والكافر غير مخاطب به ولا يجب قضاؤها لو صار ابدونه واختلف العلماء في خطاب الكفار بالشرائع وفي جواز خطابهم بها عقلا وذكر صاحب
الكفاية النحوي اختلافهم في جوازه عقلا واما وقوعه ففي مختصر البزدوي ان الكفار اهل الاحكام لا يراد بها وجه الله تعالى وليس باهل
الوجوب الشرائع وفي اصول ابي الحسن البستي قال ابو حنيفة وعامة اصحابه ان الخطاب بالحرمات وما يوجب العقوبات يتناول هم
الكفار وخطاب العبادات لا يتناولهم ولا خلاف في تناولهم الامر بالايمان وفي اصول السرخسي الكفار مخاطبون بالايمان وبالشروع و
العقوبات فيما اعتقد واحرمته ولهذا يقام عليهم الحدود بطريق الجزاء والزجر عن الاقدام على اسبابها ولا يحدون حد شرب الخمر والسكر
لعدم اعتقادهم حرمته وكذا يتناولهم الخطاب بالمعاملات كالبيع لوجود التزامهم قال ولا خلاف ان الخطاب بالشرائع يتناولهم في حكم
المواخذة في الاخرة لان موجب الامر اعتقاد لزوم المامور به وهم ينكرون اللزوم وذلك كفر منهم بمنزلة انكار كلمة التوحيد لان صحة التصديق
والاقرار بالتوحيد لا يكون مع انكار شيء من الشرائع وفي الميزان قال بعض مشايخ سمرقند لا يتناولهم الخطاب اصلا لا في حق الحرمات
ولا في حق العبادات الا ما قام دليل شرعي عليه نصا وقال بعض اهل التحقيق منهم انهم مخاطبون بالحرمات والمعاملات دون العبادات
في المحصول قال الاكثرون منا ومن المعتزلة الامر بفروع الشرائع لا يتوقف على الايمان وقال الجمهور من اصحاب ابي ح انه يتوقف
عليه وهو قول ابي حامد الاسفرايني من الشافعية ومال الكرخي والجصاص الى تناولهم الخطاب بالفروع ولا يمكنهم الاحتجاج بمثل قوله
تعالى وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة لان المراد بها الجحود اي يجحدون الزكوة وقد عرف الحجج من الجانبين في موضعه هو قال رحمه الله
تزوج ذمي ذمية بخمر او خنزير عين فاسلما او اسلم احدهما لها الخمر والخنزير وفي غير العين لها قيمة الخمر ومهر المثل في الخنزير
معناه اسلما او اسلم احدهما قبل القبض وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لها مهر المثل في المعين وغير المعين وهو قوله
الاخر وقال محمد لها قيمتهما في الوجهين وهو قول ابي يوسف الاول لهما ان القبض مؤكد للملك في المعين حتى لو طلقها قبل الدخول بها ه
بعد القبض لا يثبت ملك الزوج في النصف الا بالقضا او التراضي على الاسترداد وقبل القبض يثبت له بنفس الطلاق ولهذا لو هلك قبل ه
القبض كان على الزوج وبعده عليها فكان للقبض شبهة بالعقد فيمتنع بالاسلام الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط فصار ه
كالبيع وفي غير المعين موجب للملك اذ لا يملك قبله فكان القبض ابتداء تملك للعين فيمتنع بالاسلام كالعقد فاذا امتنع تسليم المعين فابو يوسف
يقول يجب مهر المثل كما لو انشا العقد بعد الاسلام ومحمد رحمه الله يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم
بالاسلام فيجب قيمته كما اذا هلك المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف
فيه من البيع والهبة وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب بخلاف المشتري لان
ملك التصرف فيه يثبت بالقبض فصار كالعقد وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام فيتعذر قبضه فاذا ه
تعذر القبض لا يجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولهذا لو اتى بقيمة الخنزير تجبر على الاخذ
ولا كذلك الخمر وقال في الغاية يرد على هذا ما لو اشترى ذمي دارا من ذمي بخمر او خنزير وشفيعها مسلم ياخذها بالشفعة
بقيمة الخمر والخنزير فلم يجعل قيمة الخنزير كعينه ولم يجب عنه بشي والجواب ان قيمة الخنزير انما تكون كعينه ان لو كان بدلا
عن الخنزير كما في مسلة النكاح اما اذا كان بدلا عن غيره فلا وفي مسلة الشفعة قيمة الخنزير بدل عن الدار المشفوعة وانما صير اليها للتعذر
بها الاعيز فلا يكون لها حكم عينه ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة لانها حكم مهر المثل ومن اوجب القيمة اوجب نصفها

