

مَنَاجِحُ التَّحْصِيلِ
وَنَتَاجُ لَطَائِفِ التَّأْوِيلِ
فِي
مَنْعِ الْمَدْرُونَةِ وَحَلِّ مُسْكَلاتِهَا

تَأَلَّفَ
الرُّمِّيُّ الْحَسَنُ حَيَّيُّ بْنُ سَعِيدٍ الرَّفْعِيُّ

تَقَدَّمَ
فَضِيلَةُ السَّيِّحِ الْأَسَازِ الدُّكُونُ عَلِيٌّ عَلِيٌّ لُقْمٌ

اعْتَنَى بِهِ
أَبُو الْفَضْلِ الدِّمِيَاطِيُّ
أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ

الْجُزْءُ الْخَامِسُ

دار ابن حزم

مركز التراث والثقافة في المغرب

حُقوقُ الطَّبْعِ مَحْفُوظَةٌ

الطبعة الأولى

١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م

ISBN 9953-81-431-7

ISBN 9953-81-431-7



الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس

هاتف: 442931 - 022 / فاكس: 442935 - 022

المملكة المغربية

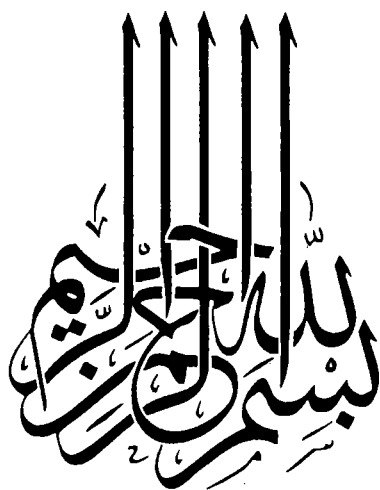
دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - ص.ب: 6366 / 14

هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)

بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

مَنَاجِجُ التَّحْصِيلِ
وَنَتَاجِجُ لَطَائِفِ التَّأْوِيلِ
فِي
بَرَجِ الدَّرُونَةِ وَحَلِّ مُسْكَلاتِهَا





كتاب التخير والتمليك

كتابُ التخيير والتملك

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلّى اللهُ على سيدنا محمدٍ وآله .

تحصيلُ مشكلات هذا الكتاب وجملتها ست مسائل :

المسألة الأولى

فى التخيير ، هل هو مباحٌ أو مكروهٌ ؟

وقد اختلف [المتأخرون] ^(١) فى ذلك على قولين :

أحدهما : أن مكروهٌ ، لأنَّ ذلك يُؤدى إلى إيقاع الثلاث فى كلمة واحدة ، لنهى النبى ﷺ ، وإلى هذا ذهب بعض [البغداديين] ^(٢) .

[والثانى : أن التخيير مباح إذ ليس بنفس إيقاع الطلاق وإنما هو سبب له وإلى هذا ذهب بعض المتأخرين] ^(٣) .

وربّما استدلَّ قائله بالآية فى أمرِ النبى ﷺ بالتخيير وفعله . ولا دليل له فيها ، إلا أن الآية إنما اقتضت التخيير بين الدنيا والآخرة ، ثم [رجع] ^(٤) الأمر بعد ذلك أن اخترن الدنيا للنبى ﷺ فى أن يُمتع أو يُسرح ، وأن السراح الجميل لا يقتضى البتات بلفظه .

فإذا ثبت ذلك : فإنَّ خيرها [فاختات] ^(٥) ما الذى يلزم من ذلك ؟

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : المتأخرين أيضاً .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : رجوع .

(٥) فى أ : فما اختارت .

فالمذهب على ستة أقوال :

أحدها : أن ذلك ثلاث [وهو مذهب الكتاب . وإن اختارت المرأة ثلاثة] ^(١) ، ولا منكرة للزوج ، نَوَتْ المرأة [الثلاثة] ^(٢) أم لا . فإن [قضت] ^(٣) بدون الثلاث لا حُكْمَ لَهُ ، [وهذا مذهب الكتاب ، وهو المشهور من الأقوال] ^(٤) .

والثاني : أنها ثلاث بكلِّ حال ، سواء [سرحت بما دونها بالواحدة أو الاثنتين أو لم تسرح] ^(٥) نَوَتْ [شيئاً] ^(٦) أو لم تنو شيئاً ، ولا تُسْتَلَّ عن شيء ، ولا منكرة للزوج ، وهذا قول عبد الملك .

والثالث : أنها واحدةً بائنة ، ذكره محمد بن خويز منداد عن مالك ، وهو أحد مذهبي علي بن أبي طالب رضى الله عنه ، وهو تأويل اللخمي على ما حكاه ابن سحنون عن أكثر أصحابنا ، واختاره هو .
والرابع : أن للزوج المُنَاكَرَةَ في الثلاث ، والطلقة بائنة ، وهو قول ابن الجهم .

والخامس : أن للزوج المُنَاكَرَةَ ، والطلقة رجعية ، وهو ظاهر قول سحنون ، وعليه [تأول] ^(٧) اللخمي أيضاً .

والقول السادس : أنها إن اختارت نفسها فهي ثلاث ، وإن اختارت

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في هـ : قضاه .

(٤) سقط من هـ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : دونها .

(٧) في أ ، ج : تأوله .

زوجها أوردت الخيارَ عليه فهي واحدةٌ بئنه ، وهو مذهب زيد بن ثابت ،
وحكاه النقَّاش عن مالك .

وعلى القول بأنَّها إن اختارت دون الثلاث لا حُكم [لها] ^(١) ، فهل
لها معاودة الخيار أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : [أنها] ^(٢) لا خيار لها بعد ذلك ، وهو قول ابن القاسم
في « المدونة » .

والثاني : أنَّ لها معاودة الخيار ، وهو قول أشهب في غير « المدونة »
[ويؤخذ منها أيضاً والحمد لله وحده] ^(٣) .

(١) في أ : له .

(٢) في أ : أن .

(٣) سقط من أ .

المسألة الثانية

فى الفرق بين التخيير والتمليك ، والفرقُ بينهما أنَّ (ق / ١٩٧ أ)
التخيير إنّما يكونُ بين الشيئين المختلفين ، وقد يكون بين [المتغايرين] ^(١) .
ولا شك أن وجود العصمة بين الزوجين ، وانصرافهما بين المتغيرات .
فإذا خيرها فإنّما خيرها بين انصرام العصمة وانباتها وبين البقاء عليها .
فإذا اختارت [نفسها] ^(٢) أو سرحت بطلاق الثلاث فلا مُناكرة للزوج
فى ذلك ، إذا كانت مدخولاً بها لأنّها أتت بجوابٍ يلائم ما جعل لها من
الخيار .

وأما التملك : فإنّما ملكها الزوج [ما] ^(٣) [ملكت] ^(٤) إيقاعه ، من
أعداد الطلاق سنةً وبدعة ، وقد يملك إيقاع الواحدة للسنة ، ويملك إيقاع
الاثنين والثلاثة للبدعة .

وقولنا : « يملك إيقاع أكثر من واحدة » معناه : عادةً لا شرعاً .
فإذا قضت بالواحدة أو بالاثنتين أو بالثلاث فقد أوقعت ما كان يُمكن
إيقاعه وصدوره منه ، [فيلزم] ^(٥) ألا يناكرها الزوج إذا قضت بالثلاث .
والتخيير قبل البناء كالتمليك : « فى أن الزوج يملك المُنَاكِرَة ، لأنَّ
المقصود يحصل لها بالواحدة ، وإنّما تملك أمرَ نفسها [ق / ١٧٢ ج]
بها .

(١) فى أ : المتعاقدين .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : ملك .

(٥) فى أ : فيلزمه .

فإذا ثبت ذلك فللزواج المُنَاكَرَةُ فى التملك بثلاثة شروط :

أحدها : ألا يكون التملك مشروطاً فى عقدِ النكاحِ وإنما تبرَّعَ به الزوجُ بعد العقد .

والثانى : أن يدعى نيةً يعتقدها عند التملك .

والثالث : أن يُبَادِرَهَا بالمُنَاكَرَةِ فى الحال ، فإن لم يُنَاكَرْ عليها حتى طال ذلك لم يَكُنْ لَهُ مُنَاكَرَتُهَا على حال .

وقولُنا : « ألا يكون مشروطاً » لأنَّهُ إن كان مشروطاً ، فجزونا المُنَاكَرَةَ للزوج : كان ذلك مما يُخِلُّ بشرطها ، وَيُبْطِلُ ثمرتها وفائدتهُ .

وقولنا : « يدعى نيةً يعتقدها عند التملك : احترازاً من أن تكون نيةً أحدثت بعد التملك .

وقولُنا : « وَيُبَادِرُ بِالْمُنَاكَرَةِ » احترازاً من أن يُنَاكَرَهَا بعد طولِ الأمد ، فيعد ذلك منه رَضاً بما صنعتُ .

فإذا حصلت هذه الشروط الثلاث كان للزوج المُنَاكَرَةُ .

والأصل فى ذلك أثر [ابن] ^(١) عمر رضى الله عنه أن « القضاء ما قضت إلا أن يدعى الزوج المُنَاكَرَةَ ، ويحلف » .

وهو الذى اعتمدهُ مالك رحمه الله .

والحمد لله وحده .

المسألة الثالثة

فى التمليك المُقَيَّد .

اعلم أَنَّهُم قَسَمُوا التمليك على ثلاثة أقسام [ق / ٨٧ ع] :

تمليك مُطلق .

وتمليك مُقَيَّد .

وتمليك مفوض .

فأَمَّا التمليك المُطلق : فهو أن يقول لها : « أمرك بيدك » وهو على وجهين :

أحدهما : أن يُواجهها بذلك .

والثانى : أن يكتب إليها بذلك أو أرسل إليها رسولا .

فإن واجهها بذلك أو من فَوَّض إليه ، فإلى متى يكون ذلك بيدها ؟ فالمذهب على أربعة أقوال كُلُّها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن ذلك بيدها ما لم يفترقا بأجسامهما ، وهو قول مالك فى المدونة .

والثانى : أن ذلك بيدها ما لم يفترقا فى الحديث وخرجا عما كانا فيه [من الحديث] ^(١) إلى غيره [وهو ظاهر قوله فى المدونة إذا علم أنهما قد تركا ذلك وخرجا عن ما كان فيه إلى غيره من الحديث] ^(٢) .

والثالث : اعتبار طول المجلس وقصره .

فإذا طال المجلس وقَعَدَ معها ما يرى أَنَّها تختارُ فيه لو أرادت فلا قضاء

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

لها بعد ذلك ، وهو ظاهر قوله فى « المدونة » فى قوله : « أما ما كان من طول المجلس ، وذهب عامة النهار ، وعُلم أنهما قد تركا ذلك ، فلا أرى لها قضاء [بعد ذلك] ^(١) » ، وهو تأويل بعض حذّاق المتأخرين على « المدونة » .

وعلى القول الرابع : أن ذلك بيدها طال بهما المجلس أم لا ، افترقا أم لا ، ما لم توقف أو توطأ طوعاً ، وهو أحد قولى مالك .

وسبب الخلاف : هل المُعتبر فى التملك « اللفظ » فىكون قوله « أمرك بيدك » سؤالاً يفتقر إلى جواب فى الحال فيتقيد بالمجلس أو المُعتبر « المعنى » لأن الزوج ملكها أمر الطلاق ، وذلك أمرٌ تحتاج فيه إلى المشورة ، وقد لا تستقل فيه برأى نفسها لأنه أمرٌ خطر ، ولذلك قال النبى ﷺ لعائشة رضى الله عنها حين تلا عليها آية التخيير : « ما عليك ألا تعجلى حتى تستأمرى أبا بكر » .

وأما إن كتب لها أو أرسل إليها رسولاً فلم يختلف قول مالك فى هذا أن ذلك بيدها وإن افترقا ، وأنه لا يتقيد بالمجلس ما لم يطل ذلك ، والطول فى ذلك أكثر من شهرين على ما فى سماع ابن القاسم فى « العتبية » .

وهل يُقبل قولها أنها ما [اختارت] ^(٢) ذلك إلا لتقضى أو لا يُقبل إلا اليمين ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها تصدق بيمين .

والثانى : أنها تصدق بغير يمين .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : تركت .

والجواب عن القسم الثانى فى التملك المفوض : وهو أن يقولَ لها :
 «أمرُك بيدك إن شئت » أو « إذا شئت » أو « متى شئت » أو « كُلَّما
 شئت » ، فهذا يختلف باختلاف معانيها ، وقد بيَّنا الحكم فيها فى « كتاب
 الأيمان [ق / ٦٢ هـ] بالطلاق » ممَّا لا مزيد عليه فى هذا الموضع ،
 والكلام فى ذلك واحد .

والجواب عن [القسم] ^(١) الثالث : وهو التملك المُقَيَّد بالصفة ، وهو
 أن يقولَ لها : « أمرُك بيدك إن فعلت كذا وكذا » أو « إن لم [أفعل] ^(٢)
 كذا وكذا » .

فما كان فيه [على] ^(٣) بر : فلا يكون أمرها بيدها ، حتى يفعل ما
 حلفَ على فعله .

وأما ما كان فيه على حنث : فإنه لا شيء عليه حتى ترفع أمرها إلى
 السلطان ، ويضربُ لها أجل الإيلاء [والحمد لله وحده] ^(٤) .

(١) فى أ : الوجه .

(٢) فى أ : تفعلنى .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من ج ، ع ، هـ .

المسألة الرابعة

فى [جواب] ^(١) المُخَيَّرَة فى الطلاق .

لا يخلو جواب المرأة لزوجها إذا خيَّرها من عشرة أوجه :

أحدها : أن تُفصح بالطلاق واحدة أو ثلاثاً .

والثانى : أن تُجيب بشيءٍ من [كنيائته] ^(٢) .

والثالث : أن تُجيب بشيءٍ يُحتمل أن تُريد به الطلاق أو لا تُريد به

الطلاق .

والرابع : أن تُجيب [بشيء] ^(٣) يُحتمل أن تُريد به الثلاث أو تُريد

الواحدة أو الاثنين .

والخامس : أن تُجيب بما ليس بمعنى الطلاق فى شيء .

والسادس : ألا تُجيب بشيء ، وتفعل فعلاً يُشبه الجواب .

والسابع : أن تُقيّد الاختيار بشرط .

والثامن : أن تقيد القبول [بالنظر] ^(٤) .

والتاسع : أن تُفوّض الأمر إلى غيرها .

والعاشر : أن تفصح باختيار زوجها .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا أفصحت بالطلاق ، فهو على ما

(١) فى أ : وجوب .

(٢) فى هـ : كنياته .

(٣) فى أ : بما .

(٤) سقط من أ .

أفصحت به .

فإن أفصحت [بالثلاث أو ما يتضمنها] ^(١) فذلك لها إلا أن يُناكرها
فى الخيار قبل الدُخول أو فى التملك قبل الدُخول أو بعده فيكون ذلك له
إن ادعى نية ، ولا تُسأل فى ذلك عن شيء ، ولا تُصدّق إن ادّعت [نية] ^(٢)
« أنها لم تُرد الطلاق » أو « أنها لم تُرد الثلاث » .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا أجابت بشيء من [كنايات] ^(٣) الطلاق
مثل أن تقول « قد خليت سبيلك » أو « سرحتك » أو « فارقتك » أو ما
أشبه ذلك ، فيُحمل قولها فى ذلك على : ما يحمل عليه قول الزوج
ابتداءً أو فيما يكون من الطلاق ، وما ينوى فيه ، وما لا ينوى فيه .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا أجابت بما يُحتمل أن تُريد به الطلاق
[أولا تريد به الطلاق] ^(٤) مثل أن تقول [قد] ^(٥) « قبلتُ أمرى » أو
« قبلت » أو « اخترت » أو « قد شئت » أو « قد رضيت » : فهذه تُسأل
عمّا أرادت بذلك .

فما قالت قبل [قولها] ^(٦) وَجَرى الحكم فى التخيير والتمليك على
حسب ذلك .

والجواب عن الوجه الرابع : إذا أجابت بما يُحتمل أن تُريد به الثلاث أو
تُريد به الواحدة أو الاثنتين ، ففى ذلك ثلاثة ألفاظ :

(١) فى أ : بالطلاق أو ما يقتضيه .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : كناية .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى هـ : منها .

أحدها : أن تقول قد طَلَّقْتُ نفسي [والثاني : أن تقول : أنا طالق .
والثالث : أن تقول : قد اخترت الطلاق . فإذا قالت : طَلَّقْتُ نفسي] (١)
فقد اختلف المذهب في ذلك على خمسة أقوال :

أحدها : [أنها] (٢) تسأل في المجلس وبعده ، في التخيير والتملك .
فإن لم يكن لها نية ، فهي ثلاث إلا أن يُناكرها الزوج في التملك ،
وهو مذهب ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أنها تسأل في المجلس أيضاً وبعده في التخيير والتملك ، فإن
لم يكن لها نية ، فهي واحدة تلزم في التملك وتسقط في التخيير
[والثالث : أنها لا تسأل لا في التخيير ولا في التملك وهي واحدة ويلزم
في التملك ويسقط في التخيير] (٣) .

وإن قالت في المجلس : « أردت ثلاثاً » ، فهي ثلاث إلا أن يُناكرها
الزوج في التملك ، وهو قول ابن القاسم في الواضحة .

والقول الرابع : أنها لا تسأل في التخيير ولا في التملك ، وهي ثلاث
إلا أن تقول في المجلس « أردت واحدة » ، وتسقط في الخيار ، وتلزم في
التملك ، وهو قول أصبغ .

والقول الخامس : أنها لا تسأل في التملك وهي واحدة ، إلا أن تُريد
أكثر من ذلك فيكون للزوج أن يُناكرها .

وتُسأل في التخيير : فإن قالت : « أردت ثلاثاً » صدقت ، وإن قالت :
« أردت واحدة » أو « اثنتين » أو « لم تكن لى نية » أو افترقا في المجلس

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : أن .

(٣) سقط من أ .

قبل [أن تسأل] ^(١) سقط خيارها .

وأما إن قالت : أنا طالق فلا تُسئل في تمليك ولا خيار ، وتكون واحدةً تلزمُ في التمليك ، وتسقط في الخيار إلا أن تقول في المجلس « نويتُ الثلاث » ، فتلزمُ في التخيير ويكون للزوج المناكرة في التمليك ، ولا خلاف في ذلك .

وأما إن قالت : « قد اخترتُ الطلاق » فإنَّها تُسأل في التخيير والتمليك .

فإن قالت : « لم تكن لى نيَّة » فهل تكون ثلاثاً أو واحدة ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّها ثلاث ، وهو [قول] ^(٢) ابن القاسم في المدونة .

[والثاني : أنها واحدة] ^(٣) وهو قول ابن القاسم في الواضحة .

وسبب الخلاف : الألف واللام ، هل هما للعهد أو للاستغراق ؟

والجواب عن [الوجه] ^(٤) الخامس : إذا أجابت بما ليس من معنى

الطلاق مثل أن تقول : « أنا أشربُ الماء » وما أشبه ذلك .

فهذا يُسقط خيارها ، ولا تُصدَّق أنَّها أرادت بذلك الطلاق .

والجواب عن الوجه السادس : إذا لم تُجب بشيء ، وفعلت فعلاً يُشبه

أن يكون الجواب ، مثل أن تنقل متاعها أو تخمر رأسها أو ما أشبه ذلك ،

فإنَّها تُسأل عما أرادت بذلك ؟

(١) سقط من أ .

(٢) في هـ : مذهب .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

فإن قالت : « لم أرد به الطلاق » صدّقت .
وإن قالت : « أردت به الطلاق » صدّقت فيما أرادت به .
وإن قالت : « أردت ثلاثاً » كان ذلك فى الخيار ، وله المناكرة فى التملك ، إن ادعى نية .
وإن قالت « أردت بذلك الفراق ولم تكن لى نية فى عدد الطلاق » .
فالمذهب على قولين :
أحدهما : أنها ثلاث ، وهى رواية عن ابن القاسم .
والثانى : أنها واحدة رجعية ، وهو قول ابن الموّاز .
والجواب عن الوجه السابع : إذا قيّدت الإجابة بشرط ، فإنّ ذلك [الشرط] ^(١) ينقسم [ق / ٨٨ ع] [إلى] ^(٢) أربعة أقسام :
أحدها : أن يكون ذلك الشرط يحتمل أن يكون ويحتمل ألا يكون .
والثانى : أن يكون محتملاً أيضاً والأغلب منه أن يكون .
والثالث : أن يكون ممّا يُعلم أنّه لا بدّ أن يكون فى المدة التى يُمكن أن يبلغا إليها .
والرابع : أن [يكون ممّا] ^(٣) يُعلم أنّه لا يكون .
فالأول أن تقول : قد اخترت نفسى إن دخلت على ضرّتى أو قدم فلان أو ما أشبه ذلك ، ففيه قولان :
أحدهما : أنّ لها معاودة القضاء فتقضى أو ترد ، وهو قول ابن القاسم

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ ، ج على .

(٣) سقط من أ .

[ق / ١٩٧ أ] .

والثانى : أن ذلك رد لما بيدها ، ولا قضاء لها بعد ذلك ، وهو قولُ سحنون ، ويؤخذ [من قول] ^(١) ابن القاسم فيما إذا أجابت بغير ما جعل لها ، حيث قال : « ليس لها معاودة [القضاء] ^(٢) » .

والوجه الثانى : مثل أن تقول : « اخترتُ نفسى إذا حاضتُ فلانة » :
ففيه قولان :

أحدهما : أنها تطلق مكانها ، وهو قول ابن القاسم فى المدونة .

والثانى : أن الأمر يرجع إليها فتقضى أو ترد ، وهو قول أشهب .

والوجه الثالث : مثل أن تقول اخترتُ نفسى إذا جاء الغد أو جاء العيد ، فإنها تكون طالقة مكانها .

والوجه الرابع : مثل أن تقول : « اخترتُ نفسى إن مسستُ السماء » .

فإنها تكون ردًا لما جعل لها ، ولا [يُمكن] ^(٣) لها أن تقضى بعد ذلك .

والجواب عن الوجه الثامن : إذا قيِّدت [القبول] ^(٤) بالنظر ، مثل أن تقول : [قد] ^(٥) قبلت لأنظرُ فى أمرى فهذا [يكون] ^(٦) الأمر فيه بيدها ، وإن انقضى المجلس حتى توقف ، ولا خلاف فى ذلك .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ع ، هـ : يكون .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ ، جـ : يمكن .

والجواب عن الوجه التاسع : إذا فوّضت الأمر لغيرها مثل أن تقول : قد شئت إن شاء فلان أو فوّضتُ أمرى [إلى فلان] ^(١) ، ففي ذلك قولان :

أحدهما : أن ذلك جائزٌ إن كان فلان حاضراً أو كان قريب الغيبة مثل اليومين والثلاثة ، وإن كان بعيد الغيبة رجع الأمر إليها ، وهو قول ابن القاسم في سماع عيسى عنه .

والثاني : أنها ليس لها أن تُحوّل الأمر إلى غيرها ، وإن كان حاضراً ، ويرجع الأمر إليها فتقضى أو ترد .

وأما [الجواب عن] ^(٢) الوجه العاشر : وهو أن تفصح باختيار زوجها مثل أن تقول « اخترتُ زوجى » ، أو « اخترتُ المقام مع زوجى » أو « فى عصمة زوج » ، فذلك ردُّ ما بيدها ، ولا خلاف فى ذلك فى المذهب [إلا ما حكاه النقاش عن مالك وقد قدمناه] ^(٣) .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ ، ج .

المسألة الخامسة [ق / ١٧٣ ج]

فى قوله : الحلال [عليه] ^(١) حرام .

وهذه المسألة اختلف فيها السلف و [الحلف] ^(٢) ، واختلف فيها فقهاء الأمصار ، لاختلاف مَنْ [قبلهم] ^(٣) ، والذي تحصّل عندى من اختلافهم سبعة أقوال :

أحدها : [أنه] ^(٤) يحمل على الثلاثة فى المدخول [بها] ^(٥) ، وينوى فى غير المدخول [بها] ^(٦) ، وهو قول زيد بن ثابت وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما ، وبه قال ابن أبى ليلى .

والثانى : [أنه] ^(٧) إن نَوَى بذلك ثلاثاً فهى ثلاث ، وإن نَوَى واحدة فهى واحدة بنيته وإن نَوَى يميناً ، فهى يمين يكفرها ، وإن لم ينوهِ طلاقاً ولا يميناً فليست بشيء ، وهى كذبة ، ومِمَّن قال بهذا القول سُفيان الثورى رضى الله عنه .

والثالث : أيضاً أن يكون ما نوى بها واحدةً فواحدة ، وإن نَوَى ثلاثاً فثلاث ، وإن لم ينو شيئاً فهى يمين يكفرها ، وهذا القولُ قاله الأوزاعى .

والرابع : أنه ينوى فى موضعين فى إرادة الطلاق وفى وقوعه ، فما

(١) فى ع ، هـ : على .

(٢) سقط من هـ .

(٣) فى أ : قسم .

(٤) فى أ ، ج : أنها .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

نوى كان ما نوى ، فإن نوى واحدة كان رجعيًا ، وإن أراد تحريمًا بغير الطلاق فعليه كفارة يمين ، وهو قولُ الشافعي [رضى الله عنه] (١) .

والخامس : أنه ينوى أيضًا فى الطلاق ، فإن نوى واحدة كانت بائنة ، وإن لم ينو طلاقها [فهو يمين] ، وإن نوى الكذب : فليس بشيء ، وهذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه .

والسادس : أنها يمين يكفرها ما يكفر اليمين .

والقائلون [بهذا القول على فرقتين : فرقة تقول : إنها يمين مغلظة . وفرقة تقول . أنها غير مغلظة . أما القائلون] (٢) بأنها يمين غير مغلظة فمنهم أبو بكر وعمر وابن مسعود رضى الله عنهم وابن عباس وجماعة من التابعين [رضى الله عنهم أجمعين] (٣) .

وقال ابن عباس ، وقد سئل عنها : « لقد كان [لكم فى] (٤) رسول الله أسوة حسنة » خرجه البخارى ومسلم .

وأما القائلون أنها يمين مغلظة :

فبعضهم أوجب فيها الواجب فى الظهار .

وبعضهم أوجب فيها عتق رقبة .

والسابع : أن تحريم المرأة كتحریم الماء ، وليس [فيه] (٥) طلاق ، ولا كفارة ، لقول الله سبحانه : ﴿ لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتٍ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ ﴾ ، وهو قولُ

(١) زيادة من ع ، هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ع ، هـ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : فيها .

مسروق الأجدع وأبى سلمة بن عبد الرحمن [والشافعى] ^(١) وغيرهم من أهل [العلم] ^(٢) .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى كفارة النبى ﷺ ، هل كفر بها عن اليمين أو كفر بها عن التحريم ؟

و [ذلك] ^(٣) أنه ﷺ حرم أم ولده ، وحلف ألا يطأها ، فعاتبه الله فى التحريم وأمره بالكفارة عن اليمين ، وهو تأويل زيد بن أسلم ، وبه أخذ مالك رضى الله عنه .

فمن رأى أنه كفر عن التحريم ، قال أنه يكفر .

ومن رأى أنه لا يلزمه يمين ، ولا طلاق ، قال لأن ذلك ليس بيمين ، ولا كناية عن الطلاق .

وأما المذهب فتحصيله أن الرجل إذا قال : « الحلال عليه حرام » هل تكون [زوجته] ^(٤) داخلة فى التحريم حتى يخرجها أو هى خارجة حتى يدخلها .

على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنها خارجة حتى يدخلها ، وهو ظاهر قوله فى كتاب [ق/ ٦٣ هـ] « النذور [والأيمان] ^(٥) » من « المدونة » .

والثانى : أنها داخلة إلا أن يخرجها ، وهو قوله فى « كتاب التخيير والتملك » من « المدونة » .

(١) فى هـ : الشعبى .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

ووجه القول بأنها داخلة حتى يُخرجها بقلبه أو بلسانه على قول أو بالنطق وحده على قول .

فإذا ادعى أنه [حاشاها] ^(١) بقلبه أو بلسانه ، هل يكون دون يمين أو لا بد أن يحلف ؟ فلا يخلو من أن تقوم عليه بيّنة أم لا :

فإن لم تقم عليه بيّنة فلا يمين عليه .

فإن قامت عليه بيّنة فقولان :

أحدهما : أنه يحلف ، حكاه القابسي والأبهري .

والثاني : أنه لا يحلف .

فإن لم يُخرجها ، ما الذى يلزمه من الطلاق ؟ وكيف إن ادعى أنه أراد بذلك الظهار ؟

فإن لم يُخرجها ولم يدع أنه أراد بذلك الظهار ، ما الذى يلزمه من أعداد الطلاق ؟ فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : [أنه] ^(٢) ثلاث فى المدخول [بها] ^(٣) ، وينوى فى غير المدخول بها ، وهو قول ابن القاسم فى « المدونة » .

[الثانى] ^(٤) : [أنه] ^(٥) ثلاث ، ولا ينوى قبل ولا بعد ، وهو قول

عبد الملك فى « المبسوط » .

(١) فى هـ : حشاها .

(٢) فى أ ، ج : أنها .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ ، ج : أنها .

[والثالث] (١) : [أنه] (٢) ثلاثة في المدخول [بها] (٣) وواحدة في غير المدخول بها [وهو قول أبي مصعب وابن عبد الحكم . والرابع : أنها واحدة بائنة في المدخول وغير المدخول بها] (٤) وهذا القول حكاه محمد بن خويز منداد عن مالك . وقاله ابن إسماعيل في شرح « المدونة » ، وهذا القول أصح في النظر ، لأنَّ الأخذ بأقل ما يقع عليه الاسم هو الأصل حتى يأتي نص أو إجماع وليس في [التحريم] (٥) نص ولا إجماع .

فإن ادعى أنه أراد بذلك الظهار ، هل يُصدَّق أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يُصدَّق ويلزمه الطلاق ، وهو قول ابن القاسم ، وبه قال سحنون في العتبية .

[والثاني] : أنه يلزمه الطلاق ، ثم إن تزوجها بعد ذلك لم يقربها حتى يكفر كفارة الظهار ، وهو قول يحيى بن عمر في المنتخبة .

[والثالث] : أنه يُصدَّق في الفتيا إذا لم تكن عليه بيّنة أو كانت عليه بيّنة وقال في نسق قوله « [ذلك] (٦) : أردت [الظهار] » (٧) ، لأنَّ تحريم الزوجة يصحُّ بهذين الوجهين ، فإن قال « أردت أحدهما » صدَّق ، وهو اختيار اللخمي .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : أنها .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ ، ج : الحرام .

(٦) في أ : إن .

(٧) في هـ : التحريم .

وينبنى الخلاف على الخلاف فى كنايات الطلاق ، هل تُصرف إلى
الظهار بالنية أم لا ؟

وتمام الكلام يأتى عليها فى « كتاب الظهار » إن شاء الله تعالى ، فهذا ما
تحصل عندى فى مسألة [التحريم] ^(١) فى هذا الوقت ، وإلى الله أرغبُ
فى الزيادة من فضله على ما أعطانى ، والعمل بفضله ومنه فى طاعته [
والحمد لله وحده] ^(٢) .

(١) فى أ ، ج : الحرام .

(٢) زيادة من ج ، ع .

المسألة السادسة

فى صريح الطلاق وكنايته . ولا يخلو إيقاع الطلاق من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يقصد إلى إيقاعه بصريحه .

والثانى : أن يقصد إلى إيقاعه بكنايته .

والثالث : أن يقصد إلى إيقاعه [بغير صريحه و [لا] (١) كنايته] (٢) .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا قصد إلى إيقاعه بصريحه ، فقد اختلف

فى صريحه على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن صريحه الطلاق خاصة ، وهو قول [القاضى أبى محمد

عبد الوهاب] (٣) ، وهو مشهور المذهب ، وما عدا ذلك فهى الكناية .

والثانى : أن الخلية والبرية وحبلك على غاربك كُلهُ صريحُ الطلاق

كلفظه ، وهو قول القاضى أبى الحسن بن القصَّار .

والقول الثالث : أن الصريح ما ذكره الله [تعالى] (٤) فى كتابه من

الطلاق والسراح والفراق ، وما عدا ذلك فهى الكنايات ، وهو مذهب

الشافعى [رحمه الله] (٥) .

فإذا بنينا على المشهور أن الصريح هو لفظُ الطلاق ، أو ما اشتقَّ منه

كقوله : « أنت [الطالق] » (٦)

(١) سقط من أ .

(٢) فى ج : بما ليس بصريحه ولا بكنايته .

(٣) فى أ : أبى محمد عبد الوهاب القاضى .

(٤) زيادة من هـ .

(٥) زيادة من هـ .

(٦) فى أ : الطلاق .

[أو طالق] ^(١) أو « مُطَلَّقة » أو « طالقة » ، فلا خلاف : أنَّ الطلاق يلزمه إذا نوى بذلك الطلاق : لأنَّ الطلاق المُتَّفَق على وَقوعه ما اجتمع [فيه] ^(٢) ثلاثة أوصاف لفظ ونية وأن يكون [ذلك] ^(٣) اللفظ من ألفاظ الطلاق .

فإن نوى في العدد أكثر [مما اقتضى لفظه] ^(٤) : لزمه ما نوى ، لقوله ﷺ : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ » ، ولأنَّ عمرَ بن الخطاب رضى الله عنه قال في كنياته : [هو] ^(٥) ما أردت ، فصريحه في ذلك أولى .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا قصد إلى إيقاعه بكنايته ، فلا يخلو من أن يكون قصد إلى كناية ظاهرة ، أو قصد إلى كناية باطنة مُحتملة : فإن قصد إلى كناية ظاهرة التى تقضى البينونة كالخلية والبرية والبائنة ، وحبلك على غاربك ، وما أشبه ذلك من الكنایات الظاهرة ، فلا خلاف أنه لا يُصدَّق إن ادعى أنه لم يرد بذلك الطلاق . إلا أن يقوم له دليلُ الحال يشهدُ بصحة ما يدعيه ، فيقبل قوله ، وهل ينوى فيما يدعيه من عدد الطلاق ويصدق إن ادعى نية أم لا ؟ فالمذهب [فى ذلك] ^(٦) على خمسة أقوال كُلُّها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنه لا ينوى فى المدخول [بها] ^(٧) وغير المدخول [بها] ^(٨) ، وهو قول أشهب فى « الحاوى لأبى الفرج : فى الخلية والبرية ، وهو قول

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : عليه .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : من مقتضى اللفظ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

محمد بن عبد الحكم [أيضاً] ^(١) في « حبلك على غاربك » ، و « وهبتك لأهلك » ، لأن الكناية الظاهرة ما لا يُصدق فيها أنه لم يُرد بها الطلاق كما قدّمناه [في] ^(٢) « الخلية » و « البرية » و « البائنة » و « حبلك على غاربك » و « البتّة » و « فارقتك » و « سرّحتك » و « خلّيتُ سبيلك » و « وهبتك لأهلك » و « وهبتُ لك نفسك » وما أشبه ذلك .

وهذا كلّهُ ممّا جرتُ فيه خمسة أقوال : منها القول الذي ذكرناه أولاً عن أشهب ومحمد بن عبد الحكم ،

وهذا القول قائم من « المدوّنة » من قوله : « خلّيتُ سبيلك » أنه ينوى في المدخول بها ، وفي غير المدخول [بها] ^(٣) ، أو لا فرق بين قوله : « أنت الخلية » ، وبين قوله : « قد خلّيتُ سبيلك » مثلاً ، لأنّ المعنى في قوله : « أنت الخلية » (ق / ١٩٩ أ) إما من [زوج وإما من] ^(٤) عصمتي .

وكذلك قوله : « قد خلّيتُ سبيلك » معناه : أنّي تركت عصمتك ، ومفهوم ذلك كلّهُ واحد وهو ظاهر « الكتاب » أيضاً من قول سحنون في قوله : « وهذا الذي قال البتّة في فتيا مالك ، قد كان عليه شهود ، فلذلك لم ينوّه مالك في دعواه أنه أراد واحدة » ، ومفهومه : أنه لو جاء مُستفتياً لنوّاه ، وعلى هذا نبّه بعض الشيوخ ، وهو الصحيح ، وهو [قول] ^(٥) [القاضي] ^(٦) أبي الحسن بن القصّار .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : من .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : نص .

(٦) سقط من أ .

والثاني : أَنَّهُ ثلاث ولا ينوى لا فى المدخول بها ولا فى غير المدخول ، وهو قولُ أشهب عن مالك فى « مختصر ما ليس فى المختصر » ، وهو قول مالك فى [البتة وهو ظاهر قول مالك فى] ^(١) « المدونة » فى « حبلك على غاربك » لأنَّه قال فيه : « لا ينوى » لأنَّ هذا لا يقوله أحد ، وقد أبقى من الطلاق شيئاً ، وهذا يقتضى ألا ينوى لا قبل ولا بعد .

والثالث : التفصيل بين المدخول بها وغير المدخول :

[فينوى فى غير المدخول بها] ^(٢) ولا ينوى فى المدخول بها جملة بلا تفصيل ، وهو نصُّ « المدونة » فى « الخلية والبرية » .

والقول الرابع : التفصيل بين المدخول بها وغير المدخول ، فيحتمل فى المدخول بها على الثلاث ، ولا ينوى فى التى لم يدخل بها على الواحدة لا أكثر ، وهو قول أبى مصعب ومحمد بن عبد الحكم فى « الحرام » ، وهذا القول استقرأه بعض المتأخرين من آخر « كتاب إرخاء الستور » من « المدونة » من قوله : فى باب الحكمين : « إذا قال أحدهما « برئت منك » ، [وقال الآخر : « هى خلية » حيث قال : « أمّا التى لم يدخل بها فهى واحدة ، لأنَّ الواحدة تُخلِّها وتبريها » .

فإن نوى بها البتة فهى واحدة ، فقال بعضُ الشيوخ بخلاف ما قاله فى كتاب « التخيير والتعليك » .

وقال أبو عبد الله محمد بن عتاب ، لأنَّ مذهبه فى خلية وبرية فى غير المدخول بها : إنَّها ثلاث إذا لم يكن له نية ، وظاهر ما ها هنا أنَّها واحدة ^(٣) .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

والقول الخامس : التفصيل بين « الخلية » و « البرية » و « البائنة » [والبئة] ^(١) و « حبلك على غاربك » . فينوى فى غير المدخول بها ، ولا ينوى فى المدخول بها وبين قوله : « سرحتك » و « خليتك » و « فارقتك » و « [وهبتك] ^(٢) لأهلك » ، و « وهبتُ لك نفسك » وما أشبه ذلك .
فينوى فى المدخول بها وغير المدخول بها ، وهو مذهب « المدونة » .
وسببُ [الخلاف] ^(٣) اختلافهم فى ذلك : هل هو صريح أو كناية ؟
فَمَنْ رأى أَنَّهُ مِنَ الصريح ، قال : لا ينوى كما لا ينوى إذا صرح بالطلاق الثلاث .

وَمَنْ رأى أَنَّهُ مِنَ الكنايات ، قال : ينوى فى المدخول بها وغير المدخول بها .

والقول بالتفصيل تردد بين المذهبين ، واستحسانُ [جارٍ] ^(٤) على غير قياسى .

والجواب عن الوجه الثانى من الوجه الثانى : وهو إذا قصدَ إلى كناية مُحتملة ، مثل قوله : « ادخلى أو اخرجى » .

أو « تقنعى » أو « استترى » أو « لا سبيل لى عليك » أو « لا ملك لى عليك » أو « لا تحلين لى » أو « أنت سائبة » أو « منى عتيقة » أو ليس بينى وبينك حلال ولا حرام » أو « لا نكاح بينى [وبينك] ^(٥) » أو « أجمعى عليك [ق / ١٧٤ ج] ثيابك » أو ما أشبه ذلك من الكنايات

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

التي تحتل الطلاق وغيره . فالحكم في ذلك متوقف عليه ^(١) .
 فإن أراد بذلك الطلاق : [فله ^(٢) ما نوى ، فإن لم يرد بذلك
 الطلاق ، فلا شيء عليه في مشهور المذهب .
 فإن نوى بذلك الطلاق على الجملة من غير أن ينوى عدداً ، فيحكم
 [عليه ^(٣) بالطلاق الثلاث حتى يتبين أنه أراد واحدة ، وهو قول أصبغ
 وبعض هذه الألفاظ أشد من بعض .
 فإن ادعى الزوج أنه لم يرد بذلك [الطلاق] ^(٤) ، فهل يقبل قوله أم
 لا ؟

[فالمذهب ^(٥) على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يلزمه الطلاق حتى ينويه ، وهو قول ابن القاسم
 ومطرف وابن الماجشون في « الواضحة » و « الموازية » ، وهو ظاهر قول
 ابن القاسم في « المدونة » في [كتاب ^(٦) » التخيير والتملك » في قوله :
 « لا سبيل لى عليك » أو لا ملك لى عليك » ، [فقال ^(٧) : « لا شيء
 عليه إذا كان الكلام عتاباً » .

والثاني : أنه يحمل على الطلاق ، ويلزمه إلا أن يكون قبل ذلك سبب
 يعلم [أنه لم يرد به طلاقاً وهو قوله في كتاب العتق الأول من المدونة فيما

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : فهو .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى هـ : حيث قال .

إذا قال لعبده : لا سبيل لى عليك أو ليس لى عليك سبيل قال : إن كان ذلك ابتداء [(١) من السيد عتق العبد .

وإن كان قبل ذلك كلامٌ [يُستدلُّ به] (٢) أنه لم يُرد العتق ، [فإن] (٣) القولَ قوله .

وأما إذا قال لها : « أنت طالق » ، وقال الزوج : « أردت من وثاق » [فإن كانت فى وثاق وسئل إطلاقها منه كان القول قوله اتفاقاً . فإن كانت فى [الوثاق] (٤) ولم يُسأل فى إطلاقها فهل يُقبل قوله أم لا ؟ قولان .

فإن لم تكن فى وثاق فلا يُقبل قوله اتفاقاً .

فافهم هذا التحصيل ترشد إن شاء الله تعالى .

وأما إذا قال [لها] (٥) : « اعتدى » أو قال : « أنت طالق اعتدى » أو « أنت طالق واعتدى » أو « أنت طالق فاعتدى » :

فإن قال لها : « إعتدى » فإنه يلزمه الطلاق ولا يُصدق إن ادعى أنه لم يُرد به الطلاق ، إلا بقريئة ذلك كدراهم أعطائها إياها ، فقالت « ما فيها كذا وكذا » ، فقال لها : « اعتدى » ، فيُقبل قوله فى ذلك بلا خلاف .

فإن لم يكن هناك قريئة : فإنه يلزمه ما نوى من الطلاق .

فإن لم تكن له نية : فهى واحدة « فهذا نص ابن القاسم فى « المدونة » .

فانظر كيف جعل قوله : « فاعتدى » من الكنايات الظاهرية فى لزوم

(١) سقط من أ .

(٢) فى ع ، هـ : يدل على .

(٣) فى ع ، هـ : كان .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

الطلق لا فى العدد ، وغاية ما [عللوا] ^(١) به أن قوله : « اعتدى » إعلامٌ لها بوجوب العدة عليها ، والعدة لا تلزمها إلا بعد وقوع الطلاق ، وهذا كما ترى .

فإن كرّر اللفظ [ق / ٨٩ ع] ، وقال : « اعتدى اعتدى اعتدى » .

ففيه قولان :

أحدهما : أنها ثلاث إلا أن ينوى واحدة ، وهو قول ابن القاسم ، كتكرار الطلاق .

والثانى : أنها واحدة ، وهو قول ابن عبد الحكم .
وكذلك إذا قال لها : « أنت طالق اعتدى » لأنه طلقها وأمرها بالعدة .
وأما قوله « أنت طالق فاعتدى ، أو اعتدى » فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها تطليقتان إلا أن ينوى واحدة ، وهو قول مالك فى « المجموعة » [ق / ٦٤ هـ] فى « الفاء » .

والثانى : أنها ثنتان ولا ينوى ، وهو قوله فى « الكتاب المذكور » فى « الواو » ولا فرق بين الحرفين فى الحقيقة فى هذا الموضع .

والثالث : أنها طلقة واحدة لا أكثر ، لأن حقيقة قوله : اعتدى لم يوضع للطلاق ، وإنما هو أمر بالعدة .

[وقد] ^(٢) جعل الله تعالى طلاقاً وعدة ، وهذا رجل طلق امرأته وأمرها أن تعتد ، وهو قول محمد بن عبد الحكم .

(١) فى أ : عللوا .

(٢) سقط من أ .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا قصد إلى الطلاق بما ليس بصريح ولا كناية مثل أن يقول لها : « كُلى أو اشربى » أو « قُومى أو اقعدى » أو قال لها : « تعالى يا حرة » ، وما أشبه ذلك : فإنه إن لم يُرد بذلك طلاقاً ، فلا خلاف فى المذهب أنه لا يلزمه الطلاق .

وإن قال : « أردتُ بذلك الطلاق » ، هل يلزمه أو لا يلزمه ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن الطلاقَ يلزمه .

والثانى : أن الطلاقَ لا يلزمه ولا شئ عليه .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى الطلاق بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية ، هل يلزم أو لا .

فمن ألزمه بمجرد النية ، [قياساً] ^(١) على الإيمان والكفر أنهم يقعان بالاعتقاد من غير نطق .

وأما سقوطه فلقوله ﷺ : « تجاوز الله عن أمتى ما حدثت به نفسها ما لم تعمل أو تتكلم ... » الحديث .

والقولان قائمان من « المدونة » ، منصوبان ، حكاهما أصحابنا البغداديون عن مالك .

فأما إلزامه بمجرد اللفظ فمن « المدونة » [فمن] ^(٢) قوله : « أنت طالق » ، وقال : « أردته من وثاق » ، ولا بينة عليه ، فلم يعذروه وإن جاء مستفتياً .

ومن قوله أيضاً : يؤخذ الناس فى الطلاق بألفاظهم ، ولا تنفعهم

(١) فى أ : قال : القياس . وفى ج : فيقال .

(٢) فى أ : من .

نياتهم ، ومن الذى أراد واحدةً فسبقه لسانه وقال : البتة ، وغير ذلك مما لا يحصى كثيرة .

وأما مجرد النية فمن قوله : « ادخلى أو اخرجى » إذا أراد به الطلاق ، ومن قوله : « كل كلام أراد به طلاقاً فهو طلاق » وغير ذلك مما لا يخفى على من شد نظراً فى « المدونة » .

فرع : قد اختلف المذهب فيمن باع زوجته : هل ذلك طلاقها أم لا ؟
فإذا قلنا : إنه يعد ذلك منه طلاقاً ، كم تطلق عليه ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه ينكل نكالا شديداً ، وتطلق عليه [بواحدة] ^(١) ، ولا يمكن من رجعتها ، ولا يتزوجها [هى] ^(٢) ولا غيرها حتى [يعلم] ^(٣) منه التوبة والصلاح مخافة أن يعود إلى مثل ذلك ، ولم يجعل بيعه إياها طلاقاً ، وهو قول مالك فى « المبسوط » .

والثانى : أن ذلك يعد منه طلاقاً ، وهى طلقة واحدة ، غاب عليها المشتري أو لم يرغب ، وهو قول ابن نافع وسحنون وهو قول ابن القاسم فى « العتبية » .

والقول الثالث : أنها محرمة عليه بالبيع كالمرهونة ، وهو قول ابن عبد الحكم وأصبغ فى كتاب [محمد] ^(٤) .

وهكذا الحكم فيما إذا زوجها أو أذن لها بالتزويج فتزوجت .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : تعرف .

(٤) سقط من أ .

وسبب الخلاف : تمكين الزوج أجنبيًا من الاستمتاع بزوجه ، هل يُعدُّ ذلك [منه] ^(١) طلاقًا أو لا يُعدُّ ذلك منه طلاقًا ؟
إذ ليس في البيع والنكاح أكثر من التمكين منها .
والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .



كتاب الظهار

كتاب الظَّهَار

بسم الله الرحمن الرحيم

تحصيل مُشكلات هذا الكتاب ، وجمالُها إحدى عشرة مسألة :

المسألة الأولى

[فى شرح لفظ الظهار واشتقاقه . والظهار] ^(١) : منكرٌ من القول وزوراً ، كما قال الله عز وجل ، والزور: الكذب ، والمنكر : ما لا حقيقة له من الكلام ، والكذب محرمٌ بإجماع الأمة على الجملة .

والظهار [محرم] ^(٢) لما فيه من المنكر والزور لأنَّه تشبيه للمحللة بالحرمة ، [لكونه] ^(٣) جعل زوجته كأمه وهى لا تكون كذلك أبداً .

وهو مأخوذ من الظهر وكناية عن الجماع ، وكُنِيَ [عن] ^(٤) ذلك بالظهر لأنَّه موضع الركوب ، فَخَصَّصَ الظهر بالتحريم دون البطن والفرج وسائر الأعضاء ، فكان البطن والفرج أولى بالتحريم منه ؛ لأن الظهر موضع الركوب ، والمرأة مركوبة عند الغشيان ، ولا سيما وعادة كثير من العرب وغيرهم المجامعة على حرة من جهة الظهر ، ويستقبحون ما سواه ذهاباً منهم إلى التستر والحياء ولا تجتمع الوجوه ساعتئذ ، ولا يُطَّلَع على [العورات] ^(٥) .

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : لأنه .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : العورة .

وهذه كانت سيرة الأنصار حتى نزل قوله تعالى : ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ ﴾ على إحدى الروایتين فى سبب نزولها .

وكان الظهار أحد أنواع طلاق الجاهلية وفى أول الإسلام حتى نزل فى أول الإسلام بأويس بن الصامت وزوجته خويلة بنت خالد ، على الخلاف فى اسمها واسم أبيها أيضاً : قد سمع الله قول التى تُجادلِكَ فى زوجها وتشتكى إلى الله الآية .

فبين الله تبارك وتعالى سنة الظهار ، وكان ذلك [نسخاً] ^(١) لما كانوا عليه فى الجاهلية وفى أول الإسلام [ق / ٢٠٠ أ] .

وهو أعنى الظهار ينقسم على أربعة أقسام :

[تشبيه] ^(٢) جملة بجملة كقوله : « أنت علىّ مثل أمى » .

أو تشبيه [البعض بالبعض] ^(٣) ، كقوله فرجك علىّ « كفرج أمى » .

وتشبيه البعض بالجملة ، كقوله : [بضعك] ^(٤) علىّ كأُمّى .

وتشبيه الجملة بالبعض ، كقوله : « أنت علىّ كظهر أمى » .

وكُلُّها فى الحُكم سواء .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : البعض بالبضع .

(٤) فى أ : بطنك .

المسألة الثانية

فيما يلزم من الظهار من القول :

والظَّهَار ينقسم على قسمين :

ظهار من ذوات المحارم .

وظهار من الأجنيات .

فالقسم الأول : [فى الظهار] ^(١) من ذوات المحارم ، لا يخلو من أن

يذكر الظهر فيهنَّ أو لا يذكره :

فإن ذكر الظهر فيهنَّ فإنه يلزمه الظهار بالاتفاق .

وإن ادعى أنه أراد به الطلاق ، هل ينوى أو لا ينوى .

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا ينوى ويلزمه الظهار ولا يلزمه الطلاق ، وهذا القول

يُروى عن مالك : « أنه يكون ظهاراً ، ولا يكون طلاقاً » وإن نواه فى

«كتاب [النوادر] » ^(٢) ، وبه قال محمد بن عبد الحكم فى كتاب

«محمد» .

والثانى : أنه ينوى ويصرف إلى الطلاق بنيته ويسقط عنه الظهار ،

وهى رواية عيسى عن ابن القاسم فى كتاب بن سحنون .

والقول الثالث : [التفصيل] ^(٣) بين أن تشهد البيّنة على لفظه أم لا :

(١) فى أ : كالظهار .

(٢) فى هـ : النذور .

(٣) سقط من أ .

فإن شهدت البينة على لفظه فإنه يلزمه الطلاق والظهار جميعاً ، يلزمه الطلاق بنيته والظهار بلفظه ، فإذا تزوجها بعد ذلك فلا يمسه حتى يكفر كفارة الظهار ، وهو قول مالك في مختصر [الوقار] (١) ، في قوله : « أنت على حرام مثل أمي » .

وعلى القول بأن الطلاق يلزمه ، هل ينوى في العدد أم لا ؟

على قولين :

أحدهما : أنه لا ينوى ويلزمه الطلاق الثلاث ، وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن سحنون .

والثاني : أنه ينوى ويلزمه ما نوى من واحدة فأكثر ، وهو قول سحنون في كتاب « محمد » على ما نقله محمد بن أبي زيد في « النوادر » .

وسبب الخلاف : صريح الظهار ، هل يُصرف إلى الطلاق بالنية أم لا ؟

فمن رأى صريح الظهار يُصرف إلى الطلاق بالنية قال : ينوى فيكون الطلاق عنده أصل ، والظهار فرع من فروعه ، ولا سيما أن مآل الظهار إن لم يرد به العودة [إلى الطلاق] (٢) .

ومن رأى أنه لا يُصرف [إلى الطلاق] (٣) [بالنية] قال : لأن الظهار أصل كما أن الطلاق أصل فلا يُصرف أحدهما بالنية إلى الآخر ، ولا أعرف في المذهب نص خلاف في أن صريحه لا يُصرف إلى الظهار (٤) بالنية ، ولا يبعد دخول الخلاف فيه بالمعنى ، ولا سيما على القول بأن

(١) في أ : ابن عبد الحكم .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : إليه .

(٤) سقط من هـ .

الطلاق بمجرد اللفظ لا يلزم .

وأما كناية الظهار : فهل تصرف إلى الطلاق بنية أم لا ؟

فقولان : فى كل فصل ، وقد قدّمناه فى « مسألة الحرام » ، وهو قول يحيى بن عمر فى « المنتخبة » فانظره .

فإن لم يذكر الظهر فى ذوات المحارم ففى ذلك ستة ألفاظ :

أحدها : أن يقول : « أنت على حرامٍ مثل أمى » .

والثانى : أن يقول لها : « أنت على مثل أمى » .

والثالث : أن يقول [لها] ^(١) : « أنت على أحرم من أمى » .

والرابع : أن يقول لها : [أنت أمى] ^(٢) .

والخامس : أن يقول لها : « أنت على كبعض من حرم على من

النساء » .

والسادس : أن يقول : « أنت على مثل كل شىء حرّمه [الله] » ^(٣) .

أما قوله : « أنت على حرامٍ مثل أمى » أو « مثل ابنتى » [ق / ٩٠ ع]

أو « أختى » أو قال لها : « أنت على حرام كأمى » ، فلا يخلو من

وجهين :

أحدهما : أن يكون أراد بذلك الطلاق .

والثانى : ألا يكون له نية [ق / ١٧٥ ج] .

فإن ادعى أنه أراد بذلك الطلاق ، ما الذى يلزمه ؟

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : أنت على أمى .

(٣) فى ج ، ع : الكتاب .

فالمذهب على أربعة أقوال كُلُّها قائمة من الكتاب :

أحدها : أَنَّهُ يلزُمهُ الطلاق الثلاث ، وهو قوله في « كتاب الظهار » من « المدونة » : « ولا يلزُمُهُ الظهار » ، وهو ظاهر قول أشهب في كتاب « العتق الأول » في مسألة « ناصح ومرزوق » ، حيث قال : « يُعتق مرزوق بالنية » .

والقول الثاني : أَنَّهُ يلزُمُهُ الظهار ولا يلزُمُهُ الطلاق ، وهذا القول ذكره سحنون عن غيره ، وظاهر قول ابن القاسم في « مسألة ناصح » حيث قال : « لا يُعتق فيما بينه وبين الله تعالى إلا ناصح » .

والقول الثالث : أَنَّهُ يلزُمُهُ [الطلاق] ^(١) والظهار جميعاً ، فيلزمُهُ [الظهار] ^(٢) بلفظه والطلاق بنيته ، وهو نص قول ابن القاسم [في المدونة] ^(٣) في « مسألة [ناصح] ^(٤) » لَأَنَّهُ قال : « يُعتقان جميعاً » .

والقول الرابع : أَنَّهُ لا شيء عليه ، ولا يلزُمُهُ الطلاق ولا الظهار ، وهذا القول قائم من المدونة في اللفظ دون النية أو النية دون اللفظ .

وقد بينا مواضع الاستقراء من « المدونة » في كتاب « التخيير والتملك » وتوجيه كل قول ظاهر ، فلا فائدة من التطويل .

فأما إذا لم تكن له نية الطلاق ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أَنَّهُ يكون ظهاراً ، ولا يلزُمُهُ الطلاق ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : الطلاق .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

والثانى : أَنَّهُ طلاق البتَّة ، فإن تزوجها بعد زوج فلا يطأها حتى يكفر كَفَّارة الظهار ، وهو قوله فى « مختصر الوقاد » ، وهذا القول مبنى على الاحتياط .

وأما إذا قال [لها] ^(١) : « أنت على أحرم من أمى » فالمذهب على قولين :

أحدهما : أَنَّهُ طلاقُ البتَّة ، وهو قول ابن القاسم فى « العُتْبِيَّة » .
والثانى : أَنَّهُ مظاهر ، وهو قول محمد بن المَوَازِ [ووجه القول الأول أنه لم يعلق التحريم بها وإنما علقه بغيرها فخرج عن الظهار وجرى على حكم من حرم زوجته ولم يذكر أمه] ^(٢) .

ووجهُ القول الثانى : أَنَّهُ ليس فى بنات آدم أحرم عليه من أمه ، فلم يلزمه أكثر من الظهار .

وأما إن قال لها : « أنت أمى » :

فإن نوى به الطلاق ، فهى ثلاث ، ولا ينوى فى أقلّ منهما ، ولا يعود عليه الظهار إن تزوجها يوماً ما ، وهو قول مالك فى رواية أشهب [عنه] ^(٣) فى العُتْبِيَّة .

فإن لم يُرد به طلاقاً فهو ظهار ، أرادهُ أو لم يُردهُ ، وهى رواية عيسى عن ابن القاسم [فى العُتْبِيَّة] ^(٤) ، وبه قال سحنون .

أما قوله : « أنت على كبعض من حرم على من النساء » كان مظاهراً ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

لأنَّ الأمَّ والأختِ مِن حُرْمٍ عليهِ مِنَ النساءِ .

وأما قوله : « أنت على [حرام] ^(١) مثل كلِّ شيءٍ حرّمهُ الكتاب » .

هل يكون ظهاراً أو طلاقاً ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يكون ظهاراً ، وهو [قول] ^(٢) ربيعة في الكتاب ، وقول

عبد الملك وابن عبد الحكم وأصبغ من الأصحاب .

والثاني : أنه يكون طلاقاً وتلزمه الثلاث ، وهو قول مالك في المبسوط

وابن القاسم في العتبية ، بمنزلة الدم والميتة ، وقول ابن نافع .

والقول الثالث : أنه يلزمه الحُكْمَانِ جميعاً ، فإذا تزوّجها بعد زوجٍ لزمه

[ق / ٦٥ هـ] الظهار ، وهو اختيار بعض المتأخرين .

وسبب الخلاف : [اختلافهم] ^(٣) في تأويل قوله : « مثل كلِّ شيءٍ

حرّمهُ الكتاب » هل يُحملُ على عمومِهِ فيكون كما قال مالك وابن القاسم أو

يُحملُ على الخصوص فيكون كما قال عبد الملك [وغيره] ^(٤) فيتأول على

[أنه كل] ^(٥) شيءٍ حرّمهُ الكتاب مِنَ النساءِ أو يبنى على الاحتياط فيكون

كما قال اللخمي وغيره ؟ .

والقسم الثاني [في] ^(٦) الظهار [من] ^(٧) الأجنبية : فلا يخلو من

أن يكون قد سَمِيَ الظهر أو لم يُسمَّه .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : من .

(٧) في أ : في .

فإن سمَّاهُ ، هل يكون ظهاراً أو طلاقاً ؟ فالمذهب على خمسة أقوال :
أحدها : أنَّه ظهار إلا أن يُريد به الطلاق ، وهو [قول] ^(١) ابن القاسم
فى « المدونة » .

والثانى : أنَّه طلاق إلا أن يُريد به الظهار ، وهو قول سحنون فى
« السليمانية » .

والثالث : أنَّه ظهار وإن أراد به الطلاق ، وهو قول ابن المَوَّاز قال « وهو
قول مالك وأصحابه » .

والرابع : أنَّه طلاق وإن أراد به الظهار ، وهو قول عبد الملك فى
« المدونة » [و] ^(٢) فى كتاب ابن حبيب .

والخامس : أنَّه لا يكون ظهاراً ولا طلاقاً ، وهذا ظاهر قول مُطرف
[فيما] ^(٣) إذا قال : « أنت علىّ كظهر أمتى أو غلامى » حيث قال : « لا
يكون ظهاراً ولا طلاقاً وإنه لمنكرٌ من القول » .

يقول : « لا يكون ظهاراً لأنَّه غيرُ ما نزل فيه القرآن ، ولا يكون طلاقاً
لأنَّه لم ينوهِ ، وإنَّما نوى ما يرى أنَّه تبقى معه العصمة » .

وهذا الذى قال مُطرف : « لا ينعقد الظهار فى الأجنبية لأنَّه خارج عمّا
نزل فيه القرآن ، ولا يكون طلاقاً لأنَّه لم ينوهِ ، وإنَّما نوى ما يرى أنَّه تبقى
معه العصمة » .

وسببُ الخلاف : اختلافهم فى كنيات الظهار هل تُصرف إلى الطلاق
بالنية أم لا ؟ لأنَّ قوله : « أنت علىّ كظهر فلانة الأجنبية » هو من كنيات

(١) فى أ : مذهب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الظهار عند ابن القاسم . وعبد الملك : « ليس للظهار كناية عنده » .
ولذلك قال فى هذه المسألة : « أنَّه طلاق ، ولا يكون ظهاراً عنده إلا
فى ذوات المحارم » .

وأماً إذا لم يذكر الظهر فى [الأجنبية] ^(١) مثل أن يقولَ لزوجته :
« أنت على كفالة الأجنبية » ، هل يكون ظهاراً أو طلاقاً ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنَّه يلزمه الطلاق الثلاث ولا يكون [ظهاراً] ^(٢) ولا يُصدَّق
إذا ادعى أنَّه أراد الظهار ، وهو قول ابن القاسم فى « المدونة » .
والثانى : أنَّه يكون ظهاراً إلا أن يُريد [به] ^(٣) الطلاق ، وهو قولُ
أشهب فى كتاب محمد .

والثالث : أنَّه لا يكون ظهاراً ولا طلاقاً ، وهو [ظاهر] ^(٤) قولُ
مُطرف .

[ويلزم] ^(٥) فيه قولُ رابع : أنَّه يلزمه الظهار والطلاق جميعاً [والحمد
لله وحده] ^(٦) .

(١) فى أ : الأجنبية .

(٢) فى أ : طلاقاً .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : ويلزمه .

(٦) زيادة من ج ، ع ، هـ .

المسألة الثالثة

فى الظهار المعلق بشرط أو بوقت .

والظهار على وجهين : مطلق ، ومُقيد .

فالمطلق مثل أن يقول : « أنت على كظهر أمى » ، فلا خلاف أنه مظاهر ويلزمه ما يلزم المظاهر .

وأما المُقيد : فعلى وجهين :

مُقيد بوقت ، ومُقيد بشرط .

فالمُقيد بالوقت على وجهين :

أحدهما : أن يكون الظهار ينعقد عليه عند حلول الوقت . [والثانى :

أن يكون انحلاله عند انحلال الوقت] ^(١) ، فإن كان انعقاده عند حلول الوقت مثل قوله : « إذا مضى شهر فأنت على كظهر أمى » هل يلزمه الظهار أو لا يلزمه ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه يلزمه الظهار [من] ^(٢) الآن قياساً على الطلاق ، وهو

(ق / ٢٠١ أ) المشهور .

والثانى : أنه لا يكون مظاهراً حتى يأتى ذلك الوقت ، وهذا أحد قولى

مالك فى الظهار المُقيد انحلاله بأجل ، وسيأتى الكلام عليه آنفاً .

وسبب الخلاف : هل يُقاس الظهار على الطلاق أم لا .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن كان انحلاله عند حلول الوقت مثل قوله : « أنت على كظهر أمي من الآن إلى شهر » هل يتعدّ الظهار ذلك الوقت أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يتعدّاه ويلزمه وإن خرج الوقت الذي علّق عليه الظهار فإن لم تجب عليه الكفّارة بالعودة في الأجل ، وهو قوله في « المدونة » .

والثاني : أنه لا شيء عليه ، ويسقط عنه الظهار [إذا] ^(١) خرج الأجل قبل أن يعود ، وهذا القول حكاه مطرف عن مالك في « الزاهي » لابن شعبان ، ومثله مروى عن ابن عباس رضى الله عنه .

وأما قوله : « أنت على كظهر أمي إلى قدوم [فلانة] فقد قال في « المدونة » : « أنه لا يكون مظاهراً حتى يقدم فلان بمنزلة من قال : « أنت طالق إلى قدوم [فلان] ^(٢) فإنه لا يلزمه [الظهار] ^(٣) فيها حتى يقدم [فلان] ^(٤) .

فتأول أكثرهم أن « إلى » ها هنا بمعنى « عند » ، وأنها كالشرط لا كالأجل ، ألا تراه قال في الكتاب : « فإن لم يقدم فلان [فلا يقع] ^(٥) ظهار ولا طلاق » .

وفرق أبو الحسن اللخمي بين الظهار والطلاق : فيلزمه الظهار من الآن ولا يلزمه الطلاق حتى يقدم فلان .

(١) في أ : إنما .

(٢) سقط من هـ .

(٣) في أ : الطلاق .

(٤) في أ : جـ : فيها .

(٥) في ع ، هـ : لم يلزمه .

قال : لأنَّ « إلى » [فائدتها] ^(١) الغاية فيجب أن تُحمل على موضوعها [ق / ٩١ ع] حتى يقدم الدليل أنه أريد به الشرط المفهوم من قوله : « أنت على كظهر أمي إلى قدوم فلان » أنها من الآن عليه كظهر أمه حتى يقدم . فإذا قدم سقط عنه الظهار إن لم تقع منه العودة قبل قدومه ، وقد قال به « الصحابي » ، وأخذ به مالك في أحد أقاويله .

وليس [أحدٌ يقول : « أن تطلق عليه زوجته »] ^(٢) الآن ، وتعود عليه إذا قدم [فلان] ^(٣) ، ويصحُّ ذلك في الظهار على قول « .

وهذا الذي قال رضى الله عنه ظاهرٌ في المعنى ، والأصل في الصيغ الحقيقة ، ولا تُصرف إلى المجاز إلا بدليل [قاطع] ^(٤) ، و « إلى » موضوعها « الغاية » كما ذكروا .

وأما الظهار المُقيد بالشرط : فلا يخلو ذلك الشرط من أن يتعلّق بفعل نفسه أو يتعلّق بفعل غيره :

فإن علّقه بفعلٍ غيره مثل أن يقول : « أنت على كظهر أمي إن دخل زيد الدار » أو « ركب دابة » أو « ما أشبه ذلك » فلا خلاف أنه لا يلزمه الظهار حتى يوجد ذلك الفعل من فلان .

فإن علّقه بفعلٍ نفسه ، فلا يخلو من أن يقيد ذلك بيوم بعينه أو لا يقيد :

فإن لم يقيد ذلك اليوم بعينه مثل أن يقول : « أنت على كظهر أمي إن دخلت الدار » أو « كلمت زيدا » فلا خلاف أنه لا شيء عليه حتى

(١) في أ : بأنه .

(٢) في ع ، هـ : يعقد أحد أن يطلق زوجته .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

يُوجد منه الحنث .

فإن قيّد ذلك بيوم بعينه فلا يخلو من أن يجعل اليوم ظرفاً للفعل أو يجعله ظرفاً لليمين :

فإن جعله ظرفاً للفعل مثل أن يقول : « أنت علىّ كظهر أمّي إن دخلت هذه [الدار] (١) اليوم » .

فإن وُجد منه الدُخُول في اليوم الذي علقه به لزيمه الظهار .
وإنّ مضى ذلك اليوم ولم يدخل ولم يتكلم سقط عنه اليمين ولا خلاف في ذلك .

