسقاطها قبل المدة المذكورة على إذن الزوج.

وكراهة الخانية: ولا أقول بالحل، إذ المحرم لو كسر بيض الصيد ضمنه لأنه أصل الصيد، فلما كان يؤخذ بالجزء فلا أقل من أن يلحقها إثم هنا إذا أسقطت بغير عذراه. قال ابن وهبان: ومن الأعذار أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل، وليس لأبي الصبي ما يستاجر به الظئر ويخاف هلاكه.

ونقل عن الذخيرة: لو أرادت الإلقاء قبل مضي زمن ينفخ فيه الروح هل يباح لها ذلك أم لا؟ اختلفوا فيه، وكان الفقيه علي بن موسى يقول: إنه يكره، فإن الماء بعد ما وقع في الرحم مأكلة الحياة فيكون له حكم الحياة كما في بيضة صيد الحرم، ونحوه في الظهيرية. قال ابن وهبان: فإباحة الإسقاط محمولة على حالة العذر، أو أنها لا تأثم إثم القتل اهـ.

وبما في الذخيرة تبين أنهم ما أرادوا بالتحقيق إلا نفخ الروح، وأن قاضيخان مسبوق بما مرّ من التفقه، والله تعالى الموفق اهـ كلام النهرح.

تنبية: أخذ في النهر من هذا وما قدمه الشارح عن الخانية والكمال أنه يجوز لها سدّ فم رحمها كما تفعله النساء مخالفاً لما بحثه في البحر من أنه ينبغي أن يكون حراماً بغير إذن الزوج قياساً على عزله بغير إذنها.

قلت: لكن في البرازية أن له منع امرأته عن العزل اهـ. نعم النظر إلى فساد الزمان يفيد الجواز من الجانبين، فما في البحر مبني على ما هو أصل المذهب، وما في النهر على ما قاله المشايخ، والله الموفق. قوله: (إن لم يعد قبل بول) بأن لم يعد أصلاً أو عاد بعد بول. نهر: أي وعزل في العود أيضاً كما نقله أبو السعود عن الحانوتي.

ونقل أيضاً عن خط الزيلعي أنه ينبغي أن يزداد بعد غسل الذكر: أي لنفي احتمال أن يكون على رأس الذكر بقية منه بعد البول فتزول بالغسل، وبه ظهر أن ما ذكروه في باب الغسل أن النوم والمشي مثل البول في حصول الإنقاء لا يتأتى هنا، فافهم. قوله: (وخيرت أمة) هذا يسمى خيار العتق. قال في النهر: ولو اختارت نفسها بلا علم الزوج يصح، وقيل لا يصح بغيبته، كذا في جامع الفصولين. قوله: (ولو أم ولد) أي أو

(ومكاتبة) ولو حكماً كمتعقة بعض (عتقت تحت حرّ أو عبد ولو كان النكاح برضاها) دفعاً لزيادة الملك عليها بطلقة ثالثة، فإن اختارت نفسها فلا مهر لها أو زوجها فالمهر لسيدها، ولو صغيرة تؤخر لبلوغها، وليس لها خيار بلوغ في الأصح (أو كانت) الأمة (عند النكاح حرّة صارت أمة) بأن ارتدّا ولحقاً بدار

مدبرة، وشمل الكبيرة والصغيرة. بحر. قوله: (ومكاتبة) خالف زفر فقال: لا خيار لها، وقواه في الفتح وأجاب عنه في البحر. قوله: (ولو كان النكاح برضاها) وكذا بدون رضاها بالأولى. وعبرة الزليعي وغيره: ولا فرق في هذا بين أن يكون برضاها أو بغيره اهـ. وهذا التعميم ظاهر في غير المكاتب لما قدمه الشارح قريباً من أن له إجبار قته على النكاح لا مكاتبه ولا مكاتبته.

وفي المعراج أنه ليس له إجبارها بالإجماع، وبه تأيد قوله في الشرنبلالية: إنّ نفى رضا المكاتبه منفي، فإنه كما لا ينفذ تزويجها نفسها بدون إذن مولاه لبقاء ملكه لرقبتها لا ينفذ تزويجها إياها بدون إذنهما لموجب الكتابة، وتامامه هناك. قوله: (دفعاً لزيادة الملك عليها) علة لقوله: «خيرت» وذلك أن الزوج كان يملك عليها طلقتين، فلما صارت حرّة صار يملك عليها طلقة ثالثة، وفيه ضرر لها، فملكك رفع أصل العقد لدفع الزيادة المضرة لها، ولهذا لم يثبت خيار العتق للبعد الذكر لأنه ليس عليه ضرر وهو قادر على الطلاق. قوله: (فلا مهر لها) أي إن لم يدخل بها الزوج، لأن اختيارها نفسها فسخ من الأصل، وإن كان دخل بها فالمهر لسيدها، لأن الدخول بحكم نكاح صحيح فتقرر به المسمى. بحر. قوله: (أو زوجها) بالنصف عطف على قوله: «نفسها». قوله: (فالمهر لسيدها) أي سواء دخل الزوج بها أو لم يدخل، لأن المهر واجب بمقابلة ما ملك الزوج من البضع وقد ملكه عن المولى فيكون بدله للمولى. بحر عن غاية البيان.

