

الهداية

باب نكاح الرقيق .

لا يجوز نكاح العبد والأمة إلا بإذن مولاها وقال مالك C : يجوز للعبد لأنه بملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله E [أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر] ولأن في تنفيذ نكاحهما تعييبهما إذا النكاح .

عيب فيهما فلا يملكانه بدون إذن مولاها وكذلك المكاتب ولأن الكتابة أوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبه ويملك تزويج أمته لأنه من باب الاكتساب وكذا المكاتب لا تملك تزويج نفسها بون إذن المولى وتملك تزويج أمتها لما بينا و كذا المدبر وأم الولد لأن الملك فيهما قائم .

وإذا تزوج العبد بإذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لأن هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من أهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الإذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن أصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لأنهما لا يحتملان النقل من ملك إلى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما .

وإذا تزوج العبد بغير إذن مولاه فقال المولى طلقها أو فارقتها فليس هذا بإجازة لأنه يحتمل الرد لأن رد هذا العقد ومشاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو أليق بحال العبد المتمرد أو هو أدنى فكان الحمل عليه أولى وإن قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو إجازة لأن الطلاق الرجعي لا يكون إلا في نكاح صحيح فتتعين الإجازة .

ومن قال لعبدته تزوج هذه الأمة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فإنه يباع في المهر عند أبي حنيفة C وقالوا : يؤخذ منه إذا عتق وأصله أن الإذن في النكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر طاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف إلى الجائز لا غير فلا يكون طاهرا في حق المولى فيؤاخذ به بعد العتاق لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف والتحسين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائز بخلاف البيع لأن بعض المقاصد حاصل وهو مالك التصرفات وله أن اللفظ مطلق فيجري على إطلاق كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب ووجوب الهر والعدة على اعتبار وجود الوطاء ومسألة اليمين ممنوعة على هذا الطريقة .

ومن زوج عبدا مأذونا له مديونا امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء في مهرها ومعناه إذا كان الهنكاح بمهر المثل ووجهه أن سبب ولاية المولى ملكه الرقبة على ما نذكره والنكاح لا

يلاقي حق الغرماء بالإبطال مقصودا إلا أنه صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة فبمهر مثلها أسوة للغرماء .
ومن زوج أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى طفرت بها وطئتها لأن حق المولى في الاستخدام باق والتبوءة إبطال له فإن بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى و إلا فلا لأن النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك لأن الحق باق لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوءة كما لا يسقط بالنكاح .

قال B ه : ذكر تزويج المولى عبده وأمته ولم يذكر رضاها وهذا يرجع إلى مذهبنا أن المولى إجبارهما على النكاح وعند الشافعي C لا إجبار في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة C لأن النكاح من خصائص الآدمية والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال فلا يملك إنكاحه بخلاف الأمة لأنه مالك منافع بضعها فيملك تمليكها ولنا الإنكاح إصلاح ملكه لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك أو النقصان فيملكه اعتبارا بالأمة بخلاف المكاتب والمكاتبة لأنهما التحقا بالأحرار تصرفا فيشترط رضاها .

قال : ومن زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند أبي حنيفة C وقال : عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف أنفها وهذا لأن المقتول ميت بأجله فصار كما إذا قتلها أجنبي وله أنه من E المبدل قبل التسليم فيجوز بمنع البذل كما إذا ارتدت الحرة والقتل في أحكام الدنيا جعل إتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر C : هو يعتبره بالردة وبقتل المولى أمته والجامع ما بيناه ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق أحكام الدنيا فشابه موتها حتف أنفها بخلاف قبل المولى أمته لأن معتبر في حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي حنيفة C وعن أبي يوسف و محمد رحمهما الله أن الإذن في العزل إليها لأن الوطاء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الأمة المملوكة لأنه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة .

وإن تزوجت أمة بإذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا لقوله E لبريرة حين عتقت [ملكت بضعك فاختاري] فالتعليل بملك البضع صدر مطلقا فينتظم الفصلين و الشافعي C يخالفنا فيما إذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولأنه يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع أصل العقد دفعا للزيادة وكذلك المكاتبه يعني إذا تزوجت بإذن مولاها ثم عتقت وقال زفر C : لا خيار لها لأن العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لإثبات الخيار بخلاف الأمة لأنه لا يعتبر رضاها ولنا أن العلى

ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبه لأن عدتها قرءان وطلاقها ثنتان .
وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاهها ثم أعتقت صح النكاح لأنها من أهل العبارة وامتناع النفوذ
لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق زيادة الملك كما إذا
زوجت نفسها بعد العتق فإن كانت تزوجت بغير إذنه على ألف ومهر مثلها مائة فدخل بها
زوجها ثم أعتقها مولاهها فالمهر للمولى لأنه استوفى منافع مملوكة للمولى وإن لم يدخل بها
حتى أعتقها فالمهر لها لأنه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الألف المسمى لأن
نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا لم يجب
مهر آخر بالوطء في نكاح موقوف لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب إلا مهرا واحدا
.

ومن وطن أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسألة أن
يدعيه الأب ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك جاريته للحاجة
إلى صيانة الماء غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه فلهذا يتملك
الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاء شرطا له إذ
المصحح حقيقة الملك أو حقه وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من
تقديمه فتبين أن الوطاء يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر و الشافعي رحمهما ١ يجب
المهر لأنهما يثبتان الملك حكما للاستيلاء كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه
والمسألة معروفة قال : ولو كان الابن زوجها أباه فولدت لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه
وعليه المهر وولدها حر لأنه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي C لخلوها عن ملك الأب ألا يرى
أن الابن ملكها من كل وجه فمن المحال أن يملكها الأب منوجه وكذا يملك من التصرفات ام لا
يبقى عه ملك الأب لو كان فدل ذلك على انقضاء لكة إلا أنه يسقط الحد للشبهة فإذا جاز
النكاح صار ماؤه صونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولد له ولا قيمة عليه فيها
ولا في ولدها لأنه لم يملكهما وعليه المهر لالتزاه بالنكاح وولدها حر لأنه لكة أخوه فيعتق
عليه بالقرابة .

قال : وإذا كانت حرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عني بألف ففعل ففسد النكاح وقال زفر C
لا يفسد وأصله أنه يقع العتق عن الآر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج
عن عهدها وعنده يقع عن الأمور لأنه طلب أن يعتق الأمور عبده عنه وهذا محال لأنه لا عتق
فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن الأمور ولنا أنه امكن تصحيحه
بتقديم الملك بطريق الاقتضاء إذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله أعتق طلب التملك
منه منه بالألف ثم أمره بإعتاق عبد الأمر عنه وقله أعتقت تمليكها منه ثم الإعتاق عنه وإذا
ثبت الملك للأمر ففسد النكاح للتنافي بين الملكين .

ولو قالت أعتقه عني ولم تسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند أبي حنيفة و
محمد رحمهما الله وقال أبو يوسف C : هذا والأول سواء لأنه يقدم التملك بغير عوض تصحيحا
لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما إذا كان عليه كفارة ظاهر فأمر غيره أن يطعم عنه ولهما
أن الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء لأنه فعل حسي بخلاف
البيع لأنه تصرف شرعي وفي تلك المسألة الفقير ينوب عن الأمر في القبض أما العبد فلا يقع
في يده شيء لينوب عنه