فإن جعل اليوم ظرفاً لليمين دون الفعل مثل قوله : « أنت علىّ كظهر أمّي [اليوم] (٢) إن كلمت فلاناً » أو « دخلت الدار » ، فلا يخلو من أن تكون له نية أم لا :

فإن كانت له نية في قوله : « أنت علىّ كظهر أمّي اليوم إن كلمت فلاناً » : يريد إن كلمته اليوم فهو كالوجه الأول الذي جعل فيه اليوم ظرفاً للفعل ، ولا خلاف أنّه لا شيء عليه إن مضى اليوم ولم يفعل ، وعلى هذا المعنى تأوّل الشيخ أبو محمد بن أبي زيد قول ابن القاسم في «المُدونة» .

فإن لم تكن له نية هل يسقط عنه الظهار إذا مضى اليوم ولم يفعل فيه أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المُدونة » :

أحدهما : أنّه لا شيء عليه إذا مضى اليوم ولم يفعل كما لو نصّ على تعيين ذلك اليوم للفعل ، وعلى هذا تأوّل اللخمي [المسألة التي في الكتاب

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

وهو [(١) قول مالك ومطرف ، وعليها اختصرها ابن أبي زمين وابن عبد الحكم ، وهو قول موافق لما قاله ابن عبد الحكم [فى القائل] (٢) : « أنت طالق اليوم إن كلمت فلاناً غداً [أنه إن كلمه غداً] (٣) » : فلا شيء عليه ، لأن ذلك الغد مَضَى وهى زوجة ، وقد انقضى وقت وقوع الطلاق .

ومثله لابن القاسم فى كتاب « محمد » فيمن قال لامرأته : « إن تزوجتك فأنت طالق غداً » فتزوجها بعد غدٍ فلا شيء عليه ، وإن تزوجها قبل غدٍ طَلَّقَتْ عليه .

والقول الثانى : أنه يلزمه الظهار وإن مضى [ذلك] (٤) اليوم لتعلقه إياه باليوم دون الدخول ولأن الظهار صادف [عصمته] (٥) ، كما لو قال لها ذلك فى ظهار مطلق ، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد وابن لبابة وغيرهما ، وأن المسألتين مختلفتان عندهما على ظاهرهما ، وإنما جعلهما ابن القاسم فى الكتاب على جوابٍ واحدٍ لأن المراد بهما واحد يُريد « إن كلمتك اليوم » وبه قال أبو القاسم بن محرز أيضاً .

وقال الشيخ أبو محمد فى مسألة ابن عبد الحكم المتقدمة : « هذا خلاف أصل قول مالك والطلاق يلزمه إذا كلمه [غداً] (٦) ، وليس لتعلق الطلاق بالأيام وجه [والحمد لله وحده] (٧) .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : محلاً به وفى جـ ، ع : عصمة .

(٦) سقط من أ .

(٧) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الرابعة

فيمن أوقع [الظهار والطلاق أو الظهار والإيلاء فى كلمة واحدة ولا يخلو من وجهين : أحدهما : أن] ^(١) يوقع الظهار والطلاق معاً ، والثانى : أن يوقع الظهار والإيلاء معاً .

فأما الوجه الأول : إذا أوقع الطلاق والظهار معاً فلا يخلو من وجهين : أحدهما : أن يوقعهما فى أجنبية .

والثانى : أن يوقعهما فى زوجة .

فإن أوقعهما فى أجنبية فلا يخلو من أن يكون ذلك بشرط التزويج أو لا .

فإن أطلق ولم يقيد بشرط التزويج فلا خلاف فى المذهب عندنا أنه لا شىء عليه .

وإن قيد ذلك بشرط التزويج مثل قوله : « إن تزوجتُك فأنت طالق ، وأنت على كظهر أمي » : فإنه يلزمه الظهار [ق / ١٧٦ ج] والطلاق إذا تزوجها على مشهور المذهب فى تعليق الطلاق بشرط التزويج .

وسواء كان الطلاق واحدة أو بتاتاً ، وسواء قدم الظهار على الطلاق أو قدم الطلاق على الظهار ، و [قد] ^(٢) قال فى « المدونة » : « والذى قدم الظهار فى لفظه أبين . يريد أن الزوجية تبقى مع وقوع الظهار [ولا تبقى مع وقوع الطلاق] ^(٣) ، ولكن حكمها فى هذا السؤال واحد ، فإذا تزوجها

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وقعا معاً ، ولا يُقال أنَّ أحدهما أسبق من الآخر في الوقوع ، وإن [أسبقه] ^(١) في اللفظ لانتظارهما محلاً يقعان فيه ، فإذا وقع العقد وقع الطلاق ، ثُمَّ إن تزوجها بعد ذلك فلا يقربها حتى يُكفّر كفارة الظهار إذا حصلت منه العودة .

فإذا وقع ذلك في زوجته فلا يخلو من أن يُقدّم الظهار على الطلاق أو قدّم الطلاق على الظهار :

فإن قدّم الظهار على الطلاق لزمه جميعاً ، لأنّ الظهار ينعقد مع بقاء الزوجية كما تقدّم فتطلق عليه ، ثُمَّ إذا تزوجها بعد ذلك لزمه فيها الظهار .

فإن قدّم الطلاق على الظهار فلا يخلو من أن يدخل بها أم لا :

فإن دخل بها فلا يخلو من أن يكون الطلاق واحدة أو ثلاثاً :

فإن كان الطلاق واحدة وكانت مدخولاً بها فالطلاق والظهار يلزمه جميعاً إن كان الطلاق طلاقاً رجعيّاً لبقائها في العصمة .

وإن كان الطلاق بئنائاً أو [هى] ^(٢) واحدة وهى غير مدخول بها أو كانت مدخولاً بها وكان الطلاق بئنائاً كطلاق الخلع فلا يلزمه الظهار ، لأنّه لم يُصادف محلاً لانحلال العصمة بالطلاق السابق إلى المحل .

وفرق بين أن يعقب الظهار الطلاق في غير المدخول بها أو عقب الطلاق الظهار ، مثل أن يقول: أنت طالق [أنت طالق] ^(٣) .

ولا فرق في [الحقيقة] ^(٤) بين الظهار والطلاق ، لأنّ قوله : « أنت

(١) فى ١ : سبقت .

(٢) سقط من ١ .

(٣) سقط من ١ .

(٤) فى ١ : التحقيق .

طالق أنت طالق » قد خرجت فيه الزوجة بنفس الطلقة الأولى من العصمة ، وأوقع الثانية في غير الزوجة ، فإلى هذا ذهب إسماعيل القاضي .

وأما الوجه الثاني : إذا أوقع الظهار والإيلاء معاً [ق / ٦٦ هـ] ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يُصرَّح بكل واحد منهما .

والثاني : أن يضمن أحدهما الآخر .

فإن صرَّح باسم كل واحد منهما مثل أن يقول : « والله لا أطأك وأنت على كظهر أمي » : كان للزوجة أن توقفه عند مضي الأربعة أشهر من يوم ألى وظاهر .

واختلف فيما يلزمه إذا أوقفته على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه مخاطب بالإيلاء خاصة فإن كفر كفارة الإيلاء سقط مقالها ، ثم يضرب الأجل للظهار ولا يطالب بالظهار إلا بعد الفراغ من حكم الإيلاء لضرورة الترتيب ، وهو أحد أقاويل « المدونة » .

في المظاهر المضار : أن الأجل فيه من يوم الرفع .

والثاني : أنه مخاطب بالكفارتين جميعاً ، كفارة الإيلاء وكفارة الظهار ، وهو أحد أقاويل « المدونة » أيضاً في المظاهر [المضار] ^(١) إذا تبين ضرره ، وضرب له أجل أربعة أشهر فحلت لا زيادة أجل آخر يضر بالمرأة .

والقول الثالث : أنه مخاطب بكفارة الظهار ثم بالإصابة أنه لا يجزئه غير ذلك ، لأنه قد اجتمع إيلاء وظهار ، وهو ظاهر المدونة من كتاب الظهار وكتاب الإيلاء من المدونة ، وهو أصح الأقوال ، لأنه [مطالب] ^(٢)

(١) سقط من أ .

(٢) في ع ، هـ : مخاطب .

[فى الإيلاء] ^(١) بالإصابة أولاً ، وهو لا يُمكن من الإصابة إلا بتقديم الكفارة فى الظهار ، والإصابة حقٌ للزوجة ، فعليه أن يدفع كل مانع يمنعه منها .

وعلى القول بأنه يُكفر كفارة الإيلاء فإذا كفر عن الإيلاء هل يزول حكمه ويسقط أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يسقط حكمه بالكفارة ، وهو قول ابن القاسم فى كتاب الإيلاء من المدونة .

والثانى : أنه لا يسقط إلا [ق / ٩٢ ع] بالإصابة ، وهو قول أشهب فى الكتاب المذكور .

وأما إن ضمن أحدهما الآخر مثل قوله : إن [وطئتك] ^(٢) فأنت على كظهر أُمى ، هل ينعقد عليه [الإيلاء] ^(٣) بنفس [اليمين] ^(٤) أو لا ينعقد عليه إلا بالإصابة ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن يكون مؤلّياً بنفس اليمين ، وهو قوله فى المدونة .

والثانى : أنه لا ينعقد عليه إلا بالإصابة أو الرفع إلى الإمام إذا تبين ضره فيوقف حينئذ أو يضرب له أجل المؤلى على [الخلاف] ^(٥) فى ذلك ، وسنورده [بعد هذا] ^(٦) إن شاء الله .

وعلى القول بأنه يكون مؤلّياً حين تكلم بذلك فإذا أوقف بعد الأربعة

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : قربتك .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ ، ج : الإيلاء .

(٥) فى أ : الإخلاف .

(٦) سقط من أ .

(ق / ٢٠٢ أ) الأشهر هل يُمكن من الفِئَة أو لا يُمكن ؟ فالمذهب على أربعة أقوال كُلُّها قائمة من « المَدَوْنَة » :

أحدها : أَنَّهُ لا يُمكن من الفِئَة جُمْلَةً ، لأن باقى وطئه لا يجوز ، وهو قولُ الرواة فى « المَدَوْنَة » .

والثانى : أَنَّهُ يُمكن من الوطء لتام ، وهو قول ابن القاسم فى « المَدَوْنَة » فى « كتاب الإيلاء » : فى الذى قال لامرأته : « إِن وطئتُكَ فأنت طالق ثلاثاً » ، وهو ظاهر قوله فى « كتاب الظهار » حيثُ قال : « فَإِنْ وطء زال عنه الإيلاء ولزمه الظهار بالوطء » .

والثالث : أَنَّهُ يُمكن من مغيب الحشفة [خاصة] ^(١) ولا يزيدُ على ذلك بُناءً على أن النزع ليس بوطء ، وهو قول مطرف فى « ثمانية أبى زيد » ، وهو ظاهر « المَدَوْنَة » ، لأنَّ الحنث يقع بمغيب الحشفة [خاصة] ^(٢) ، وبه يجبُ الظهار ، والتمادى [فى] ^(٣) الوطء بعد وجوبه حرام ، لأنَّهُ وطء قبل أن يكفر ، والله تعالى يقولُ فى كتابه : ﴿مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتِمَّاسًا﴾

والقول الرابع : أَنَّهُ لا يَطأ ولا ينزل ، وهو أضعفُ الأقوال .

وسبب الخلاف : [بين] ^(٤) مَنْ قال : يُمكن من الوطء على الجُمْلَة وَمَنْ قال لا يُمكن : اختلافهم فى النزع ، هل هو وطء أم لا ؟ فَمَنْ قال أن النزع وطء منعه من الوطء جُمْلَةً .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ ، ج : على .

(٤) سقط من أ .

وَمَنْ رَأَى أَنَّ النِّزْعَ لَيْسَ بِوِطْءٍ قَالَ : يُمَكِّنُ مِنَ الْوِطْءِ .

وسببه [بين] ^(١) مَنْ قَالَ : يُمَكِّنُ مِنَ الْإِنْزَالِ وَبَيْنَ مَنْ قَالَ : لَا يُمَكِّنُ إِلَّا [مَنْ] ^(٢) مَغِيبِ الْحَشْفَةِ : [اِخْتِلَافُهُمْ فِي] ^(٣) [الْحُكْمِ] ^(٤) الْمُتَعَلِّقِ بِمَالِهِ أَوَّلًا وَآخِرًا مِنَ الْأَسْمَاءِ ، هَلْ يَتَعَلَّقُ بِأَوَّلِ [الْأَسْمَاءِ] ^(٥) ، ثُمَّ لَا يُمَكِّنُ إِلَّا مَنْ مَغِيبِ الْحَشْفَةِ ، أَوْ إِنَّمَا يَتَعَلَّقُ بِأَوَاخِرِهَا فَيُمَكِّنُ مِنَ الْوِطْءِ التَّامِ .

وله سبب آخر : الاستدامة هل هي كالإنشاء أم لا ؟

وعلى القول بأنه لَا يُمَكِّنُ مِنَ الْوِطْءِ جَمَلَةً هَلْ يُعَجَّلُ عَلَيْهِ بِالطَّلَاقِ أَوْ يُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ [الْإِيلَاءِ] ^(٦) ؟ فَاَلْمَذْهَبُ عَلَى قَوْلَيْنِ قَائِمِينَ مِنَ « الْمُدُونَةِ » مِنْ « كِتَابِ الْإِيلَاءِ » :

أحدهما : أَنَّهُ يُعَجَّلُ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ ، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي « الْكِتَابِ [الْمَذْكُورِ] ^(٧) » فِي الَّذِي قَالَ لِامْرَأَتِهِ : « إِنْ وَطَّئْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا » .

والثاني : أَنَّهُ لَا يُعَجَّلُ عَلَيْهِ بِالطَّلَاقِ وَيُضْرَبُ لَهُ أَجَلُ الْمَوْلَى أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، وَهُوَ قَوْلُهُ فِي هَذَا « الْكِتَابِ » : « أَنَّهُ مَوْلَى حِينَ تَكَلَّمَ بِذَلِكَ » ، وَكَذَلِكَ قَالَ فِي « كِتَابِ الْإِيلَاءِ » : « وَفَائِدَةُ الْأَجَلِ وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ لَا يُمَكِّنُ مِنَ الْفَيْئَةِ ، لَاحْتِمَالِ أَنْ تَرْضَى الزَّوْجَةَ بِالْمَقَامِ بِلَا وَطْءٍ » .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

(٥) في أ : الاسم .

(٦) في أ : المولى .

(٧) سقط من أ .

وعلى القول بأنه يُمكن من الوطاء التام هل تجب عليه كفارة الظهار
بذلك الوطاء أو لا تجب عليه إلا بوجود العودة الثانية ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا تجب [عليه] ^(١) الكفارة إلا بالعودة ثانية ولا تجب
بالوطء لذى وجب [عليه] ^(٢) به الظهار ، وهو قول ابن القاسم فى
« العتبية » .

وعلى هذا حمل أكثر [المتأخرين] ^(٣) قوله فى « المدونة » [والثانى] ^(٤) :
« أنه تجب عليه الكفارة بنفس الوطاء » ، وهو قول ابن المواز وغيره ممن منع
الوطء جملة كعبد الملك وغيره ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المدونة »
على ما تأوله بعضُ الشيوخ .

وذلك ظاهر [على] ^(٥) ما أصَّله وقدره .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ع ، هـ : المختصرين .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

المسألة الخامسة

فى دخول الإيلاء على الظهار على سبيل الاضطرار .

ولا يخلو المظاهر من وجهين :

أحدهما : أن يكون قادراً على إسقاط الظهار بأحد الكفارات الثلاث التى ذكرها الله تعالى فى كتابه أو غير قادرٍ على ذلك بعسرٍ وعجزٍ عن الصوم .

فإن كان معسراً أو عاجزاً فلا يخلو من أن يكون العجز أو العسر أمراً طرأ بعد عقد الظهار [أو كان فى تلك الصفة بين ظرفين . فإن كان العسر والعجز أمراً طرأ بعد عقد الظهار] ^(١) لم يدخل عليه الإيلاء ، لأنه لم يقصد الضرر بها .

فإن كان معسراً أو عاجزاً عن الصوم حين ظاهر [منها] ^(٢) ، وكان قد قصد الضرر بنفس الظهار فهل تطلق عليه الآن أو يضرب له أجل الإيلاء ؟ على قولين قائمين من « المدونة » وبيانهما فى الفصل الذى يليه .

والوجه الثانى : إذا كان قادراً على إسقاط الظهار بإحدى الكفارات الثلاث : فلا خلاف أعلمه فى المذهب أن الإيلاء يدخل عليه . واختلف متى يضرب له الأجل ؟ على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن الأجل فيه من يوم التظاهر ، وهو قول ابن القاسم فى

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

«المُدَوَّنة» .

والثانى : أنَّ الأجل فيه من يوم الرفع ، وهو قولُ الغير فى « المُدَوَّنة » .
قال سحنون فى الكتاب : « وكلُّ لملك ، والوقف بعد ضرب الأجل
أحسن » .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يتبين ضرره أم لا .
فإن تبين ضرره ، ضرب [له] ^(١) الأجل من يومئذ .
فإن لم يتبين ضرره فلا شئ عليه ولا يتعرض له إلا أن يتناول ذلك
فيكون لها القيام ، وهو قول الغير فى « المُدَوَّنة » فى « كتاب الظهار » ،
وهو نصُّ قول مالك فى كتاب « ابن المَوَّاز » .

وعلى القول بأنَّ الأجل من يوم التظاهر أو من يوم الرفع فإذا حلَّ
الأجل ولم يشرع فى الكفارة ثمَّ قال : « دعونى [أكفر] ^(٢) عن ظهارى »
هل يتلوم له أو تُطلَق عليه ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يتلوم له مرةً بعد مرة ويؤخره الإمام ، فإن تبين له كذبهُ :
حكم عليه بالطلاق ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدَوَّنة » .

والثانى : أنه لا يتلوم ولا يؤخر ، وهو قول محمد وعبد الملك إذ لا
يزاد فى أجل الإيلاء .

وقال عبد الملك بن الماجشون : « إن ابتداء صوم شهرين ، بعد ضرب
السلطان الأجل ، ثمَّ [انقضى] ^(٣) الأجل قبل تمام صومه فلا يخلو من أن
يكون ذلك باختيار منه أو بغير اختيار منه :

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : إن تقضى .

فإن كان ذلك باختيار منه ، فإنَّها تطلق عليه ، ثُمَّ [إن] ^(١) انقضى الصوم وهي في العدة كان له أن يرجع .

فإن ارتجع قبل انقضاء الصوم ثُمَّ انقضى وهي في العدة كانت رجعة رجعة .

فإن كان ذلك بغير اختيار منه مثل أن يبتدئ الصوم في الأربعة الأشهر أول ما ضربت وهو صحيح ثُمَّ مَرَضَ حتى مضى الأجل قبل أن يُكْمَلَ صومه : لم تُطَلَّق عليه ، لأنَّه معذور [والحمد لله وحده] ^(٢) .

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من هـ .

المسألة السادسة

فيمَن ظاهرٍ من جماعة النساء . ولا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يُعلّق ذلك بشرط التزويج .

والثاني : أن يُعلّقهُ بالكلام والدخول .

والثالث : أن يكون الظهار مُطلقاً .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا علّقهُ بشرط التزويج ، فلا يخلو ذلك

من أن يكون فى نساء مَعِينَات أو فى نساء مجهولات [فإن كان فى نساء

مجهولات] ^(١) : [فله] ^(٢) ثلاثة ألفاظ « كُل » و « من » و « أى » .

فأماً « كُل » [فمثل] ^(٣) قوله : كُلُّ امرأةٍ أتزوَّجها فهى على كظهر أمّى

هل تكرر عليه الكفّارة أو كفارة واحدة تجزئه ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن كفارة واحدة تجزئه عن كُلِّ مَنْ تزوّج من النساء ، وهو

قول مالك فى « المدوّنة » .

فإن تزوّج واحدةً ثُمَّ وطئها فإنّه يجب عليه الكفّارة ماتت أو طُلّقت ،

ثُمَّ إن تزوّج أخرى فلا يطؤها حتى يُكفّر .

وكذلك إن ماتت الأولى قبل الوطء ثُمَّ تزوّج غيرها فلا يقربها حتى

يُكفّر .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فيه .

(٣) سقط من أ .

فإن كفرَ ثم تزوّج ثانيةً فله أن يطأ بغير كفّارة ، وهو قوله في «المُدونة» .
والثاني : أنّ عليه في كلّ امرأة يتزوجها كفّارة وهو قوله في « مختصر
ما ليس في المختصر » ، وهو قول ابن نافع أيضاً ، وهذا القول قائم من
«المُدونة» من قوله : « مَنْ تزوجت منكناً » وكلاهما من صيغ العموم .

فأمّا « من » و « أى » ، مثل [ق / ١٧٧ جـ] قوله : « مَنْ تزوجتُ
من النساء فهى على كظهر أمّى » أو قال : أى امرأة أتزوجها فهى على
كظهر أمّى [(١)] فقد قال في الكتاب : « عليه في كلّ واحدة كفّارة » ولم
أر في ذلك نص خلاف في المذهب ، [والخلاف] (٢) داخل فيها بالمعنى ،
قياساً على « كلّ » .

والفرق بين « كلّ » و « من » على مذهب الكتاب لأن « ومن »
«إياهما» من صيغ العموم [لإيهامهما] (٣) واشتمالهما على الآحاد بغير
تعيين ولا تخصيص فأفادت العموم من هذا الوجه ، [لا من] (٤) مقتضى
نفس صيغتهما كمقتضى [لفظة] (٥) « كلّ » و « أجمع » .

فلمّا كانت « من » و « أى » إنّما تقع على الآحاد لزمت في كلّ واحدة
كفّارة [ق / ٩٣ ع] ولم يلزم ذلك في « كلّ » إذ هى بنفسها ووضعها
للاستغراق فكانت كاليمين على أشياء فحث بفعل أحدها ، فلو جمع بين
«كُلّ» و « من » مثل : أن يقول : « كلّ مَنْ تزوّجت من النساء فهى على
كظهر أمّى » فكانت بمنزلة مَنْ لم يذكر « من » ، وكان الحكم لقوله «كُلّ» ،

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : ولا خلاف .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

لأنَّ من ها هنا لبيان الجنس لا للتبويض .

فإن قال ذلك [لنساء] ^(١) [معينات] ^(٢) فله أربعة ألفاظ « إن » و « كل » و « مَنْ » و « أى » .

فأما « إن » : فمثل قوله : إن تزوجتكنَّ فأتنَّ علىَّ كظهر أمي ، فليس عليه إلا كفارة واحدة بلا خلاف في ذلك .

وأما « كل » فعلى الخلاف الذى قدّمناه إذا كن مجهولات .

وأما « مَنْ » و « أى » فمثل قوله : « مَنْ تزوجتُ منكنَّ أو أيتكنَّ تزوجت فهي علىَّ كظهر أمي » : ففى كلِّ واحدةٍ منهنَّ كفارة .

والجواب عن [الوجه] ^(٣) الثانى : إذا علقه بالكلام والدخول فيتخرج على الخلاف الذى قدّمناه مثل قوله : « إن دخلتُنَّ هذه الدار » و « إن كلمتكنَّ » أو قال : « كلُّ مَنْ دخلت منكنَّ هذه الدار [ق / ٦٧ هـ] » أو « كلُّ مَنْ كلمتها منكنَّ » أو « مَنْ دخلت منكنَّ » أو « أى امرأة دخلت أو كلمتها » . فهذه الحروف كلّها للتبويض فى هذا الوجه : [فمن] ^(٤) دخلت منهنَّ وجب [عليه] ^(٥) فيها الظهار ، وعليه من الكفّارات بعدد مَنْ دخل منهنَّ إلا فى حرفٍ واحد .

وهو قوله : « إن دخلتُنَّ هذه الدار » فدخلتها واحدةٍ منهنَّ فإن المذهب اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا شيء عليه فى الداخلة حتى يدخلنَّ كلّهنَّ فتكون عليه

(١) فى ع ، هـ : فى نساء .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فيمن .

(٥) فى أ : عليها .

كفارة واحدة ، وهو قولُ ابنِ القاسمِ فى « المُدَوِّنة » [فى] ^(١) « كتاب العتق » .

الثانى : أَنَّهُ يحنثُ فيهنَّ بدخولِ واحدةٍ ويُوَقَّفُ عنهنَّ حتى يُكْفَّرَ كفارةَ الظهار ، وهو قولُ عبدِ الملك ، وهذا القولُ قائمٌ من « المُدَوِّنة » من « كتاب النذور » من قوله : « إن الحنث يقع بأقلِّ الأشياء » .

والقول الثالث : أَنَّهُ يحنثُ فى الداخلة خاصة ولا شىءَ عليه فى الآخرة حتى تدخل ، وهو قولُ أشهب فى كتاب « العتق الثانى » من « المُدَوِّنة » ، فجعل لكلِّ واحدةٍ ظهاراً ، وكفارةً لكلِّ واحدةٍ .

ينبنى الخلاف على الخلاف فى الحنث هل يقع بأقلِّ الأشياء أو لا يقع إلا بأكملها ؟ والقولان قائمان من « المُدَوِّنة » .

والجواب (ق / ٢٠٣ أ) عن الوجه الثالث : إذا كان الظهار مطلقاً ، فلا يخلو من [أن يظاهر من امرأة واحدة أو من أربع نسوة . فإن ظاهر من امرأة واحدة فلا يخلو من] ^(٢) أن يُكرَّرَ عليه الظهار أو لا يكرره :

فإن لم يُكرَّرَ عليه الظهار ، مثل : أن يقول : « أنتِ علىَّ كظهر أُمِّى » : فعليه كفارة واحدة اتفاقاً .

فإن كرَّرَ عليه الظهار فلا يخلو من أن يكون ذلك فى يمين أو فى غير يمين أو يكون أحد الظهارين يمين والآخر بغير يمين .

فإن كان ذلك بيمين فلا يخلو من أن يتَّحدَ المحلوف عليه أو يتعدَّدَ المحلوف :

(١) فى أ : و .

(٢) سقط من أ .

فإن اتَّحدَ المحلوف عليه مثل قوله : إن دخلت هذه الدار ، فأنت على كظهر أُمِّي [فيكرِّر اليمين كذلك مراراً فالحكم في هذا الوجه كالحكم فيمن كرَّر الظهار بغير يمين مثل قوله] ^(١) : « أنت على كظهر أُمِّي » فلا شيء عليه إلا كفَّارة واحدة ، لأنَّه ظهَّارٌ واحد لأنَّها بأوَّل مرة هي عليه كظهر أُمِّه وصارَ في قوله الثاني والثالث كالمواصف لها ، إلا أن ينوى بتكريره الظهار ثلاث كفَّارات : فيلزمه ذلك ، وهذا نصُّ قوله في « المُدوَّنة » .

وقال الشيخ أبو الحسن اللخمي رضى الله عنه : « ولا يكون له حكم الظهار فإن نوى العدة وكفَّر عن الأوَّل جاز له الوطء ، وإن لم يكفِّر عن الثاني » .

والذى قاله صحيح ، لأنَّه إنَّما تلزمه كفَّارة مثل كفَّارة الظهار يُؤديها من ماله للمساكين .

واختلف إذا نوى بتكرار الظهار ظهارات ، هل يلزمه حكم ما ظهر من الظهارات من الكفَّارات أو لا يلزمه من الكفَّارات إلا كفَّارة واحدة ؟ على قولين قائمين من « المُدوَّنة » :

أحدهما : أنه يلزمه [عدد ما ذكر] ^(٢) ، إذا نوى بذلك التكرار ظهارات ، وهو أحد أقاويله في « المُدوَّنة » في « كتاب النذور » حيث قال : « في يمين واحدة ، إلا أن يريد بما عمل الزور أو تلاه إيمان » ، وهذا نصُّ الكتاب في بعض الروايات بإثبات « أو » .

والثاني : أنه لا يكون عليه إلا ظهَّاراً واحداً إلا أن ينوى ثلاث كفَّارات ، وهو ظاهر « المُدوَّنة » من « الكتاب المذكور » أيضاً ، حيث قال :

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من هـ .

« فإن نوى باليمين الثانية غير الأولى ، [وبالثالثة] ^(١) غير الثانية » ، حيث قال : « لا يكون ذلك أبداً إلا يمين واحد إلا أن يُريد بهما مجمل النذور : [فتلزمه] ^(٢) ثلاث كفّارات » .

فإن تعدّد المحلوف عليه ، مثل قوله : « أنت علىّ كظهر أمي إن دخلت هذه الدار » ثم قال : « أنت علىّ كظهر أمي إن لبست هذا الثوب » فهما ظهران .

فإن حنث في أحدهما ونوى العودة ، وكفرّ ثم حنث في الأخرى كانت عليه كفّارة أخرى إذا نوى العودة .

واختلف إذا حنث في أحد اليمينين فلم يكفرّ حتى حنث في اليمين الأخرى على قولين :

أحدهما : أن كفّارة واحدة تُجزئهُ ، وهو قول عبد الملك والمخزومي .

والثاني : أن عليه لكلّ يمين كفّارة ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « المدونة » .

والوجه الثالث : إذا كان أحد الظهارين يمين والآخر بغير يمين مثل أن يكون عليه ظهار يمين فحنث فيه فلم يكفرّ ، حتى دخل عليه ظهار مجرد قد أوقعه على نفسه أو كان الأول ظهاراً مجرداً ولم يكفرّ حتى دخل عليه [ظهار] ^(٣) آخر يمين حنث فيها . هل تجزئهُ كفّارة واحدة أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن عليه لكلّ ظهار كفّارة ، وهو ظاهر المدونة وهو قول محمد

(١) في أ ، ج : وبالثلاثة .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

ابن المَوَّاز : « إذا تقدَّم الظَّهَار باليمين على الظَّهَار المجرد » ولا فرق بين أن يتقدَّم أو يتأخَّر على ظاهر « المَدُونَة » [وعلى] ^(١) ظاهر قول محمد .

والثاني : أنَّ كَفَّارَة واحدة تجزئُه من غير اعتبار بيمينٍ سَبَق ، وهو قول المخزومي وعبد الملك في المسألة الأولى إذا كان الظَّهَار بيمين .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يتقدَّم الذى [هو] ^(٢) يمين فتكون عليه كَفَّارَة واحدة ، و [بين] ^(٣) أن يتقدم الذى هو بغير يمين ثمَّ حلف فحُثَّ كانت عليه كَفَّارَتان ، وهو قول أصبغ فى « المستخرجة » .

فإن ظاهر من أربعة نسوة فلا يخلو من أن يجمعهن فى كلمة واحدة أو أفرد كُلَّ واحدةٍ منهنَّ بالذكر :

فإن جُمعنَّ فى كلمةٍ واحدة ، وقال : « أَنتُنَّ عَلَى كَظْهَرِ أُمِّى » فعليه كَفَّارَة واحدة اتفاقاً .

فإن أفرد كُلَّ واحدةٍ [بالظَّهَار] ^(٤) فلا يخلو من أن يكون ذلك فى كلامٍ مُتَّصِل أو فى كلامٍ مُنْفَصِل :

فإن كان فى كلامٍ مُتَّصِلٍ مثل قوله : « أَنتِ عَلَى كَظْهَرِ أُمِّى » وأنتِ يُشِيرُ إلى غيرها فهل تتعدَّد الكَفَّارَات أو تتحدَّ ؟ قولان :

أحدهما : أنَّ الكَفَّارَات [تتعدَّد] ^(٥) بتعدد النِّسَاء المُظَاهِر منهنَّ ، وهو قول يحيى بن عمرو .

(١) فى أ : وهو .

(٢) سقط من ج ، هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فى الظَّهَار .

(٥) سقط من أ .

والثانى : أنه لا تلزمه إلا كفارة واحدة ، وهو قول أشهب .

والقولان قائمان من « المدونة » بالتأويل ، وقد قال فى « الكتاب »
 فيمن قال لامراته : « أنت على كظهر أمى » ثم قال للأخرى : « وأنت
 على مثلها : أن عليه كفارتان .

وقوله « ثم » : هل [هى] ^(١) من كلام الحاكى من غير أن
 [يقتضيهما] ^(٢) الزمان كما تقول : « قال زيد كذا ثم جابه عمرو بكذا . وإن
 كان جواب عمرو مطابقاً لقول زيد » من كلام الحاكى [فى اللفظ] ^(٣) دون
 المعنى فتكون عليه كفارتان كما لو انفصل الثانى عن الأول كما قال يحيى
 ابن عمرو . أو يحمل قوله « ثم » على المعنى وعلى [موضوعها] ^(٤) فى
 اللغة فيكون الحاكى إنما حكى المجلس على ما كان عليه ، فلذلك قال فى
 « الكتاب » : عليه كفارتان .

فلو كان كلامه متصلاً بعبئه ببعض من غير تراخ كما يقول ابن القاسم
 عليه كفارة واحدة [كما قال أشهب] ^(٥) ، إذ لا فرق بين قوله : « أنتما
 على كظهر أمى » أو يقول : « أنت وأنت » إذا كان [كلاماً] ^(٦) نسقاً .

فإن كان ذلك فى كلام منفصل فلا خلاف أن الظهار يتعدد .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) فى ب : يقتضيه .

(٣) فى أ : باللفظ .

(٤) فى ب : موضعها .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : كاملاً .

المسألة السابعة

فى تعليق الظهار بدواعى الوطء . مثل أن يقول : مُضاجعتُك وملاستُك وقُبلتك على كظهر أُمى ، هل ينعقد فيه الظهار أم لا ؟ على ثلاثة أقوال كُلُّها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن الظهار يتعلّق بجميع دواعى الوطء ، وهو مشهور المذهب ، وهو تأويل جميع أصحابنا بالغداديين وغيرهم أن جميع أنواع الاستمتاع محرّمة عليه حتى يُكفّر ، وهو [ق / ٩٤ ع] ظاهر قول عبد الملك [أيضاً] ^(١) ، لأنّه قال : « إذا أخذ فى صيام [المظاهر] ^(٢) ثمّ قبل أو باشر قبل أن يتمّ صيامه ، فإنّه يستأنف » .

فعلى هذا يكون مظاهراً إذا علّق الظهار بذلك .

والثانى : أنّه لا يتعلّق الظهار بدواعى الوطء جملةً ، وهو تأويل الشيخ أبى الحسن اللخمى [على المذهب] ^(٣) .

واستقرئ ذلك من قوله فى المظاهر : « لا يُقبل ولا يُباشر لأنّ ذلك لا يدعو إلى خير » ، فجعل المنع من ذلك حمايةً أن يقع فى الجماع الذى هو مُحَرَّم ، ليس أنّه يتعلّق به الكفّارة فى نفسه ، وهو ظاهر قول أصبغ فى غير « المدونة » فيمن أخذ فى الكفّارة عن ظهار ثمّ قبل أو باشر فلا شيء عليه .

والقول الثالث : بالتفصيل بين النظر إلى محاسنها وبين القبلة والملاسة وغيرها . فيتعلّق الظهار بالملاسة وغيرها ولا يتعلّق بالنظر إلى محاسنها

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : التظاهر .

(٣) سقط من أ .

كالنظر إلى شعرها وصدرها ، وهو ظاهر « المَدُونَة » من قوله : « ولا بأس أن يكون معها ويدخل عليها بغير إذن إذا كان تؤمن ناحيته » وإباحة الدُخُول عليها بغير إذن سبب أن ينظر إلى ما اتفق عند دُخُوله من سائر أطرافها من رأسها وشعرها وذراعيها وقدميها الذين هما عورة لما عُلِمَ بالعادة أن المرأة لا تتحرز في بيتها ولا تتحفظ في ستر أطرافها كما كانت تتحفظ إذا كانت خارجة ، وكون الزوج مأذوناً في الدُخُول عليها بلا إذن إباحة النظر إليها على [تلك الحالة] ^(١) ، وهو قول أبي القاسم بن الجلاب : أنَّهُ له النظر إلى الوجه والرأس واليدين وسائر الأطراف ، وهو نصُّ قول مالك في « العُتْبِيَّة » في الرأس والشعر .

وأماً الوجه فقد قال في « الكتاب » : « يجوز له النظر إليه [وقد ينظر غيره إليه] ^(٢) » ، ومعناه : لغير لذة وأماً باللذة فلا يجوز .

والقول الرابع : التفصيل بين النظر إلى المحاسن للذة أو لغير لذة :
فإن كان للذة حرم .

وإن كان لغير لذة لم يحرم .

وهذا ظاهر قوله في « المَدُونَة » في الوجه حيث قال : « وقد ينظر [غيره] ^(٣) إليه » .

فيتحصل من « المَدُونَة » في تعليق الظهار بدواعي الوطء ثلاثة أقوال .

وفيما يجوز للمُظاهر من امرأته قبل الكفارة أربعة أقوال :

أحدها : إباحة ما عدا الوطء مع الكراهة ، لقوله في « الكتاب » :

(١) في أ : ذلك .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : غيرك .

«لأنَّ ذلك لا يدعو إلى خير» .

والثانى : أنَّه محذور جُملةً من غير تفصيل كالوطء ، لقوله فى «الكتاب» : « لا يُقْبَل ولا يُباشَر ولا يَلَامَس ولا ينظر إلى صدرها ولا إلى شعرها حتى يُكْفَّر » .

والثالث : التفصيل بين القُبلة والمباشرة والنظر إلى المحاسن ، وهو قوله فى « المَدُونَة » [ق / ١٧٨ ج] ولا يدخل عليها بغير إذن .

والرابع : التفصيل بين الوجه وغيره من سائر المحاسن .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى دواعى الوطء ، هل هى كالوطء أم لا ؟ وَمَنْ فرَّق بين القُبلة والنظر إلى المحاسن يقول : القُبلة والمباشرة [والملاسة] ^(١) مقصودة فى نفسها ، والنظر إلى المحاسن مُرادٌ لغيره ، لأنَّها من دواعى [الوطء] ^(٢) والمباشرة كما قدَّمناه فى « كتاب الصيام » .

وعلى هذا يتخرَّج الخلاف فى الظهار من الرتقاء والصغيرة ، لأنَّ الوطء منها لا يتمكن ودواعيه من القُبلة والمباشرة منهما متمكن .

وينبى [عليه] ^(٣) اختلافهم فى ظهار المجبوب والمعترض والشيخ الفانى وَمَنْ لا يقدر على الجماع هل يلزمهم الظهار إذا ظاهروا من نسائهم أم لا ؟ فمن رأى أنَّ دواعى الوطء كالوطء يقول يلزمهم الظهار ، لأنهم يستمتعون بما عدا الوطء من سائر أنواع الاستمتاع .

وَمَنْ رأى أنَّ دواعى الوطء ليست كالوطء قال لا يلزمهم الظهار ، وهو قولُ على بن زياد وسحنون .

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : القُبلة .

(٣) سقط من أ .

وفرق في « المدونة » بين المتظاهر منهما وبين المعتدة وقال في المعتدة: لا يجوز النظر إلى شيء من محاسنها ، وذلك أن المعتدة منحلّة العصمة مختلفة النكاح ، والمتظاهر [ق / ٢٠٤ أ] منها ثابتة العصمة صحيحة النكاح .

وينبى الخلاف [ق / ٦٨ هـ] على الخلاف في تأويل قوله تعالى: ﴿مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ ، هل هو عام في جميع أنواع الملامسة كما هو صريح مذهب مالك وجمهور العلماء أو مخصوص بالجماع ، كما به قال «الحسن» و«عطاء والزهرى وقتادة» .
والحمد لله وحده .

المسألة الثامنة

فى العودة ما هى ؟ ، و [قد] ^(١) قال الله تبارك وتعالى : « ثمَّ يعودون لما قالوا » وقد اختلف العلماء فيها على أربعة مذاهب :

أحدها : أنَّ العودة نفس لفظة الظهار لا أمرٌ زائدٌ عليه ، وبه قال مجاهد وطاووس فَحَمَلَا قوله تعالى : ﴿ ثمَّ يعودون لما قالوا ﴾ [أن يعود] ^(٢) إلى لفظ الظهار [الذى كانوا يطلقون به فى الجاهلية فيعودوا إليه فى الإسلام بعد نزول الآية بتحريمه فتجب الكفارة عليه بنفس الظهار] ^(٣) لأنَّه عاد إلى فعل الجاهلية .

والثانى : أنَّ العودة تكرار لفظ الظهار مرَّةً ثانية فإذا عاود اللفظ وكرَّره وجبت عليه الكفارة ، وهو مذهب أهل الظاهر .

والثالث : أنَّ العودة نفس وجود الإمساك ، فمهما مضى له [بعد الظهار] ^(٤) زمان يُمكنه أن يُطلَّق فيه [فلم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة لأن إقامته زمانًا يمكنه أن يطلق فيه] ^(٥) ، دليلٌ على إرادة الإمساك ، وهو مذهب الشافعى .

والرابع : أنَّ العودة العزم على وطئها ، وهو مذهب أبى حنيفة وأحمد ابن حنبل رضى الله عنهما .

وأما مالك رضى الله عنه فقد اضطرب مذهبه واختلف أقوال أصحابه ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

وتحصيل اختلافهم يحصره خمسة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن العزم على الوطء وعلى الإمساك ، وهو مشهور المذهب ،
وهى رواية أشهب عن مالك فى كتاب « ابن المَوَّاز » .

فإذا عزم على وطئها وأمسكها فقد وجبت الكفارة عليه وإن ماتت أو
طلّقها ، وهذا نصُّ قوله فى الكتاب المذكور ، وبه قال أصبغ ، وقال ابن
عبد الحكم : أخبرنى بهذا أشهب عن مالك .

وقال القاضى أبو الوليد الباجى : « وليس من شرط العزم الإمساك
الأبدية ، بل لو عزم على إمساكها سنة ، كان عازماً » ، وهذا القول قائمٌ
من « المدونة » من قوله : لأنه كفر قبل نية العودة ، ولا ينوى ذلك فيمن
ليست فى عصمته .

والثانى : أن العودة : العزم على الوطء خاصة ، [فتمت] (١) عزم
على الوطء وجبت الكفارة ، وهو نصُّ قوله فى « المدونة » .

والثالث : أن العودة : العزم على الإمساك خاصة ، [فتمت] (٢) عزم
على الوطء : وجبت الكفارة ، وهذا قولُ حكاه ابن الجلاب عن مالك
ونحوه لعبد الله بن عبد الحكم ، وعليه تأوّل يحيى بن عُمر قولُ نافع فى
الكتاب ، حيث قال : « [وهو] (٣) لا يريد المصاب إلا حبس امرأته »
قلت : « وهذا بين فى مجرد العزم على الحبس » ، ويؤخذ من « المدونة »
أيضاً من : « مسألة الأمة التى تظاهر منها سيدها وليس له مالٌ سواها » ،
حيث قال : « يجوز له أن يعتقها عن ظهاره » ، وهذا يقطع أن العودة

(١) فى هـ : فمهما .

(٢) فى هـ : فمهما .

(٣) سقط من أ .

ليست من شرطها العزم على الإمساك الأبدى كما فسّر القاضي أبو اليد الباجي .

فقوله في هذه المسألة يحتمل ثلاثة أوجه :

[إما ^(١) : العزم على الوطاء وحده ، وإما العزم على الإمساك [وإما مجرد الإمساك] ^(٢) ، والوجه الأول والثالث أظهر من الثاني لأنه لو عزم على إمساكها ما اعتقها .

والوجه الثالث : [أيضاً] ^(٣) أظهر من الأول ، لأنّ عتقه إياها يُنافي العزم على الإصابة إلا على القول بأنّ نفس وجود العودة تجب الكفارة طلق أو أعتق أو مات ، فيصح وجه الأول والثاني .

والقول الرابع : أنّ العودة : الوطاء نفسه ، وهذا القول حكاه [القاضي أبو محمد عبد الوهاب] ^(٤) وغيره عن مالك ، وكما قال أبو حنيفة .

فعلى هذا لا يلزمه الكفارة حتى يطاء ، ثمّ لا يطاء بعد ذلك حتى يُكفر ، وقاله جماعة من السلف وحكاه أصبغ عن من يرضى من [أهل] ^(٥) المدينة ، وليس لهذا القول موضع يُستقرأ من « المدونة » .

والقول الخامس : أنّ العودة : الإمساك مجرداً أو البقاء معها فمهما مضى [ق / ٩٥ ع] له من بعد الظهار زمانٌ يُمكنه أن يُطلق فيه ولم يُطلق فيه ولم يُطلق وجبت عليه الكفارة كما يقول الشافعي ، وعليه تأوّل القاضي

(١) في أ : أحدها .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : أبو محمد عبد الوهاب القاضي .

(٥) سقط من أ .

أبو الوليد بن رشد [قول] ^(١) ابن نافع .

ووجه الصواب في هذه المسألة وتصحيح القول المختار منها يتبين
[ويتضح] ^(٢) من طريق « السبر والتقسيم » ، وذلك أن معنى العودة لا
يخلو [من] ^(٣) أن يكون :

تكرار اللفظ والوطء نفسه والإمساك نفسه أو العزم على الوطء
والإمساك أو العزم على الإمساك :

وباطل أن يكون « تكرار اللفظ » أن ذلك تأكيد والتأكيد لا يُوجب
الكفارة .

وباطل أيضا أن يكون « إرادة الإمساك » أو « الإمساك مُجرداً » .

فإن الإمساك موجود بنفس الظهار وإرادة الإمساك دون إرادة الوطء لا
يؤثر ، ولو كان العود نفس الإمساك لكان الظهار نفسه يُحرّم الإمساك
ولكان الظهار طلاقاً .

وباطل أيضاً أن تكون العودة هي « الوطء نفسه » لقوله تعالى : ﴿ مِنْ
قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ۖ ﴾ .

فإذا بطلت الأقسام كلها : تعين أن تكون العودة العزم على الوطء مع
استدامة العصمة ، وهذا أشهر أقوال المذهب ، وهذا الذي يصير على
البر .

فإذا ثبت ذلك فنحن بحمد الله نُبَيِّنُ شبهة كل قول .

(١) في أ : قال .

(٢) في أ : يتصح .

(٣) سقط من أ .

فشبهة الشافعية : أنَّ الإمساك يلزم منه الوطاء ، فجعلوا لازم الشيء شبيها [ببابه] ^(١) ، ولأن الإمساك هو السبب في وجود الكفارة وإنما ترتفع بارتفاع الإمساك .

وشبهة من يقول « الوطاء نفسه شبيه الظهر باليمين » : فكما أنَّ كفارة اليمين إنما تجب بالحنث فكذلك الظهر ، وهو قياس [شبه] ^(٢) عارضه النص .

وشبهة الظاهرية : تعلق بظاهر اللفظ وأنَّ « اللام » في قوله تعالى : ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ على أصلها [وأما مالك والشافعي رضي الله عنهما فقدرا في الآية محذوفاً وأنَّ اللام في قوله تعالى : ﴿لِمَا قَالُوا﴾ بمعنى في ^(٣) والتقدير « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون » أى : يُريدون العودة فيما قالوا ، ومن لم يُقدرها هذا التقدير تجب الكفارة عنده بنفس الظهر [والحمد لله وحده] ^(٤) .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : الشبه .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من ج ، ع ، هـ .

المسألة التاسعة

فيمَن كَفَرَ قَبْلَ إِرَادَةِ الْعُودَةِ أَوْ بَعْدَ الْعُودَةِ ثُمَّ طَلَّقَ أَوْ مَاتَ قَبْلَ تَمَامِ الْكُفَّارَةِ . وَلَا يَخْلُو الْمُظَاهَرُ مِنْ [ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ : أَحَدُهَا] ^(١) : أَنْ يُكْفَرَ قَبْلَ إِرَادَةِ الْعُودَةِ . أَوْ كَفَرَ بَعْدَ الْعُودَةِ . أَوْ حَصَلَتِ الْعُودَةُ ثُمَّ [طَلَّقَ] ^(٢) أَوْ [مَاتَ] ^(٣) قَبْلَ أَنْ يُكْفَرَ .

فَإِنْ كَفَرَ قَبْلَ أَنْ يُرِيدَ الْعُودَةَ ، وَ [هُوَ] ^(٤) مَعَ ذَلِكَ يُرِيدُ أَنْ يُطَلِّقَهَا . هَلْ تَجْزِئُهُ تِلْكَ الْكُفَّارَةُ إِذَا رَاجَعَهَا يَوْمًا مَا أَمْ لَا ؟

فَالْمَذْهَبُ عَلَى قَوْلَيْنِ :

أَحَدُهُمَا : أَنَّهَا لَا تُجْزِئُهُ ، حَتَّى يَنْوِيَ الْعُودَةَ ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدِ بْنِ سَحْنُونٍ ، وَالثَّانِي : أَنَّهَا تَجْزِئُهُ وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ ابْنِ سَحْنُونٍ عَنْ أَبِيهِ أَيْضًا حَيْثُ قَالَ : « وَأَكْثَرُ قَوْلِ أَصْحَابِنَا أَنَّ مَنْ كَفَرَ بِغَيْرِ نِيَّةِ الْعُودَةِ [لَا تَجْزِئُهُ] ^(٦) » ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ هُنَاكَ مَنْ يَقُولُ « إِنَّهَا تَجْزِئُهُ » .

وَأَمَّا [إِنْ] ^(٧) كَفَرَ بَعْدَ وَجُودِ الْعُودَةِ ثُمَّ [طَلَّقَ أَوْ مَاتَ] ^(٨) فَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهَا تَجْزِئُهُ ، وَمَتَى تَزَوَّجَهَا كَانَ لَهُ أَنْ يَطَّأَهَا بِغَيْرِ كُفَّارَةٍ .

(١) سَقَطَ مِنْ أ .

(٢) فِي ع ، هـ : طَلَّقَتْ .

(٣) فِي ع ، هـ : مَاتَتْ .

(٤) سَقَطَ مِنْ أ .

(٥) سَقَطَ مِنْ أ .

(٦) سَقَطَ مِنْ أ .

(٧) فِي أ ، جـ : مِنْ .

(٨) فِي هـ : طَلَّقَتْ أَوْ مَاتَتْ .

وأماً الوجه الثالث [إذا نوى العودة ثم طلق أو مات] ^(١) : فلا يخلو من أن يكون ذلك قبل الشروع فى الكفارة أو بعد الشروع فيها :
فإن كان ذلك قبل الشروع فيها ، فهل تجب عليه الكفارة أم لا ؟
فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يجب عليه أن يكفر ، لأنه بنفس العودة تجب الكفارة ، وهو قول مالك فى كتاب « محمد » ، وبه قال أصبغ .
وقال محمد بن عبد الحكم : « أخبرنى بهذا أشهب عن مالك وسواء طلق أو مات » .

والثانى : أنها لا تجب إلا مع استدامة الملك ، وهو قول ابن القاسم فى المدونة . فإن طلقها بعد الشروع فى الكفارة هل يلزمه إتمامها وتجزئته [إن] ^(٢) أتمها أم لا ؟ [أما] ^(٣) على القول بأنها [واجبة] ^(٤) بنفس [وجوب] ^(٥) العودة « فلا تفرع .

وعلى القول بأنها [لا] ^(٦) تجب عليه فلا يلزمه إتمامها ، وهل تجزئته إن أتمها ؟ فلا يخلو من أن يكون الطلاق رجعيًا أو بائنًا :
فإن كان الطلاق رجعيًا فأتمها قبل انقضاء العدة أجزأته من أى أنواع الكفارات كانت ولا خلاف فى ذلك .

وإن انقضت العدة قبل أن يتمها وكان الطلاق بائنًا فهل تجزئته إن أتمها أم

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ولها .

(٤) فى أ : وجبت .

(٥) فى أ : وجود .

(٦) سقط من أ .

لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها تُجزئُ إذا أتمَّها وهو ظاهر قولُ ابنِ القاسمِ في « الكتاب » حيثُ قال : « إذا طَلَّقَهَا قبل أنْ يمسَّها وقد عمل في الكفَّارة لم يلزمه إتمامها » ، وظاهره : أنه يُجزئُ التماذى عليها لأنه إنما تكلم على اللزوم ، وهو نصُّ قولِ ابنِ نافع في « المدونة » حيثُ قال : « وإن تماذى أجزأه إذا أراد العودة » ، وظاهره أن لا فرقَ بين انقضاء العدة وعدم انقضائها ، ولا بين الصيام والإطعام ، وهو نصُّ قولِ عبد الله بن عبد الحكم في « النوادر » .
والثاني : أنها لا تُجزئُ ، و [أنه] ^(١) إذا تزوجها يبتدئ الكفَّارة فيها كانت صياماً أو طعاماً ، وهو قول مالِك وابنِ القاسمِ وابنِ وهب وأشهب في « النوادر » .

والثالث : التفصيل بين الصيام والإطعام ، وأنه يُتم على الإطعام ، ويستأنف الصيام إذا تزوجها ، وهو قول أصبغ في « النوادر » .

وسبب الخلاف : هل من شروط [وجوب] ^(٢) الكفارة استدامة الملك أو ليس من شروطه ؟

فمن اشترطه قال : لا تجب الكفَّارة إذا طَلَّق أو مات لأنه [إنما كفر ليطأ] ^(٣) .

ومن لم يشترطه ، قال : تجب بنفس وجود العودة وهذا أظهر في النظر .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : إنما يكفر أو يطأ .

المسألة العاشرة

فى ظهار العبد وما يجوز [له] ^(١) أن يكفّر به . ولا خلاف أعلمه فى المذهب أن العبد لا يجوز له أن يكفر بالعتق ، وإن أذن له سيده إذ الولاء لغيره .

وعلى هذا جميع العلماء إلا داود وأبو ثور فإنهما جوزا للعبد الكفارة بالعتق .

وأما الإطعام فلا يخلو من أن يأذن [له] ^(٢) سيده فيه أو لم يأذن : فإن لم يأذن له فى الإطعام فلا خلاف أعلمه فى المذهب نصاً أنه يجوز له الكفارة بالإطعام .

والقياس : الجواز إذا كان العبد غير [ق / ١٧٩ ج] قادر على الصيام ، لأنه حق متعلق بالمال [فوجب] ^(٣) اقتضاؤه منه ، أصل ذلك الجنایات التى لم يأذن له فيها ، ومع ذلك يتعلّق بماله إذا جنى ، لأن السيد إذا اختار تسليمه فى الجنایة أسلمه بماله على مشهور المذهب .

فإن شئت فقس ظهاره على ما أذن له فيه من المعاملات إذا تركبه منه الدين ، لأن الإذن بالمعاملات يشعر بالإذن فى المداينات ، والإذن فى النكاح يشعر بالإذن فى توابعه ومن توابعه الظهار وهذا لازم للمذهب .

فإن أذن له السيد فى الإطعام وهو عاجز عن الصوم ، هل يجرئه أم لا؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

أحدهما : أَنَّهُ يُجْزئُهُ ، وهو قولُ ابنِ القاسمِ في كَفَّارةِ اليمينِ باللهِ تعالى .

والثاني : (ق / ٢٠٥ أ) أَنَّهُ لَا يُجْزئُهُ ، لِأَنَّ الإطعامَ يخرجُ إلى ما يعطاهُ وفيهِ ملكٌ للسيِّدِ بعدما أذنَ لَهُ [ولو شاءَ رجعَ فيه] ^(١) ، وهو قول [ق / ٦٩ هـ] عبدُ الملكِ في « المبسوط » ، ومثْلُهُ لأبنِ دينارٍ ، وهو ظاهرُ قوله في « المُدَوَّنة » : « ليس على العبدِ عتقٌ ولا إطعامٌ ، ولو وجدَ مالاً يُطعمُ ويعتقُ » ، ولكن يصومُ ، ويؤْخذُ أيضاً من تعليلِ ابنِ القاسمِ في كَفَّارةِ اليمينِ بقوله : « كأجْنَبِي كَفَّرَ عَنْهُ ، إذا أذنَ لَهُ السيِّدُ في الإطعامِ » .
وأشهبُ يقولُ : « لا تجزئُهُ إذا كَفَّرَ عَنْهُ الأَجْنَبِي ، وإن كانَ بأمرِهِ ، فَإِنَّهُ يلْزَمُ أيضاً على قولِ أشهبٍ ألا يجور وإن أذنَ لَهُ السيِّدُ .

فإن عجزَ العبدُ عن الصيامِ ولا عندهُ مِنَ المالِ [ما يكفرُ به] ^(٢) إذا أذنَ لَهُ السيِّدُ على قولٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُ عَلَيْهِ الإيلاءُ ، لَأَنَّهُ لَيْسَ بِمَضَارٍ .
وأما كَفَّارَتُهُ بالصيامِ : فلا يخلو [من] ^(٣) أن يكونَ الصيامُ يَضُرُّ بالسيِّدِ أولاً : فإن كانَ لَا يَضُرُّ بِهِ فلا خلافَ أَنَّ ذلكَ كَفَّارَتُهُ ، وَأَنَّهُ إِن تَرَكَهُ معَ القُدرةِ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ عَلَيْهِ الإيلاءُ لَأَنَّهُ مضارٌ .

وإن كانَ الصيامُ يَضُرُّ بالسيِّدِ في كونِ العبدِ يَضْعِفُ عن الخِدمة ، هل لَهُ أن يَمْنَعَهُ مِنْهُ أم لا ؟ فالْمَذْهَبُ على قولين :

أحدهما : أَنَّ للسيِّدِ أن يَمْنَعَهُ مِنَ الصيامِ ، وهو قولُ ابنِ القاسمِ في

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : ما يكفرهما .

(٣) سقط من أ .

كتاب « الحجُّ الثالث » من « المُدَوَّنة » .

[والثاني] ^(١) : [أنه] ^(٢) ليس له منعه ، وهو قول عبد الملك وأصبع في كتاب [ق / ٩٦ ع] ابن حبيب ، ومثله في كتاب « ابن المَوَّاز » .

وسببُ الخلاف : الإذن في النكاح ، هل هو إذن في توابعه أم لا ؟ وعلى القول بأنَّ للسيد أن يمنعهُ من الصيام ، هل يدخلُ عليه الإيلاء إن رافعه أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّه يدخلُ عليه الإيلاء ، وهو قول ابن القاسم في كتاب « ابن حبيب » .

والثاني : أنَّه لا يدخلُ عليه الإيلاء ، ولا كلام لامرأته إذا منعه [سيده] ^(٣) الصيام ، وهو قول أصبع في « كتاب النوادر » .

وقد وقع ممالك رحمه الله في « المُدَوَّنة » [لفظة مشكلة] ^(٤) حارت أذهان المتأخرين في تأويلها ، وتنزيلها على المؤلف من مذهبه [وعلى وفق] ^(٥) ما نصَّ الله عز وجل عليه في كتابه ، [وهو قوله] ^(٦) في العبد المظاهر : « أحبُّ إلىَّ أنْ يصوم وإنْ أذن له سيِّدهُ في الإطعام ، فالصيام أحبُّ إلىَّ منه » .

وقال ابن القاسم عُنْيِيهِ : « بل هو الواجب عليه ، وليس [يطعم] ^(٧) »

(١) في أ : والثالث .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : أهله .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : على نحو .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

أحدٌ إلا وهو [لا] ^(١) يستطيع الصيام .

وقد صرح ابن القاسم بتوهم قول مالك في « المبسوط » ، وقال : « لا أدري ما هذا ، ولا [أرى] ^(٢) جوابه إلا وهماً ولعلَّ جوابه في كفارة اليمين .

وهذا [منه] ^(٣) بناءً على أن « أحب » على بابها في الاستحباب ، ولذلك قال : « بل هو فرضه » .

وأما المتأخرون فقد اختلفوا في تأويل ذلك على أربعة أقوال :

أحدها : أن يُقال : يُحتمل أن يكون إنما قال ذلك ، لأنَّ إذن السيّد في الإطعام لا يُفيد الملك التام [للعبد] ^(٤) ، إذ له الرجوع فيما أذن له [فيه] ^(٥) ، وانتزاع أصل ماله ، فلأجل هذا قال : « الصيام أحبُّ إلىَّ منه » ، وهذا تأويل القاضي إسماعيل .

وعورض هذا بأن يُقال : « إنّما يتصور ذلك ، فيمن أُبيح له الإطعام لعجزه عن الصيام .

وأما مَنْ قدر عليه فهو فرضه » .

وعورض أيضاً : بالكفر عن غيره لأنَّ الكفارة لم تخرج من يده إلا إلى أيدي المساكين .

والقول الثاني : أن معنى قوله : « أحبُّ إلىَّ » لأنَّه عجز عن الصوم ،

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : أدري .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

(٥) سقط من أ .

فكان أحبُّ إليه أن يؤخَّر حتى يقوى عليه .

وهذا تأويل إسماعيل القاضي أيضاً والشيخ أبى بكر الأبهري .

وعورض هذا التأويل بأنَّ مَنْ هذا سبيلُهُ ، [ويُطعم] ^(١) مع القدرة على الصيام بالقرب أنَّ فرضه التأخير حتى يقوى ، فليس للاستحباب ها هنا وجه ، وإنَّ كان لا يقوى ولا تُرجى له قدرة بالقرب بفرضه الإطعام ، [ولا] ^(٢) وجه لذكر الصوم .

والقول الثالث : أنَّ ذلك الكلام مَنْ مالك تجوز ومعناه : أنَّ السيّد أذن للعبد في الإطعام ومنعه من الصوم ، فتردّد في ذلك هل للعبد أن [يعدل] ^(٣) إلى الإطعام مع قدرته على الصيام أو ليس منع السيّد من الصيام عذر [بين] ^(٤) كما به يقول عبد الملك وابن دينار . أو ذلك عذر مانع من الصيام لحق السيّد وأنَّ له أن يمنعهُ إذا استضر بذلك كما به قال مالك وابن القاسم ، فتردّد هذا عند مالك ، وقال : « الصوم أحبُّ إلىَّ [أى إذن السيّد له فى الصيام أحبُّ إلىَّ] ^(٥) من إذنه فى الإطعام » ، وهذا تأويل بعض المتأخرين ، وهو أشبه من كُلِّ [ما] ^(٦) تقدّم من التأويل ، فإذا كان هذا هكذا ارتفع الإشكال لأنَّ ترتيب كفارة الظهر على العبد كترتيبها على الحر .

والقول الرابع : [أن] ^(٧) قوله : « أحبُّ إلىَّ » [أى علىَّ بأنه] ^(٨) من

(١) فى هـ : ويطعم .

(٢) فى أ : فلا .

(٣) فى أ : يعيد .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ ، ج : من .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : غاية .

ترجيح أحد الأمرين ولا يكون وهمًا ولا يجوز وهو : أن يكون ترجيح الصوم أولى وإن منعه السيد منه مع قدرته عليه ، وهو قول محمد [لأنه قال] (١) : « إذا أذن له سيده في الإطعام ومنعه الصوم أجزأه وأصوب أن يكفر بالصيام » .

وهذا تأويل القاضى أبى الفضل رحمه الله .

وأما ظهار الحر المحجور عليه فلا يخلو من أن يكون مؤسرًا أو معسرًا :

فإن كان معسرًا وهو قادرٌ على الصيام ففرضه الصيام .

فإن ترك أن يكفر به كان مضارًا ويدخل عليه الإيلاء .

فإن كان عاجزًا عن الصيام ، فليس بمضار .

فإن [كان] (٢) مؤسرًا وقادرًا على العتق فهل يكفر بالعتق أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يكفر بالعتق وإن لم يأذن له وليه إذا كان مليًا ، وهى

رواية عبد الملك عن الحسن عن ابن وهب فى « العتية » .

والثانى : التفصيل بين أن تكون الكفارة أيسر عليه . والتزويج أضرب به

كفر عنه [بالعتق] (٣) ، وإن كان [تكفيره عنه] (٤) أضرب عليه فى ماله

[من] (٥) ابتداء النكاح لكون العتق [يجحف] (٦) بماله ولأنه مما يتكرر

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) فى أ ، ج : كفارته .

(٥) فى أ : فى .

(٦) فى أ : يخفف .

[عليه] ^(١) اليمين بالظهار وهو رجلٌ مطلقٌ فلا يُكْفَرُ عنه .

وهو قول سحنون وجماعةٍ من علمائنا في « العُتْبِيَّة » .

وعلى القول بأنَّه لا يُكْفَرُ عنه المولى ، فلا يخلو من أن يكون قادراً على

الصيام أم لا :

فإن كان قادراً عليه ، هل يجوز له أن يُكْفَرُ بالصيام [أم لا ؟ فالمذهب

على قولين : أحدهما : أنه يكفر بالصيام ويجزئه] ^(٢) وهو قول ابن المَوَاز .

[والثاني : أنه لا يجزئه الصيام ، لأنه مُوسر بالعتق والإطعام .

وعلى القول بأنَّه لا يجوز له أن يُكْفَرُ بالصيام إذا] ^(٣) طلبت امرأته

الفراق هل يُعجل عليه في الحال أو يضرب له أجل المولى ؟

فالمذهب على قولين .

والحمد لله وحده .

(١) في أ : منه .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

المسألة الحادية عشر

فى كفارة الظهار . وهى ثلاثة أنواع :

صيام ، وعتق ، وإطعام . ولا خلاف بين العلماء أنَّها على الترتيب العتق ثم الصيام ثم الإطعام .

فإذا قدر على العتق فلا يجوز له العُدول إلى غيره .

وهو يصحُّ بأربعة شروط :

أن تكون الرقبة مؤمنة سالمة من العيوب التى لها قدر وبال . ليس فيها عقد حرّية ، ويصحُّ للمكفر ملكها بعد الشراء وقبل العتق .

وهذه جملة متفق عليها ، فإن انخرم وصف من هذه الأوصاف كانت مسألة خلاف .

وقولنا : « مؤمنة » احترازاً من أن تكون كافرة ، ولا خلاف عندنا فى الكافر الكبير الوثنى والكتابى أنَّه لا يُجزئُه لأنَّ الله تبارك وتعالى شرط الإيمان فى العتق لقتل النفس ، وذلك من باب حمل المطلق على المقيد .

وقد اختلف فيه الأصوليون ، ومن طريق المعنى فإنَّه لا يُتقرب إلى الله تعالى بعتق أعدائه .

واختلف إذا كان ممن يُجبر على الإسلام كصغار المجوسيين على الوفاق وكبارهم [وصغار الكتابيين] ^(١) على الخلاف ، لأنَّه قد قدّمنا فى « كتاب الجنائز » أنَّه : لا خلاف فى صغار المجوسيين إذا ملكوا أنهم يُجبرون على

(١) سقط من أ .

الإسلام ، وفي [كبارهم] ^(١) قولان [ولا خلاف في كبار الكتابيين أنهم لا يجبرون على الإسلام وفي صغارهم قولان] ^(٢) .

وهذا عقدٌ صحيحٌ فاعتمده .

وانظر قول ابن نافع في « كتاب التجارة إلى أرضِ الحرب » . وهل يجوز عتقُهُم في [الكفارات] ^(٣) أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يُجزئُه ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « المدونة » حيث قال : « لا بأس بعتق الأعجمي في الكفارات » .

والثاني : أنه لا يُجزئُه جملةً ، وهو قول ابن وهب وأشهب .

والثالث : التفصيل بين المجوسى والكتابى [فيجوز المجوسى والكتابى] ^(٤) على التفصيل بين أن يُولد في ملك المسلم أو سبى من بلاد الحرب .

فإن وُلد في ملك المسلم فقولان :

أحدهما : أن له حكم المسلم لأنه على فطرة الإسلام ، وهو قول أبى مصعب .

والثاني : أنه لا يُجزئُه إذا وُلد في ملك المسلم ، وإن وُلد في أرض الشرك وسبى وحده دون أبيه فإنه يُجزئُه ، وهذا القولُ حكاؤه ابن حبيب ، و [هو] ^(٥) قول عبد الملك بن الماجشون في [« الاتباع »] ^(٦) .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : الكفارة .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في ع ، هـ : الاتباع .

وسببُ الخلاف : من ملك أن يملك هل [يُعدُّ مالِكًا] ^(١) قبل أن يملك أم لا ؟

وقولنا : « سالمة من العيوب التي لها قدر وبال » وهي على خمسة أقسام :

عيوب الخِلقة .

وعيوب الأخلاق .

وعيوب الدين .

وعيوب الذمَّة .

وعيوب [النسب] ^(٢) .

فأمَّا عيوب الخِلقة : فإنَّها تنقسم على خمسة أقسام :

عيبٌ يَمْنَعُ من السعى والقيام بنفسه .