قلت: وقوله سواء دخل بها الزوج أو لم يدخل، لا ينافي ما سيأتي متناً من التفصيل، بأنه لو وطئ الزوج قبل العتق فالمهر للمولى، أو بعده فلها، لأن ذلك فيما إذا كان النكاح بدون إذن المولى ونفذ النكاح بالعتق وبه تملك منافعتها، فإذا وطئ بعده فالمهر لها بخلاف ما هنا فإن النكاح بالإذن، فنفذ النكاح في حال قيام الرق كما سيأتي، فافهم. قوله: (ولو صغيرة) أي لو كانت المتعقة صغيرة وقد زوجها مولاه قبل العتق تأخر خيارها إلى بلوغها. قال في البحر: لأن فسخ النكاح من التصرفات المترددة بين النفع والضرر، فلا تملكه الصغيرة ولا يملكه وليها لقيامه مقامها، كذا في جامع الفصولين؛ فإذا بلغت كان لها خيار العتق لا خيار البلوغ على الأصح، كذا في الذخيرة اهـ. وقيل يثبت لها خيار البلوغ أيضاً، ويدخل تحت خيار العتق. وأما لو زوجها بعد العتق ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ، لأن ولاية المولى عليها في الصورة

الحرب ثم سبياً معاً فأعتقت خيرت عند الثاني، خلافاً للثالث. مبسوط (والجهل بهذا الخيار) خيار العتق (عذر) فلو لم تعلم به حتى ارتدا ولحقاً فعلمت ففسخت صح، إلا إذا قضى باللحاق،

الأولى كولاية الأب بل أقوى، وفي هذه كولاية الأخ والعم بل أضعف كما أوضحناه في باب الولي. قوله: (معاً) قيد في الجمل الثلاثة، وإنما قيد به لأن بارتداد أحدهما أو لحاقه أو سببه يفسخ النكاح اهرح. قوله: (خيرت عند الثاني) لأنها بالعتق ملكت أمر نفسها وازداد ملك الزوج عليها. ح عن البحر. قوله: (خلافاً للثالث) أي حيث قال: لا خيار لها، لأن بأصل العقد ثبت عليها ملك كامل برضاها ثم انتقص الملك، فإذا أعتقت عاد إلى أصله كما كان، ولا يخفى ترجيح قول أبي يوسف لدخوله تحت النص، كذا في البحر؛ ومراده بالنص قوله ﷺ لبريرة حين أعتقت «مَلَكَتِ بَضْعَكَ فَأَخْتَارِي» اهرح: أي حيث أفاد قوله: «فأختاري» أن علة الاختيار ملك البضع على وجه زاد ملك الزوج عليها، مثل زنى فرجم وسر فقطع، حيث أفادت الفاء أن العلة الزنى والسرقة كما تقرر في الأصول، فلا يرد ما أورده الرحمتي من أن النص لا عموم فيه لأنه خطاب لمعينة، فتدبر. قوله: (خيار العتق) بدل من هذا الخيار ح. قوله: (عذر) أي لاشتغالها بخدمة المولى تنفرغ للتعلم.

ثم إذا علمت يبطل بما يدل على الإعراض في مجلس العلم كخيار المخيرة؛ ولو جعل لها قدراً على أن تختاره ففعلت سقط خيارها كما في النهر. زاد في تلخيص الجامع: ولا شيء لها لأنه حق ضعيف، فلا يظهر في حق الاعتياض كسائر الخيارات والشفعة والكفالة بالنفس، بخلاف خيار العيب. قوله: (فلو لم تعلم به) قال في البحر عن المحيط: إذا زوج عبده أمته ثم أعتقها فلم تعلم أن لها الخيار حتى ارتدا ولحقاً بدار الحرب ورجعا مسلمين ثم علمت بثبوت الخيار أو علمت بالخيار في دار الحرب فلها الخيار في مجلس العلم اهرح. وكذا الحربية إذا تزوجها حربياً ثم أعتقت خيرت، سواء علمت في دار الحرب أو في دارنا بعد الإسلام. نهر. قوله: (إلا إذا قضى باللحاق) أي فلا يصح فسخها لعودها رقيقة بالحكم بلحقها، لأن الكفار في دار الحرب كلهم أرقاء وإن كانوا غير مملوكين لأحد كما يأتي أول العتاق اهرح. وأقره ط والرحمتي.

قلت: ما يأتي محمول على الحربي إذا أسر، فهو رقيق قبل الإحراز بدارنا، وبعده رقيق ومملوك كما سيأتي هناك، وهو صريح ما قدمناه أول هذا الباب؛ فالظاهر أن علة عدم صحة الفسخ كون الحكم باللحاق موتاً حكماً يسقط به التصرفات الموقوفة على الإسلام فيسقط به حق الفسخ الذي هو حق مجرد بالأولى، ثم رأيت في شرح التلخيص

وليس هذا حكماً بل فتوى. كافي (ولا يتوقف على القضاء) ولا يبطل بسكوت ولا يثبت لغلام ويقتصر على مجلس كخيار مخيرة، بخلاف خيار البلوغ في الكل. خانية.

(نكح عبد بلا إذن فتق) أو باعه فأجاز المشتري (نفذ) لزوال المانع (وكذا) حكم (الأمة ولا خيار لها).

