@ 163 @ ما صنعه قبل التوكيل وكالعبد إذا زوجه فضولي فأذن له مولاه في التزوج فأجاز ما صنعه الفضولي قال رحمه ا (والإذن بالنكاح يتناول الفاسد أيضا) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يتناول إلا الصحيح وثمرة الخلاف تظهر في حق لزوم المهر فيما إذا تزوج امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها حيث يظهر لزوم المهر عنده في الحال فيباع فيه وعندهما لا يطالب إلا بعد العتق وفي حق انتهاء الإذن بالعقد حيث ينتهي به عنده وعندهما لا ينتهي حتى لو تزوج غيرها نكاحا صحيحا أو أعاد عليها العقد صح عندهما وعنده لا يصح لهما أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف والتحصين وذلك بالجائز لا الفاسد لأنه لا يفيد الحل فصار كالتوكيل بالنكاح فإنه يتناول الجائز دون الفاسد ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائز بخلاف البيع حيث يتناول الجائز والفاسد لأن الفاسد فيه يفيد الملك بالقبض ولأبي حنيفة رحمه ا أن اللفظ مطلق فيتناول العقد غير مقيد بوصف الصحة أو الفساد فيجري على إطلاقه فكان كالبيع وبعض المقاصد حاصل بالنكاح الفاسد كثبوت النسب بالوطء وسقوط الحد ووجوب المهر والعدة ولأن العبد أهل لمباشرة النكاح وإنما يشترط فيه رضا المولى ليتعلق المهر بماليته وفي هذا لا فرق بين الصحيح والفاسد فيتناولهما الإذن بخلاف الوكيل فإن مطلوب الأمر فيه ثبوت الحل له وذكر في المفيد والمزيد أن الوكالة بالنكاح تنتهي بالفاسد فلنا أن نمنع والأول ذكره صاحب المحيط وقال في المستصفى وعليه الفتوى وأجمعوا على أن الإذن والوكالة لا ينتهيان بالموقوف حتى جاز لهما أن يجددا العقد ثانيا عليها أو على غيرها ومسألة اليمين ممنوعة على طريقة إجراء اللفظ على إطلاقه ولئن سلم فالأيمان مبنية على العرف والعرف بالصحيح دون الفاسد إذا كانت يمينه على أن لا يتزوج في المستقبل وإن حلف أنه ما تزوج في الماضي يتناول الصحيح والفاسد جميعا لأن المراد في المستقبل الإعفاف وفي الماضي العقد ذكره في المبسوط قال رحمه ا (ولو زوج عبدا مأذونا له امرأة صح وهي أسوة الغرماء في مهرها) وهذا إذا كان النكاح بمهر المثل أو أقل أما صحة النكاح فلأنه ينبني على ملك الرقبة فيجوز تحصينا له وأما المهر فلأنه لزمه حكما بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح إذ هو بلا مهر غير مشروع فصار كدين الاستهلاك وكالمريض إذا تزوج امرأة فبقدر مهر مثلها تكون أسوة الغرماء ولو زوجه المولى على أكثر من مهر المثل فالزائد تطالبه به بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض قال رحمه ا (ومن زوج أمته لا يجب عليه تبوئتها فتخدمه ويطؤها الزوج إن ظفر بها) لأن حق المولى أقوى من حق الزوج لأنه يملك ذاتها ومنافعها ولا كذلك الزوج ولهذا يدخل فيه ملك المتعة تبعا ولو وجبت التبوئة لبطل

حقه في الاستخدام وحق الزوج في الوطء لا يبطل الاستخدام لأنه يتحقق أحيانا فإن قيل التبوئة تسليم فتجب عليه قلنا لا بل هو أمر زائد عليه لأن التسليم يتحقق بدون التبوئة بأن يقال له متى ظفرت بها وطئتها وكذا إذا شرط التبوئة لا تجب عليه لأنه لا يقتضيه العقد فلو صح لا يخلو إما أن يكون إجارة أو عارية فالأول باطل لعدم التوقيت والثاني ليس بلازم فإن بوأها