وعيبٌ لا يَمْنَعُ السعى وهو يسير [وعيب يسير] ^(٣) شأنه [التناهي] ^(٤) لجميع الجسد .

وعيبٌ كبير يعمُّ الجسد ، وعيبٌ يخصُّ الجسد ولا يؤثِّر في العجز عن السعى .

فأمَّا الأوَّل : « وهو العيب الذي يَمْنَعُ السعى والقيام بنفسه » لأنَّها زمانةٌ أو ما فى معنى الزمانة : لما تعطلَّ الانتفاع بنفسه فذلك غيرُ جائز ،

(١) فى ع ، هـ : يقدر كالمالك .

(٢) فى هـ : النسبة .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : التناهى .

[كالأعمى] ^(١) والمُقعد والفالج وزوال العقل .

وإن كان بعضُ الجسد كالشلُّ وقطعُ اليد والأصابع وغير ذلك ممَّا [يعطل] ^(٢) اليد أو بعضها أو يفسد استعمالها .

وأما الثاني : « وهو العيب اليسير الذى لا [يمنع السعى ولا] ^(٣) يخشى [تناهيه] ^(٤) » [فذلك جائز] ^(٥) كالمرض الخفيف أو قطع الأئمة والجدع من الأذن وذهاب بعض الأسنان والصمم الخفيف .

وأما الثالث : « وهو عيبٌ يسير وشأنه [التناهى] ^(٦) بجميع الجسد كبداية [ق / ٩٧ ع] الجذام والبرص واختلف هل يجوز أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه [لا] ^(٧) يُجزئُه جُمْلَةٌ ، وهو قولُ ابن القاسم .

والثاني : التفصيل بين اليسير والكثير فاليسير يُجزئُه والكثير لا يُجزئُه ، وهو قول أشهب فى البرص الخفيف ، ويُقاسُ عليه قليلُ الجزام أيضًا . ،
وأما الرابع : وهو عيب كبير [ق / ١٨٠ جـ] يعمُ جميعُ الجسد ، كالجذام والبرص فهو غير جائز وإن لم يمنعهُ السعى (ق / ٢٠٦ أ) وقاله ابن حبيب فى الشلل .

وأما الخامس : وهو عيب يسير يخص بعض الجسد ولا يؤثر فى الجسد

(١) فى أ : كالعماد .

(٢) فى أ : تنفصل به .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : تناميه .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى هـ : التنامى .

(٧) سقط من أ ، جـ .

فى العجز عن السعى ولا يُخشى [تناهيه] ^(١) كالعور والصمم والعرج والخصى ، فقد اختلف فيه هل يُجزئ أم لا ؟

أمّا العور : ففى المذهب قولان :

الجواز ، وهو قوله فى « المدونة » .

والمنع ، وهو قوله فى « كتاب محمد » لأنّ العور عيبٌ كبيرٌ أذهب عضواً شريفاً مقدراً من الحر بنصف الدية إلا أنّه لا ينقص من السعى .

وفى العرج ثلاثة أقوال :

الجواز مطلقاً .

والمنع مطلقاً .

والتفصيل بين العرج [اليسير] ^(٢) والعرج الكثير .

والثلاثة أقوال لِمالك فى « الكتاب » .

وأما الخصى : فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

أحدها : الكراهة ، وهو قوله فى « المدونة » .

والثانى : أنّه لا [يجزئ] ^(٣) وإن كان خصياً [غير محبوب] ^(٤) ما

أجزأ .

والثالث : أنّه يُجزئ ، وهو قولُ أشهب فى « كتاب محمد » .

وأما عيوب الأخلاق : كالزنا والسرقة والإباق ، فلا خلاف أعلمه فى

(١) فى هـ : تناهيه .

(٢) فى هـ : الخفيف .

(٣) فى أ ، جـ : يجزئه .

(٤) سقط من أ .

المذهب أنه لا يؤثر وأنه يجوز .

وأما عيوب الدين : فكونه كتابياً أو مجوسياً ، وقد تقدّم الكلام عليه .

وأما عيوب الذمة : فكونه ترتّب عليه في ذمته ديون الناس فإن ذلك لا يمنع من الإجزاء أيضاً [وأما عيوب النسب : فكونه ولد الزنا فإن ذلك لا يمنع من الإجزاء أيضاً] ^(١) .

وقولنا : « ليس فيها عقد حرية احترازاً من المدبر و أم الولد والمكاتب والمعترك إلى أجل والمعترك بعضه » .

[فأما أم الولد والمعترك بعضه] ^(٢) [ق / ٧٠ هـ] فلا يجزئه كان ذلك [^(٣) ملكاً للمكفر أو لغيره] .

[وكذلك المدبر والمكاتب لأنه وضع خدمته أو وضع مال] ^(٤) واختلف إذا اشتراهما وأعتقهما على ثلاثة أقوال :

أحدهما : أن العتق مردود ولا يجرى ويفسخ البيع فيهما .

والثاني : أن العتق ماضٍ ولا يجرئه .

والثالث : أن العتق ماضٍ ويجرئه .

وهذه الأقوال كلّها قائمة من « المدونة » .

أما المكاتب : فسبب الخلاف فيه إذا كان البيع برضاه هل له أن يعجز

نفسه أم لا ؟

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

فمن رأى أنَّ له أن يعجز نفسه وإن كان [له] ^(١) مال ظاهر قال : « له نفوذ العتق والإجزاء » .

وَمَنْ رأى أَنَّهُ لَا يعجز نفسه قال : البيع وقع على غير الجواز وهل يفوت بالعتق ؟ فيتخرج [الخلاف] ^(٢) فيه على الاختلاف فى الكتابة هل هى بيعٌ أو عتق ؟

فعلى القول بأنها بيع قال : العتق فوات ويُجزئ .

وعلى القول بأنه عتق قال : العتق ليس بفوات لأنَّ ذلك من باب نقل الولاء .

واختلف فى عبدٍ بينه وبين غيره إذا أعتق جميعه عن ظهاره [أو أعتق منه ما يملك عن ظهاره] ^(٣) ، ثُمَّ اشترى النصف الباقي فأعتقه عن ظهاره وكان فى حين العتق مؤسراً أو مُعسراً أو كان عبداً ملكاً جميعه فعتق نصفه عن ظهاره ثُمَّ أعتق النصف الباقي أو حكم به عليه السلطان ، هل يُجزئه ذلك العتق عن ظهاره فى جميع ما ذكرنا وتبرأ ذمته أم لا ؟

فأما عبدٌ بينه وبين غيره إذا أعتق جميعه أو أعتق بعضه وكان مؤسراً . على القول بالسراية فينبغى أن يُجزئه فى هذا الوجه بلا خلاف .

وأما إذا أعتق نصفه وكان جميعه له ثُمَّ استكمل عليه باقيه أو اشترى النصف الباقي [ليس] طراً بعد العتق أو قوّم عليه نصيب شريكه ، إن كان مؤسراً يوم أعتق ، هل يُجزئه أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّ ذلك لَا يُجزئه ، وهو قول ابن القاسم فى المدونة .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

والثانى : أن ذلك يُجزئهُ ، وهو قوله [فى] ^(١) العُتْيَةُ فى عبد يملكُ جميعه إذا أعتق [نصفه] ^(٢) ، ثم جبرهُ السلطان على عتق الباقي أنه يُجزئهُ .

وقال بعض المتأخرين : ولا فرق بين أن يكون جميعه له أو [يكون] ^(٣) شركةً بينه وبين غيره .

وقولنا : « ويصحُّ للمُكفَّر [ملكها] ^(٤) بعد الشراء وقبل العتق احترازاً ممن لا يصحُّ تملكه بعد الشراء [وذلك] ^(٥) على وجهين : أحدهما : أن يكون المنع من جهة الشرع .

والثانى : أن يكون من جهة الشرط .

فإن كان المنع من جهة الشرع كذوى القربى الذين أوجب الشرع عتقهم وحرّم اقتنائهم .

فإذا اشترى أباه ونوى أن يعتقه عن ظهاره فلا يخلو [من] ^(٦) أن يتعلق بذلك حق الغير أم لا :

فإن لم يتعلق بذلك حق لأحد فلا خلاف فى المذهب أنه لا يُجزئهُ .

وإن تعلّق بذلك حق [لأحد] ^(٧) ، كغريم له عليه ما يغترق ذمته من الدين فأذن له أن يشتريه ويعتقه عن ظهاره أو اشتراه بغير إذن الغرماء

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : بعضه .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : عتقها .

(٥) فى أ : أن ذلك .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ ، جـ : لغيره .

[فأذنوا] (١) له في العتق بعد الشراء فهل يُجزئُه أم لا ؟ فالمذهب يستخرج على قولين :

أحدهما : الجواز .

والآخر : المنع .

وهذا على القول بأن البيع ينعقد فيه إذا اشتراه وعليه دين يغترقه .

فإن كان المنع من جهة الشرط مثل عبد اشتراه بشرط العتق أو عبد قال : إن اشتريته فهو حرٌّ فهل يُجزئُه عن ظهاره أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا [يجزئُه] (٢) ، ولا تبرأ به الذمة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، لأنها ليست برقة تامة .

والثاني : أن ذلك يُجزئُه ، وهو ظاهر قول ابن كنانة في شرح « ابن مزين » حيث قال : « إن كان جاهلاً يؤمر بالإعادة » .

وقال ابن القاسم في موضع آخر : « إن كان عالماً بأن ذلك لا ينبغي لم يجزئُه وإن كان لا وضعية في ثمنه أجزاء » .

وهذا مثل ما أشار إليه ابن كنانة ، ولابن القصار مثل ذلك .

واختلف إذا عتق عنه الأجنبي بإذنه أو بغير إذنه على ثلاثة أقوال كلها منصوصة في « المدونة » :

أحدها : أنه يُجزئُه جملةً ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن ذلك لا يُجزئُه [وهو قول الغير في الكتاب . والثالث :

(١) في أ : فأذن .

(٢) في أ : يجوز .

التفصيل بين أن يكون ذلك بإذنه فيجوز أو بغير إذنه فلا يجوز [(١)] ، وهو قول ابن القاسم أيضا وهذا كله إذا صحَّت العودة من المتظاهر .

وأما الصيام : فشهران متتابعان كما قال الله عز وجل في كتابه فمن أتى [به] (٢) مفترقا ، فلا يخلو من أن يكون ذلك لعذر أو لغير عذر :

فإن كان ذلك لعذر فلا يخلو من أن يكون ذلك له اختيار أو لا اختيار له فيه [فإن كان عذرا لا اختيار له فيه] (٣) :

كعذر المرض فلا خلاف في المذهب أنه يُعذر ويجوز له البناء على ما صام قبل المرض .

فإن كان له فيه عذر اختيار كالنسيان أو أخطأ في العدد أو جهل بالحكم هل يُعذر به أم لا ؟ فالمذهب يتخرج على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يُجزئه البناء ويكون معذورا جملة ، وهو ظاهر قول مالك في « المدونة » في الذي صام ذا القعدة وذا الحجة جاهلا فظن أنه يُجزئه حيث قال : إنه يُجزئه ويحتمل أن يكون جهله بالحكم أو بتعيين الشهور وعلى هذا يجزىء الناس .

والذي أخطأ العدد داخل في النسيان ، وهو قول محمد بن عبد الحكم لأنه ساوى بين المرض والنسيان .

[والثاني : أنه لا يجزئه ولا يعذر بجهل ولا نسيان وهو قوله في كتاب محمد في النسيان] (٤) ، ويُقاس عليه ما عداه من أنواع الأعذار التي

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : بهما .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

مازجتها شائبة الاختيار .

والقول الثالث : التفصيل بين الجهل والنسيان ، فيُعذر بالنسيان والخطأ في العدد ، ولا يُعذر بالجهل في مشروعية التتابع في صيام الظهار قياساً على الصلاة .

وهذا القول لبعض المتأخرين .

وإن كان ذلك لغير عُذر فلا خلاف أنه يبتدئ .

وأما الإطعام : فإنه [يجوز] ^(١) العُدُول إليه ويصحُّ التكفير به إذا كان المتظاهر عاجزاً عن الصوم وعجزه على وجوه :

إما أن يكون لمرض أو لضعف [بين] ^(٢) أو مثل المتعطش الذي لا يستطيع معه [الصوم] ^(٣) جملةً .

وإن كان يقدر عليه في زمان البرد ولا يقدرُ عليه في زمان الحر ، فهل يجوزُ له الإطعام أو يُؤخَّر إلى زمان البرد ؟ قولان :

أحدهما : أنه يُؤخَّر ، وهو قول ابن القاسم في الذي يطول به المرض أنه ينتظر .

والثاني : أنه يُطعم ولا يُؤخَّر ، وهو ظاهر قول أشهب في مسألة المريض أيضاً .

وأما المرض : فهو على أربعة أوجه :

قريب البرء ، وبعيده ، و [مؤسس] ^(٤) من البرء ومشكوك

(١) في ع ، هـ : يجب .

(٢) في ع ، هـ : بنيته .

(٣) في أ : العطش .

(٤) في أ ، جـ : آيس .

[فيه] (١).

فإن كان البرء قريباً لم يُجزئه الإطعام [ويجزئه] (٢) مع [الإياس] (٣).

واختلف إذا كان يرجى [فيه بعد] (٤) بعد أو شك فيه على قولين :

أحدهما [ق / ٩٨ ع] : [أنه يجوز له الإطعام ويُنظر البرء وهو قول

ابن القاسم فى المدونة والثانى :] (٥) أنه لا يجوز [له] (٦) الإطعام ولا

يلزمه [الإنتظار] (٧)، وهو قول أشهب فى « المدونة » لقوله تعالى : ﴿ فَمَنْ لَّمْ

يَسْتَطِعْ ﴾ وهذا غير مستطيع .

ولا يُعترض على هذا بقليل المرض لأنَّ القليل فى معنى العدم .

فإذا ثبت ذلك فالكلام فيه [فى] (٨) ثلاثة مواضع :

أحدها : فى قدر [الطعام] (٩) .

والثانى : فى جنسه .

والثالث : فىمن يجوز له أخذ الكفارة .

فأمّا قدر الطعام : فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن يُطعم مدّاً بُمَد هِشَام كُلُّ واحدٍ من [المساكين] (١٠) وهو

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ ، ج ويجوز .

(٣) فى هـ : اليأس .

(٤) سقط من أ ، ع .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : فيه .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى ع ، هـ : الإطعام .

(١٠) فى هـ : الستين .

قول مالك فى « المَدُونَة » .

والثانى : أَنَّهُ يُطْعَم كُلُّ وَاحِدٍ مُدَّيْنِ بِمَدِّ النَّبِيِّ ﷺ .

والثالث : أَنَّهُ يُطْعَم [مُدًّا] ^(١) بِمَدِّ النَّبِيِّ ﷺ ، وهو قول القاضى أبى الحسن بن القصَّار ، وهو قول عبد الملك بن الماجشون فى الغداء والعشاء . فجعله مثلُ كفارة اليمين بالله تعالى .

واختلف فى قدر مُدِّ هشام على أربعة أقوال :

أحدها : أَنَّ قدره مُدَّانٌ إِلَّا ثُلُثَ بِمَدِّ النَّبِيِّ ﷺ ، وهو قول ابن القاسم فى « المَدُونَة » .

والثانى : أَنَّهُ مُدَّانٌ بِمَدِّ النَّبِيِّ ﷺ ، وذكره البغداديون عن معن بن عيسى .

والثالث : أَنَّهُ مُدٌّ وَنِصْفٌ .

والرابع : أَنَّهُ مُدٌّ وَثُلُثٌ ، وهو قول ابن حبيب .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى كفارة الظهار هل يُردُّ حُكْمُهَا إِلَى كَفَّارَةِ الْيَمِينِ فَتَحْمَلُ عَلَيْهَا أَوْ تَحْمَلُ [عَلَى] ^(٢) كَفَّارَةِ الْأَذَى ؟

وذلك أَنَّ الله تبارك وتعالى أوجب ثلاث كفارات فى كتابه .

فكفارة اليمين . وهى [مقيدة] ^(٣) لقوله تعالى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ

أَهْلِيكُمْ ﴾ و [كفارة] ^(٤) الأذى : وهى مُقَيِّدَةٌ بقول الرسول عليه السلام : «مدان لكل مسكين» .

(١) سقط من هـ .

(٢) فى أ : إلى .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

وكفارة الظهر وهى مُطلقة غير مُقيّدة بشيء .

فهل تُردُّ إلى فدية الأذى ؟ لأنها الغاية ، والزوجة [محرمة] ^(١) بما عَقَدَ فيها من الظهر فلا تباح إلا بالأشدُّ فيه وهو [أعلى الكفارات] ^(٢) .
وقيل : « تُردُّ إلى كفارة اليمين [بالله تعالى لأن] ^(٣) الظهر يمين (ق/٢٠٧ أ) تكفر فأشبهت اليمين بالله تعالى .

وقد قيل [أيضاً] ^(٤) وليس فى العزق الذى أخرجه النبى ﷺ للمظاهر وأمره أن يُطعم به ستين مسكيناً ما يفيد أن كفارة الظهر مقيدة باختلاف الروايات فى وسعه .

فمنهم من قال : فيه خمسة عشر صاعاً .

ومنهم من قال : من خمسة عشر إلى عشرين .

ومثل هذا لا يصحُّ به التقيد .

وأما الجنس الذى يُطعم منه هل يُعتبر فيه عيش نفسه أو عيش جُل أهل بلده ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يُعتبر [بعيش جل] ^(٥) أهل البلد ويُكفّر به ، وهو قوله فى « المدونة » .

والثانى : أنه يُكفّر من عيشه ولا ينظر إلى عيش أهل البلد ، وهو قوله فى كتاب محمد .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : أصل الكفارة .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من هـ .

(٥) فى أ : بجل عيش .

والثالث : التفصيل بين أن يأكل الشعير من غير ضيق [وغيره] ^(١)
يأكلُ القمح . فيُكفّر بعيش أهل البلد . أو يأكلُ القمح وأكلهم الشعير
فيُكفّر بعيشه ، وهو قول ابن حبيب .

وأما مَنْ يجوزُ له أخذها : فهم الفقراء والمساكين على الشروط التي
ذكرناها وعددناها « في كتاب الزكاة » [الثاني] ^(٢) ، فلا فائدة للتطويل .
تمَّ الكتابُ بحمد الله وعونه .

وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وسلّم تسليمًا .

(١) في هـ : ومثله .

(٢) سقط من أ .

كتاب الإيلاء

كتاب الإيلاء

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها أربع مسائل (١) :

المسألة الأولى

الإيلاء فى اللغة الامتناع من فعل الشئ يمين قال الله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْتِلْ أُولُوا الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ أَنْ يُؤْتُوا أُولِي الْقُرْبَى ﴾ وهذه الآية نزلت فى أبى بكر الصديق رضى الله عنه حين حلف ألا ينفق على ابن خالته مسطح حين خاض مع أهل الإفك فيما خاضوا فيه على ما قال أهل العلم بالتأويل .
[ق/ ١٨١ جـ]

ومنه قول الشاعر (٢) :

فآليت لا آتيك إن جئت مجرمًا ولا أبتغى جارًا سواك مجاورًا
فآليت لا آتيك أخذوا قصيدة تكون وإياها .

وهو فى الشرع على ما هو عليه فى وضع اللغة إلا أنه قد تعرف فى الشرع فى « الحلف على اعتزال الزوجات وترك جماعهن » كما ذكر الله تعالى فى كتابه ، ونص على الحكم فيه وهو على ثلاثة أوجه :
أحدها : اليمين على ترك الوطء .

والثانى : ما كان بمعنى اليمين على تركه .

والثالث : اليمين بالطلاق التى يكون الحالف فيها على حنث .

فالجواب عن الوجه الأول : وهو اليمين على ترك الوطء فلا يخلو من ثلاثة

(١) لم يرد فى الأصول إلا ثلاثة مسائل فقط .

(٢) النابغة الذبياني .

أوجه :

أحدها : أن يحلف على ذلك بالله تعالى أو ما كان فى معنى اليمين بالله مما يوجبه على نفسه إن وطئ.

والثانى : أن يحلف على ذلك بطلاق المؤلى منها .

والثالث : أن يحلف على ذلك بما ينعقد عليه بالحنث فيه [ق / ٧١ هـ] حكم فلا يلزمه بمجرد شئ .

فأما إذا حلف على ذلك باليمين بالله تعالى أو بما كان فى معناه مما يوجبه على نفسه إن وطئ من صلاة أو صدقة أو ما فيه قربه من عتق أو غيره مما ليس فيه قربه [كطلاق] ^(١) [غير] ^(٢) المؤلى عليها فذلك على وجهين :

أحدهما : أن يقول : والله لا أطأ امرأتى ، أو على صدقة أو مشى أو ما أشبه ذلك إن وطئها أبداً ، أو إلى أجل كذا وكذا لما هو أكثر من أربعة أشهر .

والثانى : أن يقول : [والله] ^(٣) لا أطأ حتى أفعل [كذا وكذا] ^(٤) .

فأما الوجه الأول : فإنه مؤلى من يوم حلف ويوقف [إلى] ^(٥) حل الأجل ، فإما بالوطء وألا طلق .

وأما الثانى : فلا يخلو [من وجهين] ^(٦) أحدهما : أن يكون ذلك الفعل

(١) فى أ : كالطلاق .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

(٥) فى هـ إذا .

(٦) سقط من أ .

مما يمكنه فعله .

والثاني : أن يكون مما لا يمكنه فعله ولا مؤنة عليه فيه كدخول الدار وركوب الدابة فلا يكون مؤلياً ويقال له : طأ امرتك إن كنت صادقاً فإنك لست بمؤلى .

وإن كان مما يتكلف فيه مؤنة كالحج وغيره فإنه يكون مؤلياً من يوم حلف ويوقف إذا حل الأجل فأما وطء وإلا طلق عليه . وأما إذا كان الفعل [مما]^(١) لا يمكنه فعله إما لمنع الشرع منه لكونه قتل نفس أو شرب خمر .

وإما لعدم القدرة عليه فإنه يوقف إذا حل الأجل أيضاً فأما بالوطء وإلا طلق عليه ، ولا يمكن من البر بما لا يبيح الشرع من قتل أو شرب .

وأما الوجه الثاني : إذا حلف بطلاق المؤلى منها فلا يخلو من أن يكون ذلك الطلاق ثلاثاً أو ما دون الثلاث :

فإن كان ما دون الثلاث وقف إذا حل الأجل وقيل له : وفّ على أن تنوى بباقي وطئك الرجعة .

وإن كانت غير مدخول بها لأنها تصير مدخولاً بها بالتقاء الختانين ليخرج من الخلاف .

فإن أبى من ذلك طلقت عليه بالإيلاء .

وإن تزوجها بعد انقضاء عدتها رجع [عليه]^(٢) الإيلاء ما بقى من طلاق [ذلك]^(٣) الملك شيء .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : عليه .

(٣) سقط من هـ .

وإن كان الطلاق ثلاثاً مثل قوله : إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً ، هل يكون مؤلياً أم لا ؟ على قولين منصوصين في « المدونة » [وعلى القول بأنه لا يكون مؤلياً هل يعجل عليه الطلاق بنفس اليمين أم لا ؟ على قولين منصوصين في المدونة] ^(١) :

أحدهما : أن الطلاق واقع عليه بنفس اليمين ، [وهو] ^(٢) [ظاهر] ^(٣) قول الرواة في « المدونة » .

والثاني : أن السلطان يطلق عليه بعدما ترفع أمرها إليه ، وهذا القول مروي عن مالك في « المدونة » .

وعلى القول بأنه يكون مؤلياً ، هل يضرب له أجل المؤلى أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها تطلق عليه بعد الرفع ولا يضرب له أجل الإيلاء ، وهذا القول متأول على « المدونة » .

والثاني : أنه يضرب له أجل المؤلى أربعة أشهر من يوم حلف ، وهو نص قول مالك في « المدونة » .

وعلى القول بأنه يضرب له الأجل فإذا حل هل يمكن من الفیئة بالوطء أم لا ؟ فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أنه لا يمكن من الوطء إذ باقى وطئها لا يجوز [له] ^(٤) بناء

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : وهذا .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

على [أن] ^(١) النزع حرام ، وهو قول بعض الرواة في « المدونة » .
والثاني : أنه يمكن من الوطء التام ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في هذا الكتاب ، وفي « كتاب الظهار » من « المدونة » ، ونص له في أصل « الأسدية » .

والثالث : أنه يمكن من [التقاء] ^(٢) لختانين لا أكثر ، وهذا القول مروى عن مالك .

والرابع : أنه [ق / ٩٩ ع] يمكن من جميع الوطء إلا الإنزال ، وهو قول أصبغ .

وسبب الخلاف : مذكور في « كتاب الظهار » .

وأما الوجه الثالث : إذا حلف بما ينعقد عليه بالحنث فيه حكم من الأحكام ، مثل قوله : « إن وطئتك ، فكل مملوك اشتريته من الفسقاط [حر] ^(٣) » ومثل قوله : والله لا أظأ امرأتى في هذه السنة إلا يوماً واحداً أو مرة واحدة ، أو يقول : إن وطئت امرأتى فهي على كظهر أمي ، هل يكون مؤلياً أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يكون مؤلياً إلا بالشراء أو الوطء وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أنه يكون مؤلياً بنفس اليمين ، وقبل الملك والوطء إذ [لا] ^(٤)

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من أ .

يلزمه بالوطء عقد يمين فيما يملك من رأس أو مال ، وهو قول الغير فى « المدونة » ، ولابن القاسم مثله أيضاً .

وفائدة الخلاف وثمرته : هل ينعقد عليه اليمين بنفس الإيلاء ويكون للمرأة أن توقفه إذا مضت أربعة أشهر من يوم اليمين .
أو لا ينعقد الإيلاء إلا بالوطء بعد الشراء ؟ .

والجواب عن الوجه الثانى من أصل التقسيم : وهو ما كان بمعنى اليمين على ترك الوطء هو الإيلاء الداخلى على [الظهار]^(١) على سبيل [الإضرار]^(٢) ، وقد تقدم الكلام فيها فى مسألة [مفردة]^(٣) فى كتاب الظهار .

والجواب عن الوجه الثالث : وهو اليمين بالطلاق الذى يكون الحالف فيها على حنث وهو أن يقول : امرأتى طالق إن لم أفعل كذا وكذا ، وذلك ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون ذلك الفعل ممّا يُمكنه فعله .

والثانى : أن يكون ذلك الفعل ممّا لا يمكنه فعله فى الحال ويمكنه فى [الحال]^(٤) الثانى .

والثالث : أن يكون ذلك الفعل ممّا لا يمكنه فعله لعدم الإمكان أو لمنع الشرع منه :

فأما الأول : فيمنع فيه من الوطء من وقت اليمين فإن [طالبتة]^(٥)

(١) فى أ : الظاهر .

(٢) فى هـ : الإضرار .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : طلبته .

[أمرأته] ^(١) بذلك ، ضرب له أجل الإيلاء هل من يوم الحلف أو من يوم الرفع ؟

وإذا تبين الضرر تجرى [فيه] ^(٢) هذه الأقوال الثلاثة التي أوردناها في «كتاب الظهار» وفيه يفعل ما حلف عليه وليس الفئنة بالوطء .

وأما الثانى والثالث : فهو أن يكون الفعل ممّا لا يمكنه فى الحال ويمكنه فى ثانى حال أو لا يمكنه بحال ، مثل : « أن يحلف بطلاق أمرأته ليحُجَنَّ ، ولم يُؤْتِ عاماً بعينه » ، هل يكون مؤلياً حين تكلم بذلك أم لا ؟ فالمذهب على أربعة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنه يكون مؤلياً حين تكلم بذلك وهو ظاهر قوله فى كتاب فى أول « كتاب الإيلاء » حيث قال : وسواء كان ذلك الشيء ممّا يقدر على فعله أم لا .

وعليه تأوّل بعض شيوخنا ، وهو نصّ قوله فى « العُتبية » كتاب « ابن سحنون » : أنه يمنع من وطئها من حين حلف .

والقول الثانى : أنه لا يكون مؤلياً ولا يمنع منها حتى يمكنه [الفعل] ^(٣) فإذا أمكنه الفعل فعند ذلك يمنع من وطئها ، وهو قول ابن نافع فى « المدونة » حيث قال : « وإن لم يمكنه فعل ما حلف عليه لم يحل بينهما ولا يُضرب له أجل المؤلى .

فإذا أمكنه فعل ذلك حيل بينه وبينها » .

والقول الثالث : أنه لا يكون مؤلياً ولا يدخل عليه الإيلاء حتى يضيق

(١) سقط من أ .

(٢) قى أ : فيها

(٣) فى أ : القول .

الوقت ويخشى فوات الحج ، وهو ظاهر قوله فى « المدونة » فى آخر المسألة : « إذا أمكنه وترك الخروج أو ترك الحج حتى جاء وقت إن خرج فيه لم يدرك الحج » .

فمن حينئذ يقال له : لا تصب امرأتك .

فإن رفعت أمرها ضرب لها أجل الإيلاء .

فإن فعل قبل الأجل ما هو بره ومخرجه [إلى] ^(١) الحج لم يكن عليه الإيلاء وهذا ظاهر وهو تأويل بعض المتأخرين .

ويكون معنى قوله فى « الكتاب » على هذا القول حتى جاء وقت إن خرج لم يدرك الحج . يعنى على السير المعتاد ولكنه يدركه إذا جد [به] ^(٢) السير وشق على نفسه [أدركه] ^(٣) .

ويدل عليه قوله : فإن فعل ما هو بره من الحج ، والخروج بر .

والقول الرابع : أنه لا يمنع من الوطء فإن خرج وأحرم فى الأجل لم تطلق عليه حتى يجىء وقت يمكنه الخروج .

فإن لم يفعل ذلك ولم يخرج حتى تم الأجل طلق عليه .

وهذا تأويل بعضهم على ظاهر « المدونة » .

وسبب الخلاف : اعتبار المقاصد والألفاظ .

فمن اعتبر اللفظ قال : يكون مؤلياً [بنفس اليمين] ^(٤) .

(١) فى أ : من .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

ومن اعتبر المقصد قال: يكون مؤلياً عند الإمكان أى إذا [أمكن]^(١).

والقولان الآخران مبنيان على المقصد أيضاً .

وهذا التقييد قد احتوى على جملة مشكلات (ق / ٢٠٨ أ) هذا الكتاب التى من جملتها : إذا حلف بطلاقها ثلاثاً إن وطئها .

ومسألة : التى حلف بطلاقها البتة [ليحجن]^(٢) ، ولم يسم العام بعينه .

فهما من مشكلات « كتاب الإيلاء » : فليكمل العدة قائماً ويبنى على بقية العدد عليها بحمد الله وحسن عونه .

(١) فى ب : أمكث .

(٢) فى أ : ليخرجن .

المسألة الثانية^(١)

فى أجل الإيلاء .

ولا خلاف فى مذهب مالك رحمه الله أن أجل الإيلاء لا يكون دون أربعة أشهر ، وإنما الخلاف عندما عندنا فى الأربعة الأشهر هل يكون مؤلياً إذا حلف ألا يطأها أربعة أشهر أو لا يكون مؤلياً حتى يزيد عليها ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يكون مؤلياً إذا حلف ألا يطأ امرأته أربعة أشهر ، وهو مشهور المذهب .

والثانى : أنه يكون مؤلياً بالأربعة الأشهر ، وهى رواية أشهب عن مالك وحكاها عبد الملك وابن نافع [وابن خويز منداد] ^(٢) عن مالك أيضاً أن الطلاق يقع على المؤلى بمرور الأربعة الأشهر ، وهو قول جماعة السلف ، وهو مذهب أبى حنيفة .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى المفهوم من قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْثِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرْبُصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا... ﴾ هل أراد أن تكون الفيئة داخلة فى الأربعة ، أو هى بعد الأربعة ؟

فمن فهم من الآية أن الأربعة الأشهر [أجل] ^(٣) ، لا يُزاد عليه ، لنصه عز وجل عليها بلا زيادة ولا نقصان ، قال : الفيئة [داخلة] ^(٤) فى

(١) فى ج ، ع هـ : المسألة الثالثة ولكن الترتيب يقتضى أن تكون المسألة الثانية .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : داخل .

الأربعة ويجوز أن يكون بعد الأربعة ، لأن ذلك زيادة على ما حد الله وقدره ، والزيادة على مقادير الشريعة لا تجوز بغير دليل ، [ومن فهم ^(١)] منها أن الأربعة الأشهر إنما جعلت لأنها [مدة] ^(٢) تستضر فيها الزوجة بعدم الوطاء كل الضرر ، ولا يعظم عليها فيها المضرة إلا بالزيادة عليها ، قال : [الوقف] ^(٣) إنما يكون بعد الأربعة الأشهر ، كما هو مشهور مذهب مالك ، وذلك أن عمر بن الخطاب رضى الله عليه سأل النساء فى المدينة فى كم تشتاق المرأة إلى زوجها ؟ وكم تقدر على الصبر [عنه] ^(٤) ؟ فقلن : « فى شهرين ، ويقل الصبر فى ثلاثة ، ويفنى الصبر فى أربعة أشهر » ، فجعل رضى الله عنه [مغازى الناس] ^(٥) أربعة أشهر .

وعلى القول بأنه لا يكون مؤلماً إلا بزيادة على أربعة [ق/ ١٨٢ ج] أشهر .
وكم قدر تلك الزيادة ؟ فقد اختلف فيه المذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن زيادة اليوم تؤثر ، وهو قوله فى « كتاب محمد » .

والثانى : أن زيادة اليوم غير مؤثرة .

والثالث : أنه لا يكون مؤلماً بزيادة تكون مثل أجل التلوم ، ولا شك ولا خفاء أنه لا بد من زيادة يمكن فيها الإنفاق ، [ويحصل التانى] ^(٦) للزوج [بين] ^(٧) أن يفى أو يطلق ، وأدناه أن يكون ثلاثة أيام وهو أدنى

(١) فى أ : يفهم .

(٢) فى ع ، هـ : أمد .

(٣) فى جـ : المؤلف .

(٤) فى أ : منه .

(٥) فى أ : المغازى .

(٦) فى هـ : وتجعل فيه التبرى .

(٧) سقط من أ .

مدة الخيار فى البيع .

وقوله تعالى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ [تَرِبْصَ] أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ﴾ فالآية فيها تقدير مضمّر ، وتقديره للذين يحلفون على اعتزال نسائهم تربص أربعة أشهر ، « فإن فاؤا » أى فإن رجعوا على ما حلفوا عليه من ترك الوطء ، فإن الله غفور لهم ما اجترموه من الذنب فى ترك الوطء ، وقصدهم الإضرار بهن ، [رحيم بهم] ^(١) ولسائر المؤمنين ، « فإن عزموا [الطلاق] ^(٢) : أى فإن امتنعوا من الفیئة وعولوا على الطلاق فإن الله سمیع للفظهم عليم بما فى قلوبهم .

وبهذه المعانى يستدل على أن الطلاق لا يكون بمضى الأربعة الأشهر [ق ٧٢هـ / ٧٢هـ] ، لأن « الفاء » فى قوله تعالى : ﴿فَإِنْ فَاءُوا ﴾ للتعقيب . ولقوله أيضاً [ق / ١٠٠ع] : ﴿فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ولا يسمع إلا الأصوات .
واختلفوا هل كل حالف على ترك الوطء يكون مؤلّياً أو لا يكون مؤلّياً إلا من قصد الضرر ؟ على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يكون مؤلّياً إلا من قصد الضرر بترك الوطء ، وأما من قصد [بذلك الصلاح] ^(٣) فلا [لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِبْصَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا] ، وهو قول ابن القاسم فى الذى حلف ألا يوطأ امرأته ، حتى تظم ولدها ، قال : لا يلزمه الإيلاء لأنه إنما قصد صلاح ولده .

والقول الثانى : أنه يكون مؤلّياً سواء قصد [إلى] ^(٤) الصلاح أم لا

(١) فى أ : غفور لهم .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ع : تقديم وتأخير .

(٤) سقط من ع .

(٥) سقط من أ

وهو ظاهر قوله آخر « الكتاب » فى المريض الذى حلف ألا يطاء امرأته حتى يبرأ من مرضه ، فقال هو مؤل ، ومعلوم أن المريض إنما قصد صلاح نفسه ، ومن قصد صلاح نفسه أعذر ممن قصد صلاح غيره ، والحمد لله وحده .

المسألة الثالثة (١)

فيما تكون به فيئة المؤلى ، وقد وقع فى الكتاب ألفاظ مضطربة ومعان مختلفة تشعر بالخلاف .

ونحن [لكل] (٢) ذلك واضحون بحمد الله وعونه ، فنقول وبالله التوفيق :

ولا يخلو من أن يكون يمين المؤلى بالله تعالى أو بغيره فإن كانت يمينه بالله تعالى ، فلا يخلو من أن يعلقها بفعل أو لا يعلقها بشئ .

فإن علقها [بفعل] (٣) مثل أن يحلف بالله ألا يطأ حتى يدخل الدار أو حتى يخرج إلى بعض البلدان ، ففيه ها هنا الفعل مع التمكين .

فإن أطلق يمينه ، فهل تصح [فيئته] بتقديم الكفارة على الوطء [أم لا] (٤) ؟ فالمذهب على قولين منصوبين فى « الكتاب » :

أحدهما : [أنها] (٥) تصح ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنها لا تصح بتقديم الكفارة حتى يطأ ، وهو قول الغير فى « المدونة » ولابن القاسم مثل قول غيره فى « المدونة » ، وذلك أنه قال فى المريض إذا فاء بلسانه أجزأه .

وقد اختلف فى ذوى الأعذار هل يقبل منهم الفية باللسان مع القدرة

(١) فى ج ، ع ، هـ : « المسألة الرابعة » . والذى يقتضيه الترتيب أن تكون هذه هى المسألة الثالثة .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : بشئ .

(٤) سقط من ألف .

(٥) فى أ : أنه .

على الكفارة إن كانت يمينه بالله تعالى ؟ على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : قول ابن القاسم أنها تقبل منهم ، وهو قوله في المريض .

والثاني : أنها لا تقبل منهم ، لأنه قادر على أن يكفر ، وهو قول مالك

في « الكتاب » في [الغائب] (١) .

فإن كانت يمينه بغير الله تعالى ، كالعتق والصدقة والطلاق ، فلا يخلو

ما حلف به من أن يكون معيناً أو مضموناً .

فإن كان معيناً وكان الطلاق بتاتاً في غير المؤلى منها ، [فلا خلاف] (٢)

عندنا أن الفيئة تصح بفعل ما حلف على فعله إن كان له عذر فإن لم يكن له عذر فقولان :

أحدهما : أنه كالمعذور ، وهو قوله في « الكتاب » .

والثاني : أن فيئته الوطء دون [فعل] (٣) ما حلف على فعله وهو قول

عبد الملك في « الواضحة » ، ومثله في « المختصر » .

وإن كان غير معين أو كان الطلاق دون البتات في غير المدخول بها ،

فهل تصح الفيئة بفعل ذلك دون الوطء أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن الفيئة تصح به دون الوطء ، وهو قوله في آخر « كتاب

الظهار » من « المدونة » في الذي حلف بعتق رقبة أن لا يطاء أهله فعتق

الرقبة لإسقاط الإيلاء ، أترأه مجزئاً عنه ولا إيلاء عليه ؟ قال : نعم ، وهو قوله في « كتاب محمد » .

(١) في أ : الغاية .

(٢) في أ : فلا يخلو .

(٣) سقط من أ .

والثانى : أن فيئته لا تصح إلا بالوطء دون فعل ما حلف على فعله ،
وهو قوله فى « كتاب الإيلاء » لاحتمال أن يفعل ذلك عن شىء قد سلف .
والحمد لله وحده [تم الكتاب بحمد الله وعونه وصلى الله على محمد
خاتم النبيين وإمام المرسلين] (١) .



كتاب اللعان

كتاب اللعان

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها مسألتان :

المسألة الأولى

[فى حده ^(١)] وهو مأخوذ من اللعنة وهو الإبعاد ، أعاذنا الله وإياكم من الإبعاد .

وسمى بذلك لأن الزوج يخمس بها ، وهى التى تبعده [عن ^(٢)] العذاب الواجب عليه بالقذف .

وسمى بذلك لتباعد ما بين الزوجين ، إذ لا تحل له أبدا بعد أن كانت [أقرب] الناس إليه .

والكلام فى هذه المسألة فى أربعة مواضع :

أحدها : فى صفة اليمين .

والثانى : فى المبدى باليمين .

والثالث : متى تنقطع العصمة بينهما ؟

والرابع : فى الفرقه بينهما ، هل هى [فسخ ^(٣)] أو طلاق ؟

فأما الموضع الأول : فى صفة [أيمان اللعان ^(٤)] ، وصفتها كصفة سائر الأيمان بالله تعالى .

(١) سقط من أ ، ع ، هـ .

(٢) فى هـ : من .

(٣) فى أ : فتح .

(٤) فى أ : أيمانها .

واختلف إذا قال : أشهد بالله دون أن يزيد عليها الذى لا إله إلا هو ، هل يُجزئُه أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يجزئُه ، وهو قوله فى « المَدَوْنَة » .

والثانى : أنه لا يجزئُه ، وهو قول « أشهب » .

وكذلك إذا حلف بالصفات ، هل هو كالحالف بالذات أم لا ؟ على قولين :

مثل قوله : أشهد بعلم الله فأشهب يمنعه ، وابن القاسم يجيزه .

وكذلك إذا جعل [من] ^(١) موضع « إنه لمن الصادقين » ما هو من الكذابين ، هل يجزئُه أو لا ؟ على قولين [أيضاً] ^(٢) .

ظاهر « المَدَوْنَة » الجواز ، وهو قوله فى « كتاب محمد » ، وقال القاضى أبو محمد عبد الوهاب : النظر ، يقتضى ألا يجوز .

واختلف إذا قذفها برؤية ، هل يصف نفسه بالصدق ويصف الزنا أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يحتاج إلى صفة الزنا ولا إلى صفة نفسه بالصدق ، وهو ظاهر « المَدَوْنَة » .

والثانى : أنه لا بد من أن يقول : وإنى لمن الصادقين ، لرأيتها تزنى كالمرود فى المكحلة ، وهو قول ابن القاسم فى وصف نفسه بالصدق فى « كتاب محمد » ، وهو قول محمد أيضاً فى « كتابه » فى صفة الزنا قال : وهو قول مالك وجميع أصحابه .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وإن كان فى لعانه ينفى الحمل ، هل يقتصر على مجرد القذف أو لابد من إضافة نفى الحمل إليه ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن يقول : أشهد بالله [أنها] ^(١) زنت ، دون أن يصف شيئاً وهو مذهبه فى « المدونة » .

والثانى : أنه لابد أن يضيف إليه : ما هذا الحمل منى ، وهو قول ابن القاسم فى « كتاب محمد » .

والموضع الثانى : من المبدى [باليمين] ^(٢) من الزوجين :

ولا خلاف أعلمه فى المذهب أن المبدى باللعان هو الزوج ، لقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ... ﴾ الآية .

فإن كان هذا عكساً للأصول ، والأصول [موضوعة] ^(٣) على أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، كما نص عليه الشارع ، إلا [أن] ^(٤) أيمان اللعان وأيمان القسامة قد بدأ فيها بأيمان المدعين والحكمة فى ذلك صيانة الدماء والأنساب ، فكانت أيمانهم تقوم مقام البينة لتعذر الشهود على دعواهم .

واختلف إذا بدأت المرأة باللعان على الزوج ، هل يعاد لعانها أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن اللعان لا يعاد عليها ، ولا على الطالب فى الحقوق ، وهو قول ابن القاسم .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : باللعان .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

والثانى : أنه يعاد عليها باللعان بعد لعان الزوج ، وهو قول أشهب .

وقال أبو القاسم بن الكاتب : قول أشهب أحسن ، لأن لعانها إنما تدرأ به [عنها] ^(١) ما يجب عليها [من العذاب] ^(٢) بالتعانه .

واختلف إذا نكلت عن اللعان بعد لعان الزوج ، ثم أرادت أن تلاعن بعد نكولها فبين المتأخرين قولان : (ق / ٢٠٩ أ) .

أحدهما : أن لها [معاودة اللعان] ^(٣) كما [لها] ^(٤) الرجوع عن الزنا إذا أقرت به على نفسها ، وهو قول أبى بكر بن عبد الرحمن ، وأبى على ابن خلدون وغيرهما .

والثانى : أنها لا تمكن من اللعان بعد نكولها لما يتعلق للزوج عليها فى ذلك من الحق ، وهو قول أبى القاسم بن الكاتب ، وأبى محمد بن اللؤلؤى وأبى عمران الفاسى رضى الله عنهم أجمعين .

وأما الموضع الثالث : متى تنقطع العصمة بينهما ؟ هل بتمام لعان المرأة أو بتمام لعان الزوج إذا [التعت] ^(٥) الزوجة ؟

فلا خلاف أعلمه فى المذهب فى الزوج إذا مات قبل أن يتم لعانه أو ماتت المرأة أن الميراث بينهما ثابت والعصمة بينهما قائمة .

واختلف المذهب عندنا إذا مات أحدهما بعد تمام لعان الزوج ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : معاودته .

(٤) فى أ : له .

(٥) فى أ : لعنت .

وقبل أن تلتعن هي ، هل يتوارثان أم لا ؟ [فالمذهب ^(١)] على ثلاثة أقوال [كلها قائمة من المدونة ^(٢)] :

أحدها : أن التوارث بينهما قائم [ق/ ١٠١ع] ، وهو مشهور المذهب ، وهذا القول قائم من « المدونة » من قوله : إذا كذب الزوج نفسه ، [قد ^(٣)] بقى من التعان الزوجة مرة واحدة أنه يجلد الحد ، وكانت امرأته .

فعلى هذا إذا مات الزوج بعد أن التعن ، وقبل أن تلتعن هي فإنها ترثه ، التعت [بعده ^(٤)] أو لم تلتعن ، وهو قول مطرف ، واختيار ابن حبيب .

والثانى : أنهما لا يتوارثان ، وأنه بتمام لعان الزوج : تنقطع العصمة [بينهما ^(٥)] ، وهو قول سحنون فى « العتبية إذا لاعن الزوج ونكلت المرأة ثم أكذب الزوج نفسه ، قال : لعانه ، قطعاً لعصمته ولا ميراث بينهما ، ونحوه لأصبغ فى « العتبية » : فى التى تزوجت فى عدتها ، فتأتى بولد ، فلاعن الزوج أنها تحرم للأبد على الذى لاعنها ولم تلاعنه ، وهو ظاهر قول مالك فى « الموطأ » ، ونص كلامه فيه ، قال مالك فى الرجل يلاعن [امرأته ^(٦)] فينزع ويكذب نفسه بعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن فى الخامسة أنه إذا [نزع قبل أن تلتعن جلد الحد ولم يفرق بينهما . وقوله ما لم تلتعن فى الخامسة مفهومه أنه إذا ^(٧)] التعن فيها فرق بينهما ،

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : قد .

(٤) فى أ : بعدها .

(٥) سقط من هـ .

(٦) فى ب : زوجته .

(٧) سقط من أ .

وهو قول [عبد الله بن عمرو بن العاص] ^(١) فى أثر « المدونة » ، وهو مذهب الشافعى رحمه الله .

والقول الثالث : [أنها] ^(٢) إن ماتت بعد لعان الزوج ، وقبل لعانها هى ورثها .

وإن مات هو بعد أن التعن ، فإن لاعتت فلا ميراث لها وإن لم تُلاعن فإنها ترثه وتحد ، وهو نص « المدونة » .

والموضع الرابع : فى [الفرقة] بين المتلاعنين ، هل هى فسخ أو طلاق؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن الفرقة بين المتلاعنين فسخ لا طلاق ، وهو مشهور المذهب .

[والثانى] ^(٣) : [أنها] ^(٤) فسخ بطلاق ، وهذا القول متأول على « المذهب » ، ولابن نافع فى « كتاب ابن مزين » ، ولعيسى : أحب للزوج أن يطلقها بعد تمام اللعان ثلاثاً ، كما جاء فى [ق / ١٨٣ ج] الحديث ، فإن لم يفعل فهو فراق ولا تراجع واختاره ابن لُبابة ، ورأى له الرجعة بعد زوج مع كراهيته له فى ذلك ، وهذا القول قائم من « المدونة » [من قوله] ^(٥) فى غير المدخول بها إذا جاءت بولد لستة أشهر ، وادعت أنه من الزوج وأنكره الزوج ، حيث قال : إنهما يتلاعنان ، ولها نصف الصداق .
وقال ابن الجلاب : لا شىء لها من الصداق .

(١) فى أ : عبد الله بن عمر والصواب ما أثبتناه من هـ . انظر المدونة (٢ / ٣٥٢) .

(٢) فى أ : أنه .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ ، ج : أنه .

(٥) سقط من أ .

وقد اختلف المتأخرون فى تأويل ما وقع له فى « المدونة » على أربعة أقوال :

أحدها : أن ذلك يتخرج على الخلاف عندنا فى اللعان ، هل هو فسخ أو طلاق ؟ فإثباته فيه الصداق يدل على أنه طلاق .
وقد يحتج قائلٌ هذا بقوله فى « الكتاب » : لأنها [فى] ^(١) عدة منه ، وهى مبتوتة .

والثانى : أنها أثبتت الدخول بأيمانها ، والزوج نفاهُ بأيمانه ، فتساوت [الدعوى] ^(٢) فى الصداق ، فقسم بينهما كما لو تعارضت الشهادتان والأيمان فى اللعان مقام الشهادة .

واعترض على هذا التأويل بأن مجرد دعواه هو لو لم يكن لعاناً يوجب له نصف الصداق [ق / ٧٣ هـ] ، ودعواها هى توجب لها جميعه ، فلم تعدل القسمة بينهما على النصف .

والقول الثالث : أنا إذا لم نعلم صدق الزوج ، ويتهم أنه أراد أن يطلقها وتحريمها باللعان ليسقط عن نفسه الصداق ألزمناه نصفه إذا حلف على نفى الدخول .

والقول الرابع : أن ذلك لاختلاف الناس فى اللعان ، هل هو فسخ أو طلاق ؟ فأوجب لها نصف الصداق [مراعاة للخلاف] ^(٣) .
وربك أعلم [والحمد لله وحده] ^(٤) .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : الدعوى .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من ج .

المسألة الثانية

إذا ادعى رؤية لا ميسر بعدها ولم يدع الاستبراء أو ادعاه على ما فى الكتاب من الاضطراب واختلاف القول ، واختلاف المتأخرين فى تحصيل ذلك ، ومعناه .

فمنهم من قال : جميع ما فى الكتاب يرجع إلى قولين : أحدهما : أن الولد بقى باللعان الأول جملة .

والثانى : بالتفصيل بين أن تأتى به لأقل من ستة أشهر ، فيكون للفراش أو تأتى به لستة أشهر فأكثر ، فيكون [للرؤية] ^(١) ، فينفى [الولد] ^(٢) باللعان [الأول] ^(٣) ، وصار قوله ومرة قال بنفيه وإن كانت حاملاً تكراراً لا يفيد .

وإلى هذا التأويل ذهب ابن لبابة .

وقيل معنى قوله : تنفيه وإن كانت حاملاً بلعان ثان ، وهو قوله فى باب لعان الأخرس على الرواية بإثبات الواو ، فى قوله ، ويكون [اللعان] إذا قال ذلك والذى كان نفياً للولد ويؤخذ من قوله فى الباب المذكور ^(٤) أيضاً ، أن الذى كان لما ادعى الاستبراء بعد ما وضعته ، فقد كان نفياً للولد، فلما استلحقه وأكذب نفسه فى الاستبراء صار قاذفاً .

ويؤخذ أيضاً من قوله هذا « صار قاذفاً أن من قذف زوجته بعد تمام

(١) فى أ : للزوجة .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

اللعان : أنه يحد ، والخلاف فيه فى المذهب .

فعلى هذا التأويل : يرجع ما فى « الكتاب » إلى ثلاثة أقوال :

أحدها : [مرة ^(١)] ألزمه الولد على التفصيل المتقدم .

والثانى : أنه ينفيه باللعان الأول .

والثالث : أنه ينفيه بلعان ثان ، وإن لم يدع الاستبراء ، وهو قول

[محمد بن عبد الحكم ^(٢)] وأصبح فى [غير « المدونة »] ^(٣) .

وقيل : أن ما فى الكتاب يرجع إلى أربعة أقوال .

ويستخرج القول الرابع من قوله فى « الكتاب » ومرة [ألزمه ^(٤)]

الولد [بلا تفصيل ^(٥)] بين أن تأتى به لأقل من [ستة أشهر ^(٦)] أو

لأكثر ، ولا [ينفعه ^(٧)] اللعان لأنه لم يدع الاستبراء ، وهو قوله فى

« كتاب محمد » ، ولعبد الملك وأشهد نحوه .

ثم اختلف على هذا التأويل فى معنى قوله : ينفيه وإن كانت حاملاً ،

هل هو مقر بالحمل ، علم به أو لم يعلم بذلك إلا [بعد الوضع ^(٨)] ؟

واختلف فى تأويل [قول ^(٩)] المخزومى الواقع فى الكتاب على ثلاثة

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : عبد الملك .

(٣) فى هـ : المدونة .

(٤) فى أ : ألزمت .

(٥) فى أ : بالتفصيل .

(٦) سقط من هـ .

(٧) فى أ ، ج : ينفيه .

(٨) فى أ : بالوضع .

(٩) سقط من أ .

أقوال:

أحدها : [أنه] ^(١) سواء علم الزوج [بالحمل] ^(٢) أو لم يعلم ، أقر بالحمل أم لا ، وهو نص قوله في كتاب محمد ، لأن الزوجة كانت مأمونة عنده على فراشه .

فلما اطلع على خيانتها : صح له نفى ما كان أمر به ، إذ لا يؤمن [أن يكون] ^(٣) ذلك عادة لها قبل ذلك ، ويدل عليه من قول المخزومي في الكتاب ، وقد أقر بالحمل .

[والثاني : أن معنى قول المخزومي] ^(٤) : إذا لم يعلم بالحمل وعليه يدل تفسيره آخر كلامه ، ويكون معنى قوله : [وهو] ^(٥) أقر بالحمل أى بالوطء ، [من باب] ^(٦) تسمية الشيء بما يكون منه ، وهو اختيار الشيخ أبى القاسم [بن محرز] ^(٧) .

والثالث : أن معنى قوله : [وقد] ^(٨) اعترف بالحمل أى اعترف به حين وضعته ، أنها كانت حاملاً ، وأنها [ولدت] ^(٩) ثم ينظر إلى [مدة] ^(١٠) الوضع ، وإن [كان] ^(١١) لسته أشهر أو لأقل . هو تأويل التونسي ، وهو

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من هـ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى أ : ولدت .

(١٠) فى ب : أمد .

(١١) فى أ : كانت .

أضعف التأويل .

فيأتى على [قول] ^(١) المخزومى ثلاث تأويلات :

الاعتراف بالحمل و الاعتراف بالوطء والاعتراف به [حين] ^(٢) الوضع
لا حين اللعان .

والحمد لله . [تمت رزمة الأنكحة بحمد الله وحسن عونه يتلوه رزمة
العبيد إن شاء الله] ^(٣)

(١) فى أ ، جـ : تأويل .

(٢) فى أ : يوم .

(٣) زيادة من جـ ، ع ، هـ .



كتاب العتق الأول

كتاب العتق الأول

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها [إحدى عشرة] ^(١) مسألة :

المسألة الأولى

فى اشتقاق العتق ، والأسباب التى يلزم بها .

والعتق عبارة عن ارتفاع الملك عن العبد ، ولذلك سميت الكعبة بالبيت العتيق ، لأنه لم يملكه أحد من الجبابرة .

وقد يكون اشتقاق العتق من الجود والكرم ، منه سمي الفرس العتيق إذا كان سابقاً ، وعتق الرجل كرمه ، فكان العبد لما زال عنه الرق ، ولحق بالأحرار وتم فصله سمي عتيقاً .

وهو من أفضل أعمال البر ، وأجل نوافل الخير ، وهو ينقسم إلى : واجب وتطوع .

فالواجب قد يكون بعشرة أسباب :

السبب الأول : بالتزام الرجل ذلك نفسه ، وتبتله عتق عبده ابتداءً .

والسبب الثانى : أن ينذر ذلك بأمرٍ كان أو يكون أو بالحنث أو غيره .

والسبب الثالث : أن تحمل [أُمَّتُهُ مِنْهُ] ^(٢) .

والرابع : أن يعتق بعض عبده ، فيكمل عليه باقيه .

والخامس : أن يُمَثَّلَ بعبده مثله ظاهرة . [ق / ١٠٢ع]

(١) فى ١ : أحد عشر .

(٢) فى هـ : تقديم وتأخير .

والسادس : أن يقتل نفساً خطأ .

والسابع : وطء المتظاهر .

والثامن : كتابة العبد .

والتاسع : مقاطعة العبد على مال .

والعاشر : أن يعتق عليه .

وأما التطوع فهو ما يوافقه الإنسان ابتداءً من غير تقدم سبب أوجهه .

واختلف فيما إذا كان ينذر من غير سبب ، كقوله : لله علىّ عتق

رقيقى [هل] ^(١) الأصل يجبر على عتقهم أو يؤمر ؟

قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه يؤمر ، ولا يخير ، وهو قوله فى « كتاب العتق الأول » .

والثانى : أنه يجبر ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « كتاب الهبات » ، إذا

تصدق على معين فى غير يمين ، حيث : قال إنه يجبر والمتصدق عليه معين

فى غير يمين فى كلا الموضعين ، وهو قول أشهب فى « مسألة العتق » فى

غير « المدونة » .

وقد قيل : « إن ذلك اختلاف يرجع إلى حال ، وأن ابن القاسم إنما

قال : يؤمر إذا قال : أنا أفعل ، لينال مقصودة من الأجر والقربة لأن الخبر

ينافى الثواب المترقب ، حتى إذا ظهر وتحقق أنه لا يفعل فخير حينئذٍ ، كما

قال أشهب .

والحمد لله وحده .

(١) فى أ : هو .

المسألة الثانية

إذا قال : عبيدى أحرار ، ففي ذلك ثلاثة أسئلة :

الأول : إذا قال : رقيقى أحرار .

والثانى : إذا قال : ممالكى أحرار .

والثالث : إذا قال : عبيدى أحرار .

فالجواب عن السؤال الأول : إذا قال : رقيقى أحرار ، فلا خلاف عندنا فى المذهب أن الإناث يدخلن تحت لفظه ، إذ ليس فى كلام العرب صيغة ينفردن بها فى هذا اللفظ ، فإذا قال : رقيقى أحرار عتق عليه جميع ما عنده من الذُكران والإناث ، ولا يصدق إذا ادعى أنه أراد الذُكران دون الإناث .

والجواب عن السؤال الثانى : ممالكى أحرار هل [يتناول] لفظه [الذكور]^(١) [و] ^(٢) الإناث أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن الإناث يدخلن تحت لفظه ، وهو قوله فى « المدونة » .

والثانى : أن الإناث [لا] ^(٣) يدخلن ، وأن اللفظ لا يتناولهن .

والقولان لسحنون فى « العُتبية » .

وسبب الخلاف هل تغلب الدلالة العُرفية على الدلالة الوضعية أم لا ؟

[و] ذلك ^(٤) أن عرف الاستعمال فى الممالك يشمل الذكور والإناث ،

(١) فى ج ، ع ، هـ : الذُكران .

(٢) فى أ : دون .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

حتى [لا يعقل] ^(١) من لفظ [من تلفظ] ^(٢) [بهذا] ^(٣) إلا العموم والشمول .

وأما الدلالة الوضعية : [فمعلوم] ^(٤) من مواصفات العرب ، أفراد كل واحد بصفته ، فنقول : مملوك ومملوكة ، وهذا على القول بأن اللغة [إنما] ^(٥) تؤخذ اصطلاحاً ، وهى مسألة يختلف فيها الأصوليون .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا قال عبيدى [أحرار] ^(٦) فهل يندرج الإناث تحت [اللفظ] ^(٧) أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين فى « المَدُونَة » :

أحدهما : [أن الإناث] ^(٨) لا يدخلن تحته ، وهو ظاهر قوله فى « كتاب العتق الأول » (ق/ ٢١٠ أ) حيث قال : « كل عبد اشتريته أو كل جارية » اشتريتها ، فهى حرة ، وهو ظاهر قوله فى « كتاب الصيام » من « المَدُونَة » [فى قوله] ^(٩) شهادة العبيد والإماء ، هل تجوز بانفراد كل واحد منهما بصيغته ، ويشهد لهذا القول من كتاب الله تعالى : ﴿ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ ، وقال أيضاً : ﴿ وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ ﴾ ﴿ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ ﴾ [البقرة: ٢٢١] .

والقول الثانى : أن الإناث يدخلن تحت لفظة العبيد ، وهو ظاهر قوله فى

(١) فى هـ : لعقل .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ ، ج : بها .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : الذكران .

(٨) فى أ : أنه .

(٩) سقط من أ .

« كتاب القذف » من « المدونة » : فى العبد والأمة إذا أُعتقا ، فقال لهما رجل : زنيما فى حال العبودية ، حيثُ قال : لا حدَّ عليه إذا أقام البينة أنهما زينا ، وهما عبدان ، ويدلُّ عليه من كتاب الله تعالى قوله : وما ربك بظلام للعبيد ولا خلاف بين الأمة أن ذلك عام فى الجميع ، ومصدق ذلك أيضاً أن العرب تقول للأمة عبدة .

ولهذا اتفق العلماء فى قوله عليه السلام « من أعتق شركاً له فى عبد » أن الأمة فى معنى العبد ، إما لاشتراكهما فى [الصفة] ^(١) كما قال بعضهم ، وإما لكونه قياساً على الأصل ، وهو مذهب حذّاق الأصوليين . [وإلى] ^(٢) أن لفظ [العبيد] يتناول الذكور والإناث ذهب فضل بن سلمة واعتمد ما استقرأ من « كتاب القذف » ، ولا معتمد له فيه ، [لأن قوله] ^(٣) : وهما عبدان من باب تغليب المذكر على المؤنث إذا اجتمعا .

وسبب الخلاف : ما تقدم من الدلالة العرفية والوضعية أيهما يغلب .
والحمد لله وحده .

(١) فى أ : الصيغة .

(٢) فى هـ : على .

(٣) سقط من أ .

المسألة الثالثة

إذا قال : كل عبدٍ أملكه أو اشتريه فهو حرٌ ولا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يُعبر بلفظ الاستقبال .

والثاني : أن يعبر بلفظ يقتضى [الحال] ^(١) .

والثالث : أن يعبر بلفظ مشكل [مضارع] ^(٢) للحالين .

فأما الوجه الأول : إذا عبر بلفظ يقتضى الاستقبال أو [ما] ^(٣) فى معناه ، مثل قوله : كلُّ عبدٍ أملكه فيما أستقبل . أو غداً أو أبداً ، وقال : اكتسبه أو أستفديه أو يدخلُ فى ملكى أو أملكه إلى شهر أو سنة .

فلا خلاف فى هذا الوجه أنه لا يدخل فيه ما فى ملكه ، وإنما يلزمه فى الاستقبال [مع] ^(٤) ، التخصيص إمّا بالزمان أو بالبلدان وإما بالجنس والأعيان ، [ويسقط] ^(٥) مع الشمول والعموم ، لأن ذلك من باب تضيق الواسع وسد باب الإباحة .

وأما الوجه [ق/ ١٨٤ ج] الثانى : إذا عبر بلفظ الحال ، مثل قوله : كل عبدٍ أملكه الآن ، أو ملكته ، أو فى ملكى ، أو تحت يدى ، أو عبدى ، أو عبيدى ، أو مماليكى ، أو رقيقى ، فلا خلاف فى المذهب أنهم يدخلون فى اليمين ويعتقون عليه ، دون ما يستأنف تملكه بعد اليمين . وأما

(١) فى أ : الاستقبال .

(٢) فى أ : مطاوع .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : وليقص .

الوجه الثالث : إذا عبر بلفظ مشكل مضارع للحالتين حالة الماضي وحالة الاستقبال .

والمضارع فى وضع اللغة : المشابهة ، كقوله : كُلَّ عَبْدٍ أَمْلِكُهُ أَوْ أَشْتَرِيهِ ، هل يختص بالحال أو بالاستقبال أو يعم الوجهين ؟

فعلى هذا الاحتمال تتخرج أجوبة الكتاب ، وعليه يتنزل تأويل ما تأول فيه من الاضطراب ، هل إنما اختلف الجواب لأجل اختلاف السؤال أو لأجل اختلاف [ق/ ٧٤ هـ] الأحوال أو إنما هو اختلاف أقوال ؟

فمره جعله للحال خصوصاً ، وهو قوله : [إذا قال : إن : دخلت الدار فكل مملوك أملكه أبداً فهو حرٌّ فدخلها فقال : يعتق عليه إذا حنث إلا فيما عنده يوم حلف ومرة جعله للاستقبال [خصوصاً] ^(١) وهو قوله] ^(٢) .

إن كلمت فلاناً أبداً ، فكل مملوك أملكه من [الصقالبة] فهو حر ، قال : فذلك عليه عند مالك إذا كلم فلاناً ، فكل مملوك يملكه بعد ذلك من الصقالبة حر ، قال : ذلك عليه عند مالك إذا كلم .

وقوله : « بعد ذلك » يريد بعد يمينه ، يشعر بأنه لا شئ عليه فيما عنده من الصقالبة قبل يمينه ، وهذا ظاهر قوله فى « الكتاب » .

ومرة يرى أن قوله : أَمْلِكُهُ أَوْ أَشْتَرِيهِ يعم الوجهين وهو قوله فى « الكتاب » إذا قال : كل عبدٍ أملكه فهو حر . أو قال : كل جاريةٍ أشتريها فهي حرة . فلا شئ عليه ، لأنه قد عم ومفهوم قوله : أنه لو خص ذلك بزمان أو بمكان أو بجنس للزمه العتق فيما عنده قبل يمينه ، وفيما يملكه بعد

(١) فى هـ : خلوصاً والمثبت من جد وهو الصواب .

(٢) سقط من أ .

يمينه . وعلى هذا تأويل بعضهم « مسألة الصقالبة » وقال : معناها لم يكن عنده صقلبي ، ولو كان عنده لعتق .

ومن المتأولين من جعل ما فى الكتاب اخلاف سؤال ، وأن الأبد عند مالك عائد على دخول الدار ، وعند أشهب عائد « على الملك وإن كان كل واحد منهما تكلم على ما لم يتكلم عليه الآخر ، ولا سيما [على نقل أبى سعيد ^(١)] [البراذعى] ^(٢)] فى التهذيب [^(٣)] .

وفى الرواية الصحيحة ، رواية يحيى بن عمر أن « أبداً » فى الدخول لا فى الملك ، وأنه لا تأثير له فى الفقه أيضاً فى إثباته الدخول ولا فى إسقاطه ، وإنما تأثيره إذا كان عائداً على الملك فى الإثبات والإسقاط .

وهكذا اختلفت أجوبة ابن القاسم فى « المدونة » أيضاً فى دخول الدار .

وكلام زيد فى مسألة الصقالبة : إما أن يحمل على أنه اختلاف سؤال .

وفى بعض روايات « المدونة » : فكل مملوك أملكه بعد ذلك . حكاها ابن أبى زمنين ، فعلى هذا يكون اختلاف سؤال فلا إشكال ، ويحمل على أنه اختلاف [حال] ^(٤) [على] ^(٥) الرواية المشهورة ، كل مملوك أملكه من الصقالبة بهد ذلك . بإسقاط « بعد ذلك » [ق / ١٠٣ ع] الذى هو للاستئناف .

أو يحمل [جوابه] ^(٦) : فى « مسألة الصقالبة » على أنه لم يكن عنده

(١) فى هـ : على ما نقل أبو سعيد .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : فى .

(٦) فى أ : قوله .

