{ باب في تزويج العبد والأمة } .

قوله : ليس هذا بإجازة لأنه يحتمل الرد لأن رد هذا العقد يسمى طلاقا .

قوله : فهذا إجازة لأنه لما قيدها بالرجعة لا يحتمل إلا الإجازة .

قوله : فالإذن في العزل إلى المولى هذه المسئلة تبتنى على جواز العزل عند عامة العلماء خلافا لبعض الناس إلا أن في الحرة لا يباح عزلها إلا برضاها لأن لها حقا في الولد وقضاء الشهوة فلا يجوز تنقيص حقها إلا برضاها وأما في الأمة المملوكة لا يشترط رضاها لأنه ليس لها حق في الولد وقضاء الشهوة وفي الأمة المنكوحة اختلفوا قال أبو حنيفة (رحمها ا) : الإذن في العزل إلى المولى وقالا : إليها لأن الوطء حقها لأنها هي التي تقضي شهوتها دون مولاها ولأبي حنيفة أن العقد ورد على ملك المولى والولد حق المولى فيشترط الرضاء من المولى وإن كان قضاء الشهوة حقها ولكن حقها في أصل الشهرة وهو الجماع لا في وصفه وهو إنزال الماء في رحمها وما هو أصل حقها يحصل بالجماع .

قوله : القول قول المولى لأن الاختلاف وقع في إثبات النكاح ابتداء لا في انقضاء عدتها ظاهرا وذلك إلى المولى ولهذا أبى أبو حنيفة القضاء بالنكول في هذه الصورة وشبهه بابتداء النكاح ولأبي حنيفة أن الرجعة أمر يبتنى على العدة وفي ذلك القول قولها فكذلك في ما يبتنى على العدة .

قوله : فالقول قولها لأنها عالمة بها فكان ما تقوله عن علم .

قوله : وقال أبو يوسف ومحمد إلخ أصل المسئلة أن الإذن بالنكاح ينصرف إلى الجائز والفاسد جميعا عند أبي حنيفة (C) وقالا : ينصرف إلى الجائز دون الفاسد وتبنى على هذا لو جدد العبد نكاح هذه المرأة على الصحة لا ينفذ عند أبي حنيفة لأن الإذن بالنكاح قد انتهى وعندهما ينعقد لأن الإذن بالنكاح باق بالنكاح المطلق لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف وذلك إنما يحصل بالجائز الذي يوجب الملك ولهذا لو حلف أن لا يتزوج لا يحنث بالنكاح الفاسد بخلاف البيع حيث ينصرف إلى الجائز والفاسد جميعا لأن بعض المقاصد يحصل بالبيع الفاسد من ملك الإعتاق وملك التصرفات ولأبي حنيفة (C) أن الحاجة إلى إذن المولى لتعلق المهر برقبته لأنه هو أهل في نفسه من حيث الآدمية والفاسد فيه مثل الجائز بالدخول ولكن هذا التعليل لا يوافق أصل مذهبنا لأن العبد كالوكيل في النكاح والمولى مالك الإنكاح على العبد فوجب أن يتعرض بإطلاق الإذن فنقول : الإذن مطلق والمطلق يقع عليهما كما في البيع .

قوله : فلها المهر لأن القتل موت في حقها والموت مؤكد للمهر فلا يسقط شئ من مهرها كما لو ماتت حتف نفسها وأما في الأمة فهما سويا في الموضعين بعدم السقوط وأبو حنيفة فرق ووجه الفرق أن القتل ليس موتا في حق القاتل بل هو قطع للبقاء في حقه ولهذا أخذ بالقصاص وحرمان الميراث والكفارة وإن كان في حق ا (تعالى) ميتا لأجله وأحكام القتل في قتل المولى أمته ثابتة ولكن لم يجب القود لعدم الفائدة ولا كذلك الحرة فإنها لا يضاف القتل إليها لا حقيقة ولا حكما .

قوله : فالنكاح جائز لأنها من أهل العبارة بدليل أنها تملك النكاح بالإذن لكن لم يجز النكاح ابتداء لقيام حق المولى فإذا زال بالإعتاق جاز ولا خيار لها لأن النكاح إنما جاز لها لأن المانع قد زال بالعتق فصار جائزا عند العتق وبعد الجواز لم يزد عليها الملك والمهر للمولى لأنه استوفى منفعة مملوكة للمولى فيكون بدلها له .

قوله : فالمرأة أسوة الغرماء يريد به إذا كان النكاح بمهر المثل أو دونه لأنه لزمه بحكم لا مرد له وهو صحة النكاح فشابه بدين الاستهلاك .

قوله : فلها الخيار لأن النبي A خير بريرة وهي مكاتبة عائشة (Bها) ولأن ثبوت الخيار معلول بزيادة الملك وقد وجد ذلك في حق المكاتبة .

قوله : وإلا فلا لأن النفقة إنما تجب عندنا جزاء للحبس ولا يستحق ذلك على الأمة لأن ملكه في الرقبة والمنافع باق فكان مقدما عليه فإذا بواها معه بيتا فقد أبطل حقه ووجب الحبس فوجب جزاءه .

قوله : لم تصر أم ولد له لعدم الملك له فيها وعدم الملك لعدم الحاجة وعدم الحاجة لاستغنائه بملك النكاح .

قوله : وولدها حر يريد أنه يعتق على الأخ بالقرابة لأن الولد علق رقيقا لأن الأم مملوكة له والولد يتبع الأم في الحرية والرقبة جميعا إلا أنه يعتق على الأخ بالقرابة .

قوله : فسد النكاح إلخ هذا عندنا خلافا لزفر لأنه يثبت الملك سابقا بطريق الاقتضاء وزفر لا يقول بالاقتضاء .

قوله : لم يفسد النكاح والولاء في هذه الصورة للمعتق وقال أبو يوسف : يفسد والولاء لها زفر سوى بينهما في عدم الفساد وأبو يوسف سوى بينهما في الفساد وهما فرقا بين طلب العتق بعوض وبغير عوض