باب نكاح الرقيق

الرق الضعف وضده العتق قال لم يجز نكاح العبد والامة والمكاتب
والمدبر وام الولد الا باذن السيد والصواب ان يقال لا ينفذ لانه يجوز لكنه لا ينفذ كعقد الفضولي وقال مالك لا ينكح العبد الا باذن
سيده فان عقده من غير اذنه صح ثم للسيد ان يطلق عليه ويكون ذلك طلاقا وكذا لو طلقها العبد قبل اجازة المولى يكون طلاقا بخلاف
الامة فان العقد عليها بغير اذنه باطل ولا يصح باجازته وعنه للسيد فسخه او تركه كنكاح العبد وهي شاذة ولنا قوله تعالى ضرب الله
مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شي والنكاح شي فلا يقدر عليه وقال عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه ابو داود
والترمذي من حديث جابر وقال حديث حسن والمدبر وام الولد والمكاتب ما بقي عليه درهم عبد ففيه تنصيصا وله اللفظ ولان في تنفيذ نكاحهم
تعييبهم اذ النكاح عيب فيهم فلا يملكونه بغير اذن مولاهم ولا يقال ان اقرار العبد بالحدود والقصاص مقبول مع انه تعيب بل فيه اهلاك
فالنكاح اولى لانا نقول لا يدخل العبد تحت ملك المولى فيما يتعلق به خطاب الشرع ومن الاحكام تجب عقوبة جزاء على ارتكاب المحظور زجرا