يوم اليمين عبد صقلبي ، ولو كان عنده لعتق مع ما يملكه في المستقبل لأنَّ يمينه على الخصوص ، كما لزمه العتق فيما عنده في مسألة الدخول ، وإلى هذا التأويل مال أكثر شيوخ المتأخرين ،

ومنهم من حمل الكلام على ظاهره ، وجعل ذلك اختلاف قول واضطراب رأى ، وهو الصحيح ، وهو مذهب سحنون فيها أملكه أن ذلك للاستقبال .

فيتحصل من الكتاب على هذا التأويل إذا قال : كلُّ عبد أملكه أو اشتريه ، ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه للحال خاصة ، وهو قوله في مسألة الدخول .

والثاني : أنه للاستقبال مجرداً ، وهو قوله في مسألة الصقالبة .

والثالث : أنه للعموم في الحال والاستقبال ، وهو قوله في « الكتاب » كلُّ عبد أملكه أو كل جارية اشتريها فهي حرة ، [حيث ^(١)] قال : لا شيء عليه ، لأنه قد عم .

وظاهر قوله أنه لا شيء عليه لا في الحال ولا في الاستقبال .

[لأجل العموم . مفهومه أنه لو خص ألزمه فيما عنده وفيما يملك] ^(٢)

والحمد لله وحده على كل حال .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

المسألة الرابعة

إذا قال : إن كلمت زيداً ، فعبدي فلان حر .

فلا يخلو من أن يحنث قبل أن يخرج من ملكه أو بعد أن أخرجه من ملكه .

فإن حنث قبل أن يخرج من ملكه عتق عليه ، بلا خلاف .

فإن حنث بعد أن أخرجه من ملكه ، ثم عاد إليه بعد ذلك ، فلا يخلو من أربعة أوجه :

أحدها : أن يخرج العبد من يده اختياراً [وعاد إليه اختياراً] ^(١) .

والثاني : أن يخرج من يده اضطراراً ، وعاد [إليه] ^(٢) اضطراراً .

والثالث : أن يخرج من يده اضطراراً ، وعاد إليه اختياراً .

والرابع : أن يخرج من يده اختياراً ، وعاد إليه اضطراراً .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا خرج من يده من يده اختياراً ، وعاد إليه اختياراً مثل : أن يبيعه ثم اشتراه ثم كلم زيداً ، هل يعود عليه اليمين أم لا فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن اليمين ساقط عنه ولا يعود إليه ، لزوال الملك الأول الذي وقع فيه اليمين ، [وهو قول ابن بكير] ^(٣) ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « كتاب الأيمان بالطلاق » فيما إذا حلف بطلاق امرأته البتة إن فعل كذا

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

وكذا ، فطلقها ثلاثاً ، ثم تزوجها بعد زوج ، ثم فعل ما حلف عليه أن اليمين ساقط عنه لزوال الملك الذى فيه .

والثانى : أن اليمين يعود عليه ، وهو نص قول ابن القاسم فى الكتاب .
وسبب الخلاف : هل يُتَّهم السيد فى إخراج العبد من ملكه فى الفرار من الحنث أم لا ؟

فابن القاسم اتَّهمه أن يتواطئ مع المشتري فيما أظهره من صورة البيع ، ليسلم من الحنث ، ولهذا فرق بين البيع والميراث .

وابن بكير لم يتهمه لضعف الأسباب المؤثرة فى قيام التهمة ، بل لعدمها جملة .

فإذا كانت التهمة فى أن يتفق البائع والمشتري فيما أظهره من البيع ، وأين التهمة إذا مات المشتري ، ثم اشتراه البائع من ورثته أو تداولته الأملاك فى حياة المشتري الأول [حتى] ^(١) اشتراه الحالف البائع من آخرهم مع طول الزمان .

وهذا كله يؤخذ [من] قول ابن القاسم فى مراعاة التهمة ، وبهذا وأمثاله صار قول ابن بكير أصح من قول ابن القاسم فى المسألة ، وأن التهمة لو كانت محققة لحنث إذا كلم زيدا ، والعبد فى ملك غيره ، ولأن العبد لم يخرج [ذلك] ^(٢) من ملكه .

والجواب عن الوجه الثانى والثالث : إذا خرج من يده اضطراراً واختياراً ، وعاد إليه اضطراراً [أو اختياراً] ^(٣) مثل أن يبيعه الحالف باختياره أو باعه

(١) فى أ : ثم .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

عليه [الإمام] ^(١) فى فلس ثم ورثه بعد ذلك ، فلا يخلو من وجهين :
أحدهما : أن يصير له من الميراث مقاسمة ، أو اشتراه من تركة من هو
وارثه .

فإن أخذه فى سهمه فى المقاسمة : فلا خلاف أن اليمين ساقط عنه ولا
يعود عليه .

فإن اشتراه من جملة التركة ، فإن كان مثل ميراثه أو أقل [فقولان] ^(٢) :
أحدهما : أن اليمين [ساقطة] ^(٣) لا تعود عليه ، وهو نص المدونة .

ويخرج من الكتاب قول ثان : أن اليمين تعود عليه ، إذ لا فرق بين
أن يشتريه [من تركه] ^(٤) من يرثه أو [من تركه] ^(٥) غيره ، لأن سهمه
من الميراث لم يتعين فى عين ذلك العبد ، بل [هى] ^(٦) فى بعضه ، ثم
إنه [قد] ^(٧) اشترى [بقيته] ^(٨) لبقية سهمه من جملة التركة ، فصار
بمنزلة ما لو كانت قيمته أكثر من سهمه ، [فأدى] ^(٩) بقية الثمن من عنده .
وهذا الفصل قد منعه فى « الكتاب » ، ولا فرق بين [الفصلين] ^(١٠)
فلو كان فى التركة من العبيد ما ينقسم ، فقسموهم ، فصار سهمه على

(١) فى هـ : السلطان .

(٢) فى أ : قولان .

(٣) سقط من أ ، جـ .

(٤) سقط من هـ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى أ : فرد .

(١٠) فى أ : الأصلين .

ذلك العبد [بعينه] ^(١) ، يتخرج عتقه [عليه] ^(٢) على [الخلاف] ^(٣) في
القسمة هل هي بيع أو تمييز حق ؟

فإن كان العبد [أكثر] ^(٤) من ميراثه ، فهل يعتق عليه إذا [حث] ^(٥)
أو يسقط عنه اليمين ؟ قولان :

أحدهما : أن اليمين [يعود عليه لأنه اشترى بعضاً وورث بعضاً وهو
نص قوله في المدونة .

والثاني : أن اليمين ^(٦) تسقط ، ولا تعود عليه ، وهو اختيار
اللخمي ، لضعف أمر التهمة ، وتغليباً لشأبة الميراث .

والجواب عن الوجه الرابع : إذا خرج من يده اضطراراً ، وعاد إليه اختياراً
مثل : أن يبيعه عليه السلطان في فلس ، ثم اشتراه بعد ذلك ليسر حدث أو
قبله من واهب أو موصي ، هل يعود عليه اليمين أم لا ؟ فالمذهب على
قولين [قائمين] ^(٧) منصوصين في « المدونة » :

أحدهما : أن اليمين يعود عليه ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : سقوطها ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف في بيع السلطان ، هل يسقط عنه التهمة ويزيل الظنة أم
لا ؟ (ق / ٢١١ أ) .

فابن القاسم يقول : لا يزيلها ، لاحتمال أن يكون قد أخفى ماله وأظهر

(١) في أ : بقيمته .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : الإختلاف .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : حلف .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من هـ .

الفلس حيلةً فى إسقاط اليمين عن نفسه ، يبيع السلطان العبد [ثم يسترجعه] ^(١) فى ثانى حال .

والغير يقول : [يزيل] ^(٢) التهمة ، لأن بيع السلطان العبد ، يسقط كل تهمة ، لاستحالتها عادة وعرفاً أو يعرض الإنسان عرضه [ومهمته] ^(٣) لليمين فى محافل القضاة وأندية الولاية مع ما فى ذلك من الابتلاء بأنواع من التهديد ، وضروب من الوعيد المحتوم باليمين فى مقطع الحق وملاً من الخلق ، أنه ما ألد ولا شرك وليس وجد للقضاء موضعاً لفعل .

[فأين تبقى] ^(٤) التهمة ، مع هذا [الامتحان] ^(٥) الواجب على السلطان : أن يستديم العمل به فى كل زمان وأوان ، وهو الحقُّ إن شاء الله تعالى .

ويلتحق بالمسألة وجهٌ آخر : إذا باعه ثُمَّ رُدَّ إليه بعيبٍ ، هل يحنت بكلام زيد قبل أن يرد عليه أم لا ؟ قولان قائمان فى « المدونة » :

وسبب الخلاف : الرد بالعيب ، هل هو نقض بيع أو [هو] ^(٦) بيع مبتدأ ؟

فعلى القول بأنه نقض بيع : فإنه يحنت ويعتق عليه إذا رد ، وهو قول أشهب فى « كتاب الاستبراء » .

وعلى القول بأنه بيع مبتدأ ، فيخرج على الخلاف الذى قدمناه بين ابن

(١) فى هـ : ليستخرجه .

(٢) فى أ : تزول .

(٣) فى هـ : مصحبه .

(٤) فى أ : فإذا ثبتت .

(٥) فى أ : الاحتمال .

(٦) سقط من أ .

القاسم وابن بكير ، وهو قول [ابن القاسم] ^(١) [فى « كتاب الاستبراء »] ^(٢) ، فى الأمة الرائعة إذا رُدَّت بعيب ، فالمواضعة فيها على المشتري ، وهذا منه بناءً على أنَّ الرد بالعيب بيع مبتدأ .
والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من هـ .

المسألة الخامسة

فى اليمين بالعتق على فعل ، ولا يخلو الحالف من ، وجهين :

[أحدهما] ^(١) : أن يحلف على فعل نفسه .

[والثانى] ^(٢) : أن يحلف على فعل غيره .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا حلف على فعل نفسه ، فلا يخلو من

وجهين :

أحدهما : أن يحلف [ألا يفعل . والثانى : أن يحلف ليفعلن فإن

حلف ألا يفعل من أن يحلف] ^(٣) بعتق عبده ألا يفعل فعلاً ، فإنه على بر

، ويحل له البيع والوطء حتى بفعل ذلك الفعل .

فإن فعله والعبد فى ملكه : عتق من رأس ماله إن كان [فعله] ^(٤) فى

الصحة [ق / ١٠٤ ع] أو من الثلث إن كان فعله فى المرض .

واختلف [فيما إذا ولد] ^(٥) للعبد من أمته قبل الحنث ، هل يدخل

معه فى الحرية أم لا ؟ قولان :

أحدهما : أنه لا يدخل معه ، وهو قول ابن القاسم [وهو مذهب] ^(٦)

« المدونة » .

(١) فى « أ : إما .

(٢) فى أ : وإما .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : فيما يولد .

(٦) فى أ : فى .

والثانى : أنه يدخل معه ، وهو قول أصبغ .

وأما إن حلف ليفعلن ، فلا يخلو من أن يضرب ليمينه أجلاً أم لا ؟
فإن ضرب ليمينه أجلاً : فإنه يمنع من البيع اتفاقاً ، وفى الوطاء قولان :
أحدهما : أنه [لا] ^(١) يمنع منه ، وهو قول ابن القاسم فى « الكتاب » .
والثانى : [أنه] ^(٢) يمنع منه ، وهو قول مالك أيضاً فى « المدونة » ، وهو
قول ابن القاسم فى « العتية » .

وسبب الخلاف : هل ذلك شبيه بنكاح [المتعة] ^(٣) أم لا ؟
فإن مضى الأجل ولم يفعل : فإن العبد يعتق من رأس المال ، إن حل
الأجل والسيد صحيح .

وإن مات السيد فى الأجل ، فهل يُعتقُ العبد أم لا ؟ قولان :
أحدهما : أنه لا يُعتق عليه ، وهو نصُّ قول ابن القاسم فى « المدونة » ،
وهو المشهور ، لأنه صار فى ملك الوارث قبل بلوغ وقت حثه .
والثانى : أنَّ العبد يُعتقُ ، وأنه يحنث وإن مات فى الأجل ، وهو قول
ابن كنانة ، لأن الحنث يقع عليه .

وأما إذا لم يضرب [ق / ١٥٨ جـ] ليمينه أجلاً ، فلا يخلو من وجهين :
أحدهما : أن يحلف ليفعلن فعلاً فى عبده .
والثانى : أن يحلف أن يفعله فى غيره .
فإن حلف ليفعلنه فى [غيره] ^(٤) مثل : أن يحلف بعتقه ليضربنه .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : المعتدة .

(٤) فى ع ، هـ : عبده .

فإن حلف على ضرب يجوز له ، فإنه يمكن من ضربه ويبر في يمينه .
 فإن باعه قبل أن يضربه : فالبيع مردود مع القيام ، وهل يرد إلى
 الإيقاف أو إلى حرية [ق / ٧٥ هـ] ؟ قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه يُرد إلى الإيقاف [وهو قول ابن القاسم] ^(١) .

والثاني : أنه يُرد إلى الحرية ، وهو قول ابن دينار .

فإن مكنه المشتري من الضرب من ملكه ، فضربه ، فهل يبرأ بذلك أم
 لا ؟ قولان قائمان من « المدونة » منصوصان في المذهب .

وسبب الخلاف : هل المعتبر في الأيمان ما يوجه اللفظ أو المعتبر المقصد ؟
 وعلى القول بأنه يُرد إلى الملك ، فإن كاتبه سيده وضربه في كتابته ،
 هل يبرئه ذلك الضرب ويستمر على كتابته ؟ قولان قائمان من « المدونة »
 منصوصان في المذهب :

أحدهما : أنه يبرأ ، وهو قول مالك وابن القاسم .

والثاني : أنه لا يبرأ ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : تردد [المكاتب] ^(٢) بين البقاء في الملك والخروج منه .
 وعلى القول بأن ذلك الضرب لا يبرئه : فإن الكتابة تُوقَف ، فإن أداها بعد
 أن كان عتيقاً بالحنث ، ويرد عليه جميع الكتابة ، وكأنه لم يزل عتيقاً ،
 وهذا مثل أحد قولي مالك في آخر « كتاب العدة » في أمّ ولد المكاتب ،
 [أنها] ^(٣) تكون أمّ ولد بما ولدت [في] ^(٤) الكتابة إذا أدى .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : الكتابة .

(٣) في أ : إنما .

(٤) سقط من أ .

فإن عجز ورجع رقيقاً للسيد ، هل يبرئُهُ ذلك الضرب [أو لا يبرئه إلا ضرباً آخر] ^(١) ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يُجزئُهُ [وهو قول أشهب] ^(٢) .

والثانى : أنه لا [يجزئه] ^(٣) إلا ضرب آخر ، وهو قول أصبغ .

وسبب الخلاف : اعتبار الحال والمآل ، كما تقدم

فإن مات السيد قبل الضرب : فإن العبد يعتق من الثلث .

فإن حلف على ضربٍ لا يجوز : فإنه لا يمكن منه ، ويعجل عليه العتق فى الحال .

فإن اجتراً وضربه ، فإنه يبرأ من الحنث ، ويكون [مأثوماً فيما] ^(٤) بينه وبين الله تعالى .

وأما إذا حلف على فعل يفعل فى [غير عبده] ^(٥) كقوله : إذا لم أدخل الدار ، فعبدى فلان حرٌ . فإنه يمنع من البيع اتفاقاً ، وفى الوطاء أربعة أقوال :

أحدها : أنه يمنع منه جملة [وهو نص المدونة] ^(٦) .

والثانى : التفصيل بين أن يكون [يمينه] ^(٧) على ما هو كالأجل ، مثل أن يحلف ليكلمن زيداً أو ليركبن هذه الدابة ، فله أن يظأ ، لأن حساة

(١) فى هـ : أو لابد له من ضرب آخر .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : يبرئه .

(٤) فى هـ : ما نوى .

(٥) فى أ : غيره .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : مقصد .

المحلوف عليه ، كالأجل أو تكون يمينه على دخول الدار وشبهه ، فيمنع من الوطء ، وهو قول مالك في « كتاب محمد » .

والقول الثالث : عكس ذلك أنه إن كانت يمينه مما يقع عليه الحنث في حياته يوماً ما منع من الوطء .

وإن كان مما لا يقع الحنث [فيه] ^(١) إلا بموت نفسه مثل : أن يحلف إن سافر ليتزوجن ، فلا شيء عليه ، لأن الحنث والعقق إنما يقع عليه بموته ليس في حياته ، وهو قول ابن كنانة في « كتاب ابن حبيب » .

والقول الرابع : أنه لا يمنع من الوطء جملة ، وهو ظاهر قوله مالك : أن ترك الوطء محدث ، ليس من الأمر القديم . يريد أنه لا يمنع منه على حال من الحالات قال : والاستحسان [منع] ^(٢) الوطء ، وليس بواجب ، ولأنه منع منه [من منع] ^(٣) ، لأنه شبيه بنكاح المتعة واختلف فيما ولد العبد من أمته ، هل يدخل معه في العقق أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يدخل معه ، وهو مشهور المذهب .

والثاني : أنه لا يدخل معه ، وهو قول الغير ، وهو قول شاذ .

والجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم : وهو أن يحلف على فعل غيره فلا يخلو من أن يحلف ألا يفعل أو يحلف ليفعلن .

فإن حلف ألا يفعل مثل أن يقول : عبدى حر إن فعل فلان كذا فهو كالحالف على فعل نفسه أيضاً .

وإن لم يضرب أجلاً ، فلا يخلو من وجهين :

(١) سقط من أ .

(٢) في ع ، هـ : ترك .

(٣) سقط من أ .

أحدهما : أن يحلف على فعل غيره .

والثاني : أن يحلف على فعل عبده .

فإن حلف على فعل عبده مثل قوله : عبدي [فلان] ^(١) حر إن لم [يدخل] ^(٢) الدار فلا يخلو السيد أيضاً من أن يريد إكراهه [على الفعل] ^(٣) أم لا : فإن نوى إكراهه على الفعل ، فله أن يكرهه على الفعل ، ويبرئ .
فإن مات السيد قبل أن يكرهه على الفعل ، فإن العبد يعتق من الثلث ، وهل يبرئه إكراه الورثة [أم لا] ^(٤) ؟ قولان قائمان من « المدونة » من « كتاب بيع الخيار » ومن « كتاب التذوق » من مسألة الذي جعل امرأته [بيد أمها ثم] ^(٥) ماتت الأم .

ومن مسألة الذي حلف لغريمه ليقضينه حقه رأس [المال] ^(٦) إلا أن يؤخره .

وأما إن حلف على فعل الأجنبي كقوله : إن لم يحج فلان ، فعبدى حرٌّ . فهل هو كالحالف على فعل نفسه [أم لا] ^(٧) ؟ فالمذهب على قولين : أحدهما : أنه كالحالف على فعل نفسه .

والثاني : [أنه] ^(٨) ليس كالحالف على فعل نفسه ، وهو مذهب

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : أدخل .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : بيدها إن .

(٦) في هـ : الهلال .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

«المُدَوْنَةُ» .

لأنه قال : يتلوم للأجنبي ولا يتلوم للحالف .

فإن فعل فلان بر الحالف ، وإن أبى أن يفعل تلوم له السلطان
[على] ^(١) قدر ما يرى أن الحالف أراد .

فإن أبى من الفعل عتق العبد ، واختلف إذا مات السيد الحالف فى أيام
التلوم ، هل يعتق العبد أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يعتق من الثلث ، وهو قول ابن القاسم فى « المَدَوْنَةُ » .

والثانى : أنه لا يعتق من الثلث ، ولا من رأس المال ، وهو قول أشهب
فى « الكتاب » .

والثالث : أنه لا يعتق من الثلث [وهو قول ابن القاسم فى المدونة] ^(٢)
وهكذا اختلف ، هل للسيد الوطاء فى أيام التلوم أم لا ؟ على قولين :
فعلى قول ابن القاسم : يُمنع .

وعلى القول أشهب : [لا] ^(٢) يمنع .

وسبب الخلاف : هل التلوم كالأجل أم لا ؟

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

المسألة السادسة

إذا قال : أحد عبيدى حرٌّ أو إحدى نسائي طالق .

فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون له نية فى واحد بعينه ، وهو ذاكِرٌ له .

والثانى : أن يكون له نيةٌ فى واحد بعينه ، ونسيه .

والثالث : ألا يكون له نية فى واحد بعينه .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كانت له نية فى واحد بعينه ، وهو ذاكِرٌ له

فلا خلاف أن ذلك المعين يعتق وحده ، ولا شىء على السيد فيما عداه ، وكذلك الطلاق .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا نوى واحداً بعينه ثم نسيه ، فلا يخلو من

وجهين :

أحدهما : أن يتذكر بعد النسيان [والثانى : أن يستمر عليه النسيان] ^(١) ،

فإن تذكر بعد النسيان ، وقال : نويت مرزوقاً ، فلا يخلو من أن يدعى ذلك فى صحة أو مرض .

فإن ادعى ذلك فى صحة ، فلا خلاف أعلمه فى المذهب نصاً أنه

يصدق ، وهل ذلك بيمين أو بغير يمين ؟ قولان :

أحدهما : أنه يصدق [فى التعيين] ^(٢) بغير يمين ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنه لا يصدق إلا بيمين ، وهو قول أشهب .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن ادعى ذلك فى مرض و[عنده] (١) عبدان فلا يخلو من أن يكونا متكافئين أو مختلفين .

فإن كانا متكافئين : صدق وخرج [ق / ١٠٥ ع] الذى نواه ، وعينه من رأس المال اتفاقاً .
وإن كانا مختلفين .

فإن قال : نويت الأدنى صدق وعتق من رأس المال .
وإن قال : نويت الأعلى هل يجعل الفضل من قيمته فى الثلث أو يخرج الجميع من رأس المال ؟ قولان منصوصان فى « المدونة » :
أحدهما : أن الفضل مجعول فى الثلث ، وهو قول ابن القاسم .
والثانى : أن جميعه خارج من رأس المال ، وهو قول الغير [فى المدونة] (٢) .

وسبب الخلاف : المخير بين شيئين ، هل يعد مختاراً لما ترك أم لا ؟
إلا أن ابن القاسم يلزمه على [هذا البناء] (٣) إذا قال : نويت الأدنى ، أن يقال : يجعل فى الثلث أيضاً ، لأنه إنما جعل الفضل فى الثلث لاحتمال أن يكون قد اختار الأدنى أولاً ، ثم انتقل إلى الأعلى ثانياً ، فيكون فى ذلك (ق / ٢١٢ أ) عتقاً مبتدأ فى المرض فيصرف إلى الثلث .
وبذلك أيضاً يحتمل أن يختار أيضاً الأعلى أولاً ، ثم انتقل إلى الأدنى ثانياً ، فيكون عتقاً مبتدأ فى المرض فيصرف إلى الثلث .
وهذا الالتزام ، لازم لابن القاسم ، ولا محيص له عنه ولا مناص .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : هذه النية .

وهذا التفصيل بين الصحة والمرض يلزم فى الوجه الأول إذا لما يسأل السيد عن نيته حتى مرض .

والجواب عن الوجه الثانى من الوجه الثانى : إذا استمر عليه النسيان فإنه يعتق عليه ما عنده من العبيد ، ويطلق ما عنده من النساء ، وذلك تحكم ، وهو من باب تغليظ الحظر على الإباحة إذا اجتمعا .

ولو كانا عبيدين ، ولكل واحد منهما أولاد أحرار ، فماتا وخلفا مالا قبل أن يحكم بعقدها ، فإن المال بين السيد و [بين] ^(١) الأولاد نصفان ، لأن أحدهما حرٌّ على كل حال ، فلما أن جهل عينه وتساوت الدعاوى بينهما ، قسم المال بينهما أيضاً ، كالشئ [المتداعى] ^(٢) فيه ، وإن مات واحد منهما : كان الحكم فيما خلف من المال كذلك ، والباقى منهما عتيقاً .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا لم تكن له نية فى واحد بعينه ، فقد اختلف فيه المذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن العتق والطلاق يجرى فى جميع ما عنده من النساء والعبيد ، ولا خيار له ، وهو قوله فى كتاب ابن الجلاب .

والثانى : أن له أن يختار فى العتق والطلاق ، وهى رواية المدنيين عن مالك .

والثالث : أن له أن يختار العتق دون الطلاق ، وهو قول ابن القاسم فى « المدونة » ، وهى رواية المصريين عن مالك أجمع .

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ المدعى .

ومن فرق بين العتق والطلاق ، يقول : لا فتراق أصليهما .

فأما العتق ، فيقبل التبعض والاختيار ، بديل جواز العتق فى بعض العبد ، وأن العتق المبعض يجوز أيضاً ، ويكمل [فى] ^(١) واحد ، ويحرم [منه] ^(٢) من كان له فيه نصيب ، كالمبتلين فى المرض ، على مذهب « المذونة » أيضاً ، فإن الملك يقبل الخيار ، [والاختيار] ^(٣) من أصله .

فلو قال رجل لرجل : أبيعك أحد عبيدى هؤلاء ، أيا شئت [أنت] ^(٤) منهم فإنه يجوز على مذهب المذونة .

فلو قال له : أزوجك إحدى ابنتى هاتين ، أيتهما شئت أنت لم يجز اتفاقاً .

فلما افترت أصولهما افترت الفروع المركبة عليهما .

فإن مات قبل أن يختار ، فهل للورثة الخيار كما كان له ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الخيار للورثة كما كان للميت ، وهو قول ابن القاسم وأشهب والثانى : أن الورثة لا خيار لهم ، وهو قول ابن القاسم فى « كتاب محمد » ، ويعتق من رأس المال عشرة ، إن كانوا عشرة أو خمسة إن كانوا خمسة . فإن لم يختار السيد حتى مرض ، كان على خياره .

فإن اختار الأدنى كان من رأس المال .

فإن اختار الزعلى ، هل يكون الفضل فى الثلث أم لا ؟

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : والخيار .

(٤) سقط من أ .

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الفضل يصرف إلى الثلث ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن جميعه خارج من رأس المال ، وهو قول الغير .

والقولان في « المدونة » .

وسبب الخلاف : المخير بين الشئيين ، هل يعد مختاراً لما ترك أم لا ؟ فإن

لم يخير السيد حتى مات أحدهما ، وكانا اثنين ، فإن مات حتف أنفه :

كان ما خلف من المال لسيدته بالرق ، وكان الباقي عتيقاً .

فإن مات مقتولاً هل يحكم له بحكم العبد أو يحكم له بحكم الحر ؟

قولان :

أحدهما : أن يحكم له بحكم الحر ، ويكون فيه الدية في الخطأ

والقصاص في العمد .

الثاني : أنه يحكم [على من] ^(١) مات منهما بحكم العبد ، وعلى

قاتله قيمة عبد ، ويكون الباقي عتيقاً ، وهو قول سحنون .

فإن ماتا جميعاً قبل الاختيار ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الأول موروث بالرق وآخرهما موتاً مورث بالحرية .

والثاني : أنهما جميعاً ماتا على الرق ، وبه يورثان .

والقولان لسحنون [ق / ٧٦ هـ] .

وسبب الخلاف : الاختيار ، هل يفتقر إلى حكم حاكم أم لا ؟

والحمد لله وحده . [ق / ١٨٦ ج]

(١) في أ : لمن .

المسألة السابعة

إذا قال لأمتيه : إن دخلتما هذه الدار ، فأنتما حرتان ، أو لامرأتيه : فأنتما طالقتان .

فإن دخلتا جميعا عتقتا وطلقتا ، ولا خلاف في ذلك فإن دخلت واحدة منهما دون الأخرى ، ففي المذهب ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا شيء على الزوج ، ولا على السيد حتى يدخلها جميعاً ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أنهما يعتقان جميعاً بدخول الواحدة ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في « العتبية » .

والثالث : أن الداخلة تعتق خاصة ، وهو قول أشهب في « العتبية »^(١) .

وسبب الخلاف : الحنث ، هل يقع بأقل الأشياء أو لا يقع إلا بأكملها؟ والذي يأتي على [مذهبه]^(٢) المعهود له في « المدونة » ما قاله في « العتبية » : إنهما يعتقان جميعاً بدخول الواحدة . لأن مشهور مذهبه أن الحنث يقع بأقل الأشياء ، إذ لا فرق بين أن يقول لها : إن دخلت هاتين الدارين فأتت حرّة ، فدخلت واحدة ، فيحنث وبين أن يقول لأمتيه : [إن دخلتما هذه الدار]^(٣) فأنتما حرتان ، فدخلتهما واحدة منهما .

والحمد لله وحده .

(١) في ب : المدونة .

(٢) في أ : مذهب .

(٣) سقط من أ .

المسألة الثامنة

فى العتق [بالسهم]

ولا يخلو ذلك من ثلاثة [أوجه] ^(١) :

أحداها : أن يقول « ثلث رقيقى أو نصفهم أحرار » .

والثانى : أن يقول « أثلاث رقيقى أو أنصافهم » .

والثالث : أن يسمى منهم عدداً معلوماً .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا قال : ثلث رقيقى أو نصفهم أحرار ، فلا يخلو من أن يكون ذلك فى صحة أو مرض .

فإن كان ذلك فى صحة ، فهل يسهم بينهم أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يسهم بينهم ، ويعتق من خرج اسمه إلى مبلغ قيمة الجزء الذى سمى كان ذلك فى عبدٍ أو بعض عبد ، ويستتم عليه ما بقى من ذلك العبد بعد تمام الجزء ، وهو قول مالك فى « كتاب ابن المواز » .

والثانى : أنهم يعتقون جميعاً ، [حتى يأتى على جميع] ^(٢) ما عنده ، ولا يسهم بينهم ، وهو قول أصبغ فى « كتاب ابن حبيب » .

والثالث : أن يختار للعتق من أحب من عبيده ، إلى مبلغ [ذلك] ^(٣) الجزء الذى سمى ، وهو قول سحنون فى « كتاب ابنه » ، وهل ذلك يمين

(١) فى هـ : أقسام .

(٢) فى هـ : أعنى جميع .

(٣) سقط من أ .

أو بغير يمين ؟ قولان :

أحدهما : أنه يحلف ما أراد واحداً بعينه ، وهو قول سحنون .

والثاني : أنه لا يمين عليه ، وهو قول ابن القاسم .

والقولان في « النوادر » .

فإن قال : أنصاف رقيقى ، أو أثلاثهم ، أو قال : نصف كل رأس ، [أو ثلث كل رأس] ^(١) . فإنه [لا] ^(٢) يسه بينهم للعقد ، ولكن يعتق من كل واحد منهم الجزء الذى سمى ، ويستتم باقيهم عليه ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المدونة » ، وبه قال ابن المواز . فإن قال : عشرة من رقيقى أحرار فإن الثلاثة الأقوال تجرى فيه ، [وله] ^(٣) أن يختار من شاء منهم أو يقرع بينهم أو يقع الحصاص .

فإن كان ذلك فى مرض ، وقال : ثلث رقيقى أحرار أو نصفهم ، فهل يسهم بينهم أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يقرع بينهم حتى يستكمل ذلك الجزء ، وهو مذهب « المدونة » .

والثانى : أن ذلك الجزء يعتق بينهم بالحصص ، وهو قول أبى زيد بن أبى [الغمر] ^(٤) والحارث ، وأصبغ فى كتاب محمد .

والثالث : التفصيل بين أن يكون له مال سواهم : يخرج ذلك الجزء من ثلثه ، أو له مال لا يفى بثلاثهم : فإنه يعتق من كل واحد منهم ثلثه ، وهو

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من أ .

قول أشهب في « كتاب ابن حبيب » .

وعلى القول بأن ذلك الجزء [يعتق منهم ^(١)] ، إما بالقرعة [ق/ ١٠٦ع] وإما بالحصص .

فإذا أعتق ذلك [منهم ^(٢)] ، ونفذ العتق في مرضه ، على القول باعتبار المال المأمون ، هل يستتم عليه عتقهم في ثلثهم بعد الموت .
وإن عتق ذلك الجزء بالحصص أو بالقرعة ، إن استكمل ذلك الجزء في بعض عبد أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين في « المدونة » ؟

أحدهما : أنه يستتم عليه إن مات ، وإن عاش أتموا من رأس ماله ، وهو قوله في « النوادر » .

والثاني : أنه [لا ^(٣)] يستتم عليه ، لأن الميت لم يقصد إلى التبعض ، وإنما ذلك أمرٌ أوجبه الأحكام .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الأثر الوارد عن رسول الله ﷺ في العتق بالسهم ، هل ذلك في المبطلين ، أو ذلك في الموصى بعتقهم ؟ فروى [عن^(٤)] عمران بن الحصين : أن رجلاً أعتق عبيداً له عند موته ، وهم ستة ، ولا مال له غيرهم ، فأسهم رسول الله ﷺ بينهم ، فأعتق ثلث أولئك الرقيق ^(٥) .

ف قيل : بتل عتقهم ، وقيل : أوصى بعتقهم ، ولا خلاف في المذهب

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من أ .

(٥) أخرجه مالك (١٤٦٣) والشافعي (٩٤٤) والبيهقي في « الكبرى » (٢١١٨٩) .

أن العتق بينهم بالحصص .

ولا خلاف فى الموصى بعقدهم أن العتق بينهم بالقرعة .

واختلف فى المبطلين فى المرض ، هل هم كالموصى بعقدهم أو

كالمديرين؟

وأما إن قال : أنصاف رقيقى ، أو أثلاثهم ، أو ثلث كل رأس . [أو

نصف كل رأس] ^(١) فلا خلاف أعلمه فى المذهب أنه يعتق من كل واحد

منهم ما ذكر ، إن حملهم الثلث ، ويستتم منهم ما بقى فى ثلثه إن

مات، وإن عاش أتموا من رأس المال .

فإن لم يحملهم الثلث فإنهم يتحاصون فى الثلث بقدر قيمة كل واحد

منهم .

وأما إن قال عشرة من رقيقى [أحرار] ^(٢) ، وهم ستون ، هل يعتبر

فى تلك الوصية [الجزء] ^(٣) أم العدد ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها فى

« المدونة » :

أحدها : أن المعتبر فيه الجزء دون العدد ، حتى لو لم يبق منهم إلا

[واحد أعتق منه] ^(٤) ذلك الجزء ، وهو قول عبد الملك بن الماجوش فى

كتاب ابن حبيب .

والثانى : أن المعتبر فيه العدد مهما حمله ثلث جميع ماله من الرقيق

وغيرهم .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

وهذا القول حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم ، وعليه حمل ابن أبي زمنين مذهب « المدونة » ، والذي قاله ظاهر « المدونة » من « كتاب الوصايا الأول » ، و « كتاب العتق الأول » .

فالذى فى كتاب « الوصايا الأول » فىمن أوصى لرجل بعشرة من غنمه : أنه يعطى العشرة ، يدخل فى تلك العشرة ما دخل . فتأوله [بعضهم] ^(١) أنه أراد من القيمة .

والذى فى كتاب « العتق الأول » أظهر ، إذا قال : رأس من رقيقى أو خمسة أو ستة أحرار . ولم يسمهم بأعيانهم ، حيث أجاب فيها كالجواب الأول فى القرعة بينهم . إلى قوله : ولا يلتفت فى ذلك إلى العدد ، إذا كان فيما يبقى للورثة ثلاثة أرباعهم ، أو خمسة أسداسهم بقية الأجزاء على ما سُمى .

قال : وهذا إذا لم يترك مالا غيرهم ، [فإن ترك مالا غيرهم] ^(٢) واستكمل عتق جميعهم على ما سُمى فى ثلث جميع ماله ، حتى يأتى على جميع وصيته التى سُمى على ما فسرت لك [فافهم هذا التحصيل تربت يدك] ^(٣) .

وهذه الزيادة ليست فى أصول « القروية » ولا ذكرها مختصروهم ، وهى ثابتة فى أصول الأندلسيين وغيرهم .

والقول الثالث : أن المعتبر فيهم الجزء والعدد ، وأنه مهما أخرج سدسهم بالقيمة لا ينظر إلى العدد ، سواءً خرج أقل من العشرة أو أكثر ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وعلى هذا يدل لفظه فى « الكتاب » فى غير ما موضع ، كقوله : إن بقى منهم (ق / ١٢١٣) عشرون عتق منهم النصف ، وإن بقى منهم ثلاثون عتق ثلثهم بالقرعة ، ويرق ما بقى ، وإن بقى [منهم] ^(١) أحد عشر عتق منهم عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً ، وهو قوله فى « كتاب الوصايا الثانى » ، فيمن قال : عشرون من غنمى لفلان وغنمه مائة ، فإنه يعطى [خمسها] ^(٢) بالسهم ، وقع له فى ذلك عشرون أو ثلاثون أو عشرة ، ولم يكن له غير ذلك .

فإن هلكوا كلهم إلا عشرة فإنهم يعتقون جميعاً ، إن حملهم الثلث ، وهذا هو مشهور مذهب ابن القاسم فى « المدونة » ، وبه قال ابن عبد الحكم وعبد الملك وابن كنانة وابن حبيب ، وأنه [لا يزداد] على ما خرج فى السهم ، ولا يلتفت فى ذلك إلى العدد ، وإن حملة الثلث ، وإن ذكر العدد هاهنا كذكر الجزء .

وسبب الخلاف : [هل] النظر إلى الألقاب والمسميات أو النظر إلى المعانى والمقاصد ؟

فمن اعتبر الألقاب والمسميات قال : باعتبار العدد .

ومن اعتبر المقاصد والمعانى قال : [الاعتبار بالجزء] ^(٣) وأما ابن القاسم الذى اعتبر الجزء أولاً والعدد آخرأ ، فقد [اعتبر الطرفين] ^(٤) [ولاحظ الشقين] ^(٥) .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : خمسها .

(٣) فى أ : لا اعتبار بالجزء .

(٤) فى ع ، هـ : راعى الطرفين .

(٥) سقط من أ .

وعلى القول باعتبار الجزء أولاً وآخرًا ، هل يعتق منهم ذلك الجزء بالقرعة أو بالحصص ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يعتق منهم بالقرعة ، وهو مذهب المدونة .

والثانى : أنه يعتق منهم بالحصص [وهو قول المغيرة فى كتاب ابن سحنون .

والثالث : أن الورثة بالخيار بين القرعة والحصص] ^(١) ، وهو قول أشهب فى كتاب محمد .

وعلى القول بأنه يعتق منهم بالسهم ، فصفته على القول باعتبار العدد : أن يضرب بالعدد الذى سُمى ، ويكتب أسماءهم فى بطاقة ، ثم يسهم بينهم حتى يخرج ذلك العدد من غير اعتبار بالقيمة إذا استكمل العدد .

وصفته على القول باعتبار الجزء أن يقوموا جميعًا ، ثم يكتب اسم كل واحد منهم فى بطاقة ، ثم يُقرع بينهم ، فمن خرج اسمه نظر إلى قيمته ، فإن ساوت الجزء الذى سُمى عتق ورق باقيهم ، وإن لم يف به ، وعاد الضرب حتى يكمل ذلك الجزء ، دخل فيه عشرة أو أكثر أو أقل ، فإن كمل الجزء بنصف قيمة واحد منهم ، فإن النصف الباقي يتخرج على الخلاف الذى قدّمناه فى استتمام النصف الباقي فى ثلثه بعد الموت .

[ورضوان من الله أكبر] ^(٢) والحمد لله وحده .

(١) سقط من هـ .

(٢) زيادة من هـ .

المسألة التاسعة

إذا اشترى أباه وعليه دينٌ يغترقه .

فقد اضطربت أجوبتهُ في « الكتاب » .

فقال : فيما إذا اشتراهُ وعليه دينٌ يغترقهُ أنه لا يُعتق عليه ، ولم يذكر البيع ، هل يُردُّ أم لا ؟

وقال فيما إذا اشتراه ، ولم يكن عنده إلا بعض ثمنه ، فقال مالك : أرى أن يرد البيع .

قال ابن القاسم : لا يعجبني ما قال ، وأرى أن يباع منه بمقدار بقية الثمن ، ويعتق [منه] ^(١) ما بقى .

ثم قال بعض أصحابه وهو المغيرة : لا يجوز له ملك أبيه إلا إلى عتق ، فأما إذا كان عليه دين يرده ، فقد صار خلاف السنة إلى آخر المسألة .

فقول ابن القاسم : مطرد ، وأنه يقول في المسألة الأولى مثل قوله في الثانية ، وأن البيع عنده صحيح ، ويباع للدين .

فإن استغرقه الدين كان .

فإن وفي بيع بعضه بالدين : فإن الباقي يكون عتيقاً .

وقول المغيرة أيضاً مطرد في المسألتين ، مخالف لقول ابن القاسم .

وقول مالك مخالف لابن القاسم في الفصل الثاني : إذا اشتراه وليس عنده إلا بعض ثمنه ، والغير يوافقه في ذلك .

(١) سقط من أ .

واختلف فى تأويل قول مالك فى الفصل الأول إذا اشتراه وعليه دين يفرقه حيث قال : لا يعتق عليه .

هل هو وفاق لقوله فى الفصل الثانى أو خلافٌ له ؟ على قولين :

أحدهما : أنه موافق [له] ^(١) ، وأن معنى قوله فى الأول لا يعتق عليه ، كقوله يرد البيع فى الثانية وهو تأويل الشيخ أبى الحسن بن القابسى ، وهو الصحيح ، لأن المسألة جاءت [مجتمعة] ^(٢) باللفظين فى « كتاب المبسوط » ونصها : قال مالك : ومن اشترى أباه ، وعليه دين أو عنده بعض ثمنه لا يعتق منه شىءٌ ، وأرى أن يردَّ البيع .

ثم قال [ق / ٧٧ هـ] ابن القاسم : لا يعجبني ذلك ، وأرى أن يُباع منه [ببقية الثمن] ^(٣) وهذا هو الصحيح .

والثانى : أن معنى قوله فى [الأولى] ^(٤) « ولا يعتق عليه » أنه يباع فى الدين [ولا يرد البيع] ^(٥) .

والثالث : ينتقض فيها البيع [ق / ١٨٧ جـ] ، وهذا تأويل الشيخ أبى محمد بن أبى زيد .

فعلى تأويل القابسى وما فى « المبسوط » ، يكون فى المسألة قولان :

أحدهما : أنه يرد البيع فى [الفصلين] ^(٦) ، وهو قول مالك ، ويكون قول الغير حُجَّةً له .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ببقيته .

(٤) فى هـ الأول .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى هـ : اللفظين .

والثانى : أنه يباع فى الدين ، وهو قول ابن القاسم .

[و] (١) على تأويل [ق / ١٠٧ ع] الشيخ أبى محمد ، يتخرج فى المسألة ثلاثة أقوال من « الكتاب » :

أحدها : أن البيع لازم [فى الجميع] (٢) ، ويباع منه بوفاء الدين ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنه ينتقض البيع فى الفصلين جميعاً ، وهو قول المغيرة فى « الكتاب » .

والثالث : التفصيل بين أن يشتريه [وعليه من الديون ما يغترقه أن البيع الأول صحيح ويباع فيما عليه من الدين وبين أن يشتريه] (٣) ، وليس عنده إلا بعض ثمنه ، فيفسخ فيه البيع ، وهو قول مالك رحمه الله ، وهذا أضعف الأقوال . [والحمد لله وحده] (٤)

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : للجميع .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من ج ، ع ، هـ .

المسألة العاشرة

فى عتق أحد الشريكين حصته له فى عبدٍ بينهُ وبين غيره فلا يخلو ذلك [من] ^(١) ستة أوجه :

أحدها : أن يكون بين حرين مسلمين .

والثانى : أن يكون بين مملوكين مسلمين .

والثالث : أن يكون بين حرٍّ ومملوك .

والرابع : أن يكون بين محجورٍ عليه [ومطلوقٌ] ^(٢) اليد .

والخامس : أن يكون بين نصرانيين .

والسادس : أن يكون بين مسلم ونصرانى .

والعبد فى جميع ذلك مسلم أو نصرانى .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كان العبد بين أشراكٍ مسلمين ، فأحدث أحدهما فى حقه عقداً من عقود الحرية ، فلا يخلو ما أحدثه من أربعة أوجه :

إما أن يكتب ، أو يدبر ، أو يعتق إلى أجل ، أو يعتق ناجراً .

فأما الكتابة فباطلة ، لاستحالة [كتابة بعض] ^(٣) عبد ، لاختلاف

صفة الاستسعاء هذا يستسعيه على النجوم ، وهذا يستسعيه على الدوام ،

وذلك مخاطرة ومقامرة [وهو] ^(٤) من أكل المال بالباطل .

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : ومطلق .

(٣) فى أ : بعض كتابة .

(٤) سقط من أ .

وأما التدبير إذا دبر أحد الشريكين حصته ، هل يجوز [له] ^(١) ذلك ابتداءً أم لا ؟ قولان ، سواء كان ذلك بإذن شريكه أو بغير إذنه ، والقولان قائمان من « المدونة » .

[لأن] ^(٢) تدبير البعض يؤدي إلى بيع المدبر على القول بالمقاواة على ما سيأتى إن شاء الله تعالى .

وعلى القول بأنه لا يجوز ابتداءً ، فإذا وقع ونزل ، هل يُردُّ التدبير أو بمعنى؟

والتفصيل بين أن يكون الشريك الذى دبر موسراً أو معسراً ، فيمضى [على الموسر وفى المعسر] ^(٣) قولان :

أحدهما : أنه يمضى ، وهو مذهب « المدونة » .

والثانى : أنه يرد التدبير ، وهو قول سحنون فى « العُتْبِيَّة » .

وعلى القول بإمضاء التدبير [مع] ^(٤) اليُسْر اتفاقاً [و] ^(٥) مع العسر ، على قول فما حكم حصّة المتمسك بنصيبه ؟ فالمذهب على خمسة أقوال :

أحدها : أنه يقوم عليه حصته ، ولا يقاويه ، وهو قوله فى باب « عتق المديان » ، فى كتاب « العتق الأول » .

[حيث] ^(٦) قال : ولقد سمعته ونزلت ، فأما التدبير الذى دبره كله ،

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : و .

(٣) فى أ : مع اليسر وفى العسر .

(٤) فى أ : فى .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

ولم يجعل فيه تقوية ، أى مقاواة .

قال ابن القاسم أيضاً فى « الكتاب المذكور » : وكانت المقاواة عند مالك ضعيفة ، ولكنه شئ جرى فى كتابه .

وقال أيضاً فى باب « عتق الشريكين » : " إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه إلى أجل ، سمعته يقول فيمن دبر حصته من عبدٍ بينه وبين غيره : إنه يقوم عليه .

قال : وقوله فى المدبر غير هذا ، إلا أنه أفتى بهذا ، وأنا عنده قاعد ، ومعناه : أن يقوم عليه بالحكم كالعتق .

والقول الثانى : أنه يقاويه .

والثالث : أنه يخير بين أن يقاويه أو يقوم عليه .

والقولان فى « كتاب المدبر من » المُدونة » .

والقول الرابع : أنه يحكم عليهما بالمقاواة ، ولا بد منه ، ولا خيار للشريك ، وذلك حق للعبد ، وهذا القول ذكره محمد عن مالك وابن حبيب عن مطرف وعبد الملك ، وبه أخذ ابن حبيب .

والقول الخامس : التفصيل بين أن يكون موسراً أو معسراً .

فإن كان موسراً ، فيقوم عليه .

وإن كان معسراً ، فلا مقاومة عليه ولا تقويم ، كالشريك [المعسر] (١)

يعتق حصته ، وهو قول ابن القاسم فى كتاب محمد .

وعلى القول بالتقويم : فإن المتمسك يخير بين التقويم والتدبير .

وعلى القول بالمقاواة : يخير بين أربعة أشياء : التقويم أو المقاواة أو التدبير

أو التماسك . وعلى القول بالتخير : يخير بين خمسة أشياء :

بين التقويم ، والمقاواة ، والتدبير ، والتماسك [والعق] ^(١) .

وسبب الخلاف [اختلافهم فى] ^(٢) : المذهب فى ذلك ، هل يغلب فيه حق العبد ، فيحكم بالتقويم ، شاء المتمسك أو أبى ، كما قال عبد الملك وغيره أو يغلب فى ذلك حق السيد ، فيحكم بالتخير بين المقاواة والتقويم ؟

أما القول بالمقاواة : فيتخرج على جواز بيع المدبر ، وعلى القول بإمضاء التدبير مع العسر ، إذا لم يف بيع ما قوم عليه من القيمة ، هل يتبع بما بقى أو يباع من نصيب المدبر بما بقى من القيمة ؟ فالمذهب على قولين : أحدهما : أنه يباع النصيب الذى قوم عليه ، وما عجز عنه فإنه يتبع [به] ^(٣) ديناً فى ذمته ، وهو قول أشهب فى « كتاب محمد » .

والثانى : أنه يباع من جمعيه مقدار ما عليه من الدين ، وما بقى كان مدبراً ، كمن دبر وعليه دين ، وهو قول أصبغ فى « كتاب [ابن المواز] » ^(٣) .

وأما إن أعتق إلى أجل ، فلا يخلو من أن يكون موسراً أو معسراً .

فإن كان موسراً ، هل [يقوم] ^(٤) عليه نصيب المتمسك بالرق إلى ذلك الأجل ؟ فالمذهب على أربعة أقوال :

أحداها : أنه [يقوم] ^(٥) عليه الآن ، وهو قوله فى « المَدُونَة » ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : محمد .

(٤) فى أ : يعتق

(٥) فى أ : يعتق .

و[هو] ^(١) قول مالك والمغيرة وابن القاسم في « كتاب ابن سحنون » .

والثانى : أنه لا يقوم عليه إلا عند الأجل ، وإلا فإنه لا [يشاء] ^(٢) شريك أن يطلب شراء حصة شريكه فيما [جاء] ^(٣) عليه ، إلا أعتق حصته إلى أربعين سنة ، فاقتطعه دونه ، وهى رواية عيسى بن دينار عن ابن حسان عن مطرف عن مالك فى « كتاب النوادر » .

والقول الثالث : أن المتمسك بالرق بالخيار ، إن شاء قوم عليه الساعة ، ويكون جميعه حر إلى سنة .

وإن شاء [تمسك] ^(٤) ، وهو قول (ق / ٢١٤ أ) عبد الملك فى « كتاب ابن سحنون » .

والقول الرابع : التفصيل بين أن يطول [الأمد] ^(٥) جداً ، فيؤخر التقويم إلى حلوله أو يكون الأجل قريباً كالسنة ونحوها : فيقوم عليه الآن ، وهو قول ابن القاسم وأشهب فيما رواه أصبغ عنهما فى « كتاب ابن سحنون » . وعلى القول بأنه لا يقوم عليه حتى يحل الأجل ، فإذا أراد المتمسك أن يبيع حصته قبل الأجل ، هل يمكن أم لا ؟

فأما من الشريك الذى أعتق إلى أجل ، فلا خلاف وأما من غيره ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن البيع لا يجوز ، لأنه غرر [وخطر] ^(٦) ، إن أتت السنة ،

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يشاط .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ ، ج : تمسك .

(٥) فى هـ : الأجل .

(٦) وسقط من أ .

وهو موسر : أخذ المشتري القيمة .

وإن أتت وهو معسر ، صح له العبد .

والثانى : أن البيع جائز ، وهذا القول مخرج غير منصوص عليه .

وسبب الخلاف : اعتبار الطوارئ ، هل تُراعى أو لا ؟

وعلى القول بأنه لا يلزمه التقويم حتى يحل الأجل ، فإذا حل الأجل

وهو معسر ، هل يقوم عليه اعتبار [يسره] ^(١) يوم العتق ؟

فالمذهب : أنه لا يقوم عليه .

ولو كان بالعكس مثل أن يكون يوم العتق مُعسراً أو عند حلول الأجل

موسراً ، هل يقوم عليه أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه [يقوم] ^(٢) عليه إذا كان موسراً يوم الحلول ، وهو قول

عبد الملك .

والثانى : أن المعسر ييسره فى الطرفين جيئاً ، وإن عدمه يوم العتق سقط

عنه التقويم ، وإن أيسر عند الحلول ، وهو قول المغيرة وسحنون .

والقولان فى « كتاب ابن سحنون » .

وسبب الخلاف : فى أصل المسألة قوة التهمة وضعفها .

فمن رأى أن التهمة فى ذلك قوية قال : يتهم فى استخراج حصة

الشريك من يده بغير اختياره ، ويستبد بملك عبده إلى أجلٍ أراد .

ومن ضعف أمر التهمة : نظر إلى أن مال الجميع ، الخروج من ملكهما

عند حلول الأجل .

(١) فى أ : اليسرة .

(٢) فى أ : لا يقوم .

والمقصود : القربة لاستعمال الحيلة .

فإن كان معسراً : فإنه لا [يقوم] ^(١) عليه فى الحال ولا فى المال .

فإن أعتق عتقاً ناجزاً ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون معسراً .

والثانى : أن يكون موسراً .

فإن كان معسراً : فإنه لا يلزمه التقويم ، [لأن] ^(٢) التقويم مشروط بالإيسار .

واختلف فى المتمسك بالرق : إذا أراد أن يقوم على المعتق ، ويتبعه فى الذمة : على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك له ، وأن له أن يقوم عليه [ق / ١٠٨ ع] وتبعه فى الذمة ، لأن ضرر التأخير على الذى لم يعتق ، وهو نص قول مالك فى « كتاب ابن المواز » ، وهو ظاهر « المدونة » .

والثانى : أنه لا يمكن من ذلك ولا يجوز له ، وهو قول المغيرة فى « كتاب أمهات الأولاد » من « المدونة » .

وسبب الخلاف : معارضة القياس لدليل الخطاب فى قوله عليه السلام « وكان له مال » ، دليله : أنه إن لم يكن له مال لا يقوم عليه ، « وهو معسر » آخر الحديث من تفسير ابن نافع على قول ، أو من متن الحديث على قول .

فعلى القول بأنه من متن الحديث : يكون القياس معارضاً للخبر إذ

(١) فى أ : تقويم .

(٢) فى أ : فإن .

الخبر خبر آحاد ، والقياس يوجب تضمين المعتق ، إذا أراد المتمسك اتباع ذمته وإسقاط حقه من العبد .

فإن كان موسراً ، فلا يخلو من أن يعتق جميعه أو يعتق بعضه منه .

فإن أعتق جميعه ، هل يلزم [ذلك] ^(١) صاحبه ، ولا خروج له عنه أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك لازم للشريك ، ولا له عتق حصته ، وليس له إلا القيمة يوم العتق ، وهو قول ابن القاسم فى « كتاب ابن حبيب » ، وهو مذهب « المدونة » .

والثانى : أن ذلك لا يلزم الشريك الآخر إلا أن يشاء ، وله أن يعتق حصته ، كما لو أعتق شركاً له فيه ، وهو قول مطرف وابن الماجشون فى « النوادر » .

فإن أعتق حصته منه ، وهو موسر ، فلا يخلو من أن يكون موسراً بقيمة جميع نصيب [الشريك أو بعض . فإن كان موسراً بجميع نصيب] ^(٢) شريكه بالسراية أو بالتقويم : [فالمذهب] ^(٣) على قولين قائمين من « المدونة » : أحدهما : أنه يعتق عليه بالسراية ، وهو أحد قولى مالك فى « المدونة » ، وهذا القول قائم من « المدونة » من « كتاب العتق الثانى » فى أحد الشريكين ، إذا شهد على شريكه أنه قد أعتق حصته من العبد ، وهو موسر حيث ثال : فإن كان المشهود عليه موسراً ، فنصيب الشاهد حر ، لأنه أقر أن ماله على المعتق إلا القيمة ، وقد جحد فيها .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الثانى : أنه لا يعتق عليه إلا بالتقويم [وهو المشهور وهو نص المدونة وعلى القول بأنه لا يعتق عليه إلا بالتقويم] ^(١) ، فلا يخلو من خمسة أوجه :
 أحدها : أن يعتق فى الصحة ، [ويُعثر] ^(٢) عليه فى الصحة .
 والثانى : أن يعتق فى الصحة ، فلم يقوم عليه حتى مرض .
 والثالث : أن يعتق فى الصحة ، فلم يُعثر عليه إلا بعد الموت .
 والرابع : أن يعتق فى المرض ، فأقيم عليه فى المرض .
 والخامس : أن يعتق فى المرض ، فلم يشعر بفعله حتى مات من مرضه ذلك .

فإن أعتق فى الصحة [وعثر عليه فى الصحة] ^(٣) ، فلا يخلو شريكه من أن يكون قد أحدث فى نصيبه حدثاً [أم لا] ^(٤) ، [ق / ٧٨ هـ] .
 فإن لم يحدث فى نصيبه حدثاً ، فلا يخلو المعتق من أن يكون واحداً أو اثنين :

فإن كان [ق / ١٨٨ جـ] الشريك المعتق واحداً ، فإن كان موسراً ببعض نصيب الشريك ، هل يقوم عليه العبد بمقدار غلبته أم لا ؟
 قولان :

أحدهما : أنه يقوم عليه بمقدار غلبته ، وهو نص قول مالك فى «المُدَوَّنَةُ» .

والثانى : أنه لا يقوم عليه إلا إذا كان موسراً بقيمة جميع نصيب

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : وعثر .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

شريكة، وهذا القول [مستقراً] ^(١) من « المدونة » .

وسبب الخلاف : معارضة القياس لظاهر الخبر وظاهر الخبر يقتضى التقويم بمقدار المالية ، استوعب حق الشريك أو بعضه ، ما لم يكن عنده من المال يسيراً جداً .

والقياس يقتضى ألا تقويم : لأن التقويم على خلاف الأصل ، لأن ذلك يؤدى إلى استخراج المملوك من الملك بغير اختيار [المالك] ^(٢) ، من غير استحقاق ولا جناية صدرت منه على نفس ولا مال ، لأن الشرع ورد بها على شرط [اليسار] ^(٣) بقيمة الشقص ، فإذا عدم الشرط ، بقى على أصل المنع .

ومن طريق المعنى أيضاً : أن الشريك المتمسك يلحقه الضرر من تبعيض سهمه فى العبد على ما لا يخفى .

وإن كان موسراً بجميع [نصيب] ^(٤) الشريك والعرق من واحد ، فلا يخلو المتمسك من أن يكون حاضراً أو غائباً .

فإن كان حاضراً ، فإن الشريك مخير بين أن يعتق أو يقوم .

فإن اختار العتق ، أتمه بلا خلاف .

وإن اختار التقويم ، فتمادى عليه فلا إشكال .

فإن اضطرب رأيه ، فاختار العتق ، قال : أنا أقوم ، أو إذا اختار التقويم ، ثم قال : أنا أعتق ، هل يمكن من ذلك أم لا ؟ فالمذهب على

(١) فى أ : استقراء .

(٢) فى أ : الملاك .

(٣) فى أ : اليسار .

(٤) فى أ ، ج : قيمة .

قولين :

أحدهما : أنه لا يرجع عما اختاره ، أولاً ، وليس له إلا القيمة ، وهو قول أشهب فى « كتاب ابن المواز » .

والثانى : أن له الرجوع إلى العتق ما لم يقوم ، وهى رواية ابن القاسم وابن وهب عن مالك ، وبه قال ابن الماجشون فى « كتاب ابن حبيب » .

فإن اختار التقويم ، واتصل بيسر المعتق ، من يوم العتق إلى يوم التقويم : فلا خلاف فى الذهب أنه يقوم عليه [بقيمته] ^(١) يوم الحكم فإن تخلله عسر أو كان يوم العتق معسراً أو يوم الحكم موسراً ما الحكم فى ذلك ؟

أما إذا تخلله عسر ، مثل : أن يكون يوم العتق [موسراً] ^(٢) ثم أعر ثم أيسر ثم أقيم عليه .

فإن أقيم عليه بالتقويم فى حالة العسر ، فلم [يقض] ^(٣) عليه بشيء : فلا خلاف أنه لا تقويم عليه بعد ذلك .

وإن لم يكن أقيم عليه ، فلا يخلو من أن يكون عدمه عدماً بيئاً أم لا .

فإن كان عدمه عدماً بيئاً : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يقوم عليه ، ولا يُنظر إلى ما خالل ذلك من العسر ، وهو قول ابن القاسم فى المدونة ، وهو قول ابن نافع فى « كتاب محمد » .

والثانى : أنه لا يقوم عليه ، وهو قول مطرف وابن الماجشون وأشهب وأصبغ وابن القاسم وابن عبد الحكم فى « الموازية » .

(١) سقط من أ .

(٢) يقط من هـ .

(٣) فى « أ : يقبض .

فإن أعتق وهو معسر ، فلم يقوم عليه حتى أيسر ، فلا يخلو العبد من أن يكون حاضراً أو غائباً .

فإن كان غائباً حيث لا يعلم خبره ، فلا خلاف أنه يقوم عليه إذا قدم .
فإن كان العبد حاضراً أو الشريك والعبد عالمان بحال المعتق وعسره ،
ثم [رفعاه] ^(١) إلى الإمام يسر حدث ، فهل يقوم عليه أم لا ؟ فعن مالك
فى ذلك قولان منصوصان فى « المدونة » :

أحدهما : أنه يقوم عليه ، وهو قول ابن نافع [فى الموازية] ^(٢) .
والثانى : أنه لا يقوم عليه .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى يسره يوم العتق شرط الاتصال إلى يوم
الحكم أو النظر إلى يسره يوم الحكم من غير التفات إلى ما قبل ذلك ؟
فإن كان المتمسك غائباً : فإن الإمام يكتب إليه ، إما أن يعتق أو يقوم .
فإن كان المعتق غائباً ، فلا يخلو من أن تعلم حياته ، أو لم تعلم .
فإن علمت حياته ، وخلف يسراً : فإنه يقوم عليه .

وإن لم تعلم حياته أو علمت ، ولم يخلف مالاً ، فإنه [لا] ^(٣) يقوم
عليه فإن كان العتق من اثنين وتماسك الثالث ، فلا يخلو من أن يعتقا [معاً]
أو أعتق واحد بعد واحد .

فإن أعتقا معاً ، وتساويا فى اليسار ، فلا خلاف فى التقويم عليهما
معاً، وهل ذلك على عدد الرؤوس أو على عدد الأنصاب؟ قولان قائمان من

(١) فى أ : رفعه .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

«المُدَوَّنَةُ» :

أحدهما : أنه يقوم عليهما على قدر أنصابهما ، كالشفعة وهو قول أشهب في « كتاب محمد » .

والثاني : أنه [يقوم] ^(١) عليهما على [عدد] ^(٢) رؤوسهما ، لأن الفساد القليل والكثير سواء ، ألا ترى أنه يقوم على صاحب السدس جميعه ، وهو قول عبد الملك في « المبسوط » .

وسبب الخلاف : التقويم ، هل سبيله سبيل [الجناية] ^(٣) ، فيكون على الرؤوس أو سبيله سبيل [المعاوضة] ^(٤) ، فيكون على عدد الأنصاب ، كالأخذ بالشفعة .

وإن كان أحدهما موسراً والآخر مُعسراً ، فهل يقوم كله على الموسر ، أو إنما يقوم عليه مقدار حصته خاصة ؟ فالمذهب على قولين : أحدهما : أنه يقوم عليه جميعه ، وهو مذهب « المُدَوَّنَةُ » ، وبه قال أكثر أصحاب مالك .

والثاني : أنه لا يقوم عليه (ق / ٢١٥ أ) إلا مقدار حقه خاصة ، وهذا القول حكاه سحنون عن عبد الملك في كتاب [ابنه] ^(٥) .

وينبني الخلاف على الخلاف : هل حكمه حكم [الجناية] ^(٦) ، فيقوم

(١) في أ : يعتق .

(٢) في أ : قدر .

(٣) في ع ، هـ : الجنایات .

(٤) في ع ، هـ : المعاوضات .

(٥) سقط من أ .

(٦) في ع ، هـ : الجنایات .

عليه جيمعه أو حكمه حكم [المعاوضة] ^(١) ، فلا يقوم عليه قدر حقه ؟
فإن أعتق واحد منهما بعد الآخر .

فإن كان الأول منهما موسراً ، فالتقويم عليه بلا خلاف ، من غير اعتبار حال الثانى .

فإن كان الأول معسراً ، والثانى موسراً ، فهل يقوم على الثانى ؟ قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يقوم عليه ، وهو نص المدونة .

والثانى : أنه يقوم عليه ، وهو قول ابن نافع فى « الموازية » و« الواضحة » ، ويؤخذ من قول ابن القاسم فى « المدونة » ، من مسألة العبد الذى أعتق الشريك حصته منه ، وهو موسر ثم أعتق الآخر بعض نصيبه ثم مات قبل أن يستكمل عليه حيث قال : فإنه يعتق باقيه على الأول ، فكما أن تصرف المتمسك فى نصيبه لا يسقط التقويم عن الأول إذا مات ، فكذلك عدم الأول لا يسقط التقويم عن الثانى .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى تعدد الجنايات [وحدودها] ^(٢) أو النظر إلى من سبق بها وابتدأ الفساد ؟

وظاهر الخبر مؤاخذه الموسر منهما والتقويم عليه ، كان هو الأول أو الآخر .

فأما الوجه الثانى : إذا أحدث الثانى بعد عتق الأول فى نصيبه حدثاً ، فلا يخلو [ما أحدث به من أن يكون مما] ^(٣) ينقل ملكه إلى ملك أو ما ينقل

(١) فى ع ، هـ : المعاوضات .

(٢) فى هـ : ووجودها .

(٣) فى أ : من أن يحدث فيه .

ملكه إلى حرية :

فإن أحدث فيه ما ينقل ملكه إلى ملك ، كالبيع وأمثاله ، فلا يعد ذلك [منه] ^(١) رضا بترك التقويم والتزام العتق ، بل يرد ما صنع مع القيام ، ويبقى على رأس أمره فى التخيير بين العتق والتقويم .

فإن فات عند المشتري بالعتق ، فالبيع يرد قولاً واحداً .

فإن فات بكتابة أو تدبير ، فالبيع يرد وفى الإيلاء قولان .

فإن أحدث فيه ما ينقل الملك إلى حرية ، فإن أعتق ناجزاً فلا خلاف فى سقوط التقويم ، ولزوم العتق ، إلا على القول بالسراية .

فإن أعتق إلى أجل أو دبر أو كاتب ، فلا خلاف فى المذهب فى رد ما صنع إذا عثر على ذلك قبل الأجل .

واختلف هل يلزم العتق فى سهمه أو يرجع إلى رأس أمره فى التخيير؟ فالمذهب على قولين منصوصين فى « المدونة » :

أحدهما : أنه يرجع إلى رأس أمره فى التخيير [بين العتق والتقويم] ^(٢) ، وهو قول ابن القاسم فى « المدونة » .

والثانى : أنه يعجل عليه العتق ، ولا خيار له لأنه استثنى من الرق ما ليس له ، وهو قول الغير فى « المدونة » ، ويؤخذ لابن القاسم مثل قول الغير من قوله : إذا قال المتمسك : أنا أقوم ، ثم قال : بل أعتق أنه لا يقوم ولا يعتق ، فكما يعد مختاراً بالتصريح ، فكذلك يعد مختاراً بالعتق بالتصرف بأنواعه .

وإن عثر على ذلك بعد حلول الأجل ، أو بعد أن أعسر الشريك الذى

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

أعتق ناجزاً ، مضى فعله ، ولا مرد له ولا فرق في ذلك بين العتق إلى أجل ولا بين التدبير والكتابة .

فأما إن أعتق في الصحة ، فلم يقوم عليه حتى مرض ، فهل يقوم عليه أو يسقط التقويم ، فالمذهب على قولين منصوصين في « المدونة » :

أحدهما : أنه يقوم عليه في ثلثه ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أنه لا [يقوم] ^(١) عليه حتى يصح أو يموت ، وهو قول الغير في « الكتاب » .

وسبب الخلاف : هل تتداخل أحكام الصحة في المرض مع تنافر أحكامهما ، لكون أحدهما من الثلث والآخر من رأس المال أو لا تتداخل ؟ وأما الوجه الثالث : إذا أعتق في الصحة ، ثم عثر عليه بعد الموت ، فهل يقوم نصيب الشريك فيما له أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال ؟

أحدها : أنه لا [يقوم] ^(٢) عليه جملةً ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، وهو قول سحنون في « كتاب ابنه » .

والثاني : أنه يقوم عليه جملةً ، وهو قول أصبغ وابن عبد الحكم في كتاب « ابن المواز » .

والثالث : التفصيل بين أن يغافسه الموت فيموت ، بحدثان العتق فيقوم عليه [، أو بعد أن يموت بعد طول ، أو تفريط فلا تقويم عليه ، وهو قول أشهب في « العتبية » و « الموازية » .

