

النافع الكبير

{ باب في النكاح الفاسد } .

قوله : النكاح جائز وقال أبو يوسف : فاسد لأن هذا الحمل وإن كان من الزنا ولكنه محترم وامتناع النكاح على الحامل كان لحرمة الحمل وصيانته وقد وجد فصار كما لو كان الحمل ثابت النسب ولهما أن حرمة العقد كان لحق صاحب الماء وصيانته لا لمكان الحمل ألا يرى أنه لو تزوجها من كان نسب الحمل ثابتا منه جاز وصاحب الماء لا حرمة له ههنا فلا تلزمه حرمة العقد .

قوله : فالنكاح فاسد لأن في بطنها ولدا ثابت النسب من الحربي وإن كان من زوج كافر .
قوله : فالنكاح باطل لأنها فراش لمولاها ولو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين وأنه لا يجوز بخلاف ما إذا لم تكن حاملا حيث يصح وإن كانت فراشا لمولاها حتى لو جاءت ولدا يثبت النسب منه غير دعوة إلا أن فراشها ليس بفراش متأكد ولهذا ينتفي الولد بمجرد النفي من غير لعان فلا يعتبر هذا الفراش ما لم يتصل به الحمل .

قوله : فرق بينهما ولهما نصف المهر لأنه وجب للأولى منهما وليست إحداهما أحق به فصار بينهما .

قوله : ولهما نصف المهر قال الفقيه أبو جعفر الهندواني : معنى هذه المسئلة إذا ادعت كل واحدة منهما أنها الأولى ولا حجة لهما أما إذا قالتا : لا ندري أي النكاحين أولا لم يقض القاضي لهما بشئ حتى يصطلحا على أخذ نصف المهر لأن الحق وجب للمجهولة فلا بد من الدعوى والاصطلاح ليقضي بينهما .

قوله : هو جائز وأجمعوا على أن العدة إذا كانت من طلاق رجعي لا يجوز لهما أن المحرم نكاح الأمة على الحرة ولم يوجد قال النبي (عليه السلام) : [لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة] فصار كما لو وطئ حرة بشبهة النكاح ثم تزوج أمة في عدتها جاز كذا ههنا ولأبي حنيفة (C) أن العدة من النكاح تعمل عمل النكاح في التحريم كتحريم نكاح

الأخت في عدة الأخت .

قوله : فهو باطل لأن هذا عقد متعة وقد نهى رسول الله ﷺ عن هذا .

وقال زفر (C) : إنه صحيح لأنه أتى بالإيجاب والقبول والشرط فصح الإيجاب والقبول وبطل الشرط .

قوله : فعليه للصغيرة نصف المهر إلخ وأما فساد النكاح فلأنهما صارتا أما وبناته وأما

بطلان مهر الكبيرة فلأن الفرقة جاءت من قبلها قال : وهذا أصل وهو أن الفساد متى جاء من قبل المرأة قبل الدخول بحيث لو ارتدت أو قبلت ابن زوجها له أو اختارت نفسها عند البلوغ إذا كان المزوج غير الأب والجد فإنه لا يجب المهر في هذه المواضع كلها ووجوب نصف المهر للصغيرة لأن الفرقة جاءت من قبل غيرها فأما عدم الرجوع على الكبيرة فلأنها ما تعمدت الفساد فإن لم تعلم الكبيرة بنكاح الصغيرة أو علمت لكنها قصدت دفع الجوع دون الفساد لم يرجع عليها بشئ لأنها مسببة وضمان التسبب يبتني على التعدي ولم يوجد .

قوله : وسعها المقام معه وهذا عند أبي حنيفة (C) وهو قول أبي يوسف (C) الأول وفي قوله الآخر وهو قول محمد والشافعي (رحمهما) لا يسعه أن يطأها وهي مسألة معروفة بالخلافيات وهي أن قضاء القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة (C) وعندهما ينفذ ظاهراً لا باطناً .

قوله : وأحلها إلخ لأنهما يتعلقان بالجماع وقد وجد فإن قيل : الغسل إنما يجب بسبب الجماع الذي هو سبب نزول الماء وجماع الغلام ليس بسبب لنزول الماء قيل له : هو سبب نزول الماء في حقها وحاجتنا إلى إثبات الحكم في جانبها .

قوله : لم يطأ إلخ لأن الأمة موطوءة حقيقة والمنكوحة بمنزلة الموطوءة حكماً بواسطة حكم النكاح فأيتهما وطئت كان جمعا بينهما وطأ وهو حرام بالنص وهو قوله A : [من كان يؤمن بأ] واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم .

الأختين [إلا أن يزيل الأمة عن ملكه فسقط اعتبار وطئها فيطأ المنكوحة وإن كان لم يطأ المملوكة يطأ التي تزوج لأنه لا يصير جامعا بينهما وطأ .

قوله : حتى تنقضي عدتها لأن الخلوة الصحيحة قامت مقام الوطء في حق تأكد المهر ووجوب العدة .

قوله : ولا يستبرئها وقال محمد (C تعالى) : لا أحب أن يطأها حتى يستبرئها لأنه لو تحقق الحمل حرم الوطء لما فيه من سقي مائه زرع غيره فإذا احتمل وجب التنزه ولهما أن الشرع (ما شرع) النكاح إلا على رحم فارغ فقام جواز النكاح مقام الفراغ