والكافرة كتابية يحل نكاحها فالاظهر صحة النكاح لان الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع
مع تأثيره بالشروط الفاسدة فالنكاح اولى والثاني يبطل لان النكاح يعتمد الصفات
فتبدلها كتبدل العين اما خلف العين كزوجتني من زيد فزوجه من عمرو فيبطل جزما
ثم اذا صح ان بان الموصوف في غير المعيب بما مر فيه مثل ما شرط او خيرا مما شرط
كاسلام وبكارة وحرية بدل اضدادها صح النكاح وحينئذ فلا خيار لانه مساو او
اكمل وفارق الخيار في مبيعة شرط كفرها فبانت مسلمة بان المحظ ثم القيمة
وقد تزيد في الكافرة وان بان دونه اي المشروط فلها الخيار للخلف فان رضيت
فلاوليائها الخيار اذا كان الخلف في النسب لفوات الكفاءة وقضية اطلاقه ثبوت
الخيار لها في النسب مطلقا وهو ما رجحه السبكي وقال البلقيني ان الشافعي رحمه
في خلف شرط نسب الزوج ومثله شرط نسبها لكن الاظهر في الروضة كاصلها
والشرح الصغير وقضيته ما في الكبير وهو المعتمد انه ان ساواها في نسبها او زاد
عليها لا خيار لها وان كان دون المشروط وجرى عليه في الانوار وجعل العفة
كالنسب اي والحرفة كذلك وكذا له الخيار في الاصح اي اذا لم يزد نسبها على نسبه
ولم يساوه على الخلاف في جانبه للمغرور فلكل منهما الفسخ فورا ولو بغير قاض
كما قاله البغوي وان بحث الرافعي انه كعيب النكاح والثاني لا خيار له لتمكنه من الفسخ
بالطلاق وقضيته كلامهم انه لو كان الزوج في الاولى عبدا ثبوت الخيار له والذي صححه
البغوي وجرى عليه ابن المقري وهو المعتمد عدمه لتكافيهما مع تمكنه من طلاقها
وانه لو كانت الزوجة في الثانية امة ثبوت الخيار لها وهو ما جرى عليه ابن المقري
ايضا وهو المعتمد للتغرير ولحق السيد وان جرى في الانوار على مقابله كنظيره
فيما قبله وقال الزركشي انه المرجح وعلى الاول فالخيار لسيدها دونها بخلاف
سائر العيوب لانه يجبرها على نكاح عبد لا معيب ولو ظنها مسلمة او حرة
ولم يشرط ذلك فبانت كتابية او امة وهي تحل له فلا خيار له فيهما في الاظهر
لتقصيره بترك البحث او الشرط وكما لو ظن المبيع كاتبا مثلا فلم يكن والثاني
له الخيار لان ظاهر الدار الاسلام والحرية فاذا خالف ذلك ثبت الخيار ولو ظن
حريتها فخرجت مبعضة فهي كما لو بانت امة كما قاله الزركشي ولو اذنت
لوليها في تزويجها ممن ظنته كفوا لها فبان فسقه او دناءة نسبه وحرفته
فلا خيار لها لتقصيرها ووليها بترك ما ذكر قلت ولو بان الزوج معيبا او عبدا
وهي حرة واذن له سيده في النكاح فلها الخيار فيهما والله اعلم اما الاول
وهو معلوم مما مر اول الباب فلموافقته ما ظنته من السلامة الغالبة في
الناس واما الثاني فلان نقص الرق يؤدي الى تضررها باشتغال سيده له
عنها بخدمته وبانه لا ينفق الا نفقة المعسرين ويتعير ولدها برق ابيه

وماذكره

فزوجها مع

مراده بذلك ان عيب النكاح تقتضي للفسخ بوضعه من غير شرط حتى لو شرط فيها عيب نكاح كجذام فظهر بها برص تخير وان كان الاول اشد من الثاني نقل من خطه اي الرملي