للعباد عن الفساد وذلك بالادمية وملكه ثبت من حيث المالية وما ثبت من التعييب في ضمنه ضروري فلا يبالي به قال رحمه الله
ولو نكح عبد باذنه اي باذن المولى بيع في مهره اي في مهر امراته لان هذا الدين ظهر في حق المولى فاشبه دين المأذون له في التجارة ه
فيتعلق برقبته دفعا للضرر عنها وهذا لان ذمته ضعيفة فلو لم تتعلق برقبته لتضررت بخلاف ما اذا تزوج بغير اذن مولاه ودخل
بها حيث لا يباع به بل يطالب به بعد الحرية لعدم صدور الاذن من المولى كما اذا الزمه الدين باقراره بخلاف ما الزمه بالاتلاف لكونه غير
محجور عليه في حق الفعل فيظهر في الحال ثم اذا بيع مرة ولم يف الثمن بالمهر لا يباع ثانيا بل يطالب به بعد العتق لانه بيع بجميع المهر بخلاف
النفقة حيث يباع بها مرة بعد اخرى لانها تجب ساعة فساعة فلم يقع البيع بالجميع ولو مات العبد سقط المهر والنفقة لفوات
محل الاستيفاء هذا اذا تزوج باجنبية واما اذا زوج عبده امته فاختلف المشايخ فمنهم من قال يجب المهر ثم يسقط لان وجوبه
حق الشرع ومنهم من قال لا يجب لاستحالة وجوبه للمولى على عبده ولو تصور وجوبه ساعة لتصور دهرا وهذا لانه لو وجب لوجب
لماليته وهي للمولى فلا فائدة فيه قال والمدبر والمكاتب ولم يبع فيه وكذا ولد ام الولد ومعتق البعض لعدم
قبول النقل من ملك الى ملك بالبيع فيسعون ويوفى من كسبهم المهر كما في دين التجارة قال وطلقها رجعية اجازة للنكاح
الموقوف لا طلقها او فارقها يعني اذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال له المولى طلقها رجعية يكون اجازة للنكاح ولو قال
طلقها او فارقها لا يكون اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة وقوله طلقها او فارقها يحتمل الرد لان
رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد اذ هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وقال ابن ابي ليلى قوله
طلقها يكون اجازة ايضا لانه امر مطلق فينصرف الى الجائز ولنا ما ذكرنا من الاحتمال فلا تثبت الاجازة بالشك حتى لو قال اوقع عليها
الطلاق او طلقها تطليقة تقع عليها تكون اجازة لان وقوع الطلاق يختص بالنكاح النافذ فيكون اجازة ولو زوج فضولي رجلا امراة ه
فقال له الرجل طلقها يكون اجازة لانه يملك التطليق بالاجازة فيملك الامر به بخلاف المولى ولان فعل الفضولي اعانة كالوكيل ولهذا يكون
عند الاجازة كالوكالة السابقة فكان حمله على الاجازة اليق بخلاف فعل المتمرد ولان الضرر في حق الزوج يتخير بملك بضع يقابله بخلاف
ضرر المولى فان قيل لو ادعت امراة على رجل نكاحا فانكر ثم طلقها يكون اقرارا منه بالنكاح وكذا لو قالت امراة لرجل طلقني يكون
اقرارا منها بالنكاح الصحيح النافذ وكذا لو زوجه فضولي اربعا في عقدة ثم زوجه ثلثا في عقدة اخرى فبلغه فطلق احدى الاربع او احدى
الثلاث بغير عينها يكون اجازة لنكاح ذلك الفريق فما الفرق بينها وبين مسلة العبد قلنا اما الاول فالفرق بينهما ان ظاهر حالهما
يدل على مباشرة الصحيح النافذ فحمل عليه بخلاف نكاح المتمرد واما الثاني فلان كلام الزوج لا يصح الا اذا حمل على وقوع الطلاق فيكون
اجازة تصحيحا للكلام ثم الاصل فيه ان اذن السيد يثبت بالتصريح كقوله اجزت او رضيت به او اذنت فيه ويثبت ايضا بالدلالة قولا
وفعلا مثل ان يقول عند سماعه هذا حسن او صواب او نعم ما صنعت او بارك الله فيها او لا باس بها او يسوق اليها مهرها او شيئا
منه بخلاف الهدية وقال الفقيه ابو القاسم لا يكون شيء من هذه الاقوال اجازة والاول اختيار ابي الليث وبه كان يفتي الصدر الشهيد
الا اذا علم انه قاله على وجه الاستهزاء والاذن في النكاح لا يكون اجازة فان اجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولي اذا وكل فاجاز
ما صنعه قبل التوكيل وكالعبد اذا زوجه فضولي فاذن له مولاه في التزوج فاجاز ما صنعه الفضولي قال رحمه الله والاذن بالنكاح
يتناول الفاسد ايضا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يتناول الا الصحيح وثمرة الخلاف تظهر في حق لزوم المهر فيما اذا تزوج امراة
نكاحا فاسدا ودخل بها حيث يظهر لزوم المهر عنده في الحال فيباع فيه وعندهما لا يطالب الا بعد العتق وفي حق انتهاء الاذن بالعقد حيث
ينتهي به عنده وعندهما لا ينتهي حتى لو تزوج غيرها نكاحا صحيحا او اعاد عليها العقد صح عندهما وعنده لا يصح لهما ان المقصود من
النكاح في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز لا الفاسد لانه لا يفيد الحل فصار كالتوكيل بالنكاح فانه يتناول الجائز دون الفاسد
ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع حيث يتناول الجائز والفاسد لان الفاسد فيه يفيد الملك بالقبض ولابي حنيفة
رحمه الله ان اللفظ مطلق فيتناولهما والعقد غير مقيد بوصف الصحة او الفساد فيجري على اطلاقه فكان كالبيع وبعض المقاصد حاصل
بالنكاح الفاسد كثبوت النسب بالوطي وسقوط الحد ووجوب المهر والعدة ولان العبد اهل لمباشرة النكاح وانما يشترط فيه رضى
المولى لتعلق المهر بماليته وفي هذا لا فرق بين الصحيح والفاسد فيتناولهما ولهذا الاذن بخلاف الوكيل فان مطلوب الامر فيه ثبوت
الحل له وذكر في المفيد والمزيد ان الوكالة بالنكاح تنتهي بالفاسد قلنا ان نمنع والاول ذكره صاحب المحيط وقال في المصفى وعليه الفتوى

زوج عبده امته
والاصح من القولين عدم الوجوب كما في الدر المختار كذا قاله

قوله والاذن في النكاح الخ يعني لو اذن له السيد بعدما تزوج لا يكون اجازة فان اجاز العبد الخ

Copyright © King Saud University

Created with PDFsharp 1.2.1269-g (www.pdfsharp.com) 1