وعلى القول بأنه يقوم عليه ^(٣) [، هل يعتق من الثلث أو من رأس

(١) في أ : يعتق .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

المال ؟

على قولين :

[أحدهما] ^(١) : أنه يعتق من رأس ماله ، وهو قول أشهب في «العُتْبِيَّة» .

والثاني : أنه يعتق عليه من الثلث ، وهو قول أصبغ وابن عبد الحكم في «الموازاة» ، وهو قول مطرف في « الواضحة » .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى حين العتق أو إلى حين التقويم ؟

وأما إن عتق بعض عبد يملك جميعه ، فلم يستكمل عليه حتى مات ، هل يستتم عليه بعد الموت أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يستتم عليه ، وهو مذهب « المدونة » ، وهى رواية أشهب عن مالك في « الموازية » ، وقال سحنون في « كتاب ابنه » : هذا قول أصحابنا ، ولو مات مكانه أو فلس .

والثاني : [أنه] ^(٢) إن غافسه الموت ، ومات بحدثان ذلك ، فإنه يعتق عليه باقيه فى ثلثه ، وهى رواية مطرف عن مالك فى كتاب « ابن حبيب » .
وأما الوجه الرابع : إذا أعتق فى المرض ، ثم عثر عليه فى المرض ، فهل يقوم نصيب الشريك أم لا ؟ فالمذهب على خمسة أقوال كلها قائمة من «المدونة» :
أحدها : أنه لا يقوم عليه إلا بعد الموت ، كان [ماله] ^(٣) مأموناً أم لا ،
والثانى : أنه يقوم عليه كان ماله مأموناً أم لا ^(٤) إذا حمّله ما عنده من

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : له .

(٤) سقط من أ .

المال ، وظاهره : أنه يقوم عليه الآن ، ولا يعتق عليه إلا بعد الموت ،
وعليه حمله غير واحد من شيوخنا ، وهو نصٌ ما فى كتاب محمد .

[والثانى : أنه يقوم عليه بعد الموت ، كان ماله مأموناً أم لا] .

والثالث : التفصيل بين أن يكون [ماله] ^(١) مالاً مأموناً فيقوم عليه
الآن ، وبين أن يكون ماله غير مأمون ، فلا يقوم عليه إلا بعد الموت ، فإذا
مات قومٌ فى ثلثه ، وينفذ العتق فى جميعه .

والأقوال الثلاثة للمالك فى « المدة » .

والقول الرابع : أنه لا يقوم [عليه] ^(٢) نصيب الشريك فى مرضه ، حتى
يصح أو يموت :

فإن صحَّ : قوم عليه فى ماله [ق / ١٨٩ ج] .

وإن مات : عتق ما أعتق فى ثلثه ، ولا يقوم عليه نصيب شريكه ،
وإن حمله الثلث ، لأن التقويم لا يلزم إلا فى عتق بعض إلى حرية ناجزة
أو إلى أجل قريب ، ولا يرده دين ، وهذا قد يرده الدين ، وهو من الثلث
إلا أن يكون له أموال مأمونة ، فيقوم عليه ويُعجل له العتق مكانه قبل أن
يموت ، وهو قول ابن الماجشون فى كتاب ابن المواز ، وبه قال ابن حبيب .

والقول الخامس : أن الشريك مُخير بين التقويم وقبض الثمن ، بقى كله
للمعتق موقوفاً وإن مات عتق عليه أو ما حمله الثلث منه ، وما بقى رقيقاً
لورثته ، وبين [أن يتماسك] ^(٣) بنصيبه حتى يصح ، فيقوم [ق / ٧٩ هـ]
عليه فى رأس ماله أو يموت فيقوم عليه فى الثلث ، وهذا القول حكاه ابن

(١) فى هـ : له .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : التماسك .

سحنون عن أبيه عن ابن القاسم فى « كتابه » ، وهذا القول قائم من « المدونة » من تدبير أحد الشريكين ، حيث خير المتمسك بين التقويم [وغيره] ^(١) ، لأنه ليس التقويم إلا إلى عتق ، ولا بد لاحتمال [أن يطرأ] ^(٢) الدين على المدبر ، ولا يحمله الثلث فيرق الباقي ، وذلك موجود فى هذه المسألة .

وينبنى الخلاف على الخلاف : فى اعتبار المال المأمون ، هل يُراعى أو لا يُراعى ؟

واختلف فيما إذا أوصى بعتق نصيبه ، هل يقوم عليه نصيب شريكه [بعد موته] ^(٣) أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يقوم عليه نصيب شريكه ، قال سحنون : وهذا قول جميع أصحابنا ، وهو قول مالك فى « الموطأ » .
والثانى : بالتفصيل بين أن يُوصى بذلك أو لا يُوصى .

فإن أوصى بتقويم حصة شريكه عليه بعد موته : فإنه يقوم عليه فى ثلثه ، وهو قول مالك وابن القاسم [وأكثر أصحابه فى العتبية] ^(٤) .
فإن لم يوص بذلك فلا يقوم عليه .

والقول الثالث : أنه يقوم عليه ، وإن لم يوص به كالمبتل [على] ^(٥) سواء ، وهذا القول حكاه ابن الجلاب فى المذهب .

(١) سقط من أ .

(٢) فى ع ، هـ : طرآن .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : « وأكثر أصحابنا » وفى ج : « وأكثر أصحابنا فى العتبية » .

(٥) سقط من أ .

وعلى القول بأنه يقوم عليه نصيب شريكه إذا أوصى بذلك ، هل يُجبر عليه الشريك المتمسك إذا أبى أو لا يُجبر عليه ؟ فالمذهب على قولين : أحدهما : أنه يُجبر على التقويم إن أباهُ ، وهو قول أكثر أصحاب مالك في « العتبية » .

والثاني : أنه لا يجبر وأنه بالخيار ، إن شاء أعتق حصته منه وإن شاء قومها في ثلث مال الميت ، وإن شاء تماسك بحصته ، ولا يُجبر على البيع ، وهي رواية ابن وهب عن مالك فيما حكاه سحنون في « العتبية » ، فقال : « وهي [وهم] ^(١) لا أعرفها » .

وأما الوجه الخامس : إذا عثر على ذلك بعد الموت ، فهل يقوم عليه أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يقوم عليه : وإن حملة الثلث ، وهو نص « المدونة » .

والثاني : أنه يقوم عليه ، وهذا القول قائم من « المدونة » من قوله : إذا أعتق في الصحة ، ثم عثر عليه بعد الموت من غير طول ولا تفريط : أنه يقوم عليه في أحد الأقوال . وهو الأظهر في النظر والله أعلم .

وهذا كله [إذا كان] ^(٢) بين الحرّين المسلمين والعبدُ مُسلمٌ أو نصراني أو فيما بين الحرّ والعبد ، والحرُّ هو المعتق أو فيما بين المسلم والنصراني والعبد مسلم : فالحكم في جميع ذلك على السواء .

والجواب عن الوجه الرابع من [أصل المسألة] ^(٣) : إذا كان بين الحرّ والعبد ، والعبدُ هو المعتق ، فلا يخلو من أن يكون بإذن السيد أو بغير إذنه .

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

فإن كان ذلك بإذن السيد أو بغير إذنه إلا أنه أجاز فعله بعد العلم : فالتقويم على السيد ، لأنه هو المعتق على الحقيقة ، فإن لم يكن له مال سوى العبد المباشر للعتق : فإنه يُباع عليه فى القيمة .

وإن كان بغير إذنه ، ولم يجوز فعله بعد العلم : فالعتق مردود وأما إذا كانا عبيدين ، فهما إذاً بإذن السادات كالأحرار بلا تفرع .

والجواب عن الوجه الخامس : إذا كانا حرين مسلمين ، أحدهما مطلق اليد فى التصرف ، والآخر محجورٌ عليه كالصبي والسفيه ، فالتقويم على مطلق اليد فى التصرف إذا ابتدأ العتق .

وإن ابتدأ العتق محجورٌ عليه : فعتقه مردود .

وإن أجاز له النظر : فإن كان مسلمٌ أو نصرانى والعبد نصرانى : فإن أعتق المسلم : فالتقويم عليه .

فإن أعتق النصرانى ، هل يقوم عليه نصيب المسلم أم لا ؟ فالمذهب على قولين منصوصين فى « المدونة » :

أحدهما : نفى التقويم ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنه يقوم عليه ، وهو قول الغير .

وسبب الخلاف : الكُفَّار (ق/ ٢١٦ أ) هل هم مخاطبون بفروع الشريعة

أم لا ؟ وللخلاف سبب آخر : وهو هل يغلب حق الشريك المسلم فىقوم عليه أو يغلب حق العبد ثم لا [يقوم] ^(١) ؟ ، لأن التقويم يتضمن ثلاثة حقوق : حق الله وحق العبد وحق الشريك .

والجواب عن الوجه السادس : إذا كانا نصرانيين والعبد مسلم ، هل يقوم

(١) فى هـ: تقويم .

على المعتق منهما أم لا ؟ قولان فى الذهب قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه يوم على المعتق منهما ، وهو المشهور .

والثانى : أنه لا يقوم عليه ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المدونة » ،

فيما : إذا كان [عبد بين مسلم ونصرانى] ^(١) ، فأعتق النصرانى حصته .

وسبب الخلاف : هل يغلب حق العبد ، فيكون حكم بين مسلم ونصرانى

أو يغلب حق الله فيسقط التقويم على القول بأن الكفار غير مخاطبين بفروع

الشريعة .

وإن كان العبد نصرانياً ، فأعتق أحدهما حصته ، فإن الخلاف فى

التقويم على من أعتق منهما ، يتخرج على الخلاف فى الكفار هل هم

مخاطبون بفروع الشريعة أم لا ؟

والحمد لله وحده .

(١) فى أ : عبد مسلم بين مسلم وكافر . وفى هـ : عبد نصرانى بين مسلم وكافر .

المسألة الحادية عشر

فى المأذون إذا اشترى من يعتق على سيده ، فلا يخلو المأذون من وجهين :

أحدهما : أن يتَّجر بمال نفسه لنفسه .

والثانى : أن يتَّجر لسيده .

فإن كان العبد يتجر لنفسه ، فاشترى من يعتق على سيده ، هل يعتق على السيد أم لا ؟ قولان قائمان من « المَدَوْنَة » :

أحدهما : أنَّه يعتق على السيد ، علم [العبد] ^(١) بذلك أو لم يعلم ، وهو قول مالك وابن القاسم .

والثانى : أنَّه لا يعتق عليه ، علم [العبد] ^(٢) بذلك أو لم يعلم ، وهو قول أشهب فى « كتاب ابن المواز » .

وسبب الخلاف : [اختلافهم فى] ^(٣) من ملك أن يملك ، هل يُعد كالمالك قبل أن [يملك] ^(٤) أم لا ؟

فإن كان العبد يتَّجر لسيده ، فلا يخلو المأذون من أن يكونه عالماً أو غير عالم .

فإن لم يعلم ، فالمشترى يعتق على السيد اتفاقاً ، لأن تصريف المأذون بين أن يكون عالماً ، كتصرف سيده .

فإن علم واجترأ على الشراء ، هل يعتق من اشترى على السيد أم لا ؟

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : يملكه .

قولان منصومان فى « المدونة » :

أحدهما : أنه يعتق عليه ، علم المأذون بذلك أو لم يعلم ، وهو نص قول ابن القاسم فى « كتاب الرهون » ، وفى بعض روايات « المدونة » ، وهو قول ابن القاسم وأصبغ فى غير « المدونة » ، بناءً على أن الصيغة عامة بفحواها للمسميات ، وشاملة لبنائها للمشتريات والعبد مغرور فى تركه البيان والتفسير والنهى والتحذير عن بعض أنواع المتاجر .

والقول الثانى : أنه لا يعتق على السيد ، إن علم وهو نص [قول] (١) ابن القاسم فى [آخر] (٢) كتاب العتق [الثانى] (٣) ، بناءً على أن السيد إنما قصد بالإذن فى التجارة : الإكثار ، وعرض ماله للاستثمار بالأرباح الغزار ، وليس للعبد أن يرصد به المخاوف و يقدمه للمُتألف ، وذلك ضد مُرام السيد ، وعكس للغرض المقصود .

والله أعلم [والحمد لله وحده وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم] (٤) .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : الأول .

(٤) زيادة من ع ، هـ .



كتاب العتق الثاني

كتاب العتق الثاني

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجمالها ست مسائل :

المسألة الأولى

شراء الأب من يعتق على ابنه الصغير .

ولا يخلو ذلك من وجهين :

إما أن يكون عالماً أو جاهلاً .

ولا خلاف أن البيع ينعقد ، وأنه يعتق على الابن ، إلا خلاف شاذ ، حكاه أبو محمد عبد الحق عن بعض شيوخه ، وما قاله خلاف لأصول مذهب مالك رحمه الله ، ونص المذهب « أن من أذن له بالتصرف في المال ، يلزم رب المال الذي اشترى من قرابته من غير قصد وإيثار كالوكيل والعامل والعبد المأذون له شبههما ولإطلاق أيديهم في المال والأدب من هذا القبيل .

فإن كان عالماً : فلا خلاف في المذهب أن الشراء في المذهب لا يجوز ابتداءً ، وإن نزل هل ينعقد فيه البيع أم لا ؟ قولان قائمان في « المدونة » .

أحدهما : أن البيع لا ينعقد ، وهو قول مالك فيمن اشترى أباه ، وليس عنده إلا بعض ثمنه حيث قال : يردُّ البيع بناءً على أن البيع لا ينعقد في ذوى المحارم إلا إلى عتق لا إلى ملك .

والثاني : أنه ينعقد ، وهو قول ابن القاسم في المسألة المذكورة وأشهب في غير « المدونة » .

وعلى القول بأن البيع لا ينعقد ، بلا تفرع .

وعلى القول بأنه ينعقد فيه البيع ، فلا خلاف أنه لا يعتق على الابن في الحال ، وقبل أن يبلغ .

واختلف هل يعتق على الأب أو ينقاد فيها له أو للولد ؟ على ثلاثة أقوال كُلُّها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنه يعتق على الأب ، وهو قول مالك في العامل إذا اشترى من يعتق على رب المال عامداً .

والثاني : أنه يبقى رقيقاً له ، ويغرم الثمن من ماله ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « كتاب الوكالات » في الوكيل إذا اشترى من يعتق على رب المال ، وهو عالم حيث قال : « لا يلزم الأمر » ، وقال يحيى بن عمر : ويلزم المأمور ويسترقه .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يكون فيه فضل عن ما اشتراه به ، فيباع منه برأس المال ، ويعتق الفضل ، وهو قول سحنون ، وهو نص « المدونة » في مسألة القراض أيضاً ، وبين ألا يكون فيه فضل فيباع جميعه . وعلى القول بأنه لا يعتق على الابن في الحال ، بل يسترقه .

فإن بلغ وهو في ملكه ، هل يعتق عليه أو يُباع ؟ قولان :

أحدهما : أنه يعتق عليه ، وهو قول أشهب ، وهو ظاهر المدونة في مسألة الميراث ، وقد قال ابن القاسم : « إذا ورث الصغير من يعتق عليه بالملك ، بأنه يعتق عليه بالشراء أولى » .

والثاني : أنه لا يعتق عليه ، لأن غيره تولى شراءه ، وله أن يبيعه ، وهو تأويل أبي محمد عبد الحق عن بعض شيوخه .

وعلى القول أنه لا يعتق على الأب ، بل يسترقه ، ويغرم الثمن من

ماله ، فهو قولٌ ضعيف .

فإذا كنّا نعتقه على العامل في القراض ، ولم يكن فيه ربح ، بل بمجرد إطلاق اليد في التصرف ، فبأن يعتق على الأب أولى ، لأنَّ شبهة الأب في مال ولده الصغير أقوى من شبهة العامل والوكيل ، وهذان لهما شبهة الإذن في التصرف ، والأب له شبهة أصلية ، وهو قوله ﷺ : « أنت ومالك لأبيك »^(١) مع ما انضاف إلى ذلك من إطلاق اليد في التصرف في ماله ، وأنَّ الأب لو أعتق عبد ابنه الصغير عن نفسه وكان مؤسراً لنفذ العتق ، وغرم القيمة اتفاقاً .

والعامل لو أعتق عبداً من مال القراض لرد العتق اتفاقاً .

فدلَّ والحالة هذه أنَّ شبهة الأب أقوى .

فلو قيل : إنَّه يعتق على الأب دون العامل ، لكان في النظر أولى غير أنَّ المصلحة تقتضى مساواتهما ، من حيث أنَّها [ق / ١١٠ ع] جناية على مال الغير ، فوجب أن [يعاقبا]^(٢) ينقيض المقصود ، ويعتق [عليهما]^(٣) ويغرمان الثمن أو القيمة ، ليكون ذلك ردعاً لهما ولأمثالهما .
والحمد لله وحده .

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩١) و (٢٢٩٢) وأحمد (٦٩٠٢) والطبراني في « الأوسط »

(٣٥٣٤) وصححه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى .

(٢) في أ : يعاقب .

(٣) في أ : عليه .

المسألة الثانية

فى العبد يعطى مالاً لرجل على أن يشتريه من سيده فلا يخلو من خمسة أوجه .

أحدها : أن يقول له « اشترنى لنفسى » .

والثانى : أن يقول له « اشترنى لنفسك » .

والثالث : أن يقول له « اشترنى لنفسك وأعتقنى » .

والرابع : أن يختلفا .

والخامس : أن ييهم الأمر ، أن يقول له : « اشترنى [ق / ٨٠ هـ]

فسكت .

فأما الوجه الأول : إذا قال اشترنى لنفسى بمال دفعه إليه فلا يخلو المشتري من أن يكون قد استثنى ماله أم لا .

فإن كان قد استثنى ماله [فهو حر] ^(١) [مكانه] ^(٢) [لأنه ملك نفسه

وولاءه] ^(٣) لسيده [البائع . وإن لم يستثن ماله عاد رقيقاً لبائعه] ^(٤)

[وماله] ^(٥) له [ولا يتبع المشتري كان ملياً أو معدماً] ^(٦) .

وأما الوجه الثانى : إذا قال « اشترنى لنفسك » فاشتراه بمال دفعه إليه فلا

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : كان .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى هـ : والمال .

(٦) سقط من أ .

يخلو من أن يستثنى ماله أم لا .

فإن استثنى ماله : كان رقيقاً للمشتري ولا شيء عليه للبائع .

وإن لم يستثن ماله فالبيع له لازم ، ويلزم غرم الثمن ثانيةً ، إن كان له

مال .

وإن لم يكن له مال بيع عليه فى ذلك أو يُباع منه بقدر الثمن ، وباقية

رقيق له .

وأما الوجه الثالث : إذا قال [له] ^(١) : « اشترنى لنفسك وأعتقنى » فهذا

كما تقدم .

فإن استثنى ماله كان [حرّاً و] ^(٢) ولأوه للمشتري دون البائع .

فإن لم يستثن ماله فإنه يغرم الثمن ثانيةً .

فإن كان له مالٌ أخذ منه الثمن ، وإلا بيع منه [بقدر] ^(٣) ما بقى من

الثمن ، ويعتق ما بقى .

وإن لم يف به بيع بعضه بيع جميعه ، وإن بقى من الثمن شيء اتبع به

فى ذمته ، ولقد قال مالك فى « كتاب ابن المواز » : فإن علم ذلك قبل أن

يعتقه المشتري ، غرم الثمن من ماله ثانياً إن كان ملياً وإلا بيع منه بقدره .

فإن لم يكن فيه فضلٌ عن الثمن رجع العبد إلى سيده رفاً يريد البائع .

وما قاله مخالفٌ لأصل المذهب ، والمذهب أن البيع لازمٌ له ، والثمن

فى ذمته ، ويُباع العبد فيه ، وما عجز عنه [يتبع] ^(٤) به .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ع ، هـ : مقدار .

(٤) فى أ : أتبع .

وأما الوجه الرابع : إذا اختلفا وقال العبد : إنما دفعتُ لك المال لتشتريني
لنفسي وقال المشتري : بل على أن أشتريك لنفسي .

أن القول قولُ المشتري ، استثنى ماله أو لم يستثنه ، حتى تقوم البينة
للعبد ، وهو قول أصبغ في « الموازية » .

فإن ادّعى السيد أنَّ المشتري دفع الثمن من مال عبده ، وصدقه العبد
[وكذبهما] ^(١) المشتري فالقول قوله ، ويحلف إن لم يستثن ماله ، فإن دفع
استثناه فلا يمين عليه ، وإن نكل حلف البائع ويأخذ الثمن ، عُرِفَتْ بينهما
خُلُطَةٌ أم لا .

وأما الوجه الخامس : إذا أبهم الأمر ، مثل : أن يعطيه المال ، ويقول له :
اشترني . ولم يزد على ذلك ، فهل يُحْمَلُ على أنَّه اشتراه لنفسه ، حتى
يعلم غير ذلك ؟ وهو قول محمد ، وهو الصحيح .
والحمد لله وحده .

(١) في أ : وكذبه .

المسألة الثالثة

فيمن وهب لرجل شيئاً ، ولم يقبضه الموهوب [له] ^(١) ، حتى فوته الواهب .

فلا يخلو تفويته له من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن [يفوته] ^(٢) بيع .

والثاني : أن [يفوته] ^(٣) بهبة لغير الأول .

والثالث : أن [يفوته] ^(٤) بعثق أو إيلاد إن كانت أمة .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا فوته بالبيع ، فلا يخلو الموهوب له من أن يكون عالماً بالهبة أو غير عالم :

فإن كان عالماً ، ولم يُنكر : فالبيع نافذ اتفاقاً ، ويسقط حقه من غير ما وهب له ، باعه بقدر ما وهب له أو بعد طول ، وإنما الخلاف في الثمن ، هل يكون للموهوب أم لا ؟

فابن القاسم يقول : إن الثمن له .

وأشهب يقول : إن الثمن للواهب ، ولا شيء للموهوب له ، والقولان منصوبان في « كتاب الصدقة » (ق / ٢١٧ أ) من « المدونة » . فإن علم بالهبة ولم يعلم بالبيع ، فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن البيع ماضٍ ، والثمن للموهوب له ، وهو قول ابن القاسم

(١) سقط من أ .

(٢) في هـ : يفوته .

(٣) في هـ : يفوته .

(٤) في هـ : يفوته .

فى « كتاب الصدقة » ، وسواءً باعها بعد الهبة أو بفور البهة .

والثانى : أن البيع مردود ، باع [مغافصة] ^(١) أو بعد حين ، وهى رواية [ثابتة عن أصبغ وعبد الملك بن الماجشون] ^(٢) عن مالك ، وهو ظاهر « المدونة » ، فى أن الهبة تلزم العقد ، ولا رجوع فيها للواهب إلا أن يردّها الموهوب له ولم يقبلها .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يبيعها مغافصة أو بعد التمكن :

فإن باعها مغافصة رد البيع .

وإن باعها بعد التمكن من القبض نفذ البيع ، وهو قول أصبغ .

وسبب الخلاف : هل عقد الهبة أقوى والحوزُ فرع ؟ وهو المشهور .

أو الحوز أقوى من عقد الهبة ، وهو مذهب العراقيين .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا فوتّها بالهبة لغير الأول ، فقبضها [الآخر

هل] ^(٣) الأول أولى بها أو الثانى ؟ فالمذهب على قولين منصوصين فى كتاب « العتق الثانى » من « المدونة » :

أحدهما : أن الأول أحقُّ بها من الثانى ، وهو قول ابن القاسم .

[والثانى] ^(٤) : [أن] ^(٥) الثانى أحقُّ بها ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : ما قدمناه ، هل عقدُ الهبة أقوى أو الحوزُ أقوى ؟

والجواب عن الوجه الثالث : إذا فوتّه بالعتق ، إذا كان عبداً أو بإيلاءٍ إن

(١) فى أ : بفور البهة .

(٢) فى أ : « ثابت وعبد الملك بن الماجشون » وفى ج : « ثابتة عن عبد الملك بن الماجشون »

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

كانت أمة فإنه يتخرج على الثلاثة الأقوال التي قدّمناها في المبيع .

أحدها : أن العتق أولى ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » ، وهو خلاف ما نص عليه في البيع تعصياً للعتق ، وهو على الحقيقة اضطراب من القول لأن حق الموهوب له الأول تعلق بالهبة ، كتعلق حق العبد بالعتق ، ولا فرق سواء فإذا كانت الهبة لازمة للواهب [بالعقد] ^(١) ، وثابتة للموهوب له بشرط القبول أو الحوز : فليس للواهب التفويت حتى يعلم خبر الموهوب له ، هل قبل أم لا ؟ لأن ذلك حق ثابت له ، إن شاء قبله ، وإن شاء رده ، كمديان أعتق عبده ، فعتقه موقوف [على] ^(٢) إجازة الغرماء أو ردّهم .

والقول الثاني : أن العتق مردود للموهوب له قبل القبض ، وهي رواية ثابتة عن مالك في « المبسوط » .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يعتقه فراداً فيرد العتق أو يعتقه بتبعض فيكون العتق [أولى] ، وهو قول أصبغ .

وعلى القول بأن الإيلاد والعتق فوت ، هل يغرم الواهب القيمة للموهوب له أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا شيء عليه ، وهو المشهور ، وهو ظاهر « المدونة » .

والثاني : إن قصد التفويت ، يغرم القيمة ، وإلا فلا شيء عليه ، وهذا القول مروى عن مالك أيضاً ، وهو ظاهر قوله في البيع .

والحمد لله وحده .

(١) في أ : بالعتق .

(٢) في هـ إلى .

المسألة الرابعة

إذا أعتق عبده على مال

اختلف لفظه في الكتاب ، بعضه في « كتاب العتق الثاني » وفي « كتاب المكاتب والأسئلة والأجوبة » ، وذلك لاختلاف صور مسائلها ونحن نفصل مسائلها على ما قال شيوخنا ، ونحن نذكر مواضع الخلاف منها ، والاتفاق على ما تقتضيه مذاهب شيوخنا ، بياناً يرفع الإشكال ويدفع الاحتمال إن شاء الله تعالى ، وهي على خمسة مسائل :

الأولى : أنت حرٌّ عليك [كذا] ^(١) .

الثانية : أنت حرٌّ على أن عليك [كذا] ^(٢) .

الثالثة : أنت حرٌّ على أن تدفع إلى كذا .

الرابع : أنت حرٌّ على أن تؤدي إلى كذا .

والخامس : أنت حرٌّ إن أديت إلى كذا وإن دفعته ، أو إذا أديته ، أو دفعته ، أو أعطيته ، أو متى ما جئت به .

واختلف تأويل المتأخرين والشارحين ، هل ترجع هذه الصور الخمس إلى ثلاث مسائل ، ترجع إلى ثلاثة أجوبة ، أو هي أربع مسائل لها أربع أجوبة :

فذهب معظم الشارحين والمختصرين من القرويين وغيرهم أن مذهب مالك ثلاث مسائل له فيها ثلاثة أجوبة ، ترجع في الحقيقة إلى جوابين :

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

المسألة الأولى : قولك : وعليك ، وعلى أن عليك . أنهاً عنده سواء ، والعبد يُعتق ويُتبع بالمال ، كان ذلك برضاه أو بغير رضاه ، وهو نصُّ قوله في « كتاب العتق » [الثاني] ^(١) في قوله : « وعليك » ، وهو ظاهر قوله في « كتاب المكاتب » : على أن عليك ، لقوله : العتق جائز ، والدنانير لازمة للعبد .

واختصرها بعضهم « كان حرّاً ويتبع بالمال » ، ومثله في « كتاب محمد » قال : هو حرٌ وعليه بالمال . وهو قول سحنون قال : وعليك ، وعلى أن عليك ، عند مالك سواء .

المسألة الثانية : [قوله] ^(٢) على أن تدفع إلى كذا ، فلا يُعتق عنده حتى يدفع وذلك يرجع إلى رضا [ق/ ١١١ ع] العبد ، فإن رضى كان عتقه موقوفاً على الأداء ، وهذا مجموع لفظه في « الكتاب » على افتراق مواضعه ، ومثله في « كتاب محمد » ، قال هذا من ناحية [الكتابة] ^(٣) .

قال بعض [شيوخنا] ^(٤) القرويين : ولم يختلف المذهب في هذا أن العبد بالخيار بين الردّ والقبول ، وأنه إن قبل لم يعتق حتى يدفع المال وقوله : إن دفعت ، أو أديت ، أو إذا ، أو متى ، كلّها بمعنى واحد .

هذا تحصيل مذهب مالك عند هؤلاء .

ومذهب ابن القاسم عندهم أنها أربع مسائل بأربعة أجوبة ، يُوافق فيها مالك في الأسئلة الثلاثة : أنت حرٌّ على أن تدفع إلى ، أو أنت حرٌّ على أن تُؤدى إلى ، أو أنت حرٌّ إن أديت إلى .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ع ، هـ : الكتاب .

(٤) في أ : الشيوخ .

[ويخالفه] ^(١) في السؤالين إذا قال له : أنت حرٌّ وعليك . وكان بغير رضا العبد : أنه يكون حرًّا عنده ، ولا يتبع بشيء ، وإن كان برضاه ، فإنه يُتبع قولاً واحداً ، وهو قوله في [كتاب] ^(٢) أمهات الأولاد إذا أعتق أم ولده على مال برضاها : إنها يلزمها .

وذهب بعض الأندلسيين إلى [أنها] ^(٣) [على] ^(٤) مذهب ابن القاسم ثلاث مسائل له فيها ثلاثة أجوبة ، في كل [جواب لكل] ^(٥) مسألة قولان :

الأولى : قوله : « أنت حرٌّ وعليك » ، ففيها قولان :

أحدهما : أنه حرٌّ ولا يتبع بشيء ، وهو نصّه في [كتاب] ^(٦) العتق الثاني .

والثاني : أنه يكون حرًّا [ويتبع] ^(٧) ، وهذا القول قائم من « كتاب العتق الثاني » من قوله : إذا قال السيد : أعتقك على مال ، وقال العبد : على غير مال .

حيث قال ابن القاسم : القول قول العبد ، ويحلف ، فإن كان العبد لا يلزمه المال ، ما كان يحلف .

والثانية : قوله : على أن عليك ، أو على أن تدفع إليّ فهذان الوجهان

(١) في أ : قال .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : أن .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ . .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

[عند مالك ^(١) مسألة واحدة ، جوابهما واحد ، اختلف فيها قول ابن القاسم أيضًا ، فقال فى « الكتاب » فى قوله : على أن عليك ما تقدم ، وقال فى قوله : على أن تدفع إلى [العبد] ^(٢) مخير كقول مالك : ولا عتق للعبد إلا بأداء المال ، وله ألا يقبل .

وقال فى « العتبية » : على أن عليك ، العبد مخير فى الرضا بالعتق على ذلك معجلًا ، فيلزمه المال دينًا أو يؤدي ذلك ويبقى رقيقًا ، [وأن هذين القولين] ^(٣) يدخلان المسألتين جميعًا ، وأنهما عنده واحدة .

الثالثة : قوله : على أن يؤدي إلى . هل [هو] ^(٤) مثل قوله : على أن تدفع إلى أم لا ؟ قولان بين المتأخرين :

أحدهما : [أن قوله :] ^(٥) على أن تؤدي إلى ، مُخالف لقوله : على أن تدفع [إلى] ^(٦) ، وأنَّ قوله : على أن تؤدي [إلى] ^(٧) لم يختلف فيه [أن العبد بالخيار] ^(٨) وأنه لا يُعتق إلا بالأداء .

والثانى : أنه لا فرق بين اللفظين .

فعلى القول بالتساوى ، [فيدخل اختلاف] ^(٩) قول ابن القاسم فى

(١) فى أ : عنده .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ع ، هـ : وإن كان هذان القولان .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى أ : فيختلف .

قوله : على أن تؤدي [إلى كما اختلف في قوله] ^(١) وعلى أن تدفع إلى [والقول بالتساوي بين قوله : « على أن تؤدي إلى وعلى أن تدفع إلى صحيح] ^(٢) لأن قوله : على أن تدفع إلى ، أو على أن تؤدي . كأنه جعل للعبد اختياراً ونظراً [ق / ١٩١ جـ] لصرفه الفعل إليه .

وفي قوله : على أن عليك ، « عليك » إلزام للعبد ، ولا رأى [له] ^(٣) فيه ولا اختيار [بل] ^(٤) ظاهره أنه مجبور على الدفع .
فهذا تفصيل هذه [المسائل] ^(٥) .

واختلاف الشيوخ في مذهب مالك وابن القاسم فيها على ما تراه ، وسنورد في ذلك تفصيلاً آخر ، نزيد به هذه المسائل [بياناً] ^(٦) ، ونذكر ما فيها [ق / ٨١ هـ] من خلاف ، ولغير ابن القاسم [ومالك] ^(٧) .
فأما قوله : أنت حرٌ وعليك . والعبدُ غيرُ راضٍ كما قدمناه ، ففيه ثلاثة أقوال :

[أحدها] ^(٨) : قول مالك وأشهب أنه يكون حرّاً ويتبع .
والثاني : أنه يكون حرّاً ، ولا شيء عليه ، وهو قول ابن القاسم .
والثالث : قول عبد الملك وابن نافع أن العبدَ مخير إن شاء التزم ذلك

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : أن .

(٥) في أ : المسألة .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

ويعتق ويتبع بالمال دينًا ، إن لم يكن عنده ، وإن أبى رجع رقيقًا .

والثانية قوله : أنت حرٌّ على أنَّ عليك . فيها أربعة أقوال :

أحدها : قول مالك : إن العتق نافذ ويتبع بالمال ، كقوله في الأول .

والثاني : أن العبد مُخَيَّرٌ في إلزام المال أو رده ، ويبقى رقيقًا ، كقول عبد الملك في الأول ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » .

والثالث : قول ابن القاسم [على رأى بعضهم] ^(١) أنه يخير بين القبول ، ولا يعتق إلا بالأداء أو الرد ، ويبقى [رقيقًا] ^(٢) على جوابه في « المدوونة » في قوله : على أن تدفع إلى . وتسويتهم بين اللفظين .

والرابع : أنه لا خيار للعبد ولا يحصل له العتق ، حتى يدفع المال ، فكأنه من باب الشرط ، وهو قول أصبغ .

والثالث قوله : أنت حرٌّ على أن تدفع إلى ففيها ثلاثة أقوال :

أحدها : أنَّ العبد يُخَيَّرُ في أن يقبل ويلزم المال ، ولا يعتق إلا بأدائه أو يرد ويبقى رقيقًا ، وهو قول مالك وابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أنه مخيَّر بين الرضا بالعتق معجلًا أو يلزم المال دينًا أو يرد ذلك ويبقى رقيقًا ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » ، في قوله بالمساواة بين قوله : على أن عليك ، وعلى أن تدفع إلى .

والثالث : تخريج بعض الشيوخ أن العبد متى دفع المال كان حرًا ، وللسيد إجبار العبد على ذلك ، بناءً على أنَّ للسيد أن يُجبر عبده على الكتابة .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

والرابعة قوله : أنت حرٌّ على أن تؤدى [إلى] ^(١) يتخرج فيها قولان أيضاً:

أحدهما : أن العبد بالخيار ، وأنه لا يُعتق إن اختار إلا بالأداء .

والثانى : أنه إن اختار العتق بامال ، يُعجّل العتق ويتبع بالمال فى الذمة

إن كان معسراً .

فهذا تحصيل هذه المسألة ، وإيراد ما قيل فيها على الاستقصاء .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

المسألة الخامسة

إذا أقر بعض الورثة أن أباه أعتق هذا العبد
فلا يخلو من أن يُصدِّقه [بقية] ^(١) الورثة أو يكذِّبه .
فإن صدِّقه [بقية] ^(٢) الورثة أو واحدٌ منهم ، وكان هو والمُقرَّ عَدْلَيْن :
فالعبدُ حرٌّ ، إن حمّله الثلث أو ما [حمل منه] ^(٣) الثلث إن لم يكن في
الورثة إناث [أو كان فيهم إناث] ^(٤) والعبدُ ممن لا يرغب في ولاية .
فإن كذبه بقية الورثة ، فلا يخلو الميت من أن يترك عبيداً سواء (ق /
٢١٨ أ] أم لا .

فإن ترك عبيداً [سواء] ^(٥) : فإن انقسموا ، فإنهم يُقسمون .
فإن [صار] ^(٦) الذي أقر بعثقه [في سهمه] ^(٧) ، وقد حمّله ثلث
مال الميت ، هل يعتق عليه جميعه أو نصفه ؟ فالمذهب على قولين من
« المدونة »:

أحدهما : أنه يعتق عليه جميعه ، وهو قول ابن القاسم في [« المدونة »
« وكتاب ابن المواز »] ^(٨) .

(١) في أ : بعض .

(٢) في أ : بعض .

(٣) في هـ : حمّله .

(٤) سقط من هـ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في هـ : صار إليه .

(٧) سقط من هـ .

(٨) في هـ : كتاب محمد .

والثانى : أنه لا يعتق منه إلا نصفه ، وهو قول مالك وأشهب فى «كتاب محمد» بناء على أنه لا يعتق إلا فى [ثلث] ^(١) نصيب الوارث المقر ، مثل أن يكون الميت قد ترك عبيدين ، قيمة كل واحدٍ منهما مائة ويترك مائة دينار .

فإن نظرت إلى جميع التركة ، كان الثلث يحمله ، ويعتق جميعه . وإن نظرت إلى ما أخذ الوارث ، فقد أخذ مائة وخمسين ويعتق نصفه [لأنه ثلث] ^(٢) ما أخذ .

ويبنى الخلاف على الخلاف : فى القسمة ، هل هى بيع أو تمييز حق ؟ فمن رأى [أنها] ^(٣) بيع قال : لا يُعتق جميعه ، وإنما يعتق عليه نصفه ، على الخلاف فيمن رُدَّتْ شهادته فى عتق عبدٍ ثُمَّ اشتراه . وعلى القول بأنها تمييز حق ، فيعتق جميعه .

فإن لم يترك [الميت] ^(٤) عبيداً سواه ، هل يعتق عليه حصته من العبد أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال كُلُّها قائمة من « المَدُونَة » : أحدها : أنه لا يجوز إقراره ، ويكون نصيبه من العبد رقيقاً ، وهو قوله فى « المَدُونَة » .

والثانى : أنه يُعتق عليه نصيبه خاصة ، وهو أحد قولى ابن القاسم فى إقرار أحد الشريكين على صاحبه أنه أعتق حصته ، وهو موسر أنه يعتق نصيب الشاهدين ، فهو فى هذا أحرى أن يعتق نصيبه .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : لأن الثلث .

(٣) فى أ : أنه .

(٤) فى أ : السيد .

والثالث : أنه يعتق [عليه] ^(١) نصيبه ، وتقوم عليه أنصاب شركائه ،
[ووجه] ^(٢) قول من قال : إنه لا يعتق عليه نصيبه .

إما [لكونه] ^(٣) أدخل بإقراره ضرراً على الورثة ، لأن عتق البعض
عيب فى جملته ، فلم يقبل إقراره .

وإما لأجل أن ذلك يؤدى إلى عتق النصيب بغير تقويم .

وأما القولان الآخران ، فمنشأ الخلاف فيهما احتمالان :

أن يكون هذا العتق من الميت ، كما قال المقر ، ثم لم يعتق من العبد
إلا حصته ، ولا تقويم عليه .

واحتمال أن يكون من الوارث ، فيسندهُ إلى الميت ، فراراً من التقويم ،
فيستكمل عليه .

وعلى القول بأنه لا يعتق عليه ، هل يبيع حصته منه أو يسترقه ، فقد
قال مالك فى « المدونة » : يندب إلى أن يبيع حصته ، فيجعلها فى رقبة
المعتق ، أو [يعلن] ^(٤) [بها] ^(٥) فى آخر نجوم المكاتب .

وقال بعض أصحابنا : ينبغى ألا يستخدمه فى يومه وأن يتورع عنه إذا
تمادى [ق/ ١١٢ ع] على إقراره . [والحمد لله وحده] ^(٦)

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : وهو .

(٣) فى أ : " أن يكون .

(٤) فى هـ : يعين .

(٥) سقط من أ .

(٦) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة السادسة

فى النصرانى إذا أعتق عبده أو دبَّره ، ثُمَّ أراد الرجوع فيه فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يعتقه بعد إسلام العبد .

والثانى : أن يعتقه قبل إسلامه ثُمَّ أراد الرجوع قبل إسلام العبد أو بعد إسلامه .

فإن أعتقه [بعد إسلام العبد فلا رد للسيد اتفاقاً لأنه كان حكم بين مسلم ونصرانى . وإن أعتقه] ^(١) قبل إسلامه ، فيرجع فيه [و] ^(٢) العبد كافر ، ولا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون قد أخرجهُ مِنْ يده ، وأبانه عن ملكه .

والثانى : أن يكون تحت يده مسترسلاً فى خدمته .

فالوجه الأول : إذا أخرجهُ مِنْ يده ، هل يُحكم بعته أم لا ؟ على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : [أنه] ^(٣) يعتق عليه ، ولا رجوع له فيه ، وهو قول ابن القاسم فى « كتاب الجنایات » من « المدونة » .

والثانى : أنه لا يُحكم عليه بعته ، وأنه يمكن من الرجوع [فى] استرقاقه ، وهو ظاهر قوله فى « كتاب العتق الثانى » ، و« كتاب الولاء والموارث » .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : أن .

وسبب الخلاف : الحيازة ، هل هى أمرٌ معمولٌ له إسلاماً وكفراً لقوله عليه السلام : « مَنْ حاز شيئاً عشر سنين ، فهو له » ^(١) ومن صيغ العموم فيمن يعقل الوجه الثانى : إذا بقى تحت ولايته مسترسلاً على خدمته ، فلا خلاف فى المذهب أنه يُحكم عليه بعتقه لعدم الحوز .

وأما إن أعتقه قبل إسلامه ثم أراد الرجوع فيه بعد إسلام العبد : فإن أخرجهُ من يده وأبانه [عن ملكه] ^(٢) ، فلا خلاف فى المذهب أن العتق نافذ ، ولا مرد له ، لأن تمكينه من الحوز بالإبانه دليلٌ على زوال ملكه عنه مع ما أحدث من الإسلام .

فإن لم يُخرجه من يده بعد عتقه ، وبعد إسلامه ، حتى حاول الرجوع ، هل يُمكن منه أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » : أحدهما : أن العتق نافذ لازم ، وهو ظاهر « المدونة » من كتاب « العتق الثانى » ، و « كتاب الولاء » .

والثانى : أن له الرجوع فى عتقه ، وأن له أن يسترقه ، وهو ظاهر « المدونة » ، على اختلاف الروايات فى « كتاب العتق الثانى » وقد قال [فيه] ^(٣) مالك : ولو أراد أن يفسخ كتابته وتديره ، [لم] ^(٤) أعرض له إذا كان تديره [ذلك] ^(٥) قبل أن يسلم العبد .

فعلى هذه الرواية ، يُمكن من الرجوع ، و [هو] ^(٦) الذى اختاره

(١) ضعفه الشيخ الألبانى فى « الضعيفة » (٤٨٥٣) .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : به .

(٤) فى أ : ثم .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : هذا .

[القاضى] ^(١) أبو محمد عبد الوهاب والشيخ أبو الحسن اللخمي .

[وعلى الرواية الثانية] ^(٢) : إذا [رده] ^(٣) ذلك قبل أن يُسلم .

وهى رواية ابن وضّاح ، فلا يُمكن من الرجوع ، لأنّه حكم بين مسلم ونصرانى ، والمشهور أنّه لا يعتق عليه وأنّ له الرجوع ، وهو قوله فى «المُدونة» ^(٤) .

[لأن] ^(٥) مكّنه تحت الولاية والاستخدام ، دليلٌ على استدامة المُلْك ، وإسلامه بعد ذلك لا يوجب له عتقاً مجرداً إلا أن يبينه من تحت يده كما تقدّم .

ومنْ يقول : [ينفذ] ^(٦) العتق ، ولا ردّ له رأى أن العبدُ يعتذر ، ويقول : لو طالبتُه بالإبانة ، لرجع فى عتقى ، فالآن قد صرتُ مسلماً .

فهذا حكم [بين] ^(٧) مسلم ونصرانى .

وهل التدبير كالعتق فى جميع ما ذكرناه أم لا ؟ قولان :

أحدهما : المساواة ، وهو ظاهر « المُدونة » .

والثانى : أنّ التدبير مخافٌ للعتق ، والتدبير يصح للعبد بعد الإسلام ، وإن لم يُخرجه من يده ، إذ لا يُمكن له ذلك ، إلا لبقاء الخدمة عليه ، بخلاف العتق .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : أراد .

(٤) فى هـ : العتبية .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى ع ، هـ : بنفوذ .

(٧) سقط من أ .

وهذا كله إذا لم يرض السيد بحكم الإسلام .

وأما إن تداعا العبد [والسيد] ^(١) ، ورضيا أن يُحكم بينهما بحكم الإسلام ، فقد نص [مالك] ^(٢) في كتاب « العتق الثاني » من « المدونة » :
 أنَّ [الحاكم] ^(٣) يُحكم عليه بعتقه .
 والحمد لله وحده .

(١) « من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : الحكم .



كتاب المدير

كتاب المدبر

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها خمسُ مسائل .

المسألة الأولى

الفرق بين التدبير والوصية

والتدبير مأخوذ من الدبر ، ودبر كل شيء وراءه ، وله ثلاثة ألفاظ :

أحدها : قوله : أنت مدبر .

والثاني : قوله : أنت حرٌّ عن دبر منى .

والثالث : قوله : أنت حرٌّ بعد موتى ، ولا رجوع [لى فيك] ^(١) .

فإذا تلفظ بأحد هذه الألفاظ الثلاثة ، فلا خلاف فى المذهب أنه مدبر ،

لا [يرث] ^(٢) فيه .

ولفظ الوصية أن يقول : قد أوصيتُ بعق فلان ، أو قال : أعتقوا

فلاناً بعد موتى ، فهذا لا خلاف [فيه] ^(٣) أنها وصية ، وله الرجوع فيها .

هناك لفظٌ ثالث متردد بين هذين الأصلين أوجب ترده اختلافًا بين

العلماء ، هل يُحمل على الوصية أو على التدبير ؟ ، وهو أن يقول لعبده :

أنت حرٌّ بعد موتى . فلا يخلو من أن تكون معه قرينة تدل على الوصية أو

لم تكن :

فإن كانت معه قرينة ، كقوله : أنت حرٌّ بعد موتى إن مت من هذا

(١) فى أ : له فيه .

(٢) فى أ : يرث .

(٣) سقط من أ .

المرض ، أو هذا السفر . فهي وصية اتفاقاً .

وإن عذمت القرائن : ففي المذهب قولان منصوصان في « المدونة » :

أحدهما : أنها وصية حتى يُريد التدبير ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه تدبير حتى يُريد الوصية ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : هل تغلب الدلالة العرفية على اللغوية أو تغلب اللغوية

[على العرفية] (١) ؟

فإن قوله : أنت حرٌ بعد موتي ، تدبير معنى واشتقاقاً . والعرفية : أن

العادة جرت باستعمال هذه العبارات في الوصية ، فإذا اثبت فلا يخلو التدبير من أن يكون مطلقاً أو مقيداً :

فإن كان مطلقاً ، كقوله : أنت مدبر ، [فإنه] (٢) يُحمل على إطلاقه

بلا خلاف ولا رجوع له فيه ببيع ولا غيره اختياراً .

فإن كان مقيداً ، كقوله : إن متُّ من مرضى هذا أو سفرى هذا ،

فأنت مدبر ، أو إذا قدم فلان ، فأنت مدبر ، وغير ذلك مما يُحتمل أن يكون ، ويحتمل ألا يكون ، هل يجوز له البيع أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما [ق / ١٩٢ ج] : أن البيع جائز ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن بيعه مكروهٌ غير محظور ، وهو قول مالك ، [لأنه قال :

مرض هلك في بيعه] (٣) .

والقولان في « المدونة » .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من هـ .

المسألة الثانية

فى رهن المدبر

ولا يخلو من أحد وجهين :

أحدهما : أن يكون الراهن مُتَطَوِّعًا [به] ^(١) بعد العقد [والثانى : أن يكون مشروطًا فى أصل العقد . وأما الوجه الأول وهو أن يكون الراهن قد تطوع به بعد العقد] ^(٢) : فالرهن جائز اتفاقًا ، فإن حل الأجل قبل موت الراهن ، نظر [ق / ٨٢ هـ] إلى الدين :

فإن كان [قبل] ^(٣) التدبير : بيع [المدبر] ^(٤) فى الدين اتفاقًا .

فإن كان بعد التدبير : فالمدبر لا يُباع ، ويبقى رهنًا إلى موت السيّد .

فإن كان عبده وفّى به الدين : خرج المدبر من الرهن ، وقوم فى الثُّلُث .

وإن لم يكن له مال : بطل التدبير ، ويُباع العبد فى الدين ، ويكون المُرتَهَن أولى [به] ^(٥) من الغُرماء .

والوجه الثانى : إذا كان الرهن مشروطًا فى أصل البيع أو السلف ، فإن كان الدين قبل التدبير ، فالرهن جائز اتفاقًا [ووفقًا] ^(٦) .

وإن كان بعد التدبير : لم يُجز للغرر .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : العقد .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

وبيان الغرر : أنَّ صاحب الدَّين لا يدرى متى يقبض دَيْنُهُ ، وهو إنَّما [يُرِيد] ^(١) قضاء دينه من الرهن الذى تحت [يديه] ^(٢) أو من مال السيّد ، ولا يدرى هل يحلُّ أجله قبل موت السيّد وهو ملى ، [فيأخذه] ^(٣) لأجله أو يحل وهو عديم ، ولا يقدر على بيع الرهن قبل وفاة السيّد ، فهذا بيان وجه الغرر .

فابن القاسم يُطلق جواز رهن المُدبر فى « الكتاب » ، وأطلق أشهب المنع فى « كتاب الرهون » .

واختلف المتأخرون هل ذلك اختلاف حال أو اختلاف أقوال ؟ فمنهم مَنْ حَمَلَ قول ابن القاسم على الوجه الأول ، قال : إنَّما تكلَّم ابن القاسم فيما إذا تطوَّع الراهن بالرَّهن ، وكان غير مشروطٍ فى أصل العقد .

وأشهب تكلَّم على الوجه الثانى ، إذا كان مشروطاً فى العقد . كُلُّ واحدٍ منهما تكلَّم على ما لم يتكلَّم عليه الآخر ، فيكون ذلك اختلاف حال ، وهو تأويلٌ جيّد .

ومنهم مَنْ حمل الكلام على ظاهره فقال : ابن القاسم لم يفصّل ، وأشهب فصّل ،

فحمل كلامهما على أنَّه اختلاف قول .

واختلف فى [وجه] ^(٤) قول ابن القاسم على هذا التأويل :

(١) فى ع ، هـ : يرجو .

(٢) فى ع ، هـ : يده .

(٣) فى أ : ويأخذ .

(٤) سقط من أ .

فمنهم مَنْ قال : إِنَّ ذَلِكَ مِنْهُ جُنُوحٌ إِلَى جَوَازِ بَيْعِ الْمُدْبِرِ وَمِنْهُمْ مَنْ
 قال : إِنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ يَقُولُ : وَإِنْ كَانَ الرِّهْنُ فِي أَصْلِ الْعَقْدِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ
 جَائِزٌ ، فَإِنْ حُلَّ الْأَجَلَ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ ، وَالذَّيْنُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ (ق/٢١٩ أ)
 فَالْعَبْدُ يُؤَاجِرُ [ق / ١١٣ ع] لَهُ دُونَ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ .

فَإِنْ وَفَّاهُ وَالسَّيِّدُ حَتَّى رَجَعَ إِلَى السَّيِّدِ .

فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، يَبِيعُ مِنْهُ بِمَقْدَارِ مَا بَقِيَ مِنْ دِينِهِ ،
 وَيَعْتَقُ ثُلُثَ مَا بَقِيَ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ سِوَاهُ .

وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ .

المسألة الثالثة

فى بيع المدبر .

ولا يخلو بيع المدبر من أحد وجهين :

إما أن يكون قائماً بين المشتري .

أو فائتاً .

فإن كان قائماً : فالبيع مردود اتفاقاً .

وإن كان فائتاً ، فهل هو فى ضمان البائع [أو فى ضمان المشتري]^(١)؟

[فعن مالك فى ذلك قولان]^(٢) :

أحدهما : أن الضمان [فيه من]^(٣) البائع ، وأن البيع [فيه]^(٤) غير

منعقد .

والثانى : أن الضمان فيه من المشتري .

فعلى القول بأن الضمان فيه من [المشتري]^(٥) ، فلا يخلو فواته من

ثلاثة أوجه :

إمّا بحدوث عيب .

وإما بموت .

أو بعتق .

(١) فى أ : أم لا .

(٢) فى أ : فالذهب على قولين .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : التمسك .

[أو إيلاد] ^(١) إن كانت أمة .

فإن فات بحدوث عيبٍ : فالبيع مفسوخ ، ويردُّ المشتري العبدَ ، مع ما نقصه العيب .

واختلف في أرش العيب ، هل يكون للسيد ملكاً أو يجعله في رقبة أخرى ؟ على قولين :

أحدهما : أنَّه يكون للسيد ملكاً ، وهو ظاهر « المدونة » ، كأرش بعض أعضائه .

والثاني : أنَّه يجعله في [رقبته] ^(٢) للعتق .

وإن كان فواته ذهاب [شخصه] ^(٣) بالموت ،

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنَّ البائع يصرف جميع الثمن في رقبة أخرى ، وهو قول أشهب في « الدمياطية » .

والثاني : أنَّه يصرف الفضل إلى الرقبة خاصة ، وهو مذهب « المدونة » .

والثالث : أنَّ الفضل الزائد [على ما] ^(٤) بين الرجاء والخوف يُصرف للمشتري ، وهو أحد قولَي سحنون رضي الله عنه .

وإن كان فواته بعتقٍ أو إيلاد إن كانت أمة ، هل يفتيهما ذلك أو ينتقض البيع ؟ قولان منصوبان في كتاب « المكاتب » .

(١) في ع ، هـ : وإما بإيلاد .

(٢) في أ : رقبة .

(٣) في هـ : عينه .

(٤) في أ : عما .

وعلى القول [بأن ذلك] ^(١) يُفِيْتُهُمَا البيع ، هل يكون الثمن للبائع سائغاً أو يجعله في رقبة أخرى ؟ قولان :

أحدهما : أن الثمن له [سائغ] ^(٢) ، وهو مذهب « المدونة » .

والثاني : أنه يجعل الثمن كله في رقبة أخرى ، وهو قول ابن كنانة في « كتاب المدنيين » .

وعلى القول بأن البيع ينتقض [و] ^(٣) أن العتق لا يُفِيْتُهُ ، فإن لم يحكم بنقضه ، حتى مات البائع ، نظر :

فإن حمله الثلث نقض البيع ، وعتق على الميت .

فإن كان عليه دين [برقه] ^(٤) : مضى البيع فيه .

وإن لم يكن [عليه] ^(٥) ين ، ولا له ثلث [يحمله] ^(٦) : فإن البيع ينتقض في ثلث العبد ويُعتق على الميت ، وينظر في الثلثين الباقيين :

فإن كان المشتري قد أعتقه نفد عليه عتق الثلثين ، ويكون له من الولاء بقدر ذلك .

فإن لم [يعتقه] ^(٧) ، هل يلزمه البيع في الثلثين أو يملك [الرد] ^(٨) بعب العتق . ، فإن لم يعلم بالتدبير حتى اشترى [فله] ^(٩) الرد : فإن

(١) في أ : بأنها .

(٢) في أ : مباح .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : كمله .

(٧) في أ : يفته .

(٨) في أ : الولد .

(٩) في أ : فأما .

علم ، هل له [ردُّ العيب] ^(١) أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّ البيع يلزمه في الثُّلُثين ، ولا رد [له] ^(٢) لعلمه
بالتدبير .

والثاني : أنَّ له الرد ، لأنَّه لم يدخل إلا على جُملة العبد لا على
بعضه .

والحمد لله وحده .

(١) في هـ : الرد .

(٢) سقط من أ .

المسألة الرابعة

فى المدبر يكاتب أو المكاتب يُدبر .

ولا يخلو من أن يسبق التدبير بالكتابة أو يتقدم بالكتابة على التدبير .

فإن قدم بالتدبير على الكتابة مثل أن يكاتب مدبره ، فإن ذلك جائز ،
ويكون مُدبراً مكاتباً ، ثم لا يخلو من ثلاثة أوجه :

إمّا أن يؤدي فى حياة سيّده .

وإمّا أن يعجز .

وإمّا أن يموت السيد قبل أن يؤدي ، ولم يعجز .

فإن أدّى فى حياة السيّد : كان حُرّاً .

فإن عجز عن أداء الكتابة : بقى على حقّه فى التدبير وإن لم يؤد ،

ولم يعجز حتى مات [السيد] ^(١) ، فلا يخلو من أن يكون عليه دين
يغترقه أو لا دين عليه .

فإن كان عليه دين يغترق قيمة المدبر ، فلا يخلو من أن تكون قيمته

مكاتباً أكثر من قيمته أو تكون قيمته مكاتباً أقل .

فإن كانت قيمته مكاتباً أكثر من قيمته غير مكاتب أو كانت قيمته مكاتباً

وغير مكاتب سواء : سقط التدبير وبقيت الكتابة ، وتباع الكتابة فى الدين .

فإن كان [فى] ^(٢) بعضها وفى به : بيع ذلك منها ، وعُتق ثلث ما

بقى ، ويحطّ عنه منها بقدر ثلث ما لم يبع من كتابته ، وهو ما قابل ثلث

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

العتق بعد الذى بيع للدين .

وإن كانت قيمته مكاتباً أقل ، وقيمة الرقبة أكثر ، مثل : أن تكون رقبته غير مكاتب « مائة » ، وقيمته مكاتباً خمسون ، هل يبقى على كتابته أو يعجز ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يبقى على كتابته ، ويؤدى لأهل الدين نجوماً .

فإن أدى : عتق كله ، وإن عجز : قضى منه الدين ، وعتق ثلث ما بقى ، وهو قول ابن القاسم فى « الموازية » ، وبه قال أصبغ .

والثانى : لا بد من تعجيزه ، حتى يعتق منه ثلث ما بقى بعد ما يباع للدين ، وهو قول عبد الملك فى « الموازية » .

فإن مات السيد ، ولا دين عليه : فإنه يقوم بحقه فى التدبير .

فإن حمله الثلث على أنه لا كتابة فيه : عتق وسقطت الكتابة .

وإن لم يترك مالاً سواه : أعتق ثلثه لتدبير ، وبقي ثلثاه بالكتابة ، ويسقط عنه من كل نجم ثلثه ، وبقي فى الثلثين .

وأما إن قدم الكتابة على التدبير ، مثل أن يدبر مكاتبه : كان الجواب على ما تقدم ، ولو سبق [التقديم] ^(١) فى جميع ما قدمناه .

فإن لم يؤد الكتابة ، ولا عجز حتى مات السيد :

كان فى الثلث الأقل من الكتابة أو [من] ^(٢) قيمة الرقبة .

[و] ^(٣) الفرق بينهما أنه إذا تقدم التدبير ، ثم مات السيد ، كان السيد

(١) فى أ : التدبير .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

على [حقه فى الكتابة لأنه] لم يسقطها .

وإن تقدمت الكتابة : كان قد أسقطها بالتدبير .

وإن مات ، فإن كانت قيمته مكاتبًا أقل ، قال العبد : إنما [يستحق قبلى مالا] وقد أسقطه بالتدبير ، وهو الذى [جعل] ^(١) فى الثلث فإن كانت قيمة الرقبة أقل ، قال : إنما بعجز بنفسى [لعتق . فإذا أعجز نفسه] ^(٢) ، كانت الرقبة هى [المملوكة] .
والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

المسألة الخامسة

فى المدبر يُباع فى المقاسم ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه :
أحدها : أن يعلم أنه لرجل من [المسلمين بعيد فهذا] لا يُقسم ،
ويوقف له .

والثانى : أن يعلم أنه مدبر لمسلم ، وجهل عين صاحبه ، فهذا تكون
خدمته لأهل الجيش دون [رقبته أو] : أن يجهل أنه مدبر ، فيباع فى
المقاسم ، ثم قدم صاحبه بعد القسم واستحقه ، هل للسيد أن يفدى خدمته
أو يبقى رقيقاً [لمشتريه ؟ فالمذهب] ^(١) ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يبقى رقيقاً لمشتريه ، وهو قول ابن القاسم فى
«الدمياطية» .

والثانى : أن للسيد المستحق أن [يفدى خدمته وهو] ، قوله فى
«المُدونة» .

وسبب الخلاف : ما حازه الكفار من أموال المسلمين ، هل يقطع ملكهم
منه أم لا ؟

وعلى القول بأنه [يبقى مدبراً هل تكون] خدمته لمشتريه أم لا ؟
فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن جميع خدمته حياة السيد لمشتريه من المقاسم ولا شىء
فيها [للسيد] ، وهو قول ابن المَوَّاز .

والثانى : أن مُشتريه من المقاسم ، يستوفى من خدمته ما اشتراه به .

فإن استوفاهُ وسيِّدهُ حتى متى [رجع إليه وهو قول ابن القاسم] فى «المُدونة» .

فإن مات السيّد قبل أن يستوفى فى المُشترى من الخدمة ما اشترى به ، فلا يخلو من أن يحمله [الثلث أو لا يحمله] ^(١) .

فإن حمله الثلث كان [عتيقًا . واختلف هل يتبع] [بالفضل] ^(٢) أم لا ؟

على قولين قائمين من « المُدونة » :

أحدهما : أنه يتبع ببقية القيمة فى ذمته ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنه لا [يتبع بشئ وهو قول] ، الغير فى « كتاب الجنايات » [فى المدبر] ^(٣) يجنى ثمّ يسلم السيّد خدمته للمجنى عليه .

وسببُ الخلاف : هل ذلك [تسلم اقتضاء فيرجع] إليه الفضل أو ذلك تسليم [تملك] ^(٤) ، فتكون جميعُها للمشترى أو المجنى عليه ، وإن لم يحمله الثلث ، فإنه يحسب ما بقى من [الثمن ثم يستوفى] من الخدمة ، [فيقبض] ^(٥) على ما أعتق ، وعلى ما بقى فما ناب [العتيق] ^(٦) منه اتبع به ، وما لم يحمله الثلث [رق] ^(٧) للمشترى ، وهل للورثة [فيه خيار أم لا] ؟ فالمذهب على قولين :

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : بالفاضل .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ع ، هـ : ملك .

(٥) فى أ : فيقبض .

(٦) فى هـ : العتق .

(٧) سقط من أ .

أحدهما : أنه لا خيار فيه للورثة ، وهو المنصوص عن مالك .

والثاني : أن الخيار فيه للورثة .

والقولان : [قائمان من المدونة] .

وسبب الخلاف : هل ذلك حقُّ يورث عن الميت أو ليس ذلك حقُّ

يُورث عنه ؟

والحمد لله وحده .



كتاب المكاتب

كتاب المكاتب

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها سبع عشرة مسألة :

المسألة الأولى

فى الكتابة [ق / ١١٤ ج] .

كانت الكتابة فى [الجاهلية فأقرها] الإسلام ، وهى العتق على مال .
واختلف فى اشتقاقها :

ف قيل : هى مشتقة من الكتاب ، وهو : الأجل ، قال الله عز وجل :
﴿ إِلَّا وَلَهَا كِتَابٌ مَّعْلُومٌ ﴾ ^(١) أى : أجل معلوم أى مُقدر .

وقيل [هى] ^(٢) من الإيجاب وال لزوم ، لإلزام السيد ذلك للعبد ، ولا رجوع له فيه ، وأنَّ ذلك أمرٌ [لازم للعبد] ، ولا خروج له [عنه] ^(٣) أيضاً ، كان ذلك برضاهُ على الوفاق [إلا على القول بأن له أن يعجز بنفسه وإن كان له مال ظاهر] ^(٤) أو [على غير] ^(٥) رضاه ، على الخلاف فى السيد ، هل له أن يجبر [ق / ١٩٣ ج] عبده على الكتابة أم لا ؟ [وقد اختلف] فيه المذهب على قولين قائمين من « المدونة » ، وقد قال فيمن كاتب عبدهُ على نفسه [مع] ^(٦) عبدهُ له غائب : إنَّ ذلك جائز ، وذلك

(١) سورة الحجر الآية (٤) .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ع ، هـ : بغير .

(٦) فى هـ : وعلى .

لازم كتابة [ولا رجوع] ^(١) له عنه ، وهو قوله فى « كتاب العتق الثانى »
إذا أعتق عبده على مال ، حيث قال : إِنَّهُ يُتَّبَع [ق / ٨٣ هـ] فى الذمة
على ما [أحب أو كره . وظاهر] قول ابن القاسم [الذى] ^(٢) يقول :
يُعتَق ولا يُتَّبَع ، أَنَّهُ لَا يَجُوز لَهُ أَنْ يُجْبِرَهُ عَلَى الْكِتَابَةِ .

والدليل على أَنَّها من الإيجاب ، من كتاب الله تعالى [قوله] ^(٣) :
﴿ كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَى نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ أَنَّهُ مَنْ عَمِلَ مِنْكُمْ سُوءًا بِجَهَالَةٍ ﴾ ^(٤) أى : أوجبها .

وقيل : إِنَّ الْكِتَابَةَ مأخوذة من الكتاب الذى يكتبونه بينهم فى [عقد
ذلك ويقدر] فيها كتاب ، وكتابة ، ومكاتبة قال الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ
يَتَّبِعُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عِلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ^(٥) الآية .

[صيغتها] ^(٦) صيغة الأمر ، مقيدة بشرط ، فإذا وجب هذا الشرط ،
هل تجب الكتابة أو هى مباحة أو مندوب إليها ؟ ولا خلاف عندنا أَنَّ الكتابة
ليست بواجبة ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة خلافاً للظاهرية ، ولا خلاف
عندنا لَنَها مباحة واختلف عندنا ، هل هى مندوب إليها أم لا ؟

على قولين :

أحدهما : أَنَّها على الإباحة دون المندوب ، وهو ظاهر قول مالك فى
«الموطأ» .

والثانى : أَنَّها على الندب ، وهو قول القاضى أبى الحسن بن القصار ،

(١) فى هـ : ولا خروج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سورة الأنعام الآية (٥٤) .

(٥) سورة النور الآية (٣٣) .

(٦) فى هـ : وهذه .

وبه قال عبد الملك بن الماجشون [فى المبسوط] (١) .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى صيغة الأمر إذا وردت .

فمن حملها على [ظاهر الأمر] (٢) قال بالوجوب .

ومن صرفها عن الوجوب ، استدل بالإجماع على أن السيد لا يجبر

(ق / ٢٢٠) على عتق عبده ولا على بيعه .

والكتابة لا تخلو من أن تكون بيعاً أو عتقاً .

فإذا خرجت عن أن تكون واجبة ، ترددت بين النذب والإباحة .

فمن حملها على النذب رأى أن الكتابة عقدٌ من عقود الحرية ، الذى

هو أفضل أعمال البر ، وأجل نوافل الخير ، ولا سيما وقد أمر الله تعالى

به .

فإذا بطل أن يُحمل [هذا] (٣) الأمر على الوجوب ، فأقل مراتبه أن

يُحمل على النذب .

[ومن] (٤) حمله على الإباحة ، رأى أنه أمرٌ وردَّ بعد الحظر ومشهور

[مذاهب] (٥) الأصوليين أن صيغة افعال إذا وردت بعد الحظر ، [أنه] (٦)

[يحمل] (٧) على الإباحة ، كالأمر بالصيد بعد الإحلال ، والانتشار بعد

صلاة الجمعة إلا أن بعض حُذَّاق الأصوليين ، قال : إنما يصحُّ ذلك ، إذا

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : ظاهرها .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فمن .

(٥) فى هـ : مذهب .

(٦) فى أ : أنها .

(٧) سقط من أ .