علل بما قلته، فله تعالى الحمد. قوله: (وليس هذا حكماً) جواب سؤال تقديره: كيف حكمتكم بصحة فسخ من في دار الحرب وأحكامنا منقطعة عنهم؟ ح. قوله: (بل فتوى) أي إخبار عند السؤال عن الحادثة ط. قوله: (ولا يتوقف) أي الفسخ بخيار العتق لا يتوقف على قضاء القاضي. قوله: (ولا يبطل بسكوت) أي ولو كانت بكرة، بل لا بد من الرضا صريحاً أو دلالة ط. قوله: (ولا يثبت لغلام) أي لعبد ذكر لأنه ليس فيه زيادة ملك عليه، بخلاف الأمة، ولأنه يملك الطلاق فلا حاجة إلى الفسخ. قوله: (ويقتصر على مجلس) أي مجلس العلم ويمتد إلى آخره، فإذا قامت بطل. قوله: (كخيار مخيرة) أي من قال لها زوجها اختاري نفسك، فإنها تختار ما دامت في المجلس. قوله: (بخلاف خيار البلوغ في الكل) أي في كل الخمسة المذكور؛ فإن الجهل فيه ليس بعذر، ويتوقف على القضاء، ويبطل بسكوتها بعد علمها بالنكاح ويثبت للأنتى والغلام ولا يمتد إلى آخر المجلس إن كانت بكرة، ولو ثيباً فوقته العمر إلى وجود الرضا صريحاً أو دلالة، كما في الغلام إذا بلغ. قوله: (نكح عبد بلا إذن) قيد بالنكاح، لأنه لو اشترى شيئاً فأعتقه المولى لا ينفذ الشراء بل يبطل، لأنه لو نفذ عليه بتغير المالك. بحر. قوله: (فتق) بفتح أوله مبنياً للفاعل، ولا يجوز ضمه بالبناء للمفعول لأنه لازم. أبو السعود عن الحموي ط. قوله: (أو باعه) أي مثلاً، والمراد انتقال الملك إلى آخر بشراء أو هبة أو إرث. قوله: (فأجاز المشتري) أي أجاز النكاح الواقع عند المالك الأول. قوله: (لزوال المانع) لأن المانع من النفاذ كان حق المولى وقد زال لما خرج عن ملكه. قوله: (وكذا حكم الأمة) أطلقها فشمّل القنة والمدبرة وأم الولد والمكاتبه، لكن في المدبرة وأم الولد تفصيل يأتي. بحر. وهذا في الأمة إذا أعتقت؛ أما لو مات عنها أو باعها: فإن كان المالك الثاني لا يحل له وطؤها فكالعبد، وإلا فإن كان الزوج لم يدخل بها بطل العقد الموقوف لطروّ الحل البات عليه، وإن كان دخل ففي ظاهر الرواية كذلك لبطلان الموقوف باعتراض المالك الثاني وإن كان ممنوعاً من غشيانها، وتوضيحه في البحر. قوله: (ولا خيار لها) أي للأمة، أما العبد فلا خيار له أصلاً وإن نكح بالإذن كما مر، وشمّل المكاتبه فإنها لا خيار لها للعلة الآتية، وبها صرح في الشرنبلالية، وما قاله ابن كمال باشا من أنه لها الخيار كما مر فهو سبق قلم، وكذا لما كتبه بهامشه من

لكون النفوذ بعد العتق فلم تتحقق زيادة الملك، وكذا لو اقرنا بأن زوجها فضولي وأعتقها فضولي وأجازهما المولى، وكذا مدبرة عتقت بموته، وكذا أم الولد إن دخل بها الزوج، وإلا لم ينفذ، لأن عدتها من المولى تمنع نفاذ النكاح (فلو وطئ) الزوج الأمة (قبله) أي العتق (فالمهر المسمى له) أي للمولى (أو بعده فلها) لمقابلته بمنفعة ملكتها.

(ومن وطئ قنة ابنه)

قوله في الهداية وقال زفر: لا خيار لها، بخلاف الأمة الخ فهو كذلك، لأن ما مر من أن لها الخيار عندنا خلافاً لزفر إنما هو في مسألة تزوجها بإذن مولاها، وكلامنا في الزوج بدون إذنه كما هو صريح في كلام الهداية، فتنبه. قوله: (لكون النفوذ بعد العتق) فصارت كما إذا زوّجت نفسها بعد العتق، ولذا قال الإسيبجي: الأصل أن عقد النكاح متى تم على المرأة وهي مملوكة ثبت لها خيار العتق، ومتى تم على المرأة وهي حرة لا يثبت لها خيار العتق. يحر. قوله: (فلم تتحقق زيادة الملك) أي بطلقة ثالثة، وعلّة ثبوت الخيار ثبوت الزيادة المذكورة كما مر. قوله: (وكذا لو اقرنا) أي العتق ونفاذ النكاح، فإنهما لما أجازهما المولى معاً ثبتاً معاً. قوله: (وكذا مدبرة عتقت بموته) أي حكمها حكم ما إذا أعتقا في حياته المذكور في قوله: «وكذا حكم الأمة» وأفاد بقوله: «عتقت» أنها تخرج من الثلث، فإن لم تخرج لم ينفذ حتى تؤدي بدل السعاية عنده. وعندهما جاز كما في البحر عن الظهيرية: أي لأنها عندهما تسعى وهي حرة. قوله: (وكذا أم الولد الخ) أي إذا أعتقها أو مات عنها المولى، إن دخل بها الزوج قبل العتق نفذ النكاح على رواية ابن سماعة عن محمد، لأنه وجبت العدة من الزوج فلا تجب العدة من المولى؛ أما على ظاهر الرواية لا تجب العدة من الزوج فوجبت العدة من المولى، ووجوبها منه قبل الإجازة يوجب انفساخ النكاح كما في البحر عن المحيط، وإنما لم تجب العدة من الزوج لأنها لا تجب إلا بعد التفريق بينهما، كما أفاده في البحر في المسألة السابقة. قوله: (تمنع نفاذ النكاح) أي تبطله، إذ لا يمكن توقفه مع العدة. بحر. لأن المعتدة لا تحمل لغير من اعتدت منه. قوله: (فلو وطئ الزوج الأمة) أي التي نكحت بغير إذن مولاها ثم نفذ نكاحها بالعتق. قوله: (فالمهر المسمى له) أي إن كان وإلا فمهر المثل. نهر. وإنما كان له لأن الزوج استوفى منافع مملوكة للمولى. بحر. قوله: (لمقابلته بمنفعة ملكتها) لأن العقد نفذ بالعتق، وبه تملك منافعها، بخلاف النفاذ بالإذن والرق قائم. بحر. قوله: (ومن وطئ قنة ابنه) أي أو بنته. حموي عن البرجندي وشمل الابن الكافر. قهستاني والصغير والكبير. بحر. وشمل ما إذا كانت موطوءة للابن أو لم تكن ظهيرية من العتق، ومحترز القنة ما يأتي في قوله: «ولو ادعى ولد أم