وماذكره هو المعتمد وان اعتمد جمع متأخرون نص الام والبويطي انه لا خيار كالعتق
فقد رد بظهور الفرق لان الرق مع كونه نقص عار يدوم عاره ولو بعد العتق
بخلاف الفسق لا سيما بعد التوبة ومتى فسخ العقد بخلف شرط او ظن فحكم المهر
والرجوع به على الغار ما سبق في العيب فيسقط المهر قبل الوطء لا معه ولا
بعده ولا يرجع به لو غرمه على الغار وحكم مؤن الزوجة في مدة العدة انها لا تجب
هنا ثم ككل مفسوخ نكاحها ولو حاملا على تناقض لهما في سكناها كما سيأتي
والاصح وجوب السكنى والمؤثر للفسخ بخلف الشرط تغرير قارن العقد بان وقع
شرطا في صلبه كزوجتك هذه الحرة وهو وكيل عن مالكها او على انها حرة او يشرط
انها حرة لان الشروط انما تؤثر في العقود اذا كانت كذلك اما المؤثر للرجوع بقيمة
الولد الاتية فلا يشترط كونه مقارنا للصلب العقد بل يكفي فيه تقدمه على العقد مطلقا
او متصلا به عرفا مع قصد الترغيب في النكاح اخذا من كلام الامام في ذلك وهو مفهوم
مما قبله بالاولى واما ذكر الخلاف والفرق بينهما ان الفسخ رفع للعقد اصلا
فاشترط اشتماله على موجب الفسخ ليقوى على رفعه بعد انعقاده ولا كذلك قيمة
الولد وما وقع للشارح هنا مما يخالف ذلك غير صحيح لانه توهم اتحاد التغرير من
فجعل المتصل بالعقد كالمذكور فيه في انه يؤثر في الفسخ ولو غر حر او عبد
بحرية امة نكحها وشرط في العقد حريتها وصححناه اي النكاح بان قلنا ان خلف
الشرط لا يبطله مع وجود شروط نكاح الامة فيهما او لم نصححه بان قلنا ان خلف
الشرط يبطله او فقد بعضها فالولد الحاصل قبل العلم بانها امة حر وان كان
الزوج عبدا عملا بظنه لان الولد يتبعه ومن ثم لو وطئ عبد امة ظانا انها زوجته
الحرة كان الولد حرا ولو وطئ زوجته الحرة ظانا انها زوجته الامة فالولد حر ولا اثر
لظنه فيما يظهر والفرق ان الحرية التابعة للام اقوى اذ لا يؤثر فيها شيء فلم يؤثر
فيها الظن اما ما علقت به بعد علمه بالحال كان ولدته بعد اوله وطئ بعده لستة
اشهر فهو رقيق ولا بد كما قاله الزركشي من اعتبار قدر زائد للوطء والوضع ويصدق
في ظنه بيمينه ويقوم وارثه مقامه فيحلف انه لا يعلم ان مورثه علم برقها
وعلى المغرور في ذمته ولو قنا قيمته يوم ولادته لانه اول اوقات امكان تقويمه
لسيدها وان كان السيد جد الولد لتفويته رقه التابع لرقها بظنه حريتها
نعم لو كان الزوج عبد السيدها لم يغرم شيئا لان السيد لا يثبت له على قنه مال ويرجع
بها الزوج اذا غرمها لا قبله كالضامن على الغار غير السيد لانه الموقع له
في غرمها ولم يدخل في العقد على غرمها بخلاف المهر والمهر الواجب على العبد المغرور
بوطئه ان كان مهر مثل يتعلق بذمته او المسمى فبكسبه والتغرير بالحرية
لا يتصور من سيدها غالبا لعتقها لان كلامه في سيد مثلي قال ذلك حكم بعتقها

بمقارن للعقد كعيب او غرور

كذا عبر به الحاوي وهو متناول لجده ابي امه وهو غير ممكن لانه لو كان ابا امه لم تكن رقيقة بل تعتق عليه فعلم ان المراد جده ابو ابيه لكن يتصور فيما اذا كان ابو الام مكاتبا فاشترى ابنته فلا تعتق عليه

Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com)