كان الحظر [متأصلاً] ^(١) ، فأماً إذا كان لعارضٍ طراً ثم زال كالإحرام والجمعة والإطعام ، وذلك حظرٌ طراً ليس بأصلي ، وإلى هذا ذهب إمام الحرمين في التلخيص ، وحظر الكتابة متصلاً .

وبيان وجود الحظر في الكتابة ، وأنها على خلاف الأصل ، ومقتضى الدليل : ألا تجوز الكتابة ، لأن العبد يسعى ويقتحم الأخطار ، ويجول في الأقطار ، ويؤدى المال إلى السيّد لأمرٍ لا يدرى أ يكون أو لا يكون .

ويُحتمل أن يؤدى جميع الكتابة ، فيعتق ويحتمل أن يموت قبل الأداء ، ويحتمل أن يعجز بعد أن أدى أكثر الكتابة ، ويرجع رقيقاً ، والمال للسيّد ، ويذهب عناؤه [باطلاً] ^(٢) ، لا هو إلى العتق ولا ماله يرجع إليه ، فهذا غرر وخطر مع ما فيه من أكل المال بالباطل ، [إلا أن] ^(٣) الشرع رد بجوازها ، وهذا أمر ورد بعد الحظر ، والحظر أصل ، فوجب أن يُحمل على الندب .

ويختلف هل هي منجّمة أو حالة ؟ على قولين :

أحدهما : أنها منجّمة ، ولا يجوز أن تكون حالة ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « المدوّنة » حيث قال : والكتابة عند الناس منجّمة .

وهو قولُ الشيخ أبي محمد بن أبي زيد في « رسالته » ^(٤) ، وهو مذهب الشافعى رضى الله عنه .

والثانى : أنه يجوز أن تكون حالة ، وهذا القول حكاية القاضى أبى

(١) فى أ : متصلاً .

(٢) سقط من هـ .

(٣) فى هـ : لكن .

(٤) (ص / ٢٢٣) .

محمد عن متأخرى شيوخنا ، وهو الذى ارتضاه هو وغيره من أئمتنا ، وهو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى اشتقاق « الكتابة » :

فمن رأى أنها مشتقة من « الكتاب » الذى هو الأجل قال : إنها منجمة .

ومن رأى أنها مشتقة من الكتاب الذى يكتب بينهما يقول : إنها حالة ، إذ ليس فى مقتضى إطلاقها ما يدل على التنجيم والتأخير إلا ما يؤخذ من الاشتقاق .

فإن كان هناك دليل عرفى ، فينبغى أن يكون الرجوع إليه ، وكذلك قوله تعالى : ﴿ وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ ^(١) هو ندب وترغيب للوجوب واللزوم ، خلافاً للشافعى ، فإنه حمل الكتابة على الندب ، والإيتاء على الوجوب .

وقد اختلف فى ذلك على أربعة أقوال :

أحدها : أنه يوضع عنه من آخر كتابته شيء ، وهو قول مالك فى المدونة ، ومن حكى عنه من أهل العلم .

والثانى : أنه يوضع [عنه] ^(٢) رُبْع الكتابة ، وهو قول على بن أبى طالب رضى الله عنه .

والثالث : أنه شيءٌ حث عليه المولى وغيره ، وهو قول النخعى .

وهذه الأقوال كلها فى « المدونة » .

(١) سورة النور الآية (٣٣) .

(٢) سقط من هـ .

والرابع : أنَّ الخطاب فى ذلك للولادة ، يعطونه من الزكاة التى فرض الله لهم ، وهو قول زيد بن أسلم .

وفىها قول خامس : أنَّ الخطاب فيها للسيد أن يعطيه [شيئاً] ^(١) من ماله ، وهذا القول مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

واختلف فى قوله تعالى : ﴿ إِنِّ عَلَّمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ^(٢) ، ما الخير الذى أراد ؟ فقيل : [الخير] ^(٣) المراد [هو] ^(٤) القوة على الأداء ، وهو مشهور قول مالك .

وقيل : المال نفسه ، وقاله مجاهد وسعيد بن جبير وزيد بن أسلم والضحاك ، قال الله تعالى : ﴿ إِنِّ تَرَكَ خَيْرًا ﴾ ^(٥) و [قيل] ^(٦) الأمانة [والصدق] ^(٧) والوفاء ، وهو قول النخعى .

وقد اختلف فى كتابة من لا سعاية [له] ^(٨) ولا أمانة كالصغير :

قال ابن القاسم : أنها جائزة .

قال أشهب : لا تجوز ، وترد إلا أن تفوت بالأداء .

(١) سقط من أ .

(٢) سورة النور الآية (٣٣) .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سورة البقرة الآية (١٨٠) .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من هـ .

(٨) فى ع ، هـ : فيه .

المسألة الثانية

فى الكتابة [على غرر] ^(١) ، هل تجوز أو لا تجوز ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن الكتابة على الغرر جائزة ، وهو مشهور المذهب ، وهو ظاهر « المدونة » بجواز الكتابة على وصف حمران أو سودان ، ولم يصفهم جاز ، ويعطى وسطاً من وصف الحمران أو السودان ، فظاهر « المدونة » أنه تجوز الكتابة على غرر ، وقد سأله فى كتاب « المدونة » عن الكتابة بالغرر ، فأتى بهذه المسألة ، ولم يجبه عن الغرر الذى سأل عنه ، كالعبد الأبق والبعير الشارد .

والثانى : أن الكتابة على غرر لا تجوز ، وهذا القول قائم من « المدونة » من « مسألة اللؤلؤ » إذا كاتبه على لؤلؤ « غير موصوف » ، فقال ابن القاسم فى « الكتاب » : إن الكتابة لا تجوز ، إذ [لا يحاط] ^(٢) بصفته ، وتفسخ الكتابة .

وقال محمد بن المواز : لا تُفسخ الكتابة ، وتكون من أوسط الذى يشبه ما بينهما .

والقول الثالث : أن الكتابة بالغرر تُكره ابتداءً ، فإن نزلت لم تفسخ ، لإجازة غير واحد الربا بين السيد وعبد ، وهو قول أشهب فى كتاب ابن المواز .

وعلى القول بأنها تجوز على الغرر ، فلا يخلو ذلك الغرر من ثلاثة

(١) فى هـ : بالغرر .

(٢) فى أ : لا يخاطب .

أوجه :

إمّا أن يكون في ملك العبد .

أو في ملك السيد .

أو في ملك غيرهما .

فإن كان في ملك العبد ، مثل : أن يكتبه على عبد له أبق أو بغير شارد أو جنين في بطن أمّه : فإن ذلك جائز ، لأنّه قد كان للسيد انتزاع ذلك من عبده ، وأن يجبره على طلبه من غير كتابة .

فإذا جعل له العتق على ذلك ، فقد [تفضل] .

فإن كان ذلك الغرر في ملك السيد ، مثل : أن يكتبه على أن [يأتيه] ^(١) بعبده الآبق وبغيره الشارد ، فإن ذلك جائز [أيضاً] ^(٢) ، إذ للسيد أن يجبره على طلب ذلك كما تقدم ، لأنّه عبده وله أن يكلفه من الأعمال التي له [بها] ^(٣) طاقة ما شاء ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» ^(٤) .

فأمّا إن كان ذلك الغرر في يد غيرهما ، مثل : أن يكتبه على عبد فلان ، هل تجوز الكتابة أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الكتابة جائزة ، فإن جاء به وحصله ، كان حراً ، وإلا حكم بعجزه ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » و « الموازية » .

والثاني : أن الكتابة لا تجوز وتفسخ إلا أن يشتريه قبل الفسخ ، وهو

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) في ج ، هـ : العتية .

قول أشهب في « كتاب محمد » .

والثالث : أنه إن لم يشتره ، أدى قيمته ، ولا يفسخ ذلك ، وهو قول محمد [وقال] ^(١) ابن ميسر لا يتم له شيء إلا بعبد فلان ، والذي قاله يُحتمل أن يكون تفسيراً لقول ابن القاسم .

وسبب الخلاف : الكتابة ، هل ناحيتها ناحية البيع أو ناحيتها ناحية العتق ؟

واختلف إذا كاتبه على أن يغرس له كذا وكذا شجرة ، هل ذلك كتابة أو وعد ؟

وفائدة ذلك وثمرته ، إذا فلس السيد أو مات فإن كانت [ق / ١١٥ع] كتابة تثبت ، وإن كان وعداً أسقط .

والصحيح : أنها كتابة ، والدليل عليه كتابة سلمان الفارسي رضي الله عنه كاتبه [سيده] ^(٢) على أن يغرس له كذا [وكذا] ^(٣) وادياً من نخل .
والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

المسألة الثالثة

فى الكتابة على الخدمة .

ولا تخلو الخدمة من أن يكون معها مال أو لم يكن :

فإن كان معها مال ، مثل : أن يُكاتبه على عشرة دنانير منجمة عليه ، يؤدي كل شهر دينارين ، خدمته حتى يؤدي كتابته ، وأسفاراً يشترطها عليه ما دام فى الكتابة ، فإن ذلك لازم له ما لم يؤدي كتابته ، وإذا أدى كتابته وعجلها قبل حلولها ، هل يسقط عنه ما كان اشترط عليه من الخدمة أم لا؟ ولا يخلو من أن يعجل عتقه [بعد] ^(١) قضاء الخدمة والأسفار أم لا .

فإن عجل عتقه بعد قضاء الخدمة والأسفار ، عند حلول أجل الكتابة ، فإنه لا تسقط عنه الخدمة ولا يحصل له العتق إلا بانقضاء أمد الكتابة .

وإن عجل المال قبل ذلك ، وهو قول أصبغ فى « كتاب ابن حبيب » وبه قال ابن المَوَّاز .

فإن لم يشترط ذلك ، ولا قيده ، هل يسقط عنه إذا عجل الكتابة أم لا؟

فعن مالك فى ذلك روايتان :

إحدهما : أن الخدمة والأسفار ساقطة عنه ، وهى رواية ابن القاسم عنه فى « الموازية » .

والثانى : أن يُعطيه مكان الأسفار والخدمة عيناً ، ويتم عتقه ، وهى رواية [أشهب] ^(٢) عنه فى « الموازية » أيضاً .

(١) فى أ : قبل .

(٢) سقط من أ .

وسبب الخلاف : الخدمة ، هل هى مقصودة فى نفسها أو الكتابة هى المقصودة والخدمة تبع ؟

فإن لم يكن مع الخدمة مال ، مثل أن يقول له : أكتبك على خدمة شهر .

فإن أراد أن يكون العتق بعد الخدمة : فلا خلاف أنه لا يُعتق حتى [يُؤدى] ^(١) الخدمة .

فإن مرض فى الشهر أو أبق فيه :

فإن كان الشهر معيناً ، فإنه يلزمه البدل والعوض [ولا يعتقه حتى يخدمه شهراً بخلاف المعتق إلى أجل لأن الكتابة هاهنا كالمعاوضة . فإذا لم يعين الشهر كان أولى فى لزوم العوض] ^(٢) .

فإن أعطى العبد قيمة خدمة الشهر للسيد ، فلا يُجبر السيد على القبول .

فإن أراد أن تكون الخدمة بعد العتق ، فلا أعلم فى المذهب نص خلاف فى سقوط الخدمة ولزوم العتق .

فإن أبهم الأمر : فإنه يحمل على أن العتق يكون بعد الخدمة .

فإن اشترط السيد [أن يصيبها] ^(٣) إن كانت أمة أو استثنى ما [تلد] ^(٤) فى كتابتها ، هل تجوز الكتابة أم لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الكتابة باطلة ، إلا أن يرضى السيد بترك الشرط ، وهو

(١) فى هـ : يوفى .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : وُلد .

قول مالك في « العُتْبِيَّة » والموازية « في سماع أشهب عنه ، ولا فرق في ذلك بين ولد [المكاتب والمكاتبة] ^(١) .

والثاني : أن الكتابة جائزة ، والشرط باطل ، وهو قول ابن القاسم في « الموازية » ، وبه قال أصبغ . لأنه بمنزلة مَنْ أعتق أمة واستثنى ما في بطنها .

والثالث : أنها إن أدت من الكتابة [ق / ١٩٤ ج] نجمًا واحدًا : مضت ، وبطل الشرط وإن لم تؤد شيئًا .

فإن ترك السيد شرطه ، وإلا بطلت الكتابة ، وكذلك في ولد [المكاتب] ^(٢) ، وهو قول محمد بن المواز ، واتفقوا على أنه : إن لم ينظر في أمرها حتى أدت حرة وما في بطنها والمكاتبة كذلك .

والحمد لله وحده [ق / ٨٤ هـ] .

(١) في أ : المكاتبة الذكر .

(٢) في هـ : المكاتبة .

المسألة الرابعة

في القطاعة .

ولا يخلو الحكم فيها من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون ذلك بلفظ القطاعة ، إمّا صيغة أو فحواها .

والثاني : أن يكون ذلك بلفظ السلف .

والثالث : أن يكون بلفظ [الإنظار] .

فالجواب (ق / ٢٢١ أ) عن الوجه الأول : إذا كان ذلك بلفظ الكتابة

صيغةً أو فحوى ، مثل أن يقول : أقاطعك على عشرين من مائة ، ولا يخلو من وجهين :

أحدها : أن يكون في مكاتب يملك جميعه أو في مكاتب بينه وبين

غيره .

فإن كان ذلك في مكاتب يملك جميعه ، فلا خلاف في الجواز .

وإن قاطعه من ذهب على ورق أو من ورق على ذهب أو عروض .

فإن كان [على] ^(١) النقد وتعجيل العتق ، فلا خلاف في المذهب في

الجواز فإن كان إلى أجل وتعجل العتق ، قولان :

مشهور المذهب : الجواز .

وسبب الخلاف : الكتابة ، هل طريقها طريق البيع أو طريق العتق ؟

وللخلاف فيها مطلق آخر : معاملة السيد هلى هى كمعاملة الأجانب أم لا ؟

(١) سقط من هـ .

فإن تعجل ما فسخ فيه الكتابة ، فالتعق مُعجَّل اتفاقاً .
 فإن كان إلى أجل ، والتعق غير مُعجَّل ، هل تجوز القطاعة أم لا ؟
 فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القطاعة لا تجوز إلا على تعجيل التعق ، وهو قول
 سحنون في « المدونة » .

والثاني : أن ذلك جائز ، سواءً عجل عتقه أم لا ، وهو ظاهر قول ابن
 القاسم في « المدونة » .

والخلاف في المذهب مشهور ، قد حكاه الشيخ أبو إسحاق التونسي
 وغيره .

فإن كان ذلك في مكاتب بينه وبين غيره مثل أن يُقَاطعه على عشرين
 من مائة كما قدمنا ، فلا يخلو من أن يكون ذلك بإذن شريكه أم لا .
 فإن كان ذلك بإذن شريكه ، فلا يخلو العبد من ثلاثة أحوال :
 إما أن يؤدي للشريك الذي لم يقاطع جميع حقه من الكتابة .
 والثاني : أن يعجز .

والثالث : أن يموت قبل ازداء .

أمّا إذا أدى له جميع نصيبه ، فالعبد حر والولاء بينهما على قدر
 أنصائبهما في العبد .

وأمّا الحالة الثانية : إذا عجز ، فلا يخلو عجزه من وجهين :
 أحدهما : أن يعجز قبل أن يستوفى المتمسك شيئاً .

والثاني : أن يعجز [بعد أن استوفى ^(١)] ، مثل : الذي قاطع عليه

(١) في أ : قبل أن يستوفى .

المقاطع أو أقل أو أكثر .

فإن عجز قبل أن يؤدي شيئاً ، فلا يخلو المقاطع من أحد وجهين :

إمّا أن يستوفى جميع ما قاطع عليه أو بعضه أو لم يستوف شيئاً .

فإن استوفى جميع ما قاطعه عليه ، فله الخيارين بين أن يُقاسم شريكه المتمسك ويدخله فيما قبض على السواء ، ويكون العبد بينهما رقاً ، كما كان ، أو يقتنع بما قبض ، ويؤثره على نصيبه من العبد ، ويكون جميع العبد للمتمسك .

وهذا الحكم إذا [قبض] ^(١) البعض ، فله الخيار أيضاً ، غير أنه إن اختار الاستبداد بما قاطع .

فينظر إلى ما قبض ، فإن قبض خمسة من عشرين ، فقد [بقى] ^(٢) له في العبد الربع ، والثلاثة الأرباع للشريك .

فإن لم يستوفى المقاطع شيئاً ، فالعبد بينهما كما كان .

وأما إن عجز بعد أن يستوفى المتمسك مقدار ما قاطع عليه المقاطع أو أكثر ، والمقاطع قد استوفى جميع ما قاطع عليه أيضاً ، فالعبد بينهما أيضاً ولا خيار لهما .

فإن استوفى أقل ممّا قبض المقاطع ، فالخيار للمقاطع أيضاً ، إن شاء أن يرد على المتمسك ما استقصاه منه حتى يساويه ويوازيه ، ويكون العبد بينهما أو يأبى فيكون جميع العبد للمتمسك .

وأما إن عجز قبل أن يستوفى المقاطع شيئاً ، والمتمسك قد قبض بعض

(١) فى ع ، هـ : اقتضى .

(٢) سقط من هـ .

حقه من الكتابة ، فلا يخلو ما قبضه المتمسك من أن يكون قبضه على النجوم أو تعجله قبل حلول النجم .

فإن قبضه على الحلول ، هل للمقاطع الدخول معه أم لا ؟ قولان : أحدهما : أنه لا دخول له معه ، لأنه رضى بتأخير المكاتب ، وترك لشريكه ما أخذ ، وهو قول بعض المتأخرين .

والثاني : أن للمقاطع الدخول معه فيما قبض ، ويتحصان فيه هذا المقدار ما قاطع عليه ، والآخر بمقدار ذلك النجم ، لأن ذلك النجم الذى حل هو لهما جميعاً ، فلا يستبد به واحد منهما دون الآخر ، وهو اختيار أبى عبد الله محمد بن يونس .

وأما إن تعجله المتمسك قبل محله ، هل يشتركان فيه أو يكون كله للمقاطع ؟ قولان بين المتأخرين أيضاً :

أحدهما : أنهما يقتسمانه على مقدار أنصابهما فى العبد أو على [قدر]^(١) ما لهما عليه من المال ، وهو الأحسن .

والثاني : بالتفصيل بين أن يكون للعبد مالٌ سواه ، فيكون للمقاطع أن يأخذ حقه من ذلك المال ، ويسلم للمتمسك ما اقتضى ، وبين أن لا يكون له مال : فيكون أولى بما عجل [من المتمسك] ^(٢) حتى يستوفى منه مقدار حقه .

فإن فضل شيء كان للمتمسك وحده . ووجهه أن حقاً للمقاطع ، قد حل وحق الآخر لم يحل ، وبعدهما قبض المتمسك هبة من المكاتب

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : للمتمسك .

[ق/١١٩ ع] ، والمقاطع ردّ هبته .

وأماً الحالة الثالثة : إذا مات المكاتب ، فلا يخلو من أن يموت حتف أنفه أو مات مقتولاً .

فإن مات حتف أنفه ، وترك مالا فيه : وفى بحق المتمسك ، فهو له .
فإن فضل شيء ، كان بينهما .

وإن لم يترك شيئا : فلا رجوع للمتمسك على المقاطع .

وإن مات مقتولاً ، وأخذت قيمته ، هل يكون كرقبته أو كماله ؟
قولان:

أحدهما : أن قيمته كرقبته .

والثاني : أنها كماله ، وهو قول أبي عمران الفاسي [رضى الله عنه] (١) .

وفائدة ذلك وثمرته : أننا إن قلنا : إن القيمة كالرقبة : كان الخيار للمقاطع .

وإن قلنا : إن القيمة كالمال ، كان للمتمسك أن يستوفى جميع حقه من تلك القيمة ، وما فضل يكون بينهما .

وسبب الخلاف : هل قيمة الشيء كعينه [أم لا ؟ ولا خلاف أن ثمن الشيء كعينه] (٢) ، على ما قال سحنون ، وذلك أن أم الولد لا يجوز بيعها ، لأن ثمنها كعينها .

فإذا قلت جاز للسيد أخذ قيمتها وتكون له حلالاً .

وأماً الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا قاطعه بغير إذن شريكه ،

(١) زيادة من ج ، ع ، هـ .

(٢) سقط من أ .

وقبض ما قاطع عليه ، فالخيار للمتمسك إذا عجز المكاتب بين أن يستبد بالعبد أو يدخل مع المقاطع فيما أخذ .

وإن اختار الدخول معه ، فذلك له ، والعبد بينهما .

وإن اختار الاستبداد بالعبد ، هل له ذلك أو يرجع الخيار إلى المقاطع ؟

قولان :

أحدهما : أنه لا خيار له ، وهو قول ابن القاسم فى الكتاب .

والثانى : أن الخيار يرجع إلى المقاطع ، وهو قول ابن المواز وأشهب .

وسبب الخلاف : من خير بين شيئين ، هل يعدُّ مختاراً لما ترك أم لا ؟

والجواب عن الوجه الثانى من أصل المسألة : إذا كان بوجه السلف ،

مثل أن يحل النجم ، ويحضر المكاتب جميعه فيقول أحدهما لصاحبه :

بدنى بذلك النجم ، وخذ أنت الذى يليه ، فللمسلف الرجوع على صاحبه

اتفاقاً من غير اختيار [ولا خيار] ^(١) ، لأن ذلك معاملة بين الشريكين على

سبيل المعروف ، ولم يدخل المكاتب فيما بينهما بشيء .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا كان بلفظ الإنظار ، وهو أن يُصرح

بتأخير ، وإسلام ما يحضره المكاتب لشريكه ، قصد بذلك الرفق بالعبد ،

ومعروف صنعه معه ، وهذا لا رجوع له على الشريك فيما قبض .

فهذه الوجوه الثلاثة لا إشكال فيها على ما فصلناه وحصلناه ، وإنما

الغموض والإشكال عند التباس السؤال ، وإطلاق الألفاظ من غير احتياط ،

وإهمال التحرز والتحفظ ، فهناك يتبدل الخاطر ويتردد الناظر ويتحير

[الفكر] ^(١) ، [حتى] ^(٢) يتعذر التمييز بين السلف والقطاعة ، والإنظار لأجل الامتزاج ، [ويعتاض] ^(٣) التقدير لرد الاحتياج .

فها أنا أشمر الذيل ، وأنفس القول طلباً لإزاحة الإشكال ، وقطعاً لمادة الاحتمال ، حتى تكون المسألة أجلى من النهار ، وأشهر في الظلام من النار .

فنقول وبالله التوفيق : لا يخلو المكاتب [على] ^(٤) الحالة [الموصوفة] ^(٥) من أربعة أوجه :

أحدها : أن تحل جميع الكتابة ، وأحضر المكاتب نصفها .

والثاني : ألا يحل منها شيء ، ولا حضر قدر حق أحدهما .

والثالث : أن يحل نجم واحد ، فأحضره [كله] ^(٦) .

والرابع : أن يحل نجم واحد وأحضر بعضه .

فأمّا الوجه الأول : وهو أن تحل جميع الكتابة ، وأحضر المكاتب نصفها : فسخ أحدهما في اقتضاء جميع نصيبه ، وأذن له في ذلك صاحبه ، ورضى بإتباع المكاتب وإنظاره ، ثم عجز قبل أن يقبض منه شيئاً ، فلا خلاف في المذهب في هذا الوجه : أنه إنظار وليس بسلف ، وأنه لا رجوع له على شريكه بشيء ، وأن العبد يكون بينهما إن عجز .

(١) في أ : الفكر .

(٢) في أ : كما .

(٣) في هـ : بعض .

(٤) في هـ : في .

(٥) سقط من أ .

(٦) في أ : كلها .

وأما الوجه الثاني : إذا لم تحل [له] ^(١) الكتابة ، وأحضر المكاتب منها مقدار حق أحدهما ، وأذن أحدهما لصاحبه أن يعجل جميع حقه ، هل ذلك قطاعة أو سلف ؟ قولان منصوصان في « المدونة » :

أحدهما : أنه كالقطاعة ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه سلف ، وهو قول غيره .

وعلى القول بأن ذلك سلف للقباض ، هل هو سلف من الشريك أو [من] ^(٢) المكاتب ؟ قولان :

أحدهما : [أنه] ^(٣) من المكاتب ، وهو قول الغير في « الكتاب » .

والثاني : أنه سلف من الشريك ، وهو قول ابن المواز .

وفائدة الخلاف وثمرته : [أنه] ^(٤) إن كان سلفاً من الشريك ، فله الرجوع على القابض إذا عجز المكاتب .

وإن كان سلفاً من المكاتب ، فلا يرجع الشريك على القابض بشيء ، عجز المكاتب أو عتق .

وأما الوجه الثالث : إذا حلّ من الكتابة نجم ، وأحضره المكاتب كله ، فاستبدّ أحدهما بقبضه بإذن شريكه : فذلك سلف من الشريك بلا إشكال ، لتعيين حق [كل] ^(٥) واحدٍ منهما فيه ، وترك أحدهما الآخر يقبض ويستقل به ملكاً دونه :

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

دليلٌ على السلف .

وأماً الوجه الرابع : إذا حلَّ نجم وأحضر المكاتب نصفه ، مثل أن يكون النجم عشرة ، وأحضر « خمسة » : فهاهنا يُنظر إلى لفظ القابض ، ومنه يُعرف إن كان ذلك سلفاً أو إنظاراً فإن قال : بدنى به . أو قال : أنا آخذه ، وأنظره أنت ، كان ذلك إنظاراً لا سلفاً ، ثم لا رجوع للشريك على القابض إن عجز المكاتب ، ولا خيار له ، لأنَّ قوله « أنظره » معناه [أن]^(١) نصيبك باقٍ عليه .

فإن قال : « وعنى آخذ هذه الخمسة ، وخُذ أنت الخمسة الباقية » (أو استوفِ أنت حقَّك من الخمسة الباقية) : كان ذلك سلفاً من الشريك للقابض بلا إشكال ، ويرجع عليه بنصف الخمسة إن عجز المكاتب قبل أن يستوفى منه تلك الخمسة الباقية من ذلك النجم .
والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

المسألة الخامسة

فى العبيد إذا كوتبوا كتابةً واحدة .

فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكونوا للملك واحد .

والثانى : أن يكونوا [ق / ١٩٥ ج] لُملاك [متعددة] (١) .

والثالث : أن يكونوا شركة (ق / ٢٢٢ أ) بين أشراك .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كانوا للملك واحد ، فلا يخلو من أن

يكونوا كباراً كُلُّهم أو فيهم صغار وكبار :

فإن كانوا كُلُّهم كباراً يقوون على السعى والكتابة جائزة وكل واحد

منهم يسعى لنفسه فى أداء ما وجب عليه من الكتابة فإن أدى ما عليه فإنه

يسعى مع أصحابه ويعينهم على الأداء .

فإذا أعتقوا [بالأداء] (٢) .

فمن أدى عن أصحابه منهم شيئاً ، فإنه يرجع عليهم به على

[ق / ٨٥ هـ] ما [سيأتى] (٣) إن شاء الله تعالى .

ومن مات منهم لم يحط عنهم شئ من الكتابة لأن كل واحد منهم

حميل بجميع الكتابة وعقد الكتابة يقتضى ذلك .

فإن استحقَّ أحدهم بحرية أو ملك ينبغى أن يسقط عنهم ما ينوبه لأنه

قد تبين أن السيد عقد الكتابة على غير ملكه ، ولا تلزم الحماله للسيد بما

(١) فى هـ : معددة .

(٢) فى أ : على الأداء .

(٣) فى ع ، هـ : سنأتى به .

هو ملكٌ لغيره .

وإلى هذا ذهب الشيخ أبو الحسن اللخمى ، وهو قول ابن الماجشون فى « الموازية » .

واختلف فى كيفية فض الكتابة عليهم على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها تفض على قدر قوتهم عليها وهو قول مالك فى « المدونة » .

والثانى : أنها تفض على قدر القوة على الأداء أو قيمة الرقاب وهو قول ابن الماجشون .

والثالث : أنها تُقسَّم على العدد وهذا القول حكاؤه ابن المَوَّاز عن عبد الملك .

فإن عجز بعضهم وأدَّى الآخر جميع الكتابة فإنه يرجع عليهم على قدر قوتهم على الكتابة كما فضت عليهم أولا وهو قول ابن القاسم فى « المدونة » .

والثانى : أنه يرجع عليهم على قدر قوتهم يوم كُتِبوا ، وهو قول مطرف وابن الماجشون .

والثالث : أنه يرجع عليهم على قدر قوتهم يوم كُتِبوا .

والرابع : أنه يرجع عليهم على قدر قوتهم يوم كُتِبوا وحالهم يوم عتقوا وهو قول أصبغ .

والخامس : أنه يرجع عليهم على عددهم . كما أن الكتابة تقضى عليهم [على عددهم] ^(١) على ما حكاؤه ابن المَوَّاز عن عبد الملك خلاف

(١) سقط من أ .

ما ذكر عنه ابن حبيب : أنَّه يرجع عليهم على قدر قيمتهم يوم عتقوا .

فإذا ثبت له الرجوع على أى صفة [كان] ^(١) ، هل يرجع عليهم على النجوم أو يرجع عليهم على الحلول ؟ فلا يخلو من أن يؤديهما على النجوم أو يُعجلها .

فإن أداها على النجوم فلا خلاف [ق / ١٢٠ ع] أنَّه [يرجع] ^(٢) مُعجلاً .

فإن عجلها فهل يرجع [عليهم] ^(٣) على النجوم أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّه يرجع عليهم على النجوم ، وهو قوله فى « المدونة » .
والثانى : أنَّه يرجع عليهم معجلاً وهو قوله فى كتاب « محمد » حيث قال فى باب آخر أنه يرجع عليهم .

وسبب الخلاف : فى جميع ما قدّمناه اختلافهم فى الكتابة هل طريقها طريق العتق أو البيع ؟

فمن رأى أنَّ طريقها طريق البيع قال : تُعتبر قيمتهم يوم الكتابة .
ومن رأى أنَّ طريقها طريق العتق قال : تُعتبر قوتهم على الأداء وما عدا ذلك استحباب .

فإن كان فيهم صغارٌ وكبارٌ فلا يخلو حالة من فيهم من الصغار من ثلاثة أوجه :

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : لا يرجع .

(٣) سقط من أ .

إمّا أن يكون عاجزاً عن السعى غير قادرٍ على الأداء حتى انقضت الكتابة .

أو كان قادراً عليه يوم الكتابة وقوى على السعى بعد مضى بعضها .

فإن كان لا يقوى على السعى حتى مضت الكتابة لم يتبع بشيء .

وإن كان يقوى على السعى يوم الكتابة فض عليه كما يفض على الكبير ويجتهد عليه على قدر ما يرى أنه يقوى عليه في كل سنة [لأن قوته ^(١)] تتزايد بمرور السنين .

فإن قوى على السعى بعد مضى النجوم فقد اختلف في كيفية الكتابة عليهم على قولين :

أحدهما : أنه ينظر إلى حاله يوم عقدت له الكتابة ، يريد أشهب على ما يرجى [من أنه يبلغ السعاية إلى الوقت الفلاني فيكون عليه من ذلك الوقت على التقدير يوم عقدت الكتابة كما يقوم الزرع] ^(٢) إذا فسد [على ما يرجى منه] ^(٣) ، وهذا تأويل الشيخ أبي إسحاق التونسي [رحمه الله] ^(٤) .

والثاني : أنه ينظر إلى حاله يوم بلغ السعى أن لو كان على هذه الحالة يوم الكتابة وقال الشيخ أيضاً : وينبغي أن يحط عنه هذا القدر الذي كان فيه لا قدرة له على السعاية إذ لو انقضت الكتابة قبل بلوغه السعاية ما كان عليه شيء . والذي قاله أبو إسحاق صحيح ولا يكون الحكم إلا كذلك وألا يؤدي ذلك إلى من توظف عليه الكتابة بنفس العقد وهو عاجز عن السعى

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من ب .

وذلك لا سبيل إليه .

وأما الوجه الثانى : إذا كان الملاك متعدّد فجمعوهم فى كتابة واحدة فلا إشكال أن ذلك ممنوع ابتداءً .

فإن نزل [ذلك] ^(١) فلا يخلو من أن يعثر على ذلك قبل الأداء أو بعده :

فإن عثر على ذلك قبل الأداء فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الكتابة باطلة لأنّ كلّ واحد منهم حميل بما على صاحبه إذ لو هلك أحدهما أخذ سيّد الهالك مال الآخر باطلا وهذا يُشبه الرقباء وهو قول مالك فى « المدونة » .

والثانى : أن الكتابة تمضى وبطل الشرط وتفض عليهم وتسقط حمالة بعضهم عن بعض وهو ظاهر قول ابن القاسم فى الأمة التى يكتبها ويستثنى ما فى بطنها وهو قوله فى « الموازية » .

والثالث : أنه يُفسخ ما لم يؤد نجماً أو قدرّاً منها كما قال محمد فى تلك المسألة .

فإن عثر على ذلك بعد الأداء فإنّ الكتابة تمضى وعقوبهم نافذ .

ومن أدى منهم شيئاً عن أصحابه [رجع] ^(٢) عليهم به كالحمالة بالكتابة إذا فاتت بالأداء ، فإنّ الكفيل يرجع على المكاتب بما أدى .

وأما الوجه الثالث : فى العبيد إذا كانوا بين أشراك فكاتبوهم جميعاً كتابة واحدة . هل تجوز الكتابة أم لا ؟

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فالمذهب على قولين ؟

أحدهما : أنَّ الكتابة لا تجوز لأنَّ كلَّ عبدٍ تحمل لغير سيِّده بحصته في كل عبد ، فهي كتابة منتقضة إلا أن تسقط حمالة بعضهم [عن بعض] ^(١) فتجوز [و] ^(٢) على كلِّ واحد بقدر ما يلزمه من الكتابة يوم عقدت وهو قول أشهب في « الموازية » .

والثاني : أنَّ الكتابة جائزة لأنَّ لكلِّ واحد من الأشراف سهم معلوم في كلِّ عبد . وإنما يقبض كلُّ واحد [منهم] ^(٣) عن سهمه لا غير ولم يقبض أحدهم عن غير ملكه شيئاً وهو قول أحمد بن ميسر في « الموازية » .
والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

المسألة السادسة

فى المكاتب هل يجوز له أن يعجز نفسه أم لا ؟

ولا يخلو تعجيز المكاتب من ثلاثة أوجه :

إمّا أن يكون بتواطئه مع السيّد .

أو بإرادة المكاتب منفرداً .

أو بإرادة السيّد متحدّاً .

فإن كان بتواطئه مع السيّد فلا يخلو من أن يكون له مالٌ ظاهر [أم لا؟

فإن كان له مال ظاهر] ^(١) أو قوة على السعى ، فالمذهب على ثلاثة أقوال كلّها قائمة من « المدوّنة » .

أحدها : أن له أن يعجز نفسه جملةً .

والثانى : عكسه .

والقولان عن مالك فيما رواه ابن القاسم وابن نافع فى « العُبيّة » .

والثالث : بالتفصيل بين المال والقوة فيكون العجز مع القوة لا مع المال

وهو قول ابن الموّاز .

وسبب الخلاف : هل يغلب حقّهما [فى الكتابة] ^(٢) على حقّ الله

تعالى فيكون العجز لهما دون السُلطان أو يغلب حقّ الله لما يُرجى له من الحرية ثم لا يجوز ؟

فإن لم يكن له مالٌ ظاهر فهل لهم العجز دون السُلطان أم لا ؟

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أن [له] ^(١) العجز دون السلطان وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه لا يعجزه إلا السلطان وهو قول سحنون .

والقولان في « العتبية » .

وسبب الخلاف : هل يُتَّهَمَانِ بالمواطأة على إبطال حق الله تعالى في

العتق ؟

فمن اتَّهَمَهَا قال : لا بُدَّ مِنَ السلطان فإنه مُتَوَلَّى البحث والكشف عن

مثل ذلك .

فإن انفرد السيّد بإرادة العجز ونابا العبد أو انفرد به العبد دون السيّد

قولان في كل فصل في « الكتاب » .

وسبب الخلاف : هل المُغْلَبُ في الكتابة حق العبد أو حق السيّد ؟

والحمد لله وحده .

(١) قى أ : لهما .

المسألة السابعة

إذا قاطعه سيده على مال ثم استحق ذلك المال .

وقد اختلفت أجوبة الكتاب فى ذلك على ما قال ابن القاسم وأشهب وابن نافع والرواة . ونصُّ « [ما فى] ^(١) المدونة » : وإذا أدى المكاتب كتابته إلى سيده وعليه دين فقام الغرماء فأرادوا أن يأخذوا من السيد ما اقتضى .

فقال ابن القاسم : إن كان يعلم أنه من أموالهم [أخذوه وإن لم يعلم أنه من أموالهم] ^(٢) لم يرجعوا على السيد .

وقال ابن القاسم : فإن أخذوا ذلك منه ردَّ المكاتب إلى الرق .

وقال ابن نافع وأشهب : إذا قاطع السيد مما بقى من الكتابة فاعترف بسرقة فإنه يرجع على المكاتب بقيمة ما أخذ منه .

قال ابن نافع : « وهذا إذا كان له مال فإن لم يكن له مال رد مكاتباً .

وقال أشهب : لا يُرد ويتبع لأنه كان عتيقاً بالقطاعة وثبتت خدمته وجازت شهادته .

ثم قال أشهب وابن نافع فى المكاتب يُقاطع سيده على شىء استرفعه واستودعه فيؤخذ بملك فلا يؤخذ الحق بالباطل [أى لا يعتق] ^(٣) .

وقال بعض الرواة : ما كان فيه شبهة ملك مضى عتقه ويتبع بقيمة ذلك ، وما لم تكن فيه شبهة ملك ردَّ مكاتباً .

وهذا ما قيل فى « المدونة » بجملته وتحصيله تفصيلاً أن تقول : لا

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

يخلو المكاتب من أن يكون مُوسراً أو مُعسراً :

فإن كان مُوسراً غرم للسيد مثل ما أخذ منه أو قيمته إن كان ممّا يرجع إلى القيمة ومضى عتقه وسواءً تقدمت فيه شبهة ملك أم لا ، ولا خلاف في ذلك .

فإن كان مُعسراً فالذى فى الكتاب يتخرج على أربعة أقوال :

أحدها: أن عتقه مردود جملةً وهو قول مالك فى أول الباب إذا علم أن ذلك من أموالهم أو ما تولد من عين أموالهم على الخلاف فى هذا الوجه .
والثانى : أن عتقه ماضٍ ولا يُرد ويتبع لأنه كان عتيقاً بالقطاعة وتمت حرمة وجازت شهادته وهو قول أشهب فى « الكتاب » .

والثالث : التفصيل بين ما تقدمت فيه شبهة ملك فيمضى عتقه [فيه]^(١) ويتبع بقيمته ذلك ، وما لم يتقدم له فيه شبهة ملك فيرد السيد عتقه [فيه]^(٢) ، وهو قول الرواة فى « المدونة » وهو ظاهر قول أشهب وابن نافع فى المكاتب الذى يقاطع على وديعة حيث قال : لا يؤخذ الحق بالباطل .

والقول الرابع : بالتفصيل [ق / ١٩٦ ج] بين أن يطول الزمان أو يقصر :

فإن كان ذلك [بعد طول الزمان وجازت شهادته ووارث الأحرار فعتقه ماضٍ ولا يرد وإن كان ذلك]^(٣) بالقرب فإن عتقه يرد وهو قول مالك فى الأب إذا أعتق عبد ابنه الصغير ولا مال للأب .

فإن عتقه يرد إلا أن يطول الزمان وجازت شهادته ووارث الأحرار .

وعلى القول بأن عتقه مردود هل يُرد إلى رق أو إلى حرية ؟ فالمذهب

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

على ثلاثة أقوال كُلُّها مُستقرّة من « الكتاب » :

أحدها : أنه يُرد إلى الرق لا إلى الكتابة وهو ظاهر قول ابن القاسم في الكتابة .

والثاني : أنه يُرد إلى كتابة ، وهو (ق / ٢٢٣ أ) قول الرواة .

والثالث : التفصيل بين أن يرجى له مال ، فيُرد [إلى الكتابة] ^(١) أو لا يرجى له مال فيُرد إلى الرق وهو اختيار أبي الحسن اللخمي .

وسبب الخلاف : هل العتق لأجل ما أداه المُكاتب أو يحمل على أنه من السيد ؟

فمن رأى أن أداء الكتابة يوجب العتق لأنَّ السيد هو المُعتق .

فإذا استحقَّ ما دفع [كشف] ^(٢) الغيب [أنه] ^(٣) لم يُعتق ويجب على هذا أن [يستبرئ] ^(٤) ماله فيه شبهة ملك وما سرقه .

وإن عد ذلك كالعتق من السيد كان ينبغي أن يمضى عتقه على كُلِّ حال سواء سرق ذلك أو كان له فيه شبهة ملك لأنَّ العتق [فرط] ^(٥) من السيد فلا يقدر على رده .

والتفريق بين من تعدَّى ومن له فيه شبهة ملك ضرب من الاستحسان .

والله أعلم .

والحمد لله .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : انكشف .

(٣) في : إذا .

(٤) في أ : يستوى .

(٥) في هـ : سبق .

المسألة الثامنة

إذا وطئ السيد مكاتبته .

[وفي هذه المسألة] ^(١) أربعة أسئلة :

الأول : إذا وطئ السيد مكاتبته .

الثاني : فيما إذا وطئ السيد مكاتبته [مكاتبه] ^(٢) ، [هل يدرأ عنه الحد ؟] ^(٣) .

الثالث : إذا وطئ السيد أمة مكاتبه [فحملت] ^(٤) .

والرابع : في المكاتب إذا وطئ مكاتبته .

فالجواب عن السؤال الأول : إذا وطئ السيد مكاتبته . فلا يخلو من أن تكون حائلاً أو حاملاً :

فإن كانت حائلاً ولم تحمل من وطئها فإنها تستمر على كتابتها [ق/٨٦ هـ] ثم لا تخلو من أن يكون السيد أكرهها على الوطئ أو طاوعته :

فإن أكرهها على نفسها فلا تخلو من أن تكون بكرًا أو ثيبًا :

فإن كانت بكرًا فعليه ما نقصها .

وإن كانت ثيبًا فهل يغرم بالنقص شيئًا أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

(١) في هـ : وفي هذا الباب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من هـ .

أحدهما : أَنَّهُ يَغْرَمُ قِيَمَةَ مَا نَقَصَهَا وَهُوَ قَوْلُهُ فِي كِتَابِ الرِّهُونِ .
والثَّانِي : أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ .

وإن طَوعَتْهُ هَلْ عَلَيْهِ [لِلنَّقْصِ] ^(١) شَيْءٌ أَمْ لَا ؟
وَيَنْبَنِي الْخِلَافُ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْمُكَاتَبِ هَلْ لَهُ أَنْ يُعْجِزَ نَفْسَهُ أَمْ لَا ؟
وإن كَانَ لَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ أَمْ لَا ؟
فإن كَانَتْ حَامِلًا فَهِيَ مُخَيَّرَةٌ بَيْنَ أَنْ تَعْجِزَ نَفْسَهَا وَتَكُونَ عَلَى حُكْمِ أُمِّ الْوَلَدِ ، أَوْ تَسْتَمِرَّ عَلَى كِتَابَتِهَا .
فإن أَدَّتْ عُتُقَتْ .
وإن عَجَزَتْ صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ .

وَاخْتَلَفَ فِي نَفَقَتِهَا إِذَا اخْتَارَتْ الْمَضَى عَلَى كِتَابَتِهَا عَلَى قَوْلَيْنِ :
أحدهما : أَنَّ نَفَقَتَهَا عَلَى السَّيِّدِ مَا دَامَتْ حَامِلًا وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي « كِتَابِ ابْنِ سَحْنُونٍ » .

والثَّانِي : أَنَّ نَفَقَتَهَا عَلَى نَفْسِهَا وَلَا شَيْءَ لَهَا عَلَى سَيِّدِهَا وَهُوَ قَوْلُ أَصْبَغٍ فِي « كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ » .

وفِي « الْمُدَوَّنَةِ » فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَقَاوِيلُ خَارِجَةٌ [عَنِ الْمَذْهَبِ] : أَحَدُهَا :
أَنَّهُ إِنْ حَمَلَتْ بَطَلَتْ كِتَابَتُهَا وَتَكُونُ أُمٌّ وَلَدٍ . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ .
وَحُجَّتُهُ أَنَّهَا أُمٌّ وَلَدٍ [^(٢)] .

لَا خِدْمَةَ [لَهُ] ^(٣) فِيهَا وَلَا غَلَةَ [وَ] ^(٤) فِي اسْتِدَامَتِهَا فِي الْكِتَابَةِ

(١) سَقَطَ مِنْ هـ .

(٢) سَقَطَ مِنْ أ .

(٣) سَقَطَ مِنْ أ .

(٤) سَقَطَ مِنْ أ .

إخراج لأُمِّ الولد عن حكمها [فبطلت وبقيت أُم ولد .

والثاني : أنها تبقى مكاتبه فإن عجزت كانت أُم ولد .

وحجته : أن أُم الولد [(١) لم يُتفق على منع خدمتها وإن لم يتقدم فيها

كتابة [قط] (٢) ، والمكاتبه متفق على منع وطئها .

وإذا لم يكن بُد من أحد الأمرين إمَّا بطلان الكتابة أو بقاؤها عليها كان

بقاؤها أفضل لأنَّ بطلانها يؤدي إلى وطءٍ قد حُرِّم باتفاق .

وبقاؤها على الكتابة لا يؤدي [إلى استباحة] (٣) ما اتفق على منعه

فكان بالحكم أولى وهو قول النخعي .

والثالث : بالتفصيل بين أن يكون قد أكرهها أو قد طأوعته :

فإن أكرهها ، فهي حُرَّة ، [وإن طأوعته فهي أمة لا كتابة فيها يريد أُم

ولد وهو قول ربيعة وهو أحسن ما قيل فيها] (٤) وذلك أنَّها إذا لم تُطأوعه

فهي لم ترض بالعجز بعد . فلمَّا حملت لم يكن سبيل إلى استخدامها لأنَّ

ذلك خلاف سنَّة أُم الولد ولا إلى وطئها للحظر المُتقدم ولم تعجز ، فلم

يبق إلا أنَّها أُم ولد حرم الاستمتاع بها فوجب عتقها .

وإذا رضيت بالوطء كأنَّها رضيت بالعجز إذ الحمل غالبًا يأتي [عن] (٥)

الوطء .

فالجواب عن السؤال الثاني : إذا وطئ مكاتبه مكاتبه ، فإنه يُدْرأ عنه

الحد ويلحق به الولد ، وتُخَيَّر الأمة بين أن تعجز نفسها وتكون أُم ولد

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : على .

للواطئ أو تبقى على كتابتها .

فإن أعجزت نفسها فإنَّها تكون أم ولد للواطئ ويغرم قيمتها [للمكاتب] ^(١) يوم الوطاء ولا شيء عليه في الولد وهذا قول ابن القاسم في « العُتْبِيَّة » .

واختلف هل [يقاصه] ^(٢) السيد بتلك [القيمة] ^(٣) في الكتابة التي عليه ؟

على قولين : [فإن اختارت البقاء على الكتابة هل تؤخذ القيمة من السيد الواطئ فتوقف أو لا تؤخذ منه على قولين] ^(٤) :

أحدهما : أنَّ القيمة تؤخذ منه فتوقف مخافة العجز فترجع تكون أم ولد بلا قيمة . وهو قول ابن القاسم في « العُتْبِيَّة » و « الموازية » .

والثاني : أنَّ القيمة لا تؤخذ من الواطئ حتى تعجز ، فإذا عجزت كُلف القيمة وهو قول ابن المَوَّاز .

واختلف على هذا القول متى تقوم ؟ على قولين :

أحدهما : أنها تقوم عليه بقيمتها يوم الوطاء وهو قول ابن القاسم وبه قال ابن المَوَّاز .

والثاني : أنها تقوم عليه بقيمتها يوم العجز وهو قول أصبغ .

وهل تقوم بولدها أم لا ؟ قولان لأصبغ .

وعلى القول بأنَّها القيمة توقف فلا تخلو حالة المكاتب من ثلاثة

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : يقاصه .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

[أوجه] (١) :

إمّا أن تعجز .

وإمّا أن تُؤدى .

وإمّا أن تموت قبل العجز وقبل الأداء .

فإن أدت عتقت وأخذ الواطئ القيمة التى وقفت .

وإن عجزت كانت القيمة لسيّدها المكاتب و [تكون] (٢) هى أم ولد

للواطئ .

وقال فى « العُتْبِيَّة » : ولم يكن عليه فى ولدها شىء .

فإن ماتت قبل الأداء لمن تُكون القيمة [الموقوفة] (٣) ؟ فالمذهب على

ثلاثة أقوال :

أحدها : أنّها تكون لسيّدها المكاتب إذ لا ضرر عليه فى هذا (٤) [وهو

قول ابن القاسم فى « الموازية » .

والثانى : أنّها تُرد إلى السيّد الواطئ ولا شىء فيها لسيّدها المكاتب لأنّ

الحمل لم يضره وقد ماتت فى كتابتها من غير حمل وهو قول أصبغ فى

« كتاب محمد » .

والثالث : أنّه يُؤخذ من القيمة الموقوفة قيمة الولد ويدفع إلى المكاتب

ويؤدى باقى القيمة إلى الواطئ وهو قول ابن القاسم فى « العُتْبِيَّة » .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا وطئ السيّد أمة مكاتبه فحملت .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الموقوفة .

(٤) بداية سقط من ب ينتهى عند نهاية المسألة العاشرة .

فلا يخلو من أن يكون مُوسراً بقيمتها أو مُعسراً :

فإن كان مُوسراً فالقيمة تلزم السيّد . وهل يقابض به المكاتب ويتعجّل عتقه أو يأخذها ويؤديها على النجوم ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنّه يقابضه بها ويخرج المكاتب حُرّاً إن كانت القيمة مثل الكتابة ويُتبع السيّد بالفضل إن كانت أكثر وهو قول ابن القاسم فى كتاب «ابن المواز» .

والثانى : أن المكاتب يقبض القيمة ويؤديها على النجوم وهو قول ابن المواز وسحنون فى « كتاب ابنه » .

فإن لم يكن للسيّد مال يبعث عليه كتابة مكاتبه ويكون المكاتب أولى بما يُمنع من ذلك وهو قول أحمد بن ميسر .

فإن ساوت قيمة الكتابة قيمة الأمة خرج حُرّاً إن كان هو المشتري لها .

فإن ساوى مثل نصف قيمة الأمة فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن المكاتب يأخذ ذلك القدر ويبقى نصف الأمة للمكاتب رقيقاً ونصفها للسيّد على حساب أم الولد ويتبع المكاتب السيّد بنصف قيمة الولد ، وهو قول ابن المواز .

والثانى : أنّه إن كان فى قيمة الكتابة وفى بقيمتها عتق المكاتب وإن لم يف بقيمتها بقيت أمة للمكاتب ويتبع سيده بقيمة ولده وهو قول أشهب فى «الموازية» .

والجواب عن الوجه الرابع : فى المكاتب إذا وطئ مكاتبته فحملت منه .

فلا خيار لها فى تعجيز نفسها .

فإن أدت خرجت مع ولدها أحراراً .

وإن أدى هو قبلها فولدهُ يخرج معه ولها أن تُعجز نفسها .
 فإن مات في [ق / ١٢١ ع] كتابته قبل خروجها وترك مالا فيه وفاء
 بكتابته خرجت هي حرةً وولدها .
 ولو قوى الولد فعل عتقها سعى مع أقربهما عتقا فيعتق بقيته .
 ولو كان معه ما يؤدي عن أبيه أخذ من ماله ما يؤدي عنهما وعتق .
 وإن مات أولاً وتركت مالا أخذ من مالها بقية الكتابة وعتق ولدها
 وورث ما بقي .
 وإن لم يكن فيه وفاء فللولد أخذه والسعاية فيه وكذلك لو لم يدع
 شيئا .
 فإن أدوا عنه عتقوا .
 وإن عجزوا كانوا في كتابة أبيهم . [والحمد لله وحده] (١) .

المسألة التاسعة

فى كتابة بعض العبد .

ولا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكتب بعض عبد ملك جميعه فلا خلاف فى المذهب أن ذلك لا يجوز ، وتُردُّ فيه الكتابة .

واختلف إذا فات الأداء على قولين :

أحدهما : أنه يكون رقيقاً لسيده ولا يُعتق منه شىء وهو قوله فى « المدونة » .

والثانى : أن السيد يحلف ما كان يعلم أنه يُعتق عليه إذا أدى فإن حلف لم يستتم عليه .

فإن نكَلَ يستتم عليه ، وهو قوله فى « المبسوط » فى العبد بين الشريكين إذا كاتبه أحدهما نصيبه .

فإن كان عبداً بينه وبين غيره ، فلا يخلو من أن يكتب شريكه حصته أو يماسك بها .

فإن تماسك بها فإن ذلك لا يجوز اتفاقاً لأن ذلك يصير إلى عتق النصيب بغير تقويم مع ما فى ذلك [من] ^(١) المخاطرة .

لأن أحدهما يأخذ بخراج والآخر يأخذ بنجوم .

واختلف فيه إذا نزل هل تُفسخ الكتابة أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن الكتابة تسقط ويؤدى عليه جميع ما أخذ منه ويكون جميعه رقيقاً وهو قول ابن القاسم فى « المدونة » .

(١) فى أ : فى .

والثانى : أنَّ السَّيِّدَ يحلفُ أَنَّهُ كان يعلمُ أَنَّهُ يُعتقُ عليه إذا أدى ، فإن حلف لم يقوم عليه بقيتهُ وهو قولهُ فى « المبسوط » . وظاهرُ قوله أَنَّهُ لا يرد عتق ذلك النصيبَ لَأَنَّهُ لم يَقُلْ : إذا حلف رَقَّ الذى أدَّى ، وإنما قال : « لم يقوم » .

وعلى القول بأنَّ الكتابة تسقط ويكون جميعه رقيقاً ، فَإِنَّهُ يرد ما أخذ فيكون بينه وبين شريكه مع رقة العبد ، وسواء قبض الكتابة أو بعضها ، وقال غيره فى « المَدُونَةُ » : إِنَّمَا يكون ذلك بينهما إذا اجتمعا على قيمته .
وَمَنْ دعى إلى رده إلى العبد . فذلك لَهُ إِذْ لا يُنْتزَع ماله حتى يجتمعا عليه .

فإن كاتب الشريك حصتهُ فلا يخلو من خمسة أوجه :

أحدها : أن يتفقا فى العقد والنجوم والعدد .

والثانى : أن يختلفا فى العقد والنجوم والعدد .

والثالث : أن يتحد العقد ويشترط أن يختلف العدد أو النجوم .

والرابع : أن يختلف العقد ويتَّفقا فى العدد والنجوم .

والخامس : أن يختلفا ويختلف نوع المال الذى كاتباهُ عليه [ق/ ١٩٧ جـ] .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا اتفقا فى العقد والنجوم والعدد فلا خلاف فى الجواز ويكون اقتضاؤهما (ق / ٢٢٤ أ) واحداً على الشركة ولا إشكال فى ذلك .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا اختلف العقد واختلف العدد والنجوم مثل أن يُكاتبهُ أحدهما على مائة والآخر على مائتين وكلاهما إلى سنة ، أو كاتباهُ على مائة أو أحدهما إلى سنة والآخر إلى سنتين فلا خلاف أن ذلك لا يجوز ابتداءً .

فإن نزل فإنه يرد النظر إلى العبد أو إلى أحد السيدين .

فإن رضى العبد أن يلحق الأدنى بالأعلى أو يرضى صاحب الأكثر أن يحط عن العبدى ذلك الفضل حتى يتساوى مع صاحب القليل أو يرضى صاحب المدة القريبة أن يتساوى مع صاحب المدة البعيدة فى الاقتضاء أو برضا العبد أن يجعل نجومه لصاحب المدة البعيدة فى الاقتضاء حتى يساويه مع صاحب المدة القريبة فى الأقصى فإن الكتابة ثابتة جائزة .

فإن أنهى ذلك فمشهور المذهب أن الكتابة باطلة ما لم يفت بالأداء .
[والجواب عن الوجه الثالث : إذا اتحد العقد واشترط أن يختلف العدد .
فالكتابة جائزة والشرط باطل] (١) .

والجواب عن الوجه الرابع : إذا اختلف العقد ، ويتقفان فى العدد والنجوم فهل تُفسخ الكتابة أم لا ؟ فالمذهب على قولين منصوصين فى «المُدونة» :

أحدهما : أن الكتابة تفسخ إلا أن يتراضيا [بالتساوى] (٢) وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أن الكتابة جائزة يريد ويسقط الشرط . وهو قول الغير .
ويكون القضاء بينهما واحداً .

والجواب عن الوجه الخامس : إذا اختلف العقد ويختلف نوع المال الذى كاتباه مثل : أن يكاتبه أحدهما على دنانير ويكاتبه الآخر على عروض فالكتابة بينهما مفسوخة قبل الأداء وبعده إلا أن يرضى السيد أن تكون الدنانير والعروض شركة بينهما وتصح الكتابة .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ ، هـ .

(٢) فى أ ، هـ : إن تساوى .

المسألة العاشرة

فى الذى يكاتب عبده وعلى السيد دين ، وقد جنى العبد جناية .
فلا يخلو المكاتب من أن يكون قادراً على أداء جميع ذلك أو يعجز عن
بعضه :

فإن كان قادراً على أداء جميع الدين والجناية والكتابة فإنه يمضى على
كتابته .

فإن أدّى الدين الذى على السيد فهل له أن يحاسبه به من نجومه أم لا ؟
فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يحاسبه به إذ لا ضرر فى ذلك على سيده ، إذ لو عجل
له الكتابة لأدى . إذ قال : لم يكن له الكتاب . وإلى هذا ذهب الشيخ أبو
إسحاق التونسى .

والثانى : أنه لا يحاسبه به وهو ظاهر قول مالك فى « المدونة » لأنه
قال : إذا قال العبد : أنا أؤدى الذى من أجله تردنى والحماسة . وأبقى
على كتابتى . كان ذلك له . وظاهر هذا الكلام أنه لا يحاسب السيد بذلك .
ومفهوم من فحوى الكلام أن الدين التزم أدائه كالتزامه للكتابة فكأنه من
جملتها .

وأما الجناية التى جناها العبد فهل يحاسب بها السيد إذا أداها أم لا ؟
فالمذهب يتخرج على قولين :

أحدهما : أنه لا يحاسبه بها ، وهو ظاهر « المدونة » ، وهو مشهور
المذهب .

والثاني : أَنَّهُ لَا يُحَاسِبُهُ بِهَا . قَالَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ وَهُوَ أَشْبَهُ فِي النَّظَرِ .
 قَالَ : وَبَيَانُ ذَلِكَ أَنَّهُ إِذَا جَنَى جُنَايَةَ تُسَاوِي عَشْرَةَ وَقِيَمَتُهُ عَشْرُونَ وَكُوتِبَ
 بِثَلَاثِينَ ، فَقَالَ لِلسَّيِّدِ : أَنَا أَوْدَى عَشْرَةَ الْجُنَايَةَ وَتَبَقِيَ عَلَيَّ مِنْ كِتَابَتِي
 عَشْرُونَ ، لِأَنِّي لَوْ لَمْ أَوْدِ الْجُنَايَةَ جَبَرْتَ عَلَيَّ دَفْعِي فِي الْجُنَايَةِ إِذَا افْتَدَى
 بِعَشْرَةِ ، فَلَا حُجَّةَ لَكَ فِي الْامْتِنَاعِ مِنْ أَنْ يُحَاسِبَ بِعَشْرَةِ مِنَ الْكِتَابَةِ فِي
 الْجُنَايَةِ ، إِذْ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي هَذَا [(١)] .

وَيُعَارِضُهُ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ أَنْ يُقَالَ : إِنْ الْجُنَايَةَ كَانَ أَصْلُهَا مِنَ الْعَبْدِ لَمْ
 يَجِبْ عَلَى السَّيِّدِ أَنْ يَقَاصَ مِنَ الْكِتَابَةِ مِنْهَا ، وَمِنْ حُجَّتِهِ أَنْ يَقُولَ : إِنَّمَا
 كَاتَبْتُهُ عَلَى أَنْ تَحْمِلَهَا . أَوْ يَقُولَ : ظَنَنْتُ أَنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ يَتَّبِعُهُ بِذَلِكَ دَيْنًا
 كَالْمَعْتَقِ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ إِذَا ادَّعَاهُ .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من هـ . وهذا السقط بدأ من منتصف المسألة الثامنة .

المسألة الحادية عشرة

فى الرهن فى الكتابة .

ولا يخلو الرهن فى الكتابة من وجهين :

أحدهما : أن يكون فى عقد الكتابة .

والثانى : أن يكون بعد العقد .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كان الرهن فى عقد الكتابة والسيد حى لم يمت ولم يفس له حكم الرهن اتفاقاً فى القيام والفوات .

وإن مات السيد أو فلس فهل يخرج عن حكم الرهن ويعد ذلك [منه] ^(١) انتزاعاً ؟ فالمذهب على قولين منصوصين فى « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك انتزاع وليس له حكم الرهن ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أن له حكم الرهن ، وهو قول غيره .

وسبب الخلاف : معاملة السيد عبده فى المعاوضات هل هى معاملة

صحيحة أم لا ؟

فعلى قوله فى هذه المسألة أن الربا جائز بين العبد وسيدهِ ، وإن سُمى ذلك سلفاً أو بيعاً وهو انتزاع معنوى على ما يقول ابن القاسم .

لأن السيد إن ردَّ على العبد أكثر مما أخذ منه فالزيادة [ق / ١٢٢ ع] منه هبة للعبد وليس بزيادة فى السلف .

وعلى ما قال فى « كتاب الصرف » أن الربا يجرى بين العبد وسيدهِ

(١) سقط من أ .

كالأجنبي .

ومن حكم فيه بأنه انتزاع فلا يرى فيه حقًا للمكاتب لا مع القيام ولا مع الفوات .

ومن حكم فيه بحكم الرهن قال : فإن المكاتب يكون أحق بعينه في القيام وهو في الفوات أسوة الغرماء .

والجواب عن الوجه الثاني : إذا كان الرهن بعد العقد مثل أن يحل عليه نجم فطلب التأخير على رهن يضعه . فالاتفاق في هذا الوجه أن ذلك ليس بانتزاع وأن [له حكم] ^(١) الرهن مع القيام عاش العبد أو مات .

فإن ضاع الرهن عند السيد ولم يعلم إلا بدعواه فلا يخلو السيد [من] ^(٢) أن يكون مديانًا أو غير مديان :

فإن كان مديانًا ، فللمكاتب محاصة الغرماء بقيمة الرهن في مال السيد . ثم ينظر إلى ما نابه في المحاصة .

فإن كان مقدار ما بقى عليه من الكتابة عتق واتبع ذمة السيد بما بقى من قيمة رهنه .

فإن كان الذي نابه في [الحصاص] ^(٣) أقل مما عليه في الكتابة وأكثر مما عليه من النجوم فليحسب ذلك بما حل ثم من النجوم التي تليه فيأخذ الغرماء ثم تباع لهم بقية الكتابة في بقية دينهم .

فإن أدى المكاتب لمشتري الكتابة عتق ويكون ولاؤه لعاقدها .

وإن عجز رق لمشتري الكتابة ويُتبع السيد بما بقى له من قيمة رهنه في

(١) في أ : للحكم .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : الحصص .

الوجهين جميعاً .

وأما إن كان السيد ليس بمديان فهل يُقاصصه المكاتب في الكتابة بقيمته أو تُؤخذ القيمة من السيد ، فتوقف ؟ قولان منصوصان في « المدونة » : أحدهما : أنهما يتقاصان بهما جُملةً [بلا] ^(١) تفصيل .

فإن تساوت القيمة والكتابة عتق .

وإن نافى [قيمته] ^(٢) على الكتابة اتبع السيد .

وإن قصرت عن الكتابة قوصص بها على النجوم ويسعى المكاتب فيما بقى وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

ووجهه : [أن] ^(٣) الرهن لما جهل أمره ولا يدرى هل [تلفه] ^(٤) بتعد من السيد فيكون الحكم أن تُؤخذ القيمة منه وتوقف .

فإن أتى المكاتب برهن ثقة أخذها كما قال في « كتاب الرهون » أو كان هلاكه بغير سببه ولا بتعد منه فيسقط الضمان عن السيد ويكون التلف من الراهن فلماً كان الأمر هكذا توسط فيه بالضمان ويُحكم [له] ^(٥) فيه بالقصاص في الحال ، والتوسط سوق الاعتدال .

والقول الثاني : بالتفصيل بين أن يتهم السيد بالعداء على الرهن أو لا يتهم .

فإن اتهم بالعداء أخذت منه القيمة ووقفت وتؤدى على النجوم .

(١) في هـ : من غير .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : بيعه .

(٥) سقط من أ .

فإن أتى المكاتب برهن ثقة أخذ القيمة لنفسه ويؤدي المكاتب على نجومها .

فإن لم يتهم بالعداء عليه فلا تخلو الكتابة من أن تكون عيناً أو عرضاً :
فإن كانت الكتابة دنانير والقيمة دنانير كانت قصاصاً [بما] ^(١) على المكاتب ، لأن وقفها يؤول إلى ضرر وخطر وغرر .

فإن كانت الكتابة عروضاً وطعاماً والقيمة عيناً ، فإن رجي رخص ما عليه حتى يشتريه باليسير من الثمن [أوقفت القيمة] ^(٢) .

فإن لم يُرج ذلك قوَصص بها في قيمة ما عليه من العروض في الحال ، وهو قول أشهب في « المدونة » .

ووجهه : أن القيمة [قد وجبت] ^(٣) على السيد بهلاك الرهن فكان القصاص بها أولى من الإيقاف [المعرض] ^(٤) للإتلاف إذ بها يحصل للعبد العتق المتبغى وينال بها السيد الثواب المرتجى .

حتى إذا ظهرت دلائل التهمة ، ولاحت أمارة الظنة بالعداء من السيد كان إيقاف القيمة أولى لثلا يصل السيد بتعديه إلى ما لا يُريد ، لاحتمال أن يقصد بذلك استعجال الكتابة قبل محلها فيعاقب بنقيض مقصوده .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : واجبة .

(٤) في أ ، ج : المتعرض وفي ع : المترضى .

المسألة الثانية عشرة

شراء المكاتب مَنْ يعتق على الحر بالملك إذا ملكه .

ولا يخلو شراؤه من وجهين :

إمّا أن يشتريه بغير إذن سيده .

[والثاني : أن ^(١) يشتريه بإذنه .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا اشتراه بغير إذنه هل يدخل في الكتابة أم لا ؟ قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يدخل معه في الكتابة وله أن يتبعه إذا خشى العجز وهو قول مالك في « المدونة » .

والثاني : أنه يدخل معه ويكون له حكم مَنْ انعقدت عليه الكتابة وهذا القول يُستقرأ من « المدونة » .

وينبنى الخلاف على الخلاف : في المكاتب هل له أن يُعجز نفسه مع القدرة على الأداء أو لا يجوز له ؟

فمن رأى أن له أن يُعجز نفسه قال : يدخل معه .

ومن رأى أنه ليس له أن يُعجز نفسه قال : لا يدخل معه لأنَّ شراءه تعطيل لماله عن التَّمنية التي يحصل بها الأداء والعق .

والجواب عن الوجه الثاني : إذا اشتراه بإذن سيده هل يدخل معه في الكتابة أو لا ؟ قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه يدخل معه وهو نصُّ « المدونة » .

(١) في أ : أو .

والثانى : أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ مَعَهُ [ق / ٨٧ هـ] ، وَهُوَ مُسْتَقْرَأٌ مِنَ «الْمُدُونَةِ» .

وسبب الخلاف : هل يجوز اتفاق السيد والمُكاتب على عجزه مع القدرة على الأداء أم لا ؟

فمن رأى أَنَّهُ يجوز لَهُ عجزه مع اتفاقهما قال : يَدْخُلُ مَعَهُ .

ومن رأى أَنَّهُ لَا يجوز أَنْ يَتَّفَقَا على ذلك قال : لَا يَدْخُلُ مَعَهُ لِأَنَّ (ق / ٢٢٥ أ) ذلك [دَاعِ] ^(١) إِلَى عجزه .