فولدت) فلو لم تلد لزمت عقرها وارتكبت محرماً، ولا يجذّ قاذفه (فادعاه الأب)
وهو حرّ مسلم عاقل (ثبت نسبه)

ولده الخ» ومحرز الابن ما يأتي في قول المصنف «ولو وطئ جارية امرأته أبي والده الخ». قوله: (فولدت) عطف على وطئ، وتعقيب كل شيء بحسبه كما في تزوج زيد فولد له، فالظاهر أنها لو ولدت قبل مضي مدة الحمل لم تصح الدعوى بل مفاد قوله: فادعاه عطفاً على فولدت أنه لو ادعاه وهي حبلية لم تصح حتى تلد. قال في البحر: ولم أره صريحاً. وفي النهر: ينبغي أنها لو ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت دعوته أن تصح.

مَطْلَبٌ فِي تَفْسِيرِ الْعَقْرِ

قوله: (لزمت عقرها) قال في الفتح: العقر هو مهر مثلها في الجمال: أي ما يرغب فيه في مثلها جمالاً فقط؛ وأما ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنى لو جاز فليس معناه، بل العادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهراً، لأن الثاني للبقاء بخلاف الأول اهـ. وإذا تكرّر منه الوطء ولم تحبل لزمه مهر واحد، بخلاف وطء الابن جارية الأب مراراً فعليه بكل وطء المهر، لأن المهر وجب بسبب دعوى الشبهة، ولو لم يدعها يلزمه الحد، فبتكرّر دعواها يتكرّر المهر، بخلاف الأب فإنه لا يحتاج إلى دعوى الشبهة. خانية. قوله: (وارتكبت محرماً الخ) كذا في النهر وأصله في البحر حيث قال: وقيد بالولادة لأنه لو وطئ أمة ابنه ولم تحبل فإنه يحرم عليه ولا يملكها ويلزمه عقرها، بخلاف ما إذا حبلت منه فإنه يتبين أن الوطء حلال لتقدم ملكه عليه ولا يجذّ قاذفه في المسألتين، أما إذا لم تلد منه فظاهر لأنه وطئ وطأ حراماً في غير ملكه، وأما إذا حبلت منه فلأن شبهة الخلاف في أن الملك يثبت قبل الإيلاج أو بعده مسقطه لإحصانه كما في الفتح وغيره اهـ. وقوله: فإنه يتبين أن الوطء حلال، تصريح بمفهوم ما هنا، وفيه تأمل، لأن ثبوت ملكه لها قبل الوطء عندنا وقبيل العلوق عند الشافعي إنما هو لضرورة ثبوت النسب كما أوضحه في الفتح، ولا يلزم من ذلك حل الإقدام على هذا الوطء، كما لو غضب شيئاً وأتلفه ثم أدى ضمانه لملكه لا يلزم من استناد الملك إلى وقت الغضب حل ما صنع، ولعل المراد بقوله حلال: أنه ليس بزنى، إذ لو كان زنى لزمه العقر ولم يثبت النسب، ويدل على ما قلنا إطلاق قوله الآتي «ولذا يحل له عند الحاجة الطعام لا الوطء» وكذا ما قدمناه عن الظهيرية من صحة الدعوى في الأمة الموطوءة للابن مع أنها محرمة على الأب حرمة مؤبدة، فليتأمل. قوله: (فادعاه) أي عند قاض كما في شرح ابن الشلبي. وأفاد أنه لا يشترط في صحة الدعوى دعوى الشبهة ولا تصديق الابن. فتح. والظاهر أن الفاء لمجرد الترتيب فلا يلزم الدعوى عقب الولادة. وادعى الحموي اللزوم فوراً وهو بعيد، فليراجع. قوله: (وهو حرّ مسلم عاقل) فلو كان عبداً أو مكاتباً

بشرط بقاء ملك ابنه من وقت الوطء إلى الدعوة، وبيعها لأخيه مثلاً لا يضر. نهر بحثاً (وصارت أم ولده) لاستناد الملك لوقت العلق (وعليه قيمتها) ولو فقيراً

