. @ 351 @

وقد شمل كلام الخرقي المدبرة ، والمعلق عتقها بصفة ، وأم الولد ، والمكاتبة ، وهو صحيح فيما عدا المكاتبة ، لمساواتهن للأمة فيما تقدم ، أما المكاتبة فليس له إجبارها على النكاح ، لأنها قد ملكت منافعها عليه ، ولهذا لا يجوز له وطؤها ولا إجارتها . وا أعلم . .

قال : وإذا زوج عبده وهو كاره ، لم يجز إلا أن يكون صغيراً . .

ش : لا يملك السيد إجبار عبده الكبير على النكاح ، نص عليه أحمد ، وقاله الأصحاب ، لأنه مكلف يملك الطلاق ، فلا يجبر على النكاح كالحر ، لأن النكاح خالص حقه ، ونفعه له فأشبه الحر ، وكذلك الصغير على وجه ، قاله أبو الخطاب في الإنتصار ، والمذهب وهو المنصوص أن له إجباره قياساً على الابن الصغير بل أولى ، لثبوت الملك له عليه ، والحكم في العبد المجنون كالحكم في الصغير قاله الشيخان ، وا أعلم . .

قال : وإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما . .

2461 ش : لما روى الحسن عن سمرة عن النبي قال : (أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما ، وأيما رجل باع بيعين من رجلين فهو للأول منهم) رواه الخمسة وحسنه الترمذي . . وروى الأثرم بسنده عن إبراهيم أن عليا قضى بذلك ، لكن في سماع الحسن من سمرة خلاف . وقد شمل كلام الخرقي وإن لم يعلم الثاني ، ودخل بها ، وهو كذلك خلافاً لمالك ، لعموم الحديث . .

وقول الخرقي : زوج الوليان يعني بشرطه ، وهو أن تأذن لهما في نكاحها ، ويتساويان في الدرجة كالابنين والأخوين ونحوهما ، وهذا قد علم مما تقدم . وا أعلم . .

قال : فإن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج فرق بينهما ، وكان لها عليه مهر مثلها . .

ش : إذا زوج الوليان فدخل بها الثاني ، والحال أنه لا يعلم أنها مزوجة ، فإنه يفرق بينهما ، لترد إلى زوجها ، وهذا تفريق حسي من غير فسخ ، لبطلان النكاح ، قاله أبو محمد ، وكذلك قال ابن أبي موسى نزل عنها من غير طلاق ، واستشكل بأن مالكاً رحمه ا قال : تصير زوجة الثاني بالدخول ، وإذاً يجب الطلاق كالأنكحة الفاسدة ، وأجيب بأن الإباحة حصلت بالوطء لا بالعقد . انتهى . ويجب لها عليه المهر ، لأنه وطء شبهة ، أشبه المنكوحة بغير ولي . .

2462 ودليل الأصل قوله عليه الصلاة والسلام (أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها) الحديث ،