وعلى القول بِأَنَّهُ يَدْخُلُ مَعَهُ مِنْ [الذى يَدْخُلُ مَعَهُ مِنْ] ^(٢) قِرابته ؟ فالْمذهب على أربعة أقوال كلها قائمة من «الْمُدُونَةِ» :

أحدها : أَنَّهُ يَدْخُلُ مَعَهُ كُلُّ مَنْ كَانَ يَعْتَقُ على الحر بالملك إِذَا ملكهُ ، وَيَدْخُلُ فى ذلك الْأُخوة ، وَهُوَ قول مالك فى «الْمُدُونَةِ» .

والثانى : أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ مَعَهُ إِلَّا الْأَبوةُ وَالْبَنوةُ خاصة ، وَهُوَ قول أَشْهَب فى «الْمُدُونَةِ» ومثله لابن القاسم فى «الموازية» .

والثالث : أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ إِلَّا الولد خاصة بإذن سيِّده إِذْ لَهُ أَنْ [يستلحقه] ^(٣) ، وَهُوَ قول ابن نافع فى «الْمُدُونَةِ» .

والرابع : أَنَّهُ يَدْخُلُ مَعَهُ الولد وَإِنْ اشْتَرَاهُ بغير إِذن سيِّده وَهُوَ قول ابن نافع فى غير «كتاب محمد» ، على قول أبى محمد فى «النوادر» ، وَهُوَ ظاهر تعليل ابن نافع فى «الكتاب» حيث قال : إِنْ لَهُ أَنْ يستحدثه واستحدثه لَا اختيار فيه للسيد فينبغى أَنْ يكون الشراء كذلك .

(١) فى ع ، هـ : داعية .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ ، جـ : يستحدثه .

وسبب الخلاف : بين القولين الأولين اختلاف العلماء فيمن يعتق على الحر بالملك .

فأشهب راعى ما وقع عليه [ق / ١٩٨ ج] الإجماع فى الحر .
ومالك راعى مشهور مذهبه فى عتق الأخوة ، فاطرد ذلك فى المكاتب .
وأما الابن فسبب الخلاف فيه ما قدمناه فى المكاتب هل يجوز له أن يعجز نفسه وإن كان له مال ظاهر ؟

فمن رأى ذلك لم يفرق بين الولد وغيره .
ومن منع فقد فرق بين الولد وغيره لليلة التى ذكرها ابن نافع .
وهذا كله إذا لم يكن على المكاتب دين .
وأما إن كان عليه دين فلا [يجوز] ^(١) شراؤه من أن يعتق عليه إلا بإذن الغرماء .
والحمد لله وحده .

(١) فى أ : يخلو .

المسألة الثالثة عشرة

فى عتق السيّد أحد المكاتبين .

ولا يخلو المعتق من [أحد] ^(١) وجهين :

أحدهما : أن يكون له قوة .

والثانى : أن يكون ممن لا قوّة له إمّا لزمانة طرأت عليه بعد الكتابة ، أو لكونه صغيراً لا حرفة له ولا قوة [فإن كان لا قوة] ^(٢) له فى الحال ويقوى فى أثناء الكتابة فهو كالصحيح المستوى .

فإن كان أمر الكتابة ينقضى قبل أن يبلغ السعى ، فهو كالزمن ، وقد تقدّم الكلام عليه فى باب « توظيف الكتابة » .

فإن كان ممن لا قوة له على السعى ، لا فى الحال ولا فى المآل فلا يخلو ذلك من أن يكون ذلك بإذنهم أو بغير إذنهم .

فإن كان ذلك بإذنهم فلا خلاف فى جواز عتقه لدفعهم عن أنفسهم ضرراً ناجزاً وهو نفقته وكسوته .

والكتابة عليهم كما كانت .

فإن أعتقه بغير إذنهم هل يُنفذ العتق أو يُوقف ؟ قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أن العتق نافذ لا يُوضع عنهم من الكتابة [ق / ١٢٣ ع]
[سهم] ^(٣) العتيق وهو نص « المدونة » .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : منهم .

والثانى : أنَّ عتقه موقوف إلى العجز أو الأداء ، وهو ظاهر « المدونة »
 من قوله : إن لهم الرجوع عليه إذا أدوا عنه . وهو نص « المدونة » : أنَّ
 لهم الرجوع على الزمن .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى الضرر الذى درأ عنهم فى الحال من
 مؤنته ونقله أو النظر إلى ما فوت لهم فى المال من الرجوع عليه إذا أدوا ؟
 فإن كان العتيق له قوة وسعاية إمَّا بيده وحرفته أو بماله الحاصل عنده فلا
 يخلو من أن يكون ذلك بإذن أصحابه أو بغير إذنهم .

فإن كان ذلك بغير إذنهم فقولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنَّ العتق موقوف وهو قوله فى المدونة .

والثانى : أنَّ العتق نافذ وهو قوله فى آخر الكتاب فى الزمن الذى له
 مال .

وسبب الخلاف : هل للسيد أن يعجز مكاتبه وإن أراد البقاء على الكتابة
 أو ليس له ذلك ؟

فعلى القول بنفوذ العتق فى الحال فله أن يعجزه إذ فعله يؤدى إلى
 [عجز] ^(١) الباقي .

فإذا قلنا بنفوذ العتق فى الحال هل يوضع عن الباقي منابة العتيق من
 الكتابة أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يوضع عنهم شيء ، وهو قول مالك فى « المدونة » .

والثانى : أنَّهم توضع عنهم حصته ، وهو ظاهر قوله فى « الكتاب » فى
 الأمة التى أحبلها السيد فى الكتابة فرضيت هى ومن معها فى الكتابة

(١) فى أ : عتق .

بتسليمها إلى السيد حيث قال : يوضع عنهم جميع حقها من الكتابة ، فإذا قال : يوضع عنهم جميع حقها من الكتابة ، فإذا قال : يوضع عنهم مع رضاهم بالتسليم ، وإخراجها من الكتابة بفعل السيد فبأن توضع عنهم جميعهم مع الإكراه أولى وأحق .

وسبب الخلاف : هل للسيد أن يجبر عبده على الكتابة أم لا ؟ فعلى القول بأن له الجبر فله أن يعتق وتبقى جميع الكتابة على من بقى كماله أن يوصف ذلك القدر عليهم [ابتداءً] ^(١) .

وعلى القول بنفى الجبر فتسقط عنهم .

وعلى القول بأن العتق موقوف على الأداء أو العجز فإذا أعتق بالأداء فهل يرجع على سيده بما أدى إن أدى عن نفسه ، وهل يرجع عليه أصحابه إن هم أدوا عنه ؟ قولان منصوصان في المذهب قائمان من « المدونة » : أحدهما : أنه لا يرجع على السيد بشيء ولا يرجع عليه أصحابه وهو نص « المدونة » .

والثاني : أنه يرجع [هو] ^(٢) على سيده ويرجع عليه أصحابه إن أدوا عنه ، وهذا القول قائم من « المدونة » من « كتاب العتق الثاني » من مسألة العبد المستأجر إذا أعتقه سيده قبل تمام الإجارة ولم يشترط أن يكون له جميع الإجارة ، وأن المستأجر له من إسقاط حقه من بقية الإجارة . فقد تأول بعض الشيوخ على « المدونة » أن بقية الإجارة للعبد ويرجع بها على السيد إن كان قد قبض جميعها عند العقد إذ لا سبيل له إن مد الإجارة عن الحر ، وهي مسألتنا بعينها .

(١) في ب : استبراء .

(٢) سقط من أ .

وسبب الخلاف : هل تغلب فيه شائبة الرق من حيث أن العتق مُيسرٌ ثم من جهة السيد حتى لا يلحقه دين حدث . أو تغلب فيه شائبة الرق من حيث أنه يستسعى بالرق على وجه شرعى .

فإن أعتقه بإذنهم ورضاهم هل ينفذ فيه العتق أو يتوقف ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن العتق نافذ جملةً وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أن العتق موقوف وهو قول الغير فى المدونة ولابن القاسم مثله

من مسألة النصرانى إذا أسلم حيث قال : يُباع عليه مكاتبتهما جميعاً لحقّ الحماله رضى أم كره .

والقول الثالث : التفصيل بين أن يتساويا فى القوة فيجوز أو يكون

العتيق أفضلهم وفيه ترجى علتهم ثم لا تجوز ويوقف .

وسبب الخلاف : هل له أن يعجز نفسه أم لا ؟ [والحمد لله

وحده] (١) .

المسألة الرابعة عشرة

فى المكاتب إذا مات ومعه أولاد وأمهات أولاد فى كتابته .

ولا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يترك مالا فيه وفاء بالكتابة .

والثانى : أن يترك مالا لا وفاء فيه بالكتابة (١) .

والثالث : أن يموت ولم يترك مالا .

فإن ترك مالا فيه وفاء بالكتابة فلا خلاف أن من معه فى الكتابة يعتقون فيه عاجلاً .

فإن ترك مالا لا وفاء فيه بالكتابة فلا يخلو الأولاد من أن يكونوا صغاراً أو كباراً :

فإن كانوا صغاراً عاجزين عن السعى فلا يخلو ذلك المال من وجهين :

إمّا : أن يكون [فيه] (٢) ما يبلغهم السعى .

والثانى : أن يكون ذلك مما لا يبلغهم السعى (٣) .

فإن كان فيه ما يبلغهم السعى ، فإنه يُؤدى عنهم [على] (٤) النجوم حتى يبلغهم السعى .

فإن كانوا كباراً ، فهل يُدفع لهم المال ويسعون فيه ؟ فلا يخلو الولد من

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : أن يكون دون ذلك .

(٤) فى أ : عن .

أن يكون مأموناً أم لا :

فإن كان الولد مأموناً قائماً بالمال مشغولاً بالاشتغال به فلا خلاف في المذهب أنه يدفع له خلافاً لقول ربيعة في « الكتاب » حيث قال : [لا يدفع إلا للسيد] (١) .

فإن كان الولد غير مأمون فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنه لا يدفع إلا للولد إن كان مأموناً ولا يدفع لأُم الولد وإن كانت معه ، وهو قول مالك في كتاب المكاتب من « المدونة » .

والثاني : أنه يدفع لأُم الولد خاصة إذا لم يستقل به الولد إما لكونه صغيراً وإما لكونه غير مأمون ولا يدفع لغيرها وهو ظاهر قوله في « كتاب الجنايات » .

والقول الثالث : أنه يدفع لكل من كان معه في الكتابة ويسعى فيه ، وإن كان أختاً أو أجنبياً ، وهو قول أشهب في « الموازية » . وعلى القول بأنه لا يدفع لأحد إلا للولد .

فإن كان الولد غير مأمون أو لم يترك ولداً معه في الكتابة أصلاً كان للسيد أن يأخذ ذلك المال .

واختلف هل يؤديه على النجوم أو يحسب ذلك [لهم] (٢) من أول الكتابة أو من آخرها ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يحسب ذلك لهم من آخر كتابتهم ، وهو قول ابن القاسم

(١) في هـ : لا يدفع السيد .

(٢) سقط من أ .

فى آخر كتاب الجنائيات من « المدونة » .

والثانى : أن ذلك يُحسب لهم من أولها ، وهو قول مالك فى «كتاب

محمد» .

والثالث : أنه مقسوم [على النجوم] ^(١) ومفوض على سائرهما ، وهو قول قياس وإليه أشار بعض المتأخرين ، لأنه لما مات حل ما عليه من الدين فى خاصة نفسه ، وحمالته توجب أن يؤدى ما ترك عن ذلك [كله] ^(٢) وإنما فرق مالك بين الولد وغيره فى دفع المال إليه لأنه يشفق وإنما فرق مالك بين الولد وغيره فى دفع المال إليه لأنه يشفق عليه ويصونه ولا يبذره كما كان الأب يفعل .

[وأما] ^(٣) الأجنبى فربما يبذره ويسرف فيه ولا تدركه منه شفقة لكونه لم يعرف فيه ولا تعب فى اقتنائه فى غالب الأمر .

فإن مات ولم يترك مالا فلا يخلو من معه فى الكتابة من أن يكونوا صغاراً أو كباراً :

فإن كانوا صغاراً عاجزين عن السعى .

فإن كانت معهم أم ولد لأبيهم فإن قويت على السعى فإنها تسعى فى بقية الكتابة عنها وعنهم . فإن أدت رجعت عليهم بما أدت عنهم إن لم يكونوا أولادها [فإن كانوا أولادها] ^(٤) فلا ترجع عليهم بشيء ولها أن تستسعيهم فى الكتابة إذا أطاقتها .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

فإن عجزت عن السعى فلا يخلو من أن يكون في ثمنها إذا بيعت ما يفي ببقية الكتابة أو ليس فيه ما يفي :

فإن كان في ثمنها ما يفي ببقية الكتابة فإنها تباع ، وتؤدى الكتابة من ثمنها .

وكذلك الحكم إذا كانوا كباراً عاجزين عن السعى فإن لهم بيعها وإن كانت أمهم .

واختلف إذا كانوا جماعة أمهات أولاد وكان مع [كل] ^(١) واحدة منهم ولد ، وكان مع واحدة خاصة أو كان معهم الولد من غيرهن ، وكان في بيع بعضهن ما يفي بالكتابة ، كيف يُباع منهم ؟

على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الخيار في ذلك للولد فيختار [بيع] ^(٢) من فيها نجاتهم ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : [أنه] ^(٣) لا تباع واحدة منهم إلا بالقرعة ، وهو قول سحنون .

والقول الثالث : أنه يُباع منهم بالحصص ، كالمديرين ، وهو اختيار أبي الحسن اللخمى رحمته الله ^(٤) .

وكذلك الحكم في السيد إذ لو كان حياً .

فإن لم يكن في ثمن أم الولد إذا بيعت ما يفي بالكتابة .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : وبيع .

(٣) في أ : أنها .

(٤) زيارة من ج ، ع ، هـ .

فإن كان [ق / ١٢٤ ع] (ق / ٢٢٦ أ) فى ثمنها ما يبلغهم السعى إن كانوا صغار فإنَّها تُباع ويأخذ السيد الثمن ويقبضه لنفسه على النجوم حتى يبلغوا السعى .

فإن لم يكن فى ثمنها ما يبلغهم السعى فإنَّهم يرقون جميعاً للسيد .
واختلف إذا لم يكن معها ولد فى الكتابة مجال لا منها ولا من غيرها وكانت مع الأب أو الأخ هل تسعى معه أم لا ؟ على قولين :
أحدهما : أنَّها لا تسعى إلا مع الولد خاصة ، وهو قول ابن القاسم فى المَدونة .

والثانى : أنَّها تسعى مع [الأب] ^(١) والأخ ، وهذا القول ذكره اللخمي ولم يُسم قائله [ق / ٨٨ هـ] .

وقد اختلف فى أم ولد المكاتب متى تكون أم ولد [بعد اتفاقهم] ^(٢) .
على أنَّها لا تكون أم ولد بما ولدت منه قبل الكتابة .
وعلى أنَّها تكون أم ولد بما حملت به بعد أداء الكتابة .

وإنَّما اختلف فيما حملت به فى حين عقد الكتابة أو حملت [به] ^(٣) .
بعد الكتابة ثم وضعته بعد الأداء على قولين منصوبين : لعبد الملك فى كتاب العدة وطلاق السنَّة فى « المَدونة » ، وكتاب « المأذون له فى التجارة » .
وينبنى الخلاف على الخلاف فى أم الولد هل تكون أم ولد بنفس الحمل أو لا تكون أم ولد إلا بعد الوضع ؟

(١) فى أ : الإبن .

(٢) فى أ : باتفاقهم .

(٣) سقط من أ .

وهكذا الخلاف فيمن اشترى زوجته وهي حامل [منه] ^(١) هل تكون أم
ولد بذلك الحمل منه أم لا ؟ على قولين قائمين من « المدونة » .
والحمد لله وحده

(١) سقط من أ .

المسألة الخامسة عشرة

فى الكتابة فى المرض ، وفيها ثلاثة أسئلة :

الأول : إذا أقرَّ فى المرض بقبض الكتابة فى الصحة [ق/١٩٩ ج].

والثانى : إذا كاتبه فى المرض .

[والثالث : وقوعها فى المرض وإقراره فى المرض] ^(١) بقبض الكتابة .

فالجواب عن السؤال الأول : إذا أقرَّ فى المرض بقبض الكتابة فى الصحة ، فلا يخلو من أن يكون موروثاً بولد أو بكلالة :

فإن كان موروثاً بولد ، فلا خلاف أعلمه فى المذهب فى نفى التهمة ، وخروج العبد من رأس المال ، ويكون حرّاً من ساعته .

فإن كان موروثاً بكلالة ، هل يخرج من الثلث أو يبطل رأساً؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه يخرج من الثلث ، وهو قول ابن القاسم فى « كتاب المكاتب » .

والثانى : أنه يبطل إقراره ، وهو قوله فى كتاب الوصايا من « المدونة » ، وهو قول الغير فى كتاب [الوصايا] ^(٢) ، حيث قال : « ولا يكون فى الثلث إلا ما أريد به الثلث » .

وسبب الخلاف : هل إقراره كالإنشاء ، فيُعدّ كما لو أعتقه ساعتئذ أو هو كالإخبار عمّا وقع فيتهم ثم يبطل ؟

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : ابن حبيب .

وعلى القول بأنه كالإنشاء ، فيدخله الخلاف الذى أسلفناه فى « كتاب العتق الأول » فى المبتل فى المرض حرّاً حرّاً .

والجواب عن السؤال الثانى : إذا كاتبه فى المرض ، ففى هذا السؤال فى الكتاب إشكال :

وقد قال فى أول الكتاب : « إذا كاتب عبده فى المرض ، فإن حملة الثلث جاز ، وإن لم يحمله : خير الورثة ، إماً أجازوا وإماً عتقوا منه ثلث الميت بتلا » .

ثم قال مالك [فى المريض] ^(١) [بيعة وشراؤه جائز] ^(٢) إلا أن يحابى ، فيكون مُحابة فى الثلث » .

فانظر ما بين المسألة التى استدل بها والتى يستدلّ عليها من المنافرة ، لأنّ التى استدلّ عليها شرط فيها [حملان] ^(٣) الثلث حاباً أم لا والتى استدلّ بها ، إنما اعتبر الثلث ، مع وجود المحابة خاصة ، ولا فرق فى التحقيق بين المسألتين ، ولا سيما على القول بأن الكتابة بيع ، إلا أن يتأول متأول أن نفس الكتابة مُحابة للعبد من السيد ، مثل : أن تكون الكتابة ، مثل قيمة رقبته إلا أنّ السيد [كان] ^(٤) قادراً على أن [يُخرجه] ^(٥) بمثل ذلك ، فتكون الكتاب مُحابة ، فلذلك اعتبر الثلث ، وهو تأويل سائغ لائق [بالكتاب] ^(٦) .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : ما باع واشترى أن ذلك جائز .

(٣) فى أ : حالان .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى هـ : يخرجه .

(٦) فى أ : بالكتابة .

وإذا وقعت بلا مُحَابَاة ، هل تمضى ويسعى العبد على النجوم أو يوقف المكاتب بنجومه إلى بعد الموت ، فيُصرف إلى الثلث ؟ ففي المذهب قولان منصوصان في « المَدُونَة » .

وسبب الخلاف : هل الكتابة من ناحية العتق أو من ناحية البيع .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا وقعت الكتابة في المرض ، [وأقر بقبضها في المرض] ^(١) .

فعلى القول بأنَّ ناحيتها ناحية البيع : فلا خلاف أنَّ العبد يكون حرّاً من رأس المال .

وعلى القول بأنَّ ناحيتها ناحية العتق : فيتخرج على الخلاف في المبتل في المرض حرّاً حرّاً [بلا ريب ولا رجم غيب] ^(٢) .
والحمد لله وحده .

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

المسألة السادسة عشرة

فى السيد إذا أوصى بكتابة مكاتبه ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يُوصى بها لأجنبى .

والثانى : أن يوصى بها لمكاتبه .

فإن أوصى بها لأجنبى ، فلا يخلو أن يوصى بها كُلِّها أو يُوصى بنجم

منها :

فالجواب عن الوجه الأول : إذا أوصى بها [كلها] ^(١) لأجنبى ، فإن وصيته [كلها] ^(٢) مصروفة إلى الثلث .

واختلف ما الذى [يجعل فى] ^(٣) الثلث ؟ على ثلاثة أقوال كُلِّها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنه يجعل فى الثلث الأقل من قيمة الرقبة أو [قيمة] ^(٤) الكتابة ، وهو قول أكثر الرواة فى [الكتاب] ^(٥) .

والقول الثالث : أنه يجعل فى الثلث قيمة الكتابة ، من غير التفات إلى قيمة الرقبة ، وهو ظاهر [قول ابن القاسم] ^(٦) فى « المدونة » فى [وصية للمكاتب] ^(٧) بنجم معين .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) فى هـ يصرف إلى .

(٤) فى أ : عدد .

(٥) فى أ : الكتابة .

(٦) فى أ : قوله .

(٧) فى أ : وصية للكتابة .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى الحال أو النظر إلى المآل؟

فمن اعتبر الحال قال : قيمة الكتابة ، لأنها التى تملكها فى الحال ، إذ له بيع الكتابة ، ويقبض [الثمن] ^(١) نقداً .

ومن اعتبر المآل : رأى أن عدد الكتابة هو الموصى به فهو المجعول فى الثلث .

وأما قوله أو قيمة الرقبة ، إن كانت أقل .

أما على القول باعتبار عدد الكتابة فى الثلث ، فيصح الأمران على [اعتبار] ^(٢) المآل ، لأن الذى يحصل للموصى به إذا حمل الثلث .

ووصية أحد أمرين : إما الكتابة إن أداها العبد .

وإما رقبة العبد إن عجز فيصح اعتبار الأقل [بينهما] ^(٣) .

وأما اعتبار الأقل بين قيمة الكتابة وقيمة الرقبة :

فذلك استحسان على القول بمراعاة الحال ، إذ لا مدخل لقيمة الرقبة هنالك .

والجواب عن الوجه الثانى من الوجه الأول : إذا أوصى له بنجم منها . فلا يخلو ذلك النجم من أن يكون معيناً أو مبهماً :

فإن كان معيناً ، وحمله الثلث ، كان له مطالبة المكاتب بذلك .

فإن عجز رق [له] ^(٤) من رقبة العبد مقدار ما يُقابل ذلك .

(١) فى هـ : القيمة .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : وله .

فإن قال له الورثة نعجل لك نجماً ، وأبى أن يقبله ، وقال [لعل] ^(١) العبد يعجز ، فيكون [لى] ^(٢) من رقبته مقدار ذلك .

فإن كان ذلك قبل حلول النجم ، كان ذلك له .

وإن كان بعد حلوله ، والعبد به ملى ، كان ذلك للورثة .

فأما إن كان نجماً مبهماً ، فإنه يكون شريكاً للورثة على حساب الأنجم .

فإن كانت خمسة ، كان شريكاً بالخمس فى الكتابة ، إن أُدِّيت ، وفى الرقبة إن عجز .

والجواب عن الوجه الثانى من أصل التقسيم : إذا أوصى بها لمكاتبه ، فلا يخلو من أن يُوصى له بها كلها أو بنجم منها :

فإن أوصى [له] ^(٣) بها كلها : كان ذلك وصية بعته بلا خلاف .

واختلف ما الذى يجعل فى الثلث : على قولين :

أحدهما : أنه يجعل فيها قيمة الرقبة .

والثانى : قيمة الكتابة .

والقولان لابن القاسم فى « المدونة » ، كما تقدم ، فإن حمَّله الثلث

عُتق ، وإن لم يحمله الثلث خيَّر الورثة بين أن يجيزوا ذلك أو [يعتقوا] ^(٤) منه ما حمل الثلث بتلا .

ويوضع عنه من الكتابة مقدار ما يقابل الجزء المعتق منه .

(١) سقط من هـ .

(٢) فى أ : فى .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : يعتق .

[وأما إذا] ^(١) أوصى له بنجم بعينه ، وقد حمّله الثلث ، فذلك جائز .

واختلف ما الذى يجعل فى الثلث ؟ على قولين قائمين من « المدونة » : أحدهما : قيمة ذلك النجم ، ولا ينظر إلى الرقبة ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « الكتاب » .

والثانى : أن المَجْعول فى الثلث الأقل من [قيمة] ^(٢) ذلك النجم أو ما يُقابله من الرقبة ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى : الوصية بالكتابة لأجنبى ، وهذا مثله ، وهو نص قول أشهب فى غير « المدونة » .
فإن حمّله الثلث نظر إلى قيمة ذلك النجم من جميع الكتابة .

فإن كان ربعها ، عُتق منه الربع أو خمسا [ق/٢٥/ع] عُتق منه الخمس على هذا الحساب ، ويسقط [عنه] ^(٣) ذلك النجم [من الكتابة] ^(٤) ، ويسعى فيما بقى .

فإن لم يحمله الثلث : خيّر الورثة بين إجازة ذلك أو يعتقون من [المكاتب] ^(٥) ما حمل الثلث منه ، ويوضع [عنه] ^(٦) من الكتابة بقدر ذلك .

واختلف هل يوضع عنه من كل نجم أو يجمع ذلك فى نجم واحد بعينه ؟ على قولين قائمين من « المدونة » :

(١) فى أ : فإذا .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : منه عدد .

(٤) سقط من هـ .

(٥) فى أ : الكتابة .

(٦) سقط من أ .

أحدهما : أنه يوضع عنه من كل نجم قدر ما عتق ، وهو نص قول ابن القاسم فى « المدونة » .

والثانى : أنه يُوضع عنه فى ذلك النجم بعينه ، وهو قول أشهب فى غير « المدونة » .

وينبنى الخلاف على الخلاف فى الموصى له بشىء بعينه ، ولم يحمله الثلث ، هل يُقطع له بالثلث فى جميع التركة أو يُقطع له بها فى ذلك الشىء بعينه ؟

والقولان لمالك فى كتاب الوصايا من « المدونة » .

ولا فرق بين السّؤالين ، لأنّ النجم معين [والشىء] ^(١) الموصى له بعينه معين .

فينبغى أن يكون الجوابان على سواء .

[والحمد لله وحده] ^(٢)

(١) سقط من أ .

(٢) زيارة من ج ، ع ، هـ .

المسألة السابعة عشرة

فى موت أحد المكاتبين :

وإذا مات أحد المكاتبين ، وقد كوتبوا كتابة واحدة ، فلا يخلو من وجهين :

إمّا أن يترك مالا .

أو لم يترك شيئا .

[فإن لم يترك شيئا] ^(١) فالذى بقى فى الكتابة يسعى ، فإن أدى عتق ، وإن عجز [رق] ^(٢) ولا إشكال فى هذا الوجه .

فإن مات وترك مالا ، فلا يخلو من أن يكون فيه وفاء وفضل أو دون الوفاء :

فإن ترك دون الوفاء : فإنه يُحسب لهم إما فى أول النجوم .

وإما فى آخر الكتابة على الخلاف الذى قدّمناه :

فإن كان فيه وفاء وفضل : فالكتابة حائلة ، وللسيد تعجيلها اتفاقا لأن الكتابة التى هى على الميت ، بعضها بالأصالة ، وبعضها بالحمالة : وجميع ذلك يحل بموته .

فإذا عجلت الكتابة من مال [الميت] ^(٣) عتق فيه كل من كان معه فى الكتابة ، ويكون للسيد الرجوع على كل من كان يرجع عليه المكاتب ، لو

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

عاش وأدى عنه ، لأنَّ السيّد يقوم مقامه ، إذ لولا هم لأخذ السيّد جميع ما خلفه المكاتب ، لأنَّه مات رقيقًا .

واختلف المذهب فيمن كان يرجع عليه المكاتب لو أدّى عنه : على أربعة أقوال :

أحدها : أنَّه لا يرجع على ذوى الأرحام كُلّهم ، كان ممن يرث أو [ممن] ^(١) لا يرث ، كالحالة والعمّة وبنت الأخ ، وهو قول أشهب .

والثاني : أنَّه لا يرجع على مَنْ يرث بالنسب ، ويرجع على مَنْ عداه من ذوى الأرحام ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك .

والثالث : أنه لا يرجع على الأبوة والأخوة خاصة ويرجع على من عداهم وهو قول ابن القاسم فى المدونة [^(٢)] .

والرابع : أنَّه لا يرجع على الأبوة والبنوة خاصة ، ويرجع على من سواهم ، وهو ظاهر قول أشهب فيمن يدخل [مع] ^(٣) المكاتب فى الكتابة إذا اشتراه .

وينبنى الخلاف على الخلاف : (ق / ٢٢٧ أ) فيمن يعتق على الحر بالملك [إذا ملكه] ^(٤) ، هل يرجع عليهم على النجوم أو على الحلول؟ قولان :

وإن ترك فضلاً عن وفاء الكتابة ، فلا يخلو من معه فى الكتابة من أن يكون قريباً أو أجنبياً :

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : على .

(٤) سقط من أ .

فإن كان أجنبيًا ، فالمال للسيد اتفاقًا .

وإن كان قريبًا ، فلا يخلو من أن يكون قريبًا بسبب أو قريبًا بنسب :

فإن كان قريبًا بسبب ، كالزوجية ، هل يرث الحى منهم الميت أم لا ؟

فالمذهب على قولين منصوصين عن مالك رحمه الله :

أحدهما : أنه لا يرث الحى الميت منهما ، وهو نصُّ قوله فى «المُدونة» .

والثانى : أنهما يتوارثان ، وهو قوله فى « كتاب ابن المَوَّاز » .

ولا خلاف فى المذهب فيما أعلمه أنه لا يرجع عليها إذا أدى عنها

الكتابة ، كما لو فداها من [أيدى] ^(١) العدو .

واختلف إذا أدت عنه ، هل ترجع عليه ؟ على قولين :

أحدهما : أنها لا ترجع عليه ، وهو قول ابن الماجشون .

والثانى : أنها ترجع عليه لعدم العلة التى هى أصل فى الباب .

فإن كان قريبًا بنسب ، وما ذلك النسب الذى يستحق به ميراث

المكاتب [ق/ ٨٩هـ] ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يرثه كل من يرث الحر من العم وغيره من نساء أو رجال ،

وهو قول ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم .

والثانى : أنه لا يرثه إلا من يعتق على الحر بالملك إذا ملكه ، وهو

الذى لا يرجع عليه إذا أدى [ق / ٢٠٠ جـ] عنه ، وهو مذهب « المدونة » ،

وهو قول عبد الملك وابن القاسم ، قاله مرة فى « كتاب محمد » .

والثالث : أنه لا يرث إلا الأبوة والبنوة خاصة ، وهو ظاهر قول أشهب : فيمن يدخل مع المكاتب إذا اشتراه .

وسبب الخلاف : مخالفة هذه المسألة الأصول ، ولا خلاف أنه لا يرثه من كان خارج الكتابة من أقاربه ، وإن كان أقرب الأقرباء كالأب والابن ، وهذا [حكم] ^(١) بين حكيمين .

وهي من المسائل التي انفرد بها مالك رحمه الله دون سائر العلماء ، ومعتمده في ذلك أمران :

أحدهما : قضية عمر رضي الله عنه ، وذلك أن مكاتباً توفى وترك مالا كثيراً وعليه بقية من كتابته ، فجاء أولاده إلى عمر ، فقالوا : نؤدى دينه ونأخذ ما بقى ، فقال لهم عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أرأيت لو مات أبوكم ، ولم يترك وفاء ، أكنتم تسعون في أدائه ؟ ، فقالوا : لا ، فقال عمر : فلا إذا .

ووجه الدليل من الحديث أن عمر منعهم الميراث لكونهم خارج الكتابة ، وأنهم لا يتساوون مع أبيهم في الحكم ، فوجب أن يكون ميراثه لمن ساواه في الحكم .

والعمدة الثانية : مراعاة الشبهة ، وهي عبارة عن تشاكل الأمرين ، وتشابه الشيئين ، وليس القطع إلى أحدهما بأولى من الآخر ، فوجب أن يكون الحكم مقتضى شائبة الشبهة ، وذلك الحكم منافر لكلا الشقين ، مثل : ما روى أن رسول الله ﷺ حكم به في ولد وليدة [ابن] ^(٢) زمعة ، وذلك أن سعد بن أبي وقاص تداعى هو وعبد الله بن زمعة في الولد الذي ولدته وليدة زمعة ، فقال سعد : « يا رسول الله ، هذا ابن أخى أمرنى أن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

أستلحقه إلى نسبه عند الوضع » ، على حسب ما كانوا عليه فى الجاهلية ، وفى أول الإسلام من اللاطة » ، وقال ابن زمعة : هذا أخى وابن أبى ، ولد على فراش أبى » ، فقال رسول الله ﷺ « الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » يعنى الزانى ، فألحقه بابن زمعة ، ثم قال لزوجته : « احتجبى منه يا سودة » ، لما رأى من شبه الولد بعته ، فلم يرها حتى مات .

فوجه الدليل من الحديث أن رسول الله ﷺ حكم بالشبهة ، وأناط بها حكماً منافراً لشقّ الدعوى ، وهو أمره ﷺ [لسودة بالاحتجاب مع إلحاقه الولد بفراش أبيها وذلك الولد أخ لها من أبيها وكون النبى ﷺ أمر سودة^(١) بقطع ما أمر الله به أن يوصل من الأرحام لما تخايل له من الشبهة بين الولد وعتبة من أدل الدلائل على ما رمناه من تصحيح مذهب مالك رحمه الله فى ميراث المكاتب .

وتقرير الشبهة : أن الولد تجاذبه فراشان :

أحدهما : صحيح .

والآخر : فاسد .

غير أن كل واحدٍ منهما لو انفرد للحق الولد بصاحبه إيانا لوجود المقتضى لولد ، فلما [اجتمعوا] ^(٢) غلب حكم الفراش الصحيح على الفاسد ، لأنه المؤثر فى حقوق الأنساب عمومًا وخصوصًا وللفراش الفاسد تأثير الشبهة فيه فى الخصوص لا فى العموم . فالذى يقتضيه الدليل المعروف والعمل المألوف أن للولد [إن] ^(٣) لحق بالفراش الفاسد ، أن يكون

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : اجتمع .

(٣) سقط من أ .

الاحتجاب ، [واجب] ^(١) على سودة كوجوبه على سائر أمهات المؤمنين ، وإن لحق بفراش أبيها زمعة : وجب أن يرتفع الحجاب وتُفتَح الأبواب لثبوت النسب والانتساب ، ولا واسطة بين القسمين ، ولكن رسول الله ﷺ حكم وقضى ، وبين أن هناك وجهًا لا يهمل ومعنى لا يغفل ، وهو [حاجز] ^(٢) بين القسمين ، وحائل بين الوجهين ، وميراث المكاتب من هذا القبيل :

إمّا أن يحكم بأنه مات على الرّق ، فيكون ما ترك لسيده بالرق .

أو يحكم بأنه مات حرّاً ، فيرثه ورثته ، مَنْ كان منهم فى الكتابة ، وَمَنْ كان [منهم] ^(٣) خارجاً عنها وكونه يرثه مَنْ كان معه [ق/١٢٦ع] فى الكتابة من ورثته دون غيرهم غير معقول ، لكن الشرع لاحظ فيه شائبة الحرية ، وشائبة الرق ، [فرتب] ^(٤) على كل شائبة مقتضاها .

تمّ الكتاب والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وآله

(١) فى أ : وأوجب .

(٢) فى أ : جائز .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فركب .



كتاب أمهات الأولاد

كتاب أمهات الأولاد

تحصيل مُشكلات هذا الكتاب وجملتها ست مسائل :

[المسألة الأولى] : فى الأمة تدعى أنَّ سيدها أولدها ، ولا يخلو السيّد من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يُصدّقها فى الوطاء والوضع .

والثانى : أن يكذبها فى الأمرين .

والثالث : أن يُصدّقها فى الوطاء ، ويكذبها فى الوضع .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا صدّقها فى الأمرين ، فلا خلاف أنّها تكون أم لولده ، وتبقى على أحكامها ، وذلك أنّ أمهات الأولاد من ساداتهن الأحرار ، لهنّ حكم الأحرار فى ستة أوجه ، وحكم العبيد فى أربعة أوجه .

ولا خلاف عندنا أنّهنّ لا يبعن فى دينٍ ولا غيره ، ولا يرهنّ ولا يوهبن ولا يؤاجرن ، ولا يُسلمن فى جناية ، ولا يستسعين .

وأما حكمهن فى حكم العبيد فى انتزاع أموالهنّ ما لم يمرض السيّد ، وفى إخبارهنّ على النكاح فى أحد القولين ، وفى استخدامهن الخدمة الحقيقية وإن لساداتهن فيهن من الاستمتاع ما لهن فى الإماء .

وأماً ولدها من سيّدها : فلا خلاف بين العلماء أنّه حرّ .

وأماً ولدها من غير سيدها قبل حملها من سيّدها ، فلا خلاف أنّه عبد .

وأما ولدها من غير سيّدها ، بعدما ولدت من سيّدها :

فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال:

أحدها : أنه حرٌ كولدها من سيدها ، وهو مذهب [ربيعة بن أبى عبد الرحمن] ^(١) .

والثانى : أنه عبدٌ كما لو ولدته قبل ذلك ، وهو مذهب الزهرى .

والثالث : أنه بمنزلتها فى كونها تُعتق من رأس المال ، ويخالفها فى وجوه :

منها جواز استخدامه واستجاره وغير ذلك ، وهو مذهب مالك رحمته الله .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا كذبها فى الأمرين جميعاً ، فلا يخلو من أن يكون له بينة على إقراره بالوطء أم لا :

فإن لم تكن لها بينة : فلا خلاف فى المذهب أنها لا تصدق عليه ، وهل يحلف أم لا ؟ قولان :

أحدهما : أنه لا يحلف ، وهو مشهور المذهب .

والثانى : أنه يحلف إن كانت عليه [بينة] ^(٢) ، وهو اختيار بعض المتأخرين .

فإن كانت لها عليه بينة ، فهل تُصدَّق عليه أم لا ؟

فالمذهب على أربعة أقوال كُلُّها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنها تُصدَّق ، كان معها الولد أم لا ، شهدت المرأتان على الولادة أم لا ، قياساً على تماديه على الإقرار .

والثانى : أنها لا تُصدَّق عليه إلا بشهادة امرأتين على الولادة ، كان

(١) فى ع ، هـ : ربيعة .

(٢) سقط من أ .

معها الولد أم لا ، وهو ظاهر قوله فى الكتاب عند [تمامه] ^(١) هذا الفصل بقوله : « ويثبت نسب ولدها منه » .

والثالث : بالتفصيل بين أن يكون معها الولد ، فتصدق بلا بيّنة على الوضع أو لا ولد معها ، فلا تُصدق إلا بيّنة على الوضع ، وهو قول سحنون وربيعة فى « كتاب الشهادات » من « المدونة » .

وعلى القول بأنها لا تُصدق إلا بيّنة على الوضع :

فإن شهد شاهدان على [إقرار بالوطء وامرأتان على الولادة فإنها تصدق بلا يمين فإن شهد شاهدان على] ^(٢) الإقرار ، وامرأة واحدة على الوضع ، فهل يحلف السيّد أم لا ؟ قولان قائمان من « المدونة » .

فإن شهد شاهد واحد على الإقرار ، وامرأة [واحدة] ^(٣) على الولادة :

فإن كان معها ولد ، حلف السيّد .

وإن لم يكن معها ولد ، ففى [يمين] ^(٤) السيّد قولان :

أحدهما : أنّه يحلف ليدفع شهادة الشاهد عن نفسه .

والثانى : أنّه لا يحلف .

والقولان : قائمان من المدونة ، على اختلاف الروايات فى « كتاب أمهات الأولاد » وفى « كتاب الشهادات » .

فإن ادعى على السيّد الاستبراء بعد قيام البيّنة عليه ، هل يُقبل قوله أو

(١) فى هـ : تمام .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من ب .

(٤) سقط من ب .

لا يُقبل ؟ قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه يُصدَّق ، وهو نصُّ قوله في كتاب أمهات الأولاد .
والثاني : أنه لا يُصدَّق ، وهو قائم من « المدونة » من غير ما موضع
إلا بعد [أمد] ^(١) الحمل ، إما بعد خمس سنين أو أربع :
على الخلاف في ذلك ، وهو قول المغيرة في خمس سنين في أحد
قوليّه .

وعلى القول بأنه يُصدَّق ، هل ذلك يمين أو بغير يمين ؟

قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه يُصدَّق بغير يمين ، وهو قول ابن المَوَاز ومحمد بن
مسلمة ، وهو ظاهر « المدونة » في « كتاب العدة » ، حيثُ قال : « ولا لعان
في ملك اليمين » ، معناة : لا يمين عليه .

والثاني : أنه لا يُصدَّق إلا بيمين ، وهو قول عبد الملك في كتاب
محمد ، وهو ظاهر « المدونة » أيضاً .

وعلى القول بأنه يُصدَّق في ذلك بيمين ، هل الاستبراء في ذلك
بحيضه أو بثلاثة ؟ قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أن الاستبراء بحيضة واحدة ، وهو نصُّ « المدونة » .

والثاني : أن الاستبراء في ذلك بثلاثة قُرُوء ، وهو قول عبد الملك في
« كتاب محمد » ، وهو ظاهر « المدونة » على القول بأنَّ الثلاثة الأقراء كلها
للاستبراء .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا صدَّقها في الوطء ، وكذبها في

الوضع ، هل تُصدَّق عليه فى الوضع أو لا تُصدَّق؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنَّها تُصدَّق عليها ، كان معها الولد أم لا ، علِمَ بالوضع جيرانها أم لا ، وهو نصُّ قوله فى « كتاب القذف » :

والثانى : أنَّها تُصدَّق عليه إن صدَّقها الجيران ، كان معها الولد أم لا ، وهو ظاهر قوله فى « كتاب أمهات الأولاد » ، و« كتاب الشهادات » ، وهو نصُّ قوله فى « كتاب محمد » .

والثالث : (ق / ٢٢٨ أ) التفصيل بين أن يكون معها ولد ، فتُصدَّق أولاً يكون معها ، فلا تُصدَّق إلا بشهادة امرأتين على الولادة ، وهو ظاهر الكتاب ، وهو نصُّ قوله فى [المدونة] ^(١) وغيرها ، لأنَّ السيّد أقرَّ لها بالإيداع .

فإذا جاءت بولد قبل قولها أنَّه ودیعة .

فإذا لم يكن معها ولد ، فهى مُدَّعية ، فلا يُقبل قولها إلا بدليل يقوم لها .

فإن ادعت على السيد العلم بالوطء ، فهل يحلف أم لا؟

قولان عن ابن القاسم فى غير « المدونة » [وقائمان من المدونة] ^(٢) .

وسبب الخلاف : هل إقراره بالوطء شهادة [^(٣) قائمة له على دعواها أم

لا؟

والحمد لله وحده .

(١) فى هـ : كتاب الموازية .

(٢) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

(٣) فى هـ : شبهة .

المسألة الثانية

فى الأب إذا وطئ أمة ابنه ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه :
أحدها : أن يطأ أمة ابنه .

والثانى : أن يطأ سريره التى [لم] ^(١) تلد معه بعد .

والثالث : أن يطأ أم ولد ابنه .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا وطئ الأب أمة ابنه ، فلا يخلو من

وجهين :

إما أن تحمل .

أو لا تحمل .

فإن حملت من وطئه ، فلا يخلو الولد من أن يكون حرّاً أو عبداً :

فإن كان حرّاً ، فلا يخلو الولد من أن يكون صغيراً أو كبيراً :

فإن كان صغيراً : فإنّها تقوم على الأب فى العسر واليسر اتفاقاً ،

وتكون أم [له] ^(٢) ولد :

فإن كان الابن كبيراً ، فإنّها تقوم عليه أيضاً ، وهل ذلك باختيار من

الابن أو مجبوراً على التقويم؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن الولد مجبور على التقويم ، وهو نصّ الدونة .

والثانى : أنّه مُخَيَّر بين التماسك والتقويم ، وهذا القول قائم من

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

«المدونة» : من وطئ أحد الشريكين أمة بينهما .

وينبنى الخلاف على الخلاف فى أم الولد ، هل يجوز إنكاحها أم لا ؟
ومن جوز إنكاحها ، قال [ق/ ٩٠ هـ] : إنَّ الولد [غير] ^(١) مجبور
[ق/ ٢٠١ جـ] على التقويم لما فيه من منافع النكاح .

وإن منع هو من الاستمتاع ، فشيها بأُم الولد إذا حدث على السيد ما
يمنعه من وطئها ، هل يعتق أم لا ؟

قولان ، وعلى ذلك يبنى الخلاف فى هذه المسألة .

ومن منع من نكاحها جعله مجبوراً على التقويم .

فإن كانت حائلاً ، فهل تقوم على الأب إن كان الولد صغيراً أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّها تقوم عليه وتصير له أم ولد ، ويُؤخذ منه القيمة مع
الميسر وتباع عليه مع اليسر وتباع عليه مع العسر ، وهو قوله فى «الكتاب» .
والثانى : أنَّها لا تقوم عليه سواء كان موسراً أو معسراً [ق/ ١٢٧ ع] ،
لأنَّ ذلك ذريعة إلى أن يستأثر الأب من مال ولده بما [أراد] ^(٢) لنفسه ، وقد
قال [مالك] ^(٣) فى غير ما موضع من الكتاب : « لا ينبغي للأب أن يشتري
لنفسه من مال ابنه الصغير شيئاً ، وهو قول عبد الحكم .

فإن كان الولد كبيراً ، فهل يجبر الولد على التقويم أم لا ؟ قولان :

أحدهما : أنه يجبر عليها ، وهو قوله فى «المدونة» .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : أمره .

(٣) فى أ : به غير مالك .

والثانى : أَنَّهُ يُخَيَّرُ وَلَا يُجْبَرُ ، وهو قوله فى كتاب « ابن المَوَازِ » ، بشرط أن يكون الولد مأموناً .

وسبب الخلاف : الحماية تحمى أو لا تحمى ؟

فعلى القول بأنَّ الولد مجبورٌ على التقويم ، والأب مُوسر ، فإنها تكون له أُم ولد ، ويحلُّ له وطؤها ، فقال سحنون : بعد الاستبراء من ذلك الملك ، وما قاله صحيح .

وقد قال فى الوطء الفاسد : « أَنَّهُ لَا يَطَأُ إِلَّا بعد الاستبراء [من] ^(١) » صحة الملك ، فكيف بهذا ؟ .

فإن وطئها الابن بعدما وجبت القيمة على الأب : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّ ذلك منه رضا بإسقاط الفداء عن الأب وتباع عليه ، ويأخذ ثمنها قلَّ أو كثر ، وهو قول عبد الملك .

والثانى : أَنَّها تقوم على الأب يوم وطئ ، وعلى الابن يوم وطئ ، فإن تساوت القيمتان تقاصاً ، وإن تفاضلت القيمتان رجع من له الدرك على الآخر ، وهو قول أصبغ ، وهو الأصح .

وسبب الخلاف : تقويمها على الأب ، هل هو حقٌّ لله تعالى أو حق للابن ؟

فإن أتت بولد ، فالحكم يأتى فيه فى الوجه الثانى إن شاء الله تعالى .

فإن كان ذلك الولد عبداً [فإن] ^(٢) كان الأبَّ موسراً : فإنه يغرم قيمة

(١) فى أ : مع .

(٢) فى أ : أو .

الأمة ، وتكون له أم ولد .

وإن كان مُعسرًا : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الأمة تبقى رقيقًا للولد ، ويتبع الأب بقيمة الولد بعد الوضع ، وهو قول عبد الملك فى « الموازية » .

والثانى : أن الأب يتبع بقيمة الأمة فى اليسر ، وتُباع عليه فى العسر إن لم تحمل ، فإن حملت [يتبع] ^(١) بقيمتها دينًا فى الذمة ، وهو قول سحنون فى كتاب ابنه .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا وطئ سرية ابنه التى لم تلد بعد ، فلا تخلو من أن تكون حائلاً أو حاملاً :

فإن كانت حاملاً ، فلا يخلوا وطئ الأب من أن يكون بعد الاستبراء أو ما يقوم مقامه من اعتزال الابن عنها مُدَّة يحصل فى مثلها الاستبراء أو وطئ قبل الاستبراء .

فإن وطئ الأب بعد الاستبراء ، فأتت بولد لسته أشهر فأكثر ، فالولدُ لاحق بالأب وتعتق الأم ، ويكون ولاؤهما للأب ، ويغرم قيمتها للابن ويتبع بها فى العسر .

فإن وطئ الأب قبل الاستبراء ، فأتت بولد :

فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطئ الأب [فبالابن] ^(٢) يلحق ، وقيمة الأم على الأب .

وإن أتت به لسته أشهر ، فأكثر ، هل يلحق بالابن أو يدعى له القافة؟

(١) فى هـ : أتبع .

(٢) فى أ : فالابن .

قولان فى المذهب قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه يلحق بالابن ، لأن فراشه صحيح ، وفراش الأب فاسد ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المدونة » ، حيث ساوى بين هذه المسألة ، والسيد إذا وطئ أمته ، وهى زوجة لغيره ، فقال : يلحق بالزوج ، لأن فراشة صحيح ، وهو قول سحنون فى « العتبية » .

والثانى : أن الولد يدعى له القافة ، فمن [ألحقوه] ^(١) به كان نسبه منه ، وهو ظاهر قوله فى المدونة فى « باب القافة » أيضاً ، حيث قال : « إنما القافة [فى الأمة] ^(٢) فى الملك لا فى النكاح » ، وهذا وطئ بملك ، لأن للابن وطأ صحيحاً ، وللأب وطئ بشبهة الملك ، فقد تساوى فى إثبات النسب ، وهو صحيح .

وسبب الخلاف : هل الشبهة تُفيد ما يُفيد الملك التام أم لا ؟

وأما إن كانت حائلاً ، فالقيمة لازمة للأب فى العسر واليسر ، فهل تباع على الأب على كل حال ، لأن وطئها لا يحل لواحد منهما ، وهو نص المدونة ، أو يجوز للابن أن يمسكها للخدمة إن كان مأموناً . لا يخشى منه الوقوع عليها أو العودة إليها بما اعتاد منها ، وهو القول الذى قدمناه فى الوجه الأول .

وسبب الخلاف : ما تقدم .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا وطئ أم [ولد ابنه] ^(٣) ، وهل يُعجل عتقها أو تبقى عند الابن [ويُعزل] ^(٤) عنها ؟ قولان قائمان من « المدونة »

(١) فى أ : ألحقه .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ولده .

(٤) فى هـ : ويعتزل .

أحدهما : أَنَّهُ يَعَجَلُ عَتَقَهَا ، وَالْوَلَاءُ لِلابْنِ ، وَهُوَ نَصٌّ « المَدُونَةُ » .

وَالثَّانِي : أَنَّهَا تَوَقَّفُ إِلَى مَوْتِ الْابْنِ ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَدُونَةِ أَيْضًا ، وَعِنْدَ إِيرَادِ سَبَبِ هَذَا الْخِلَافِ يَتَبَيَّنُ لَكَ هَذَا الظَّاهِرُ .

وَعَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ يَتَعَجَّلُ عَتَقَهَا ، هَلْ يَغْرَمُ الْأَبُ الْقِيَمَةَ لِلابْنِ أَمْ لَا ؟
عَلَى قَوْلَيْنِ قَائِمَيْنِ مِنَ « الْمَدُونَةِ » :

أحدهما : أَنَّهُ يَغْرَمُهَا ، وَهُوَ نَصٌّ قَوْلُهُ فِي كِتَابِ أُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ .

وَالثَّانِي : أَنَّ الْأَبَ لَا يَغْرَمُ الْقِيَمَةَ ، وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِهِ فِي كِتَابِ الْقَطْعِ فِي السَّرْقَةِ فِي الْبَيْتَةِ إِذَا شَهِدَتْ عَلَى رَجُلٍ بِطُلَاقِ امْرَأَتِهِ ، فَحَكَمَ الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمَا ، وَطَلَّقَ عَلَيْهِ زَوْجَتَهُ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنْ شَهَادَتِهِمَا ، قَالَ : إِنْ كَانَ الزَّوْجُ قَدْ دَخَلَ بِهِمَا فَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِمَا بِشَيْءٍ ، يَرِيدُ ، لِأَنَّ الصَّدَاقَ قَدْ اسْتَوْجِبَتْهُ بِالْدُخُولِ ، وَلَمْ يَفُوتَا عَلَيْهِ بِشَهَادَتِهِمَا شَيْئًا ، وَهُوَ قَوْلُ عَبْدِ الْمَلِكِ فِي النُّصْرَانِي إِذَا وَطِئَ أُمٌّ وَلَدَ ابْنِهِ ، ثُمَّ أَسْلَمَا ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ أَنَّهُ لَمْ يَفُوتْ لَهُ فِي الْوَجْهَيْنِ غَيْرُ الْاسْتِمْتَاعِ لَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ وَلَا فِي الزَّوْجَةِ .

وَسَبَبُ الْخِلَافِ : هَلْ لِلسَّيِّدِ فِي أُمِّ وَلَدِهِ مَنَفَعَةٌ مَقْصُودَةٌ غَيْرُ الْاسْتِمْتَاعِ أَمْ لَا ؟

فَمَنْ رَأَى أَنَّهُ لَا مَنَفَعَةٌ لَهُ فِيهَا غَيْرُ الْاسْتِمْتَاعِ ، فَإِذَا طَرَأَ مَا يَمْنَعُهُ مِنْهُ مَعَ حَيَاةِ السَّيِّدِ تَعَجَّلَ عَتَقَهَا ، قَالَ : لَا يَغْرَمُ الْأَبُ شَيْئًا ، لِأَنَّهُ لَمْ يَجُنْ جَنَائَةً ، [الْأَبُ] (١) ، فَسَاوَى بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ .

وَمَنْ رَأَى أَنَّ لِلسَّيِّدِ فِي أُمِّ وَلَدِهِ مَأْرَبَ سِوَى الْاسْتِمْتَاعِ بِالْوَقَاعِ ، مِثْلَ أَرْوَشِ الْجَنَائِيَّاتِ عَلَيْهَا أَوْ قِيَمَتِهَا إِنْ قَتَلَتْ أَوْ انْتَرَعَ مَا يَطْرَأُ لَهَا مِنَ الْمَالِ ،

قال : إِنَّ الأب يغرم القيمة ، ويُفرق بين المسألتين ، وهذا من باب اعتبار الطوارئ البعيدة ، وهى من الطوارئ النادرة الوقوع ، وقليل من السادات مَنْ يكون ذلك مقصوده من أمهات الأولاد ، وهذا كله إذا كان الأب الواطئ حرّاً .

وأما إن كان عبداً فوطئ أمة ابنه الحرّ ، فأجبلها ، هل تقوم عليه أم لا؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أَنَّهُ لَا يُتَّبَعُ الأب بشيء ، لأن ذلك ليس بغصب ، ولا خراج ولا حد عليه ، ولو قال الابن : « أنا أسلمها إليه ، وأتبعه بالقيمة » لم يكن ذلك له .

فإن وضعت حملها : كان حرّاً على أخيه .

ولو أسلمها إليه الابن : لم تكن [له] ^(١) أم ولد بذلك الولد ، لأنَّهُ خلق فى بطنها على الحرّية ، وهو قول عبد الملك فى كتاب « ابن سحنون » ، وبه قال [ابن المواز] ^(٢) .

والثانى : أَنَّ وطأها كالجناية ، وقيمة الجارية فى رقبة العبد الذى هو الأب ، ويخير سيد العبد بين أن يفديه بقيمة الجارية أو يسلمه ، وهو قول ابن القاسم فى كتاب « ابن المواز » وكتاب « ابن سحنون » .

فإن فداه ، هل تتبعه الجارية أو تكون لسيده ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أَنَّهُا تكون لسيد العبد ، وهو قوله فى كتاب « ابن المواز » .

والثانى : أَنَّ الجارية للعبد ، والعبد للسيد ، وهو قوله فى كتاب « ابن

سحنون » .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن أسلمه سيده في تلك الجناية ، كان حراً على ابنه الذي يُسلم له ،
وتتبعه الجارية ، وهل تكون له أم ولد بذلك الولد أم لا ؟

على قولين :

أحدهما : أنها تكون أم ولد بذلك الولد ، وهو قوله في كتاب « ابن
سحنون » .

والثاني : أنها لا تكون أم ولد إلا بولد ثان ، لأن ذلك الولد لسيده
الذي أسلمه ، لأن رقيق له ، إلا أن يقال : إن علم السيد بأنه يتبعه ماله
إذا أسلمه ، كان تسليمًا للولد إذا ولد ، وإسقاطاً لحقه فيه ، وإن ماتت
الجارية قبل أن يُخير السيد فمصيبتها من العبد ، وتكون القيمة في رقبته ،
وهو قول ابن القاسم في كتاب « محمد » وكتاب « ابن سحنون » .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يكون الأب عبداً مأذوناً له في التجارة
أو غير مأذون :

فإن كان مأذوناً له في التجارة : قومت عليه قيمة عدل ، ثم يؤخذ
ذلك من ماله إن كان له مال ، وهو قول المغيرة في « كتاب ابن سحنون » .
وإن لم يكن له مال ، هل يُتبع في الذمة أو تُباع عليه ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يتبع بالمال في ذمته ، وتكون الأمة والولد لسيده ، لأنه
ليس من مال العبد ، وهو قول المغيرة [ق/١٢٨ع] في « الكتاب
المذكور » .

والثاني : أنه إذا لم يكن له مالٌ تباع عليه ويعتق الولد على أخيه [وهذا
القول حكاه سحنون عن المذهب في كتاب ابنه .

[فإن كان غير مأذون له فى التجارة للابن ، والولد لاحق بأب العبد ، ويعتق على أخيه] ^(١) ، وهو قول المغيرة .

والابن إذا وطئ أمة أبيه (ق / ٢٢٩ أ) فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكون وطؤه إياها بتعد .

والثانى : أن يكون بنكاح .

فإن وطئها بتعد ، فالحد واجب عليه اتفاقاً ، فهل تقوم عليه بالحكم أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها تقوم عليه بالحكم ، شاء الأب أو أبى ، ويغرم القيمة إن كان مؤسراً وتكون له ملكاً ، وتباع عليه إنك كان معسراً ، من غير اعتبار ، بأن تكون حاملاً أو حائلاً .

والثانى : أن الخيار للأب إن كان معدماً إن شاء قوم وإن شاء مسك ، ويترك التقويم ، ويتبع الابن بما نقصها [الوطء] ^(٢) أو الحمل إن كانت حاملاً .

والقولان قد قدمناهما فى جارية الابن .

فإن وطئها بنكاح ، فذلك مباح له ، لأنه يجوز للابن أن يوطأ أمة أبيه بنكاح اتفاقاً .

وفى جواز نكاح الأب أمة ابنه بالنكاح قولان :

أحدهما : أنه لا يجوز للأب أن يتزوج أمة ابنه ، فإن فعل : فإن نكاحه مفسوخ ، وعلى الأب قيمتها يوم وطئ ، حملت أو لم تحمل ،

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

وتكون له أم ولد إن حملت ، وهو مشهور مذهب مالك رحمته الله .

والثانى : «إنه لا يجوز له تزويجها ابتداءً ، فإن نزل : فإنه يمضى ولا يرد ، وهو قول محمد بن عبد الحكم فى كتاب ابن المواز .

فإذا ثبت أنه يجوز للابن وطء أمة أبيه بنكاح .

فإن اشتراها من الأب بعد النكاح ، فلا يخلو من أن تكون حاملاً أم لا :

فإن كانت حائلاً ، فالبيع جائز اتفاقاً .

وإن كانت حاملاً ، فهل يجوز البيع أم لا ؟ قولان [قائمان]^(١) من «المدونة» :

أحدهما : أن البيع جائز ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المدونة » ، وإن كان بعض المتأخرين تأوّل قوله على الوفاق ، فقال معناه بعد الوقوع .

والثانى : أن البيع لا يجوز ، وهو قول الغير .

وسبب الخلاف : المستثنى ، هل هو مبقى أو مشترى فابن القاسم يرى أنه مبقى ، فجوز البيع .

وغيره يرى أنه مشترى ، فمنع البيع لما فى ذلك من الغرر .

وللخلاف [ق/٢٠٢ جـ] فيه مطلع آخر ، وهو الجنين [هل]^(٢) تلحقه الحرية فى بطن أمه أو لا تلحقه إلا بعد الوضع والاستهلال صارخاً :

فمن رأى أن الحرية لا تلحقه إلا بعد الوضع ، قال : بجواز البيع ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المدونة » : فى الابن يشتري امرأة أبيه ،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وهى حامل ثم يلحقه الدين ، قال : « تباع فى الدين الذى على الابن » ،
وقال فى التعليل : « إنَّه لا يعتق عليه إلا بعد الوضع » .

ومن رأى أن الحرية تلحقه فى بطن أمه ، قال : لا يجوز البيع ، لأنَّ
ذلك من باب استثناء الأجنَّة ، وهو قوله فى أمهات الأولاد أنها لا تباع فى
الدين حتى تضع ، لأنَّه عتق سنة ، خلاف قول ابن القاسم ، ومشهور
المذهب [ق / ٩١ هـ] أن الحرية تلحقه قبل الوضع .

وعلى هذا ينبى الخلاف فى الأمة ، هل تكون أم ولد بنفس الحمل [أو
بالوضع] ^(١) ؟ قولان قائمان من المدونة .

فعلى القول : بأن الحرية تلحقه قبل الوضع :

فمن ضربها فألقت جنينا ميتاً ، ففيه [غرة عبد أو وليدة] ^(٢) .

وعلى القول بأنَّه لا تلحقه الحرية إلا بعد الوضع ، فينبغى أن تكون به
أم ولد ، كما قال إذا اشترى زوجة أبيه ، وهى حامل أنَّها تباع فى دين لحق
الابن الذى اشتراها ، وكل منهما عتق سنة .

هذا أعتق الأخ ، وهذا أعتق ابن الابن .

أمَّا أن يحكم بعتهما جميعاً قبل الوضع أولاً يحكم بعتهما إلا بعد
الوضع ، وهو ظاهر فى المعنى جداً لمن أمعن نظره واستعمل فكره ،
وغاص بذهنه فى بحار المعانى ، حتى يستخرج منها نفائس الجواهر
واللآلى .

أمَّا من ركن إلى الدعة والراحة ولازم الرقاد طول الأيام والليالى ، فهو

(١) فى ع ، هـ : أو حتى تضع .

(٢) فى أ : الغرة .

معزول عمّاً نصف ، ولاحظ له فيما نتحف ، والفضل بيد الله يُؤتيه من
يشاء .

والحمد لله وحده .

المسألة الثالثة

فى أم ولد الذمى تُسلم :

وقد اختلف المذهب عندنا فى أم ولد الذمى تُسلم ، هل توقف أو تعتق؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها تعتق الآن .

والثانى : أنها توقف حتى يسلم أو يموت ، والقولان لمالك [فى المدونة]^(١) .

والثالث : أنها تباع ، وهو قوله فى المختصر الكبير .

ووجه القول بتعجيل عتقها أن السيد ممنوع من الاستمتاع بها ، لكونها مُسلمة فى إيقافها ضرر بربها ، لأنه بين إحدى حالتين :

إما أن تكلفه النفقة عليها ، فذلك ضرر عليه ، لأنه ينفق على أم ولد لا يستمتع بها .

وإما أن يدعها بلا نفقة ، فذلك ضرر عليها ، فكأن عتقها أصوب وزناً بينهما بالقسطاس المستقيم .

ووجه القول بالإيقاف : رجاء أن يُسلم السيد ، فتعود إلى فراشه ، وتعجيل عتقها قطع لما يؤمله ويرجوه .

ووجه القول بأنها تباع عليه : قطعاً [لمدة]^(٢) الضرر [من كلا الضررين]^(٣) ، حتى لا يستقر السيد بالإنفاق دون الاستمتاع ، ولا تستضر

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : لمادة .

(٣) فى أ : من كل الطريقين .

هى بالإيقاف دون النفقة ، لأنَّ الإيلاد فى حالِ الكُفر لم يُوجب لها حُرْم أمُّ الولد ، فالإسلام لا يُوجب لها حقًّا لم يكن .

وعلى القول بأنها تعتق ، هل يفتقر [عتقها] ^(١) إلى حكم حاكم أم لا؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يفتقر إلى حكم حاكم ، وهو قول ابن القاسم ، لأنه أمر مختلف فيه .

والثانى : أنه لا يفتقر إلى حكم حاكم ، وأنها تُوقَّف حتى تحيض حيضة واحدة ، فإن أسلم : كان أحقَّ بها .

وإن انقضت الحيضة قبل أن يُسلم : أعتقت بغير حكم ، [حاكم] ^(٢) ، وهو قول محمد بن عبد الحكم فى كتاب ابن حبيب ، وجعل حكمها حكم الزوجة ، تسلم قبل البناء .
والحمد لله وحده .

(١) فى أ : حكمها .

(٢) سقط من أ .

المسألة الرابعة

فى إقرار السيد بالإيلاء ، واستلحاق الولد :
فإذا أقر الرجل بوطء أمته ، وأنها ولدت منه ، فلا يخلو من أن تكون
فى ملكه أو فى ملك غيره :

فإن كانت فى ملكه ، فلا يخلو إقراره من أن يكون فى الصحة أو فى
المرض [فإن كان فى المرض ^(١)] ، فلا يخلو من أن يكون معها الولد أو لم
يكن :

فإن كان معها الولد ، فلا يخلو من أن يكون موروثاً بولد أو بكلالة :
فإن كان موروثاً بولد ، فالمذهب على أنه مصدق .
فإن كان موروثاً بكلالة ، وكان له إلى الولد انقطاع ، فهل تلحقه
التهمة فى ذلك أم لا ؟ فالمذهب على قولين منصوصين فى « المدونة » :
أحدهما : أنه يتهم أن يُقر بميراثه عن الكلالة إليه ، وهو قول ابن
القاسم .

والثانى : أن التهمة لا تلحقه ، وأن الولد به لاحق ، وهو قول
أشهب ، وقال : « إلحاق الولد قاطع لكل تهمة » .

فإن لم يكن معها ولد ، فلا يخلو من أن يكون مورثاً بولد أو بكلالة :
فإن كان موروثاً بكلالة : فلا خلاف فى المذهب أنه لا يصدق .
وإن كان موروثاً بولد : فهل يصدق أو يتهم ؟ قولان فى « المدونة » عن

مالك :

أحدهما : أنه يُصدق ، وبه أخذ ابن القاسم .

والثاني : أنه لا يصدق ، وبه قال أكثر الرواة ، لأنه يُتهم أن [يفر]^(١) بذلك عن الورثة ، وقالوا : لا يكون في الثلث ولا في رأس المال ، كقوله : « أعتقت عبدى في صحّتي » ، فلا يعتق ، لا في [الثلث]^(٢) ولا في رأس [المال]^(٣) .

وابن القاسم : فرّق بين العتق والإيلاد ، لأنّ الإيلاد مبني على [ق/١٢٩ع] الإخفاء والإسرار ، والعتق مبني على الإعلان و[الإشهار إذ العرف فيه]^(٤) الإشهاد .

فإذا ادّعى عتقه ، ولم تكن له بينة فقد ادّعى خلاف العرف .

ثم لا يقبل قول مَنْ ادّعاهُ منهما من عبد أو سيد إذا كان هناك أمرٌ يوجب الدّعى .

فإن كان إقراره في الصحة ، فلا يخلو من أن يكون مدياناً أو غير مديان :

فإن كان غير مديان : فيصدق ، كان معه الولد أم لا .

وإن كان مديانا : صدّق إن كان معه الولد ، ولا يُصدق إن لم يكن معه الولد .

فأمّا الوجه الثاني : إذا كان في غير ملكه ، مثل : أن يبيعها ، ومعها

(١) في أ : يقر .

(٢) في أ : ثلث .

(٣) في أ : مال .

(٤) سقط من أ .

ولد ثمَّ استلحقه ، أو باعها وحدها وهى حامل أو حائل ، فولدت عند المشتري ثم استلحقه البائع ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يستلحق ولدًا ولد عنده [من أمته] ^(١) .