أو كافراً أو مجنوناً لم تصح الدعوى لعدم الولاية، ولو أفاق المجنون ثم ولدت لأقل من ستة أشهر يصح استحساناً، ولو كانا من أهل الذمة إلا أن لثبتهما مختلفة جازت الدعوى من الأب. فتح. فأفاد أن الإسلام شرط فيما لو كان الابن مسلماً؛ أما لو كان كافراً فلا يشترط إسلام الأب ولو اختلفت الملة، لأن الكفر ملة واحدة. وفي الظهيرية: لو كان الأب مسلماً والابن كافراً صححت دعوته، ولو كان الأب مرتدّاً فدعوته موقوفة عنده نافذة عندهما. قوله: (بشرط الخ) فلو حبلت في غير ملكه أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لا تصح الدعوى، لأن الملك إنما يثبت بطريق استناداً إلى وقت العلق فيستدعي قيام ولاية التملك من حيث العلق إلى التملك، هذا إن كذب الابن، فإن صدقه صححت الدعوى ولا يملك الجارية، كما إذا ادعاه أجنبي ويعتق على المولى كما في المحيط. بحر. قال في النهر المذكور في الشرح للزيلعي: وعليه جرى في فتح القدير وغيره أنه لا يشترط في صحتها دعوى الشبهة ولا تصديق الابن اهـ.

أقول: كأنه فهم أن الإشارة في قوله: هذا إن كذب الابن، راجعة إلى أصل المسألة: أعني ما إذا بقيت الجارية في ملك الابن، وليس كذلك بل هي راجعة إلى قوله: فلو حبلت في غير ملكه أو فيه وأخرجها الابن عن ملكه الخ. فلا ينافي ذلك ما ذكره في الزيلعي والفتح من عدم اشتراط التصديق، لأنه في أصل المسألة لا فيما نحن فيه، بدليل أن اشتراط بقائها في ملك الابن مذكور في الزيلعي والفتح، فلو كان لا يشترط تصديق الابن وإن أخرجها عن ملكه لم يبق فائدة لاشتراط بقائها في ملكه.

وفي الظهيرية من العتق: يشترط أن تكون الجارية في ملكه من وقت العلق إلى الدعوة، حتى لو علفت فباعها الابن ثم اشتراها أو ردت عليه بعبء بقضاء أو غيره أو بخيار رؤية أو شرط أو بفساد البيع ثم ادعاه الأب لا يثبت النسب إلا إذا صدقه الابن اهـ. فهذا أيضاً صريح فيما قلنا، فتدبر. قوله: (وبيعها لأخيه مثلاً) أي أو ابنه أو ابن أخيه لا يضر، لأنها لا تخرج والحالة هذه عن كونها جارية فرعه اهـ ح. وفيه أن بيعها لابنه لا يفيد، لأنه لا ولاية للجد عليه مع وجود الأب؛ نعم بيعها لابن أخيه يفيد إذا كان أبو ذلك الابن ميتاً أو مسلوب الولاية بكفر أو رق أو جنون ليكون للجد المدعي ولاية، لأن دعوة الجد لا تصح إلا عند الولاية على فرعه كما يأتي. أفاد الرحمتي، فافهم. قوله: (لوقت العلق) كذا في الفتح: أي لوقت الوطء القريب من وقت العلق كي لا ينافي ما يأتي قريباً. تأمل. قوله: (وعليه قيمتها) أي لولده يوم علفت كما في مسكين ط.

لقصور حاجة بقاء نسله عن بقاء نفسه، ولذا يحل له عند الحاجة الطعام لا الوطاء، ويجبر على نفقة أبيه لا على دفع جارية لتسريه (لا عقرها وقيمة ولدها) ما لم تكن مشتركة فتجب حصة الشريك، وهذا إذا ادعاه وحده؛ فلو مع الابن، فإن شريكين قدم الأب والأب

وفي المحيط: ولو استحقها رجل يأخذها وعقرها وقيمة ولدها، لأن الأب صار مغروراً، ويرجع الأب على الابن بقيمة الجارية دون العقر وقيمة الولد لأن الابن ما ضمن له سلامة الأولاد اء بحر. قوله: (لقصور الخ) أي أن للأب ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى بقاء نفسه فكذا إلى صون نسله لأنه جزء منه، لكن الأولى أشد، ولذا يتملك الطعام بغير قيمته والجارية بالقيمة، ويحل له الطعام عند الحاجة دون وطء الجارية؛ ويجبر الابن على الإنفاق عليه دون دفع الجارية للتسري: فللحاجة جاز له التملك، ولقصورها أوجبنا عليه القيمة للحقين. فتح. وما ذكره من أنه لا يجبر على الجارية للتسري ذكره الزيلي أيضاً، ومثله في الدرر وغاية البيان والنهاية، وما في هذه الشروح المعتمدة لا يعارضه ما سيأتي في النفقة، وعزاه في الشرنبلالية إلى الجوهرة من أنه يجبر، فتدبر. قوله: (لا عقرها) تقدم تفسيره قريباً. وعند الشافعي وزفر: عليه عقرها لثبوت الملك فيها قبيل العلوق لضرورة صيانة الولد. وعندنا قبيل الوطاء، لأن لازم كون الفعل زنى ضياع الماء شرعاً، فلو لم يقدم عليه ثبت لازمه فظهر أن الضرورة لا تندفع إلا بإثباته قبل الإيلاج، بخلاف ما لو لم تحبل حيث يجب العقر. فتح: أي لأنها إذا لم تحبل لم توجد علة تقدم ملكه فيها وهي صيانته الولد كما أفاده الزيلي. قوله: (وقيمة ولدها) أي ولا قيمة ولدها لأنه علق حر التقدم ملكه. نهر. قوله: (ما لم تكن مشتركة) قال في البحر: فلو كانت مشتركة بينه: أي بين الابن وبين أجنبي كان الحكم كذلك، إلا أنه يتضمن لشريكه نصف عقرها ولم أره؛ ولو كانت مشتركة بين الأب والابن أو غيره يجب حصة الشريك الابن وغيره من العقر، وقيمة باقيةا إذا حبلت لعدم تقديم الملك في كلها لانتفاء موجهه وهو صيانة النسل، إذ ما فيها من الملك يكفي لصحة الاستيلاد، وإذا صح ثبت الملك في باقيةا حكماً لا شرطاً كما في الفتح، وهي مسألة عجيبة، فإنه إذا لم يكن للواطيء فيها شيء لا مهر عليه، وإذا كانت مشتركة لزمه اه. قوله: (وهذا الخ) الإشارة إلى جميع ما مر. قوله: (قدم الأب) لأن له جهتين: حقيقة الملك في نصيبه، وحق التملك في نصيب ولده. بحر.

قلت: وفي الظهيرية: ولو كانت مشتركة بين رجل وابنه وجده فادعوه كلهم فالجد أولى، وينبغي حمله على ما إذا كان أبو الرجل ميتاً مثلاً ليصير للجد الترجيح من جهتين. تأمل. قوله: (وإلا) أي وإن لم يكونا شريكين، وهذا صادق بما إذا كانت للابن

فالابن، ولو ادعى ولد أم ولده المنفي أو مدبرته أو مكاتبته شرط تصديق الابن (وجد صحيح كأب بعد زوال ولايته بموت وكفر وجنون ورق فيه) أي في الحكم المذكور (لا) يكون كالأب (قبله) أي قبل زوال المذكورة، ويشترط ثبوت ولايته من الوطاء إلى الدعوة.

(ولو تزوجها) ولو فاسداً (أبوه) ولو بالولاية (فولدت لم تصر أم ولده)

وحده أو للأب وحده، والثاني لا يصح هنا، لكن أصل المسألة مفروض في جارية الابن، فهو قرينة على أن المراد الأول فقط، فافهم. قوله: (فالابن) أي تقدم دعواه لأنها سابقة معنى. بحر: أي لأن له حقيقة الملك ولأبيه حق التملك، ولأن ملك الابن سابق فصار كأنه ادعى قبل الأب. تأمل اه. قوله: (ولو ادعى) أي الأب، وقوله «المنفي» بالنصب نعت لولد أم الولد، وقوله «أو مدبرته أو مكاتبته» مجروران بالعطف على أم، وهذا بيان لمحتز قوله «قنة ابنه» أي لو ادعى ولد أم ولد ابنه الذي نفاه ابنه لا يثبت نسبه إلا بتصديق الابن، لأن أم الولد لا تقبل الانتقال إلى ملك غير المستولد، وقيد بقوله «المنفي» لأنه إذا لم ينه الابن يثبت نسبه منه فلا يمكن ثبوته من الأب وإن صدقه الابن، وكذا لو ادعى ولد مدبرة ابنه أو ولد مكاتبته ابنه الذي ولدته في الكتابة أو قبلها لا يثبت نسبه إلا بتصديق الابن كما في البحر، لأنه لا يمكن جعل الأب متملكاً لهما قبل الوطاء، فإن صدقه ثبت نسبه لاحتمال وطاء الأب بشبهة والظاهر لزوم العقر للمكاتبته، لأن لها العقر بوطء المولى، فبوطء أبيه أولى، وحيث لم يثبت الملك في أم الولد المدبرة ينبغي لزوم العقر للابن على أبيه كما يفيد ما قدمناه فيما لو وطئها ولم تجبل. تأمل. قوله: (وجد صحيح) خرج به الجد الفاسد كأبي الأم، وكذا غير الجد من الرحم المحرم فلا يصدق في جميع الأحوال لفقد ولايتهم. بحر عن المحيط. قوله: (بعد زوال ولايته) أي الأب، وأراد بزوال الولاية عدماً، ليشمل ما لو كان كفره أو جنونه أو رقه أصلياً. أفاده الرحمتي. والمراد بالولاية: ولاية التملك كما مر. قوله: (فيه) متعلق بكاف التشبيه ح.

فالمعنى أن الجد مشابه للأب في الحكم المذكور. قوله: (ويشترط ثبوت ولايته) أي ولاية الجد الناشئة عن فقد ولاية الأب: أي لا يكفي ثبوتها وقت الدعوة فقط بل لا بد من ثبوتها من وقت العلوق إلى وقت الدعوة. قال في الفتح: حتى لو أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية إليه لم تصح دعوته لما قلنا في الأب اه: أي من أن الملك إنما يثبت بطريق الاستناد إلى وقت العلوق، فيستدعي قيام ولاية التملك من حين العلوق إلى التملك. قوله: (ولو فاسداً) لأن الفاسد يثبت فيه النسب، فاستغنى عن تقدم الملك له. بحر. قوله: (أبوه) أي أو جده. رحمتي. قوله: (ولو

لتولده من نكاح (ويجب المهر لا القيمة وولدها حرّ) بملك أخيه له، ومن الحيل أن يملك أمته لطفله ثم يتزوجها.

(ولو وطئ جارية امرأته أو والده أو جده فولدت وادعاه لا يثبت النسب إلا بتصديق المولى) فلو كذبه ثم ملك الجارية وقتاً ما ثبت النسب،

بالولاية) في البحر عن الخانية: إذا تزوج الرجل جارية ولده الصغير فولدت منه لاتصير أم ولد له، ويعتق الولد بالقرابة. قوله: (لتولده من نكاح) فلم تبق ضرورة إلى تملكها من وقت العلوق لثبوت النسب بدونه، وأمومية الولد فرع التملك والنكاح ينافيه. قوله: (ويجب المهر) لالتزامه إياه بالنكاح، وهو إن لم يكن مسمى مهر مثلها في الجمال. نهر. قوله: (لا القيمة) لعدم تملكه. نهر. قوله: (بملك أخيه له) فعتق عليه بالقرابة. هداية؛ وظاهره أن الولد علق رقيقاً.

واختلف فيه: فقيل يعتق قبل الانفصال، وقيل بعده وثمرته تظهر في الإرث، فلو مات المولى وهو الابن يرثه الولد على الأول دون الثاني، والوجه هو الأول لأنه حدث على ملك الأخ من حين العلوق فلما ملكه عتق عليه بالقرابة بالحديث، كذا في غاية البيان. والظاهر عندي هو الثاني، لأنه لا ملك له من كل وجه قبل الوضع لقولهم الملك هو القدرة على التصرفات في الشيء ابتداءً، ولا قدرة للسيد على التصرف في الجنين ببيع أو هبة، وإن صح الإيضاء به وإعتاقه، فلم يتناول الحديث، لأنه في المملوك من كل وجه، ولذا لو قال: كل مملوك أملكه فهو حرّ، لا يتناول الحمل. بحر. وأقرّه في النهر والمقدسي. قوله: (ومن الحيل) أي من جملة الحيل التي يدفع بها الإنسان عنه ما يضره، وهذا حيلة لما إذا أراد وطء الأمة ولا تصير أم ولد له وإن ولدت منه كي لا تتمرد عليه إذا ولدت وعلمت أنها لا تباع فيملكها لطفله بهبة أو بيع ثم يتزوجها بالولاية فيصير حكمها ما مر، فإذا احتاج إلى بيعها باعها وحفظ ثمنها لطفله أو أنفقه عليه أو على نفسه إن احتاج إليه. قوله: (ولو وطئ جارية امرأته الخ) محترز قوله سابقاً «قنة ابنه» ط. قوله: (لا يثبت النسب إلا بتصديق المولى الخ) فيه اختصار.

وعبارة البحر: لا يثبت النسب، ويدراً عنه الحد للشبهة؛ فإن قال: أحلها المولى لي، لا يثبت النسب إلا أن يصدقه المولى في الإحلال وفي أن الولد منه، فإن صدقه في الأمرين جميعاً ثبت النسب، وإلا فلا؛ وإن كذبه المولى ثم ملك الجارية يوماً من الدهر ثبت النسب، كذا في الخانية.

وفي القنية: وطئ جارية أبيه فولدت منه، لا يجوز بيع هذا الولد، ادعى الواطئ الشبهة أو لا، لأنه ولد ولده فيعتق عليه حين دخل في ملكه وإن لم يثبت النسب، كمن

وسيجيء في الاستيلاء (حرّة) متزوجة برقيق (قالت لمولى زوجها) الحر المكلف (أعتقه عني بألف) أو زادت ورطل من خمر، إذ الفاسد هنا كالصحيح (ففعل فسد النكاح) لتقدم الملك اقتضاء، كأنه قال: بعته منك وأعتقته عنك، لكن لو قال كذلك وقع العتق عن المأمور لعدم القبول كما في الحواشي السعدية؛

زنى بجارية غيره فولدت منه ثم ملك الولد، يعتق عليه وإن لم يثبت نسبه منه اهـ.
قلت: ومعنى أحلها المولى: بنكاح أو هبة مثلاً، لا بقوله: جعلتها حلالاً لك.
قوله: (وسيجيء الخ) ذكر هناك ما يفيد الخلاف، وفيه كلام سيأتي هناك إن شاء الله تعالى. قوله: (قالت لمولى زوجها) وكذا لو قال ذلك زوج الأمة لمولى زوجته، لكن لا يسقط المهر. بحر. قوله: (الحر المكلف) قيد به ليتمكن الإعتاق؛ وفيه أنه ليس بمعتق، إنما هو وكيل عنها فيه، فمقتضاه أن يتوقف بيع الصبي على إجازة وليه. وأما الإعتاق فلا ينظر إليه لصحة توكيله فيه ط.

وصورة كون مولى الزوج غير حرّ أو غير مكلف: أن يشتري العبد المأذون عبداً متزوجاً أو يرثه الصبي أو المجنون من أبيه، وإلا فقد مر أنه لا يملك تزويج العبد إلا من يملك إعتاقه. قوله: (ورطل من خمر) مفعول «زادت» أي زادته على قولها «بألف».
قوله: (كالصحيح) لأن البيع هنا غير مقصود، فلا يلزم وجود شروطه كما يأتي قريباً.
قوله: (ففعل) أي قال أعتقه. ح عن النهر. قوله: (اقتضاء) هو دلالة اللفظ على مسكوت يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته، فالأول كحديث: رفع الخطأ والنسيان: أي رفع حكمهما وهو الإثم، وإلا فهما واقعان في الخارج، والثاني كمسألتنا فإنه لا يمكن تصحيحه إلا بتقديم الملك، إذ الملك شرط لصحة العتق عنه، فتقدم الملك بالبيع مقتضى بالفتح والإعتاق عن الأمر مقتضى بالكسر فيصير قوله أعتق: طلب التملك منه بالألف ثم أمره بإعتاق عبد الأمر عنه، وقوله أعتقت: تملك منه ثم الإعتاق عنه.

وإذا ثبت الملك للأمر فسد النكاح للتنافي بين الأمرين، ثم الملك فيه شرط والشروط أتباع، فلذا ثبت البيع المقتضى بالفتح بشروط المقتضى وهو العتق لا بشروط نفسه إظهاراً للتبعية، فيشترط أهلية الأمر للإعتاق، حتى لو كان صبياً مأذوناً لم يثبت البيع ويسقط القبول الذي هو ركن البيع، ولا يثبت فيه خيار رؤية أو عيب، ولا يشترط كونه مقدور التسليم، فصح الأمر بإعتاق الأب، ويسقط اعتبار القبض في الفاسد، كما لو قال أعتقه عني بألف ورطل من خمر اهـ بحر بالمعنى. قوله: (لكن لو قال الخ) حاصله أن ما ثبت بالافتضاء إنما يثبت بشروط المقتضى بالكسر لا بشروط نفسه كما علمت، لكن هذا إذا لم يصرح بالمقتضى بالفتح. قال في فتح القدير: فلو صرح بالبيع فقال: بعته وأعتقته، لا يقع عن الأمر بل عن المأمور، فيثبت البيع ضمناً في هذه

ومفاده أنه لو قال قبلت وقع عن الأمر (والولاء لها) ولزمها الألف وسقط المهر (ويقع) العتق (عن كفارتها إن نوته) عنها (ولو لم تقل بألف لا) يفسد لعدم الملك (والولاء له) لأنه المعتقد؛ والله أعلم.

بَاب نِكَاحِ الْكَافِرِ

يشمل المشرك والكتابي. وها هنا ثلاثة أصول: الأول أن (كل نكاح صحيح بين المسلمين فهو صحيح بين أهل الكفر) خلافاً لمالك، ويرده قوله تعالى: ﴿وَأَمْرَاتُهُ حَمَالَةُ الْحَطَبِ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام «وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا

المسألة ولا يثبت صريحاً، كبيع الأجنة في الأرحام، فإذا صرح به ثبت بشرط نفسه والبيع لا يتم إلا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه اه: أي ولا يفسد النكاح كما في البحر. قوله: (ومفاده الخ) البحث لصاحب النهرح. قوله: (لو قال) أي الأمر، والأولى التصريح به والإتيان بعده بضميره. قوله: (وسقط المهر) لاستحالة وجوبه على عبدها. نهر. قوله: (لا يفسد) أي النكاح خلافاً لأبي يوسف، والله تعالى أعلم.

بَاب نِكَاحِ الْكَافِرِ

لما فرغ من نكاح الأحرار والأرقاء من المسلمين شرع في نكاح الكفار، وتقدم في آخر باب المهر حكم مهر الكافر، وأنه تثبت بقية أحكام النكاح في حقهم كالمسلمين: من وجوب النفقة في النكاح، ووقوع الطلاق ونحوهما: كعدة ونسب، وخيار بلوغ، وتوارث بنكاح صحيح، وحرمة مطلقة ثلاثاً، ونكاح محارم. قوله: (يشمل المشرك والكتابي) لو قال: يشمل الكتابي وغيره، لكان أولى، ليدخل من ليس بمشرك ولا كتابي كالداهري، وأشار إلى أن التعبير بالكافر لشموله الكتابي أولى من تعبير الهداية تبعاً للقُدوري بالمشرك اه ح. واعتذر في الفتح عن الهداية بأنه أراد بالمشرك ما يشمل الكتابي، إما تغليياً، أو ذهاباً إلى ما اختاره البعض من أهل الكتاب داخلون في المشركين، أو باعتبار قول طائفة منهم: عزيز ابن الله، والمسيح ابن الله، تعالى الله رب العزة والكبرياء. قوله: (خلافاً لمالك) فلا يقول بصحة أنكحتهم ولو صحت بين المسلمين، وأخذ منه أنه لا يقول بالأصلين الأخيرين بالأولى ط. قوله: (ويرده) أي قول مالك المفهوم من قوله «خلافاً لمالك» فإنه بمنزلة وقال مالك: لا يصح ط. قوله: ﴿وَأَمْرَاتُهُ حَمَالَةُ الْحَطَبِ﴾ [المسد ٤] أي فهذه الإضافة قاضية عرفاً ولغة بالنكاح، وقد قصها الله تعالى في كتابه مفيدة لهذا المعنى ط. قوله: (وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ) أي لامن زنا، والمراد به نفي ما كانت عليه الجاهلية من أن المرأة تسافح رجلاً مدة ثم يتزوجها، وقد استدلل بالحديث المذكور في الفتح أيضاً. ووجهه أنه ﷺ سمي ما وجد قبل الإسلام من أنكحة الجاهلية نكاحاً.