والثانى : أن يستلحق ولدًا لم يُولد عنده ، ولا علم أنه ملك أمة بشراء ولا نكاح .

والثالث : أن يستلحق ولدًا فى ملك غيره .

فالجواب عن الوجه الأول من الوجه الثانى : إذا استلحق ولدًا عنده من أمته أو ولدته بعد أن باعها بمثل ما يلحق به الأنساب ، فلا يخلو من هما فى يديه من أن يحدث فيهما أو فى أحدهما عتقا أو تدبيراً أو لم يحدث فيهما شيئاً :

فإن لم يحدث فيهما شيئاً ، فلا يخلو من أن يكون موسراً أو معسراً :
فإن كان موسراً ، ولم يتهم فى الأم بالصباة لذواتها : فلا خلاف أنه يصدق ويلحق به الولد ، وتكون أم ولد .

وإن كان موسراً ، واتَّهم فى الأم بالصباة أو معسراً ولم يتهم بالصباة ، فهل يُفسخ البيع وتُرد إليه أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يلحق به ، وهو قول ابن القاسم فى الكتاب .

والثانى : أنه يلحق به ، وهو لابن القاسم أيضاً ، وبه قال أشهب فى المدونة أيضاً ، ويتبع بالثمن والولد لاحق [به بكل حال] ^(٢) ، ويتبع بحصته من الثمن فى العسر .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وإن أحدث المشتري فيهما أو في أحدهما عتقاً أو تدبيراً ، هل يكون ذلك فواتاً في الأم أم لا ؟ قولان لابن القاسم في « المدونة » ، ولا خلاف أنه يكون فوتاً في الولد ، وأنه يلحق به ، وإنما الخلاف في الولاء ، هل يسقط للمعتق أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يسقط والولاء ثابت له ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أن الولاء يسقط ولا يثبت ، وهو قول سحنون في غير « المدونة » .

وعلى القول بأنه يكون فوتاً ، تُرد إليه في اليسر والعسير ، قولان في الكتاب :

أحدهما : أنه تُرد إليه في اليسر ، ولا تُرد إليه في العسر ، وهو قول ابن القاسم وأشهب .

والثاني : أنها تُرد إليه في الحالتين ، وهو قول أشهب وابن عبد الحكم ، وهذا كله ما لم يثبت إقراره في المسيس بيّنة قبل البيع .

وأما إن ثبت ، فلا خلاف أنها [ترد] ^(١) في اليسر والعسر ، ويبيع بالثمن ، والولد يلحق به بكل حال ، ويرد مقدار منابته من الثمن ، إن كان له حصة من الثمن ، ويتبع بها في العسر .

واختلف في قدر حصته من الثمن ، متى تُعتبر باختلاف حالاته :

فإن كان معها يوم الصفقة ، فبقدر ما يصح له من الثمن .

فإن كانت به حاملاً يوم الصفقة ، ثم [وضعته]^(١) : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يُرد قيمته يوم الولادة [وبه قال ابن القاسم . وليس]^(٢) ، كذلك المستحقة .

والثاني : أنه يُرد قيمته يوم أقر أن لو كان على تلك [الحالة]^(٣) يوم الوضع ، وهى رواية يحيى ابن عمر عن بن القاسم ، وهذه كله إذا كان معها ولد .

وأما إذا لم يكن معها ولد ، وقد اعترف بعد بيعها بأنّها ولدت منه ، فإن أعتقها البائع فلا ترد ، وهو قوله فى كتاب «أمهات الأولاد» (ق ٢٣٠ أ) فإن لم يعتقها ، فهل ترد على المشتري أم لا ؟ [فالمذهب]^(٤) على قولين منصوصين فى كتاب الأبق من « المدونة » و « الواضحة » و « العُتبية » .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا استلحق ولدًا لم يُولد عنده ، ولا علم أنه وطئ أمة بملك ولا بنكاح ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه :
إما أن يتبين صدقه ، فيصدق اتفاقاً .

وإما أن يتبين كذبه ، فيكذب اتفاقاً ، مثل : أن يستلحق ولدًا جرى به من بلاد ، يعلم أنه لم يدخلها قط .

وأما إن أشكل أمره ، فلم يتبين صدقه ولا كذبه ، فالمذهب على قولين

(١) فى أ : وضعت .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ع ، هـ : الهيئة .

(٤) سقط من أ .

قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يُصدق ولا يلحق به ، وهو تأويل بعض المتأخرين على « المدونة » ، من قوله : « إذا عرف أنه لم يدخل تلك البلاد : لم يُصدق فقال : [فكذلك لا يصدق مع الإشكال أيضاً كما لو عرف . والثاني : أنه يصدق فيلحق به الولد] ^(١) حتى يتبين كذبه » ، وهو ظاهر قوله في « الكتاب » : « إذا لم يكن له نسب معروف ، فإنه يلحق به » .

والقولان : قد نبّه على استقراءهما بعض حذاق المتأخرين ، وموضع استقراءهما ظاهر ، والقولان منصوبان عن مالك في « كتاب ابن سحنون » ، قال مرة : « إذا لم يكن [له نسب] ^(٢) معروف ، ولا تبين كذب الأب : لحق به ، وإن لم يعرف أنه ملك أمة أو تزوجها » .

وقال مرة : « لا يلحق حتى يُعرف أنه [قد] ^(٣) ملك أمة أو تزوجها » ، وبه أخذ ابن القاسم .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا استلحق ولدًا في ملك غيره ، وقد أعتقه من هو في يديه أم لا ، هل يلحق به إن أكذبه الحائز لرقه أو لولائه؟ فقولان لابن القاسم :

أحدهما : أنه لا يلحق به ، وبه قال ابن القاسم في « المدونة » .
والثاني : أنه يلحق به ، وبه قال أشهب [والحمد لله وحده] ^(٤) .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : لهما سبب .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من ج ، ع ، هـ .

المسألة الخامسة

فى القافة : والقافة من مدارك معارف البشرية ، ومن غرائب نتائج المعرفة ، متميزة من فنون الكهانة ، ومترقية عن قوانين النجامة .

وحقيقتها : اقتفاء الشبهة لتخايل الخلقة ، وهو علمٌ خص الله به آحاداً أو أفراداً من العباد ، وهى سنة دائمة إلى يوم التناد ، وكان الحكم بها فى الجاهلية ، فأقرها الشرع فى سائر الأزمان من مواضع البرهان .

والدليل على ذلك : حديث ابن شهاب عروة عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : دخل رسول الله ﷺ مسروراً تبرق أسارير جبهته ، قال « ألم تسمعى ما قال محزر [ق / ٢٠٣ ج] المدلجى لزيد وأسامه ، ورأى أقدامهما ، فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض » .

فوجه الدليل من الحديث : أن رسول الله ﷺ قد فرح مسروراً لقولها ، حتى برقت أسارير جبهته ، ولا يفرح النبى ﷺ إلا بالحق ، فدل على أن القافة دليلٌ يعمل به ، ويجب المصير إليه ، عند تعذر الفراش الصحيح الذى هو دليل على صحة الإلحاق ، وقد قضى بها عمر رضى الله عنه بمحضر خير القرون ، وقد روى (١) مالك عن سليمان بن يسار : أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه كان يليط أولاد الجاهلية لمن ادعاهم فى الإسلام ، فأتى رجلان كلاهما يدعى ولد امرأة ، فدعا قائماً ينظر إليه ، فقال القائف : « فقد اشتركا فيه » ، فضربه عمر بالدرّة ثم دعى [ق / ٩٢ هـ] المرأة ، فقال لها : « أخبرينى خبرك » ، فقالت : « كان هذا [لأحد] (٢)

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (١٤٢٠) والبيهقى فى السنن الكبرى (٢١٠٥٠) .

(٢) فى أ : لإحدى .

الرجلين ، يأتينى [وهى] ^(١) فى إبلٍ لأهلها ، فلا يفارقها حتى يظن وتظن أنها قد استمرَّ بها حمل ، ثمَّ انصرف عنها ، [فأهرقت] ^(٢) عليه دمًا ، ثمَّ خلفَ [عليها] هذا « تعنى الآخر » ، فلا أدرى من أيهما هو ، فكبر القائف ، فقال عمر للغلام : « وإلى أيهما شئت » ، فقال [حكم] ^(٣) بذلك عمر بن الخطاب [رضى الله عنه] ^(٤) يحضر جماعة الصحابة [رضى الله عنهم] ^(٥) من غير إنكار من واحدٍ منهم ، فصار ذلك كالإجماع .

وبهذا قال من فقهاء الأمصار مالك والشافعى وأحمد بن حنبل وأبو ثور والأوزاعى .

وعلى الجملة فالتاس فى القول بالقافة على ثلاثة مذاهب :

أحدها : القول والعمل بمقتضاهُ ، وبه قال من ذكرنا ، ودليلهم : ما تقدّم .

والثانى : أنه لا يجوز العمل بالقافة ، وأنَّ الولد إذا تداعاهُ اثنان أو أكثر ، فإنه يُقضى به لمن ثبت له الفراش ، وإن لم يكن هناك [فراش] ^(٦) : كان بينهما ، وكذلك إذا اشتركا فى الفراش ، وهو مذهب الكوفيين وأكثر أهل العراق ، وحُجَّتُهم : ما خرَّجه مالك وغيره من أئمة الحديث من طريق عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : « الولد للفراش ، وللعاهر

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فهرقت .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

(٥) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

(٦) سقط من أ .

الحجر» ، فإذا عُدَّ الفراش أو اشتركا في الفراش : كان الولد بينهما ، وكأنَّهم رأوه في ذلك بقوة شرعية لا طبيعية ، وقالوا : « فَإِنَّهُ يَلْزَمُ مَنْ قَالَ : أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ [أَنْ يَكُونَ] ^(١) ابْنًا وَاحِدًا مِنْ أَبَوَيْنِ بِالْعَقْلِ ، إِذْ لَا يَجُوزُ [وَقَوْعَ] ^(٢) ذَلِكَ [ق/ ١٣٠ع] فِي الشَّرْعِ ، لِاسْتِحَالَةِ وَرُودِ الشَّرْعِ بِخِلَافِ مَا فِي الْعَقْلِ » ، وَرَوَى مِثْلَ قَوْلِهِمْ عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

والثالث : أَنَّهُمْ يَقْتَرِعُونَ فِيهِ ، فَمَنْ وَقَعَتْ [عَلَيْهِ] ^(٣) قُرْعَتُهُ : فَإِنَّهُ يَكُونُ ابْنًا لَهُ ، وَيَغْرَمُ لِلْبَاقِينَ قَدْرَ مَا لَهُمْ فِيهِ عَلَى حِسَابِ الدِّيَّةِ فِي مَذْهَبِ أَهْلِ الظَّاهِرِ وَجَمَاعَةِ مَنْ أَهْلُ الْحَدِيثِ .

وَحُجَّتُهُمْ : حَدِيثُ ذِكْرِهِ أَبُو عَمْرٍاءُ بْنُ عَبْدِ الْبَرِّ أَنَّهُ رَوَاهُ [الثَّوْرِيُّ] ^(٤) عَنْ صَالِحِ بْنِ خَيْرٍ عَنِ الشَّعْبِيِّ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ ، قَالَ : كَانَ عَلَى بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِالْيَمَنِ ، فَاتَتْهُ بِامْرَأَةٍ وَطِئَهَا ثَلَاثَ أَنَاسٍ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ ، فَسَأَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يُقَرَّ لِصَاحِبِهِ بِالْوَلَدِ ، فَأَبَى فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، وَقَضَى بِالْوَلَدِ لِلَّذِي أَصَابَتْهُ قُرْعَتُهُ ، وَجَعَلَ عَلَيْهِ ثُلْثَى الدِّيَّةِ ، فَرَفَعَ ذَلِكَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ أَعْجَبَهُ وَضَحِكَ حَتَّى بَدَتْ نَوَاجِذُهُ .

فَقَالُوا : إِنْ فِي هَذَا الْحَدِيثِ نَفْيُ الْحُكْمِ بِالْقَافَةِ ، وَإِلْحَاقُ الْوَلَدِ بِالْقُرْعَةِ .

وسبب الخلاف : إجماع السكوت ، هل يكون حجة أم لا ؟

فمن جعله حجة ، قال : بوجوب العمل للقافة ، وهو الصحيح وربُّك أعلم .

فإذا ثبت ذلك ووطئت امرأة في طهر واحد ، فتأتى بولد لسته أشهر

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في هـ : الترمذی .

من يوم وطئها ، فلا يخلو الواطئان من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكونا حيَّين .

والثاني : أن يكونا ميِّتين .

والثالث : أن يكون أحدهما حيًّا والآخر ميِّتًا .

فأما الوجه الأول : إذا كانا حيَّين ، فلا يخلو وطؤهما من خمسة أوجه :

إما بنكاحٍ منهما جميعًا .

أو بملكٍ منهما .

أو أحدهما بنكاحٍ والآخر بملك .

أو أحدهما بنكاحٍ والآخر بزنا .

أو أحدهما بملكٍ والآخر بزنا .

فالجواب عن الوجه الأول من الوجه الأول : إذا كان وطؤهما جميعًا

بنكاحٍ ، فإنه يُنظر :

فإن أتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم وطئ الثاني ، فهو للأول إذا

أتت به لستة أشهر من يوم وطئه .

وإن أتت به لستة أشهر فأكثر من يوم وطئ الثاني ، فالولدُ به لاحق ،

وإن كان وطؤه إياها بعد حيضة .

فإن وطئها قبل الحيضة ، هل يلحق بالأول لصحة فراشه أو يُدعى له

القافة ؟ فعن مالك في ذلك قولان :

والمشهور [عنه] ^(١) [نفى] ^(٢) القافة في الحرائر ، وهو نصُّ قوله في

(١) سقط أ .

(٢) في هـ : بغير .

« المدونة » ، حيث قال : « وإنَّما القافة فى الأمة يطؤها السيدان فى طهر واحد » .

وسبب الخلاف : الحكم بالقافة ، هل هو مقصور على ملك اليمين أو يتعدى به إلى النكاح ؟

فمرة [قال] ^(١) : أنه يتعدى به لثبوت العمل بالقافة ، وقبول قول القائف فى لحوق النسب بأحد الواطئين ، وثبوت نسبة منه بذلك : هذا أمرٌ يستوى فيه الملك والنكاح .

ومرة رأى أن الحكم بالقافة [يقضى] ^(٢) به فى الملك ، ولا يتعدى إلى النكاح ، لأنَّ الأمة يُمكن أن تكون فراشاً لسيدٍ لصحة الاشتراك فى الأمة ، والزوجة لا يصح أن تكون فراشاً لزوجين ، لاستحالة وجود المقتضى فى ذلك ، فكون الزوج الثانى ترك البحث حتى أوقع النكاح فى زوجة الغير ، أو [فى] ^(٣) العدة ليس ممَّا يقدر فى فراش الأول .

ووجه آخر أن الولد فى النكاح لا يُنفى إلا بِلعان ، والنفى بالقافة ضرب من الاجتهاد ، فلا ينقل الولد من فراش صحيح بالاجتهاد بخلاف [ولد] ^(٤) الأمة فى ملك اليمين لأنه ينفى لمجرد الدعوى إذا ادعى الاستبراء فلاجل هذا شرع فيه الحكم بالقافة .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا كان وطؤها بملك اليمين فى طهر واحد .

(١) فى هـ : رأى .

(٢) فى هـ : يقتصر .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : ولادة .

فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم وطئها الثاني فلا خلاف أنه للأول وتقوم عليه وتكون له أم ولد على تفصيل [سيأتي] ^(١) في ذلك بيانه في وطء أحد الشريكين أمة بينهما .

فإن وضعته [لأقل من ستة أشهر من وطئها الثاني] ^(٢) لستة أشهر فأكثر فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن تكون بين حرين مسلمين . أو بين حر وعبد . أو بين مسلم ونصراني .

فإن كانت [بين] ^(٣) حرين مسلمين فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يكونا فيها شريكين .

أو أحدهما بائع والآخر مشتر .

فإن كانا شريكين فلا يخلو من أن تضع ولدًا [واحدًا] ^(٤) أو توأمين

فإن وضعت واحدًا فلا يخلو من أن يكون حيًا أو ميتًا .

[فإن كان ميتًا] ^(٥) فهل تدعى له القافة أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا قافة في الأموات ، وهو قول ابن القاسم في «العتية» .

والثاني : أنه يدعى له القافة ، ولا يغير الموت شخصه ، وهو قول

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ ، هـ .

سحنون فى « العُتْبِيَّة » .

فإن وضعت واحداً ، وكان حياً : فإنه يدعى له القافة ، فهل يكتفى
[فى ذلك بقائف أولاً بد من الاثنين ، فالمذهب على قولين :
أحدهما : أنه يكتفى بقائف واحد .

والثانى : أنه لابد من اثنين ^(١) وهو المشهور عن مالك ، وبه قال
الشافعى رضى الله عنه .

وسبب الخلاف : هل طريقها طريق الشهادة ، ثمَّ لا بُدَّ فى ذلك ، من
اثنين ، أو طريقها طريق الإخبار ، فيكتفى فى ذلك بواحد بعد اتفاقهم على
أنَّهُ لا يكون إلا عدلاً .

فإذا دعى له القافة ، فلا يخلو من أربعة أوجه :

أحدها : أن يلحقه بواحد منهما .

والثانى : أن يلحق بهما جميعاً .

والثالث : أن يشكل على القائف أمره .

والرابع : أن ينفيه عنهما جميعاً .

فإن ألحقه بواحد منهما : فإنه يلحق [به] ^(٢) ويثبت نسبه منه ،
وتكون أمه أم ولد له ، ويغرم نصف قيمتها يوم الحمل لشريكه ، ولا
[يحمل] ^(٣) عليه فى الولد على الخلاف فى التقويم ، متى تعتبر فى وطء
أحد الشريكين .

فأما إن ألحقته القافة بهما جميعاً ، فقد اختلف [فيه] ^(٤) المذهب على

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : شىء .

(٤) سقط من أ .

أربعة أقوال :

أحدها : أنه يوالى [إذا] ^(١) كبر أيهما شاء ، وهو قول مالك فى « المدونة » .

والثانى : أنه يلحق بأوضحهم شبهاً ولا يترك ، وموالة من أحب ، وهو قول مطرف وعبد الملك وابن نافع فى كتاب « ابن حبيب » .

والثالث : أنه يلحق بالأول إن عُرِف ، (ق / ٢٣١ أ) وإن جُهِل يلحق بأكثرهما شبهاً ، وهو قول محمد بن مسلمة .

والرابع : أن الولد يبقى ابناً [لهما] ^(٢) جميعاً ، ولا يوالى واحداً دون الآخر ، وهذا القول حكاه [سحنون] ^(٣) فى « العُتبية » .

وسبب الخلاف : [هل] ^(٤) قول القافة يُفِيد العلم واليقين ، ثم لا يجوز للابن إذا كُبر موالة مَنْ شاء منهما ، لما فى ذلك من قطع نسب الآخر عنه بعد ثبوته أو إنمّا يُفِيد غلبة الظن ، فيجوز للولد أن ينتهى إلى واحد يختاره ، ويتخذ له بنوته لما فى الانتساب إلى كليهما من مخالفة المعتاد ، فى كون الولد الواحد له أبوان ، مع ما يلحق الابن من التبرى بذلك .

فإذا انتهى إلى واحد منهما ، فقد قطع مادة الطعن عن نفسه ، قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى ﴾ ، فأشار إلى اتخاذ الأبوة .

وعلى القول بأنه يوالى إذا كبر مَنْ شاء منهما .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) فى أ : ابن سحنون .

(٤) سقط من أ .

فإن مات أحد الواطئين قبل أن يبلغ الصبى ، وقف له سهمه من ميراثه ، إن والى الميت كان له الميراث ، وإن والى الحى ردَّ المال [الموقوف]^(١) إلى ورثة الميت ، وهو قول ابن القاسم فى « المدونة » ، لأنَّ الصبى لو مات وله أبوان ، وقد سبقه أحدهما بالموت ، فَوَرَّثَهُ يقومون مقامه .
والثانى : أنه يرد ما وقف من مال الميت إلى ورثته ثم يرثه الباقي ، وهو قول أصبغ .

وسبب الخلاف : هل حياة الباقي بعده كمالاته إياه أم لا ؟
فإن مات الصبى قبل بلوغه [وهما]^(٢) حيان ، فميراثه بينهما نصفان .
فإن مات الأبوان قبل أن يبلغ الصبى ، ويوالى من شاء منهما [فإنه يوقف له قدر ميراثه من كل واحد منهما . فإذا بلغ يوالى من شاء منهما]^(٣) ، ويرثه ويردُّ ما بقى للآخر ، ويكون لورثته ، وهو قول عبد الملك فى « العتبية » ، وقال أصبغ : « يرث من كل واحد نصف ميراث ولد » .
وأما إذا أشكل أمره على القائف ، فذلك كما لو قال : قد اشتراكا فيه .
وإنما دخل عليه الإشكال لتناسب الأشباه من الطرفين .
وأما إذا قالت القافة : « ليس لواحد منهما » ، ففي ذلك قولان :

أحدهما : أنه يدعى [له]^(٤) قافة أخرى ، هكذا [ق / ١٣١ ع]
أبداً ، لأنَّ القافة [إنما]^(٥) دُعيت لتلحق لا لتنفى ، وهو قول سحنون فى

(١) فى أ : الموقوف .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

« العُتْبِيَّة » .

والثانى : أنَّهما فيه شركاء ، وهذا القول حكاه الشيخ أبو إسحاق التونسى ، ولم يُسمِ قائله .

وعلى القول بأنه لا يلحق بواحدٍ منهما إلا بقافة أخرى .

فإن مات الأبوان أو أحدهما قبل أن يُدعى له قافة فميراث من مات منهم لورثته ، ولا يرث الابن منهما شيئاً ، لأنه ميراثٌ بالشك ، لاحتمال أن يكون الولد من [غيرهما بسفاح] ^(١) .

وإن مات الابن ، فلا يخلو من أن يترك أولاداً أم لا ؟

فإن لم يترك ولداً ، فميراثه لهما جميعاً ، لأنَّ الولد لم يخرج عنهما ، ولم يدعه غيرهما بشك ولا بيقين ، كمال تداعياه ، ولم يدعه غيرهما ، وهو قول عبد الملك فى « العُتْبِيَّة » .

فإن ترك ولداً أو أولاداً ، فإنَّهما يكون لهما [معهم] ^(٢) السُّدُس .

فإن ألحقه القافة بهما ، ثمَّ مات قبل أن يبلغ ، ويوالى من شاء منهما ، على القول بأنَّ ذلك سائغٌ له ، وترك [ولداً أو] ^(٣) أولاداً .

[فإن ترك ولداً فإنه يوالى من شاء من الجدين كما كان للأب أن يوالى من شاء منهما] ^(٤) .

فإن ترك أولاداً، فهل يجوز لكل واحدٍ منهما موالاة من أحبَّ [منهما] ^(٥) أم لا ؟

(١) فى أ : غير سفاح .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

أحدهما : أنه لا يجوز لهما إلا موالاة واحد من الجدين ، ولا يُوالى هذا واحداً [وهذا واحداً] ^(١) [كما لم يكن] ^(٢) لأبيهما أن يُواليهما جميعاً ، وهو قول سحنون فى « النوادر » .

والثانى : أنه يجوز موالاة كل واحد منهما من أحب من الجدين ، كما لو ولدت توأمين ، فإنه يجوز لكل واحد منهما أن يُوالى من شاء من الأبوين .

وأما إن [ق / ٩٣ هـ] ولدت توأمين ، فإنهما يُدعا لهما القافة أيضاً .
فإن ألحقهما القافة بأحد منهما أو قالت : « قد اشتركا فيهما » ، كان الحكم على ما قالت القافة .

وإن لحقت القافة كل واحد منهما بالآخر ، وقال : هذا ابن هذا ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يجوز ، ويُعاود النظر فيهما لهذه القافة أو لغيرها ، وهو قول عبد الملك .

والثانى : أن ذلك جائز ، ويكون كل واحد منهما ابناً لمن لحق به ، وهو قول سحنون .

ثم ينظر [إلى] ^(٣) الواطئ منهما أولاً :

فإن كان مُوسراً ، كانت له أم ولد ، [وعليه نصف قيمتها يوم حملت وله على الثانى قيمة الولد جميعه وإن كان معسراً كان] ^(٤) عليه نصف قيمة

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : عما كان .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

الولد للثانى ، وهل له على الثانى مثل ذلك ؟ قولان :

أحدهما : أن له على الثانى مثل ذلك .

والثانى : أنه لا شىء له عليه ، والقولان حكاهما للخمى .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى الأمة ، هل تعتق عليهما بنفس الحمل [من الثانى فإن وطأها عليهما حرام أو لا تعتق إلا بالحكم ؟ فمن رأى أنها تعتق بنفس الحمل] (١) ؟

قال : لا شىء على الثانى من قيمة الولد .

ومن رأى أنها لا تعتق إلا بالحكم ، قال : للأول عليه نصف قيمة الولد ، وهذا كله إذا كانا شريكين .

فأما إذا كانا متبايعين ، فوطئها البائع ، ثم وطئها المشتري فى طهر واحد .

[فإن أتت] (٢) بولد لأقل من ستة أشهر من وطء المشتري : فإنه يلحق بالبائع ، والأمة أم ولد له ، ويفسخ البيع .

واختلف إن ماتت قبل الوضع ، ممن ضمانها ؟ على قولين :

أحدهما : أن ضمانها من البائع ، والأصل استصحابه حتى تخرج من الاستبراء ، وهو قول ابن القاسم فى « العتبية » .

والثانى : أن الضمان منهما جميعاً ، ماتت قبل ستة أشهر أو بعدها ، وهو [قول] (٣) سحنون فى الكتاب المذكور ، لأنهما أصابا فى طهر

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فأتت .

(٣) فى هـ : مذهب .

واحد، وحصل الامتزاج بين المائتين ، وماتت قبل [أن] ^(١) يتبين من أيهما كان الحمل ، وقد وجب الفداء بنفس الوطاء ، والأصل استصحابه عليهما حتى يتبين البراءة منه لأحدٍ منهما .

ويكون على المشتري على هذا القول الأكثر من نصف قيمتها يوم الوطاء أو نصف الثمن إن وضعتُ لسته أشهر فأكثر .

فإن [مات] ^(٢) قبل نظر القافة ، هل يدعى له بعد موته أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يدعى له القافة ، إذ لا قافة في الأموات ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » .

والثاني : أنه يدعى له القافة ، إذ لا يُغير الموت شخصه ، وهو قول سحنون في « العتبية » .

فإن عاش ، فإنه يدعى له القافة :

فإن ألحقته بالبائع ، كان ابناً له ، ويُفسخ البيع .

وإن ألحقته بالمشتري ، لزم البيع وكانت الأمة أم ولدٍ له .

فإن قالت القافة « قد اشتركا فيه » : عجل عتق الأمة [الآن] ^(٣) ، إذ

لا يحلُّ وطاء واحدٍ منهما ، لأنَّ نصفها أم ولدٍ [لكل واحد] ^(٤) منهما ،

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : ماتت .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : لواحد .

ويغرم المشتري للبائع نصف الثمن ، ويتنظر بالصبي حتى يبلغ ويؤالى مَنْ شاء منهما .

فإن مات قبل البلوغ ، والموالة : ورثاهُ جميعاً على حسب ما قدّمناه .
فإن مات أحد الأبوين ، وقف له ميراثه منه .

فإن مات الصبي قبل بلوغه ، فهل يرثه ورثة الأب الميت أم لا ؟
فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّ [ورثة] ^(١) الأب الحى [يرثوه] ^(٢) دون ورثة الأب الميت ، ويرد ما وقف له من تركة الأول إلى ورثته ، وهو قول ابن القاسم فى « العُتْبِيَّة » ، وبه [قال] ^(٣) ابن عبد الحكم .

والثانى : أنَّ ميراثه بين الباقي من الأبوين وبين ورثة الأب الميت [نصفين] ^(٤) ، [ويضم ماله مع وقف له] ^(٥) ، فيقسمونه بينهم أنصافاً ، وهو قول سحنون فى « الكتاب المذكور » .

ثمَّ إن مات الباقي [من] ^(٦) الأبوين ، فوقف له ميراثه منه ، ثمَّ مات الصبي قبل أن يؤالى ، فهل يُورث عنه ما وقف له من الأبوين مع ما ترك أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

(١) سقط من أ . (٢) فى أ : يرثه .

(٣) فى ع ، هـ : أخذ . (٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : ويرد ما وقف له من تركه الأول .

(٦) فى هـ : بين .

أحدهما : أنه يورث عنه جميعاً ، ويرثه [ورثة الأبوين] ^(١) ، وهو قول سحنون .

والثاني : [أنه] ^(٢) لا يورث عنه ما وقف له من الأبوين ، بل يُرد إلى ورثة كل واحد منهما ، وميراث الصبي لمن يرث الأبوين ، نصف لكل فرق منهما ، وهى رواية أصبغ عن ابن القاسم فى « العُتْبِيَّة » .

واختلف على من تكون نفقته إلى بلوغه : على قولين :

أحدهما : أن النفقة على الواطنين جميعاً ، فإذا بلغ الصبي ووالى أحدهما لم يرجع المنفق على الملتحق به بشيء مما أنفق ، وهو قول عيسى ابن دينار فى « العُتْبِيَّة » .

والثانى : أن النفقة على المشتري ، فإذا بلغ ووالى البائع ، رجع عليه المشتري بما أنفق ، وهو قول أصبغ فى « العُتْبِيَّة » .

وأما إذا كانت بين حرٍ وعبد ، فوطأها فى طهرٍ واحد ، فإنه يدعى للولد القافة أيضاً .

فإن ألحقته بالحر كان ولده وأمه أم ولد له ، وعليه نصف قيمة الأم وحدها إن كان مؤسراً ، وإن كان معسراً : كان الخيار لسيّد العبد بين أن يتماسك بنصف الأمة لعبده ، ويتبع الحر بنصف قيمة الولد ، لأن الولد للسيّد .

فإن قُوم عليه نصف الأمة ونصف الولد ، فما ناب الولد من القيمة فليسيّد العبد ، وما ناب الأمة من القيمة فللعبد .

(١) فى أ : الأبوان .

(٢) سقط من أ .

واختلف هل يُتبع بذلك في الذمة أم يُباع عليه [النصف] ^(١) المقوم على ما يأتي بيانه في مسألة : وطء أحد الشريكين « إن شاء الله ؟
فإن ألحقته بالعبد ، كان الخيار للحر ، لأنَّ إيلاد العبد لا حرمة له في أمهات الأولاد :

فإن شاء تماسك بنصفه ، وكان له نصف الأمة ونصف ولدها رقيقًا .
وإن شاء قوّم الأمة ، ثمَّ لا يخلو العبد حين التقويم من أن يكون مؤسرًا أو مُعسرًا :

فإن كان مؤسرًا : أخذ من ماله نصف القيمة للحر .

وإن كان مُعسرًا : بيعت الأمة [في نصف قيمتها يوم الوطء ، ولا يُباع معها الولد إن لم يفِ ثمنها بنصف القيمة ، لأنَّ الولد] ^(٢) ليس بمال العبد [وإنما هو للحر . واختلف فيمن عجز عن ثمن قيمة نصفها على قولين :

أحدهما : أن ذلك جناية ويكون في رقبة العبد] ^(٣) ويُخير سيده بين أن يفديه أو يسلمه ، وهو قول سحنون في « العُتبية » .

والثاني : أنَّه لا يكون كالجناية ، لأنَّه مأذونٌ له في الوطء بملك اليمين كالحر ، فيكون ذلك في ذمته لا في رقبته ، وهو قول [محمد بن] ^(٤) عبد الحكم في « المنتخبة » .

فإن قالت القافة : ^(٥) قد اشتركا فيه ، هل يقوم على الحر نصيب العبد من الولد والأم أم لا ؟ فالمذهب على قولين [ق / ١٣٢ ع] :

(٢) بياض في هـ .

(١) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

أحدهما : أنَّهما يقومان عليه ، ويغرم نصف قيمة الولد للسيد ، ويعتق عليه جميعه ، ويغرم نصف قيمة الأمة للعبد ، ويحلُّ له وطؤها ، وهو قول الغير فى كتاب أمهات الأولاد من « المدونة » .

والثانى : أنَّه لا يقوم الولد ولا الأم ، ويكون نصف الولد ونصف الأم عتيقاً من الآن ، فإذا بلغ ووالى الحر : لحق به ، (ق / ٢٣٢ أ) وغرم نصف قيمته للسيد ، وإن والى العبد لحق به نصيبه ، وكان نصفه حرّاً ولا يقوم عليه بقيمته ، لأنَّه لم يتبدأ عتقاً ، وإنما هو عتق سنة كما لو ورثا نصفه .

وأما الأم :

فإن والى الحر ، كانت له أم ولد ، وغرم نصف قيمتها .

وإن والى العبد ، كانت [أمة] ^(١) بينهما ، إذ لا حرمة لإيلاد العبد ، ويرجع عليه [الحر] ^(٢) بما نقصتها الولادة ، أو يقومها عليه إن كان النقصان كثيراً .

وإن مات الولد قبل الموالاة ، كان نصيب العبد ملكاً لسيده ، وهو قول أصبغ .

وعلى القول بأنَّها تقوم على الحر ، هل تكون أم ولد بذلك الولد أو لا بدَّ من إيلاد ثان ؟ قولان قائمان من « المدونة » منصوبان فى المذهب .

وأما الوجه الثالث : إذا كانت بين مسلم ونصرانى ، فإنَّه يُدعى للولد القافة أيضاً :

(١) فى أ : الأمة .

(٢) فى أ : العبد .

فإن ألحقته بالمسلم لحق به وغرم للنصراني نصف قيمة الأم .

وإن ألحقته بالنصراني ، كان ابناً له وعلى دينه ، ويوارثه [وينتسب]^(١) إليه ، ويغرم نصف قيمة الأم للمسلم مسلمة كانت أو كتابتة ، غير أنها إن كانت كافرة أقرت عنده ، وإن كانت مسلمة عتقت عليه .

فإن قالت القافة : قد اشتركا فيه كانت الأم معتقة عليهما ، والولد موقوف حتى يبلغ فيؤالى من شاء منهما .

فإن والى المسلم ، كان له ولد .

وإن والى الكافر ، كان ولده ، ولا يكون الولد إلا مسلماً .

فإن مات الأبوان أو أحدهما قبل أن يبلغ ، وقّف له ميراثه منهما .

فإذا بلغ ووالى من أحبّ منهما : ورثه ، وردّ ميراثه من الآخر ، ولا يكون إلا مسلماً .

وإن مات قبل أن يبلغ رد ما وقّف له من المال إلى ورثة من وقّف من تركته .

فإن ترك مالا وقّف وهب له ، كان نصفه لعصبة أبيه المسلم بعد أخذ ذوى الفروض فروضهم إن كانوا ، ونصفه لعصبة أبيه النصراني إن كانوا ، وإلا فليت المال .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا وطئ أحدهما بنكاح والآخر بملك :

فإن كان الوطئ بنكاح ثم ملك ، كان الوطئ بالنكاح من الطرفين ، وقد تقدّم الكلام عليه .

فإن كان بملك ثم نكاح ، هل يغلب حكم الملك على النكاح وهو

(١) فى أ : وينسب .

المشهور ، فيكون كالمالكين أو يغلب حكم النكاح على الملك فيكون [كالنكاحين] ^(١) : وهو الأضعف .

والجواب عن الوجه الرابع : إذا كان بنكاح وزنا :

فإن كان بنكاح ثم زنا ، فالولد لاحق بالزوج إلا أن ينفيه بلعان .

وإن كان بزنا ثم نكاح ، هل يلحق بالزوج أم لا ؟ فالمذهب على قولين:

أحدهما : أنه يلحق بفراش الزوج ، تقدم أو تأخر ، وهو الصحيح : لقوله عليه السلام : « الولد للفراش » .

والثاني : أنه يدعى للولد القافة ، كما لو كان من ملك اليمين جميعاً .

وسبب الخلاف : معارضة القياس للحديث ، وظاهر قوله عليه السلام : « الولد للفراش » ، سواء تقدم أو تأخر والقياس : يقتضى أن يدعى له القافة إذا كان الزنا أولاً ، لتعلق حق الواطئ ، بتصحيح نسبه حتى لا ينسب إليه غير ولده ، مع الاحتمال أن يكون الولد من مائه السابق إلى قرار الرحم فجاز . فكان الحكم يوجب القافة دفعا لاحتمال ، وقطعا للريبة كما حكم به عمر رضى الله عنه .

والجواب عن الوجه الخامس : إذا كان بملك اليمين والزنا .

فإن كان الوطء بالملك [أولاً ثم بالزنا آخرًا ألحق الولد بالملك دون الزنا لأن الوطء بالملك لا لعان فيه والوطء بالزنا لا قافة فيه فوجب أن يكون الواطئ بالملك أحق] ^(٢) ، وإن كان الزنا [أولاً] ^(٣) ، فهل يدعى للولد

(١) فى أ : كالنكاحين .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

القافة أم لا ؟ ويلح بالسيد قولان :

والجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا كان الواطئان ميتين

قبل نظر القافة ، فلا يخلو القائف من [أن] ^(١) يكون عرفهما أو جهلهما أو عرف أحدهما وجهل الآخر :

فإن عرفهما في حال الحياة ، فهما كالحين بلا تفريع .

وإن جهلهما ، هل يكون ابناً لهما جميعاً ويرثهما أو لا يلحق بواحدٍ

منهما ؟ فالمذهب على قولين :

[أحدهما] ^(٢) : أنه يلحق بهما ويرثهما ، لأنه لم يخرج عنهما ، ولم تتحقق فيه الإصابة لغيرهما ، فيُدفع الولد إليه ، والأصل الاشتراك فيه لاشتراكهما في الفراش ، حتى يوجد البين [بأمرة] ^(٣) دالة على أن الولد من أحد الفراشين ، ويبرأ منه الآخر ، وقد ماتا قبل حصول تلك الأمرة ، فلم يبق إلا البقاء على الأصل ، وهو قول أصبغ .

والقول الثاني : أنه لا يلحق بواحدٍ منهما ، ويبقى لا أب له ، لأن حملهُ [ق / ٩٤ هـ] على الاشتراك مع الاحتمال أن يكون من أحدهما أو من غيرهما من باب الميراث بالشك ، وباب الميراث بالشك قد أمر الشارع ﷺ ^(٤) بسده ، وانعقد الإجماع على حسمه ﷺ وهو قول ابن الماجشون .

وسبب الخلاف : تعارض الدليلين كما ترى .

فإن عرف القائف أحدهما وجهل الآخر .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : بامرة . والمثبت هو الصواب .

(٤) زيادة من هـ .

فإن ألحقه بمن عَرَفَهُ منهما ، فهو ابنٌ له وِيرثُهُ كالحى على سواء .
 فإن برأه منه ، فهل يُلحق بالمجهول أو يبقى لا أب له ؟
 فإنه يُتخرَّج على الخلاف الذى قدَّمناه إذا جهلا جميعاً .
 وحقُّ المعروف : المبدى من الولد باقٍ فى الأمة رقيقٌ له .
 وحقُّ المجهول : يتخرَّج على الخلاف فى حقوق الولد به .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا مات أحدهما وعاش الآخر قبل نظر
 القائف [فإن كان القائف ^(١) يعرف الميت : كان الجواب فيهما كالحيين .
 وإن جهله ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إمّا أن يُلحقه بالحى منهما .

أو يبرئه منه ،

أو قال : له فيه شرك .

فإن قال القائف : « هو منه » لحق به ، وكان الحكم فى العسر واليسر
 وما يقوم عليه وما لا يقوم ، كما يكون لو كان الميت حياً ، وقد قدَّمناه فى
 الفصل الأول .

وإن نفاهُ منه ، فهل يلتحق بالميت أم لا ؟ على قولين .

وهذا الخلاف كالخلاف الذى قدَّمناه بين أصبغ وعبد الملك إذا [ماتا] ^(٢)
 جميعاً ، وجهلهما القائف حالة الحياة .

وأما إذا قالت القافة : « له فيه شرك » ، كان له من الحى نصف
 الأبوة ، ويرث منه نصف ميراثه إذا مات ، ولا يرث من الميت الأول شيئاً ،

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : كانا .

وإنَّما ورثاهُ من الحي نصف الميراث إذا مات ، لاحتمال أن يكون للميت فيه شرك ، بحيث لو عرفه القائف ، وكان حياً لأشركهما فيه ، ولم يورثه من الميت الأول ، لإمكان ألا يكون [له] ^(١) فيه شرك .

فلما احتمل الأمرين أعطينا له من الميراث ما لا شكَّ فيه في ظاهر الأمر ، ومعناه ممَّا هو مشكوك فيه طرداً للدلالة الشرعية ، وسرداً للسنة [المحمدية] ^(٢) .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

المسألة السادسة

فى الأمة بين الشريكين ، يطأها أحدهما ، فلا يخلو من أن تكون حائلاً أو حاملاً :

فإن كانت [حائلاً] ^(١) فهل تقوم على الواطئ أم لا ؟ فقد اختلف فيها على خمسة أقوال كُلُّها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أن الخيار فى التقويم للشريك الذى لم يطأ ، وهو نص « المدونة » .

والثانى : أن الخيار للواطئ دون شريكه ، وهو قوله فى كتاب الشركة من « المدونة » ، حيث قال : « يتقاومانها والمقاواة ترجع إلى ما ذكرنا ، لأن الواطئ إن شاء زاد وتلزمه القيمة ، وإن شاء ترك ولا يُخير .

والثالث : أنها تقوم على الواطئ جبراً من غير خيار لواحد منهما ، وهو قوله فى « الموازية » ، وهو ظاهر قوله فى « المدونة » فى الذى وطئ أمة أحلت له ، ويؤخذ أيضاً من وطء الأب أمة ابنه ، وهو ظاهر قوله فى « كتاب الشركة » أيضاً .

والرابع : التفصيل بين أن يكون الواطئ مؤسراً أو مُعسراً ، وهو قوله فى عتق أحد الشريكين وتديره .

والخامس : أنها لا تقوم عليه أصلاً ، وهو قوله فيمن وطئ أمة غيره ، ويكون وطؤه كالجناية ، وإنما عليه ما نقصها الوطء .

وعلى القول بالتقويم ، متى تُعتبر قيمتها ؟ ففى المذهب ثلاثة أقوال

(١) سقط من أ .

كُلُّهَا قَائِمَةٌ مِنَ « الْمُدَوَّنَةِ » [ق / ١٣٣ ع] :

أحدها : قيمتها يوم الوطء .

والثاني : يوم الحكم .

والثالث : التخيير بين يوم الحكم ويوم الوطئ ، وهو قول أشهب ، وعليه اختصر أبو سعيد البراذعي .

وعلى القول بتخيير الذى لم يطق ، فإن اختار إسقاط التقويم ، فهل يتبعه [بما] ^(١) نقصه [الواطئ] ^(٢) [أم لا] ^(٣) ؟ قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يتبعه شيء ، وهو نص المدونة .

والثاني : أنها يتبعه بما [نقصها] ^(٤) الوطء ، وهو قول مالك وابن القاسم فى كتاب « ابن حبيب » على ما حكاه الشيخ أبو محمد فى « النوادر » ، وهو اختيار أكثر المتأخرين ، كأبى الحسن وغيره ، وهو قوله فى « الكتاب » : فيمن وطئ أمة غيره ، فنقصها ووطؤه .

فهذه خمسة أقوال ، فيتحصّل فى هذا الوجه عشرة أقوال .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا كانت حاملاً ، فلا يخلو الواطئ من أن يكون مؤسراً أو مُعسراً :

فإن كان مؤسراً ، فهل تقوم عليه أم لا ؟ قولان :

أحدهما : أنها تقوم عليه ، وهو نص « المدونة » .

(١) فى أ : ما .

(٢) فى هـ : الوطء .

(٣) سقط من هـ .

(٤) فى أ : نقصه .

والثانى : أنها لا تقوم عليه ، وهذا القول قائم من « المدونة » من مسألة : أحد الشريكين إذا أعتق حصته إلى أجل ، حيث قال فى أحد قولى « الكتاب » : « إنه لا تقوم حصة المتمسك بالرق ، لأن الذى أعتق حصته إلى أجل يُتهم فى استخراج حصة شريكه من يده بالحيلة ، فالواطىء فى هذه المسألة أشدُّ تهمة .

وعلى القول بالتقويم ، متى تعتبر قيمتها ؟ ففى المذهب خمسة أقوال : أحدها : قيمتها يوم الوطء ، وهو قوله فى باب القافة .

والثانى : قيمتها يوم الحمل ، وهو قوله فى المدونة فى مسألة الشريكين ، وهو قوله فى كتاب القذف [أيضاً] (١) .

والثالث : أن الشريك الذى لم يطاء مخير إن شاء قيمتها يوم الوطء ، وإن شاء قيمتها يوم الحمل ، وهو أحد أقاويل مالك أيضاً ، وهو اختيار ابن المواز وابن لبابة ، على ما نقله القاضى أبو الفضل وغيره من المتأخرين ، وهو تأويل بعض الشارحين على « المدونة » .

والرابع : قيمتها يوم الحكم ، وهو قوله فى « كتاب الاستحقاق » فى الأمة المستحقة بعد أن أولدها المشتري .

والخامس : قيمتها يوم الوضع ، على القول بأنها لا تكون أم ولد إلا بالوضع ، إذ به يحصل الفوات وتجب القيمة ، وهل يُتبع بنصف قيمة الولد مع قيمة الأم أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يُتبع بنصف قيمة الولد .

والثانى : أنه لا شىء عليه من قيمة الولد .

والقولان قائمان من « المدونة » .

وينبنى الخلاف على الخلاف فى القيمة متى تراعى .

فعلى القول باعتبار القيمة فيها قبل الوضع ، إمّا يوم الوطء وإمّا يوم الحمل ، فلا شىء عليه (ق / ٢٣٣ أ) فى الولد .

وعلى القول باعتبار قيمتها بعد الوضع ، إمّا يوم الوضع وإمّا يوم الحكم ، فيتبع بنصف قيمة الولد .

وعلى القول بأنه يغرم نصف قيمة الولد ، هل تعتبر قيمته يوم الوضع أو قيمته يوم الحكم . [قولان] (١) .

وسبب الخلاف : ما قدّمناه [فهذه أربعة أقوال فى قيمة الولد] (٢) .

والجواب عن الوجه الثانى من الوجه الثانى : إذا كان الواطئ معسراً ، هل تقوم عليه أم لا ؟ فالمذهب على خمسة أقوال :

أحدها : أنها تقوم عليه جبراً ويتبع بنصف قيمة الأم ، ولا شىء عليه [فى الولد] (٣) ، وهذا هو المشهور .

والثانى : أنها تقوم عليه جبراً ، ويُبَاع ما قُوم عليه فى القيمة ، ويتبع بنصف قيمة الولد ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك ، والقول الأول : هو القديم ، من قوله فى « كتاب محمد » وغيره ، والثانى : ظاهر قوله فى كتاب « أمهات الأولاد » .

والثالث : أنها تقوم عليه برضا الشريك الذى لم يطاء ، ويُبَاع عليه النصف الذى قوم عليه فى القيمة ، يُريد بعد الوضع ، ويتبع بنصف قيمة

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الولد ، وهذا قول ابن القاسم فى « كتاب القذف » من « المدونة » ، وبه قال مطرف وابن الماجشون فى « كتاب ابن حبيب » .

والرابع : أن الشريك الذى لم يطاء بالخيار .

إن شاء [تمسك] ^(١) بحصته واتبع الواطئ بنصف قيمة الولد .

وإن شاء قوم عليه ، [وأتبعه] ^(٢) بنصف قيمتها مع نصف قيمة الولد ، ولا يُباع منه شيء ، وهو قول غيره فى الكتاب .

والخامس : قول أشهب فى بعض روايات « المدونة » : أنه لا تقويم عليه إن كان مُعسراً أصلاً ، ويُتبع بنصف قيمة الولد .

وعلى القول بتخير الشريك إذا ترك التقويم ، هل يُعتق [عليه] ^(٣) نصيب الواطئ أو يبقى بحساب أم الولد أم لا ؟ قولان فى « الكتاب » :

أحدهما : أنه يعتق عليه نصيبه ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنه يوقف على حساب أم ولد ، وهو قول الغير .

وعلى القول بالإيقاف ، فإذا اشترى الواطئ نصيب الشريك ليسر حدَث أو ملكه بوجه ما ، هل تكون أم ولد بالإيلاد الأول أو لا بد من إيلاد ثانٍ ؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » منصوبين فى المذهب فى « كتاب ابن سحنون » وغيره على ما نقله ابن أبى زيد فى « النوادر » :

أحدهما : أنها لا تكون أم ولد إلا بإيلاد ثانٍ ، وهو اختيار سحنون ، وهو ظاهر قوله فى كتاب « أمهات الأولاد » .

(١) فى أ : تمسك .

(٢) فى أ : وأتبع .

(٣) سقط من هـ .

والثانى : أنها تكون أم ولد بالإيلاد الأول ، ولا يحتاج أن يُولدها مرةً أخرى ، وهو اختيار المُغيرة فى كتاب « ابن سحنون » ، وهو ظاهر قوله فى « كتاب العتق الأول » من « المدونة » : فى الذى أعتق عبده ، ثم قام غُرماؤه فردوا عتقه ، ثم أفاد مالا قبل أن يباع : أن العبد عتيق بالعتق الأول إلا أن السيد يُتهم أن يكون قد أخفى ماله ، فلأجل ذلك عتق العبد بالعتق . والواطئ : كذلك أيضاً ، يُتهم أن يكون قد أخبأ [ماله] ^(١) لِيُسْقَطَ التقويم عن نفسه ، فهو أولى بالتهمة من الغريم ، ولذلك لا يحتاج إلى إيلاد ثانٍ .

فهذه عشرون قولاً ، فى هذا الوجه أربعة أقوال فى قيمة الولد ، وقولان : فى تقويم الأم ابتداءً ، ومتى تقوم ؟ !

خمسـة أقوال [وإن كان معسراً خمسـة أقوال] ^(٢) .

وإذا ترك التقويم ما حُكم نصيب الواطئ : قولان ،

وإذا بقى موقوفاً ثم ملك جميعها ، ما حكمها : قولان ، وفى الفصل الأول ، إذا كانت حائلاً : عشرة أقوال .

فجُملة ما تحصّل فى هذه المسألة من « المدونة » ثلاثون قولاً كُلُّها مبينة واضحة ، لا لجة ولا خفاء بها على من طالع المذهب ، واستوفى النظر فى معانى « المدونة » .

والحمد لله وحده

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .



كتاب الولاء والمواريث

كتاب الولاء والمواريث

تحصيل مُشكلات هذا الكتاب ، وجملتها تسع مسائل :

المسألة الأولى

فيمَن أعتق عبده عن غيره ، فينبغي أن نقدّم الكلام على اشتقاق الولاء أولاً ثُمَّ نعقبه بالكلام على مقتضى الترجمة .

فنقول وبالله التوفيق : الولاء بفتح الواو : ممدود من الولاية بالنسب والعِتق ، وأصله الولى ، وهو : القريب .

وبكسر الواو من الإمارة والتقديم ، وقيل إنّه يُقال فيهما بالوجهين جميعاً .

والولاء فى عُرِف الاستعمال ينطلق بإيذاء معانٍ كثيرة تكون للمُعْتَق والمُعْتَق ولأبنائهما ، وللناصر ولابن العم والقريب ، والعاصب والخليفة [والقائم] ^(١) ، وللقائم [بالمعروف] ^(٢) بالأمر وناظر [اليتيم] ^(٣) ، والصاحب [و] ^(٤) المحب .

فإذا ثبت ذلك ، فلنرجع إلى مقصود الترجمة ، فنقول : عِتق الرجل عبده عن غيره ، لا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يعتقه عن مُعَيَّن .

والثانى : أن يعتقه عن غير مُعَيَّن .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : الأيتام .

(٤) سقط من أ .

فإن أعتقه عن معين ، فلا يخلو ذلك المعين من أن يكون مسلماً أو نصرانياً .

فإن أعتقه عن مسلم ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يعتقه عن رجلٍ بعينه .

والثاني : أن يعتقه عن عبدٍ بعينه .

والثالث : أن يعتقه عن امرأةٍ بعينها .

فإن أعتقه عن رجلٍ بعينه ، فلا يخلو من أن يعتقه [على] ^(١) جُعلٍ

[جعله] ^(٢) له أو على غير جعل :

فإن أعتقه على مالٍ جعله له :

فإن كان على تعجيل العتق والمال حالٌ أو إلى أجل ، فهذا جائزٌ من

غير خلاف ، والولاء للذي أعتق فإن كان العتق إلى أجل ، والمال حال أو

إلى أجل لم يُجز ، لأنَّهُ غرر لاحتتمال أن يموت العبد قبل حلول الأجل ،

فيذهب ماله [ق / ٩٥ هـ] [باطلاً .

فإن كان على غير مال ، فالمذهب [ق / ١٣٤ ع] يتخرّج على ثلاثة

أقوال [^(٣) :

أحدها : الجواز ، حيّا كان المُعتق عنه أو ميتاً ، وهو قول مالك في

«المُدَوَّنَةُ» .

والثاني : أَنَّهُ لا يجوز ، فإن نزل مضى ، وكان الولاء للمُعتق عنه .

والثالث : أن الولاء للذي أعتق .

(١) في أ : عن .

(٢) سقط من أ .

(٣) بياض في هـ .

وأما إن أعتقه عن عبدٍ بعينه ، فإنَّ ذلك جائز ، فيكون الولاء لسيِّد العبد المُعتق عنه ، ما دام هو في الرِّق .

فإذا أُعتق ، فهل يرجع إليه الولاء أم لا ؟ على قولين منصوصين في «المُدَوَّنة» :

أحدهما : أنَّه لا يعود إليه الولاء ، وإن أُعتق ، وهو قول ابن القاسم .
والثاني : أنَّه يعود إليه الولاء ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : في الولاء ، هل ينتقل بعد ثبوته أم لا ؟
فإن أعتقه عن امرأةٍ بعينها : فلا يخلو من أن تكون زوجةً له أو هي أجنبيةٌ عنه :

فإن كانت أجنبيةً عنه ، فهو كمن أعتق عن رجلٍ بعينه على سواء .
فإن كانت زوجةً له ، فلا يخلو من وجهين :
إما أن تشترط أن يعتقه عنها أو لم تشترط ذلك .

فإن اشترطت ذلك عليه ، كان لها الولاء ، وسواءً كان ذلك على مالٍ دفعتهُ إليه أو كان ذلك بسؤال .

واختلف هل يُفسخ نكاحها أم لا ؟ على قولين منصوصين في «المُدَوَّنة» :

أحدهما : أنَّ النكاح مفسوخ ، وهو قول ابن القاسم .
والثاني : أنَّه لا يُفسخ ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : هل يُعدَّ ذلك كملك الرقبة ، فيُفسخ النكاح أو لا يُعدَّ كالملك ، لأنَّه لم يخرج [من] ^(١) ملك سيِّدهُ إلا إلى عتق ؟

(١) في أ : عن .

فإن لم تشترط عليه أن يعتقه عنها ، فالنكاح جائز اتفاقاً ، أعتقه على مالٍ من عندها أم لا .

فإن أعتقه عن نصراني ، فلا يخلو العبد من أن يكون مسلماً أو نصرانياً :

فإن كان مسلماً : فإنَّ ولاءه لجميع المسلمين ، ما دام المعتق عليه نصرانياً .

فإن أسلم بعد ذلك ، هل يرجع إليه ولاؤه ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يرجع إليه الولاء ، وإن أسلم ، وهو قول مالك في «المُدَوَّنَةُ» .

والثاني : أنه لا يرجع إليه الولاء ، وإن أسلم ، وهو قول مالك في «المُدَوَّنَةُ» : أنه يرجع إليه الولاء وهو قول قياسي ، ويستقرأ من قول ابن المَوَّاز : في مُسْلِمٍ لَهُ عَبْدٌ نَصْرَانِيٌّ ، وَلِلْعَبْدِ عَبْدٌ مُسْلِمٌ ، فَأَعْتَقَهُ بغير علم سيِّدِهِ ، وَلَمْ يَعْلَمْ حَتَّى أَعْتَقَ السَّيِّدُ الْمُسْلِمَ عَبْدَهُ النِّصْرَانِيَّ ، ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ الْمُسْلِمُ عَنْ مَالِهِ ، فَبَقِيَ مِيرَاثُهُ لِلْمُسْلِمِ الْأَعْلَى .

فإذا صحَّ أن يُجْبَرَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ النِّصْرَانِيَّ وَلاءَ عَبْدِهِ الْمُعْتَقِ الْمُسْلِمِ إِلَى السَّيِّدِ الْأَعْلَى دُونَ سَائِرِ الْمُسْلِمِينَ ، صحَّ أن يجبره إلى نفسه ، ويرجع إليه إذا أسلم .

[فإن كان نصرانياً] ^(١) ، فولأؤه له .

فإن أسلم العبد [المعتق] ^(٢) قبله رجع إليه ولاؤه إذا أسلم ، كما يأتي

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

بيان ذلك كله في مسألة مفردة إن شاء الله تعالى .

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا أعتقه عن غير معين ، كالسائبة التي تُعتق عن جميع المسلمين ، فهل يجوز ذلك أو لا يجوز ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ابتداءً ، وهو قول مالك وابن القاسم في كتاب « ابن المَوَاز » .

والثاني : أن ذلك جائز ابتداءً من غير كراهة ، هو قول أصبغ وسحنون في « العُتْبِيَّة » وابن القاسم في « المَدُونَةُ » .

وعلى القولين جميعاً : إذا وقع ونزل ، هل يكون الولاء للذي أعتق أو لجميع المسلمين ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الولاء لجميع المسلمين ، وهو المشهور ، وهو مذهب « المَدُونَةُ » .

والثاني : أن الولاء لمن أعتق ، وهو قول ابن نافع في « كتاب ابن حبيب » .

وسبب الخلاف : اختلافهم في قوله ﷺ : « الولاء لمن أعتق » .

فمن حمله على ظاهره ، قال : الولاء للذي أعتق .

ومن نظر إلى المعنى ، قال : لجميع المسلمين ، ويكون [معنى] (١)

قول النبي ﷺ : « الولاء لمن أعتق » أي : الولاء لمن حصل له الثواب لأجل العتق ، فيكون الولاء تابعاً للثواب ، وهذا هو المفهوم من اللفظ ، وهو الذي سبق إلى فهم سامعه .

(١) في ١ : مغزى .

وَأَمَّا مَنْ كَرِهَ ذَلِكَ ابْتِدَاءً ، فَإِنَّمَا كَرِهَهُ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنْ هَبَةِ الْوَلَاءِ ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَهَبَتُهُ ، وَقِيلَ : إِنَّمَا كَرِهَ ذَلِكَ ، لِتَشْبِيهِهِ بِسَوَائِبِ الْجَاهِلِيَّةِ فِي الْأَنْعَامِ [وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَحْدَهُ] (١) .

(١) زيادة من ج ، ع ، هـ .

المسألة الثانية

فى النصرانى إذا أعتق عبده [ثم] ^(١) أسلم السيد المُعتق ، ولا يخلو العبد الذى أعتق من وجهين :

أحدهما : أن يعتقه ثُمَّ يُسلم العبد المُعتق .

والثانى : أن يعتقه بعد أن أسلم العبد .

فإن أعتقه ثُمَّ أسلم العبد بعد العتق : فإنَّ ولاءه لجميع المسلمين [إلا أن يكون للسيد الذى أعتقه قرابة مسلمون فإنهم يجدون ولاءه تراه ثم إن أسلم بعد ذلك السيد فإنه يرجع ولاءه إليه . فإن أعتقه بعدما أسلم فإن ولاءه لجميع المسلمين] ^(٢) .

ثُمَّ إن أسلم السيد بعد ذلك ، هل يرجع إليه ولاءه أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يرجع (ق / ٢٣٤ أ) إليه ، وإن أسلم بعد ذلك ، وهو المشهور فى النقل .

والثانى : أنه يرجع إليه إذا أسلم ، وهو الأظهر فى النظر والأثر .

أما النظر : فكون العلة التى [لأجلها] ^(٣) منع الولاء قد زالت ، فإذا زالت وجب أن يرجع إليه الولاء ، لأنَّ المانع من أن يكون له الولاء : كونه كافراً ، ولا ولاية للكافر على المسلم .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

فإذا أسلم ، وتساوى معه في الرتبة ، كان له الولاء ، ويرجع إليه .
وأما الأثر : فلعنوم قوله ﷺ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » [والحمد لله
وحده] (١) .

المسألة الثالثة

فى المسلم إذا أعتق عبده النصرانى ، ثمَّ مات [عن مال] ^(١) قبل أن يُسلم ، فلا خلاف فى المذهب أنَّ له ولاءه ، وأنَّه لا يرثه لاختلاف الدينين .

واختلف المذهب لمن يكون ميراثه : على خمسة أقوال :

أحدها : أنَّه لا يرثه أحد من ورثته ممن هو على دينه ، وهى رواية أشهب عن مالك .

والثانى : أنَّه لا يرثه أحد من ورثته إلا ولده الذى على دينه ، وهو قول أشهب ، قال : « ولا يرثه غيره من الأخوة أو غيرهم ، ولو ورثتهم لورثت أهل دينه ، وإنما ورثت ولده ، لأنَّه يجزى ولاءهم إلى معتقه » انتهى [كلامه] ^(٢) .

والثالث : أنَّه يرثه ولده ووالده خاصة ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك .

والرابع : أنَّه يرثه أخوه إن لم يكن له ولد ولا والد ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك أيضاً .

والخامس : أنَّه يرثه كل من يرث الرجل المسلم من قرابته ، وهو قول أصبغ وابن القاسم وابن عبد الحكم .

واختلف إذا لم يكن له وارث من قرابته ، هل يُصر ميراثه إلى بيت المال [أو إلى من طلبه من النصارى على قولين . أحدهما : أنه يصرف

(١) سقط من أ .

(٢) فى ب : قوله .

ميراثه إلى بيت المال [(١)] ، ولا يدفع لغير مَنْ ذكرنا ؟ على الخلاف الذى قدّمناه ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنّه يدفع لكلِّ مَنْ طلبه من النصارى ، ولا يكلف البيّنة على أصل دينهم ، وكيف تورّأهم عندهم ، ولو كلّفوها لم [يأتوا] (٢) إلا بمثلهم ، فمن أخذهم منهم ، وقال : هكذا موراثتنا أعطيه . فإن أسلموه ولم يطلبه منهم طالب أوقفناه فى بيت المال معزولاً ولا يكون فيئاً حتى يرث الله [الأرض] (٣) أو يأتى له طالب وهو قول المخزومى فى « العُتبية » ، وبقيّة أقوال المسألة كلّها فى كتاب « ابن الموّاز » و « كتاب ابن سحنون » رضى الله عنهما [والحمد لله وحده] (٤) .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يأتوها .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من ج ، ع ، هـ .

المسألة الرابعة

فيمن شهد بعق عبده ، فردَّتْ شهادتهُ فيه ، ثُمَّ اشتراهُ ، ثُمَّ اعترف أن البائع أعتقه ، وجحد له العتق ، فلا يخلو من أن يموت العبد ، والسيد حيّ ، أو يُتلف السيّد أولاً ثُمَّ مات العبدُ بعده .

فإن مات العبد أولاً ، والسيد حيّ وترك مالا ، كان للمشتري الأقل ممّا ترك أو الثمن .

فإن كان ما ترك هو أقلُّ لم يكن له سواه ، لأنّه لو مات ، ولم يترك شيئاً ، لكان لا شيء له .

وإن كان الثمن أقل : أخذه المشتري ، ويوقف الفضل .

فإن رجع البائع إلى إقرار المشتري وتصديقه في العتق ، كان له الفضل ، وإلا تصدّق به ، لأنّه اعترف أنّه لا شيء له فيه ، والمشتري كذلك .

فإذا تصدّق به كان أجره لمن هو [له] ^(١) في علم الله تعالى .

فإن مات السيّد أولاً ، ثُمَّ مات العبدُ بعده ، فلا يخلو السيد من أن يترك مالا أو لم يترك شيئاً .

فإن ترك مالا ، فلا يخلو ورثته من وجهين :

أحدهما : أن يكونوا رجالاً ونساءً .

والثاني : أن [يكونوا] ^(٢) نساءً .

فإن كانوا رجالاً ونساءً ، فلا يخلو من وجهين :

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : يكون .

أحدهما : أن يكونوا بنين وبنات أو يكونوا بنات وعصبة ، فإن كانوا رجالاً عصبة أو بنين وبنات ، هل يأخذ المشتري جميع الثمن [ق / ١٣٥ع] أو إنّما يكون له الأقل ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : إنه يأخذ جميع الثمن ، لأنهم مقرّون أن الذى أخذ الأب ديناً عليه ، ولا ميراث إلا بعد قضاء الدين ، وهذا القول حكاه اللخمي في « المذهب » .

والثاني : أن له الأقل من ثلاثة أشياء ، ما خلفه العبد أو ما خلفه السيد أو الثمن .

فإن كان الذى خلفه المولى أقل ، قال ورثة السيد لحر على ما مات عليه أبونا : أنه لم يعتق .

فإن كان الثمن أقل ، قالوا : نحن نُصدِّقُك ، ونخذ ثمنك .

وإن كان الذى خلفه السيد أقل ، كان لهم تصديقه أيضاً ، ويقولون له إن دينك فى ذمة أبينا ، وليس له إلا ماله :

فإن كان الورثة إناثاً وعصبة ، فلا يخلو الإناث من أن يستوعبن الميراث أو لا يستوعبنه :

فإن استوعبن الميراث ، كالبنت والأخوات للأب أو شقيقة : فلا شيء للمشتري فى هذا الوجه ، لا فى تركة السيد ، ولا فى تركة العبد .

لأنَّ حقَّهما إنّما يجب فى مال السيد على دعواه ، والإناث لم يصدقته ، ولا يرثن من ولاء ما أعتق الأب .

ولذلك لم يأخذ من متروك الأب شيئاً ، وإنّما لم يأخذ من تركة العبد .

لأنَّ العَصْبَةَ الذين يرثون [الولاء] ^(١) ، يقولون لهُ : إنَّما وجب حقك في ذمة السيد ، لا في متروك العبد الذي هو لنا ، ونحنُ لا نأخذ من مال السيد شيئاً ، فلذلك منع من أن يأخذ من مال السيد ، ومن مال العبد .
وإن مات السيّد ، ولم يترك شيئاً : فلا شيء للمشتري في مال العبد ، سواء كان ورثته عَصْبَةٌ أو بنين .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

المسألة الخامسة

فى ميراث الحملاء والمتحملين :

ومعنى الحملاء : المسبيين من أرض الحرب [ومعنى المتحملين :
المنتقلين من أرض الحرب] ^(١) ، وهاجروا إلى دار الإسلام ، وقد أسلموا ،
ولا تخلو دعواهم المناسبة من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يدعى بعضهم بِنوة بعض .

والثانى : أن يدعى بعضهم أبوة بعض .

والثالث : أن يدعى بعضهم أخوة [بعض] ^(٢) .

والجواب عن الوجه الأول : إذا ادعى بعضهم بِنوة بعض ، مثل : أنَّ
يدعى بعضهم أنَّ هذا ابنه ، هل يُصدَّق أو يُكَلَّف البيِّنة ؟

قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنَّه يُصدَّق ، لأنَّه من باب استلحاق الولد ، وقال ابن القاسم
فى كتاب « أمهات الأولاد » : فيمن استلحق مجمولاً من بلاد الشرك ،
وقد عُرِف أنَّه دخل تلك البلاد : أنَّه يُصدَّق ويلحق به ، فهذا الذى قد
حمل معه من بلدٍ [واحد] ^(٣) أولى أن يُصدَّق [ويلحق] ^(٤) به ، وهذا
ظاهر .

والثانى : أنَّه لا يُصدَّق إلا ببيِّنة ، كغيره من القرابة ، وهو ظاهر

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

«المُدَوَّنَةُ» في كتاب «أمهات الأولاد» ، وكتاب الولاء ، وهو قول القاضي أبي محمد عبد الوهاب ، وأبي الحسن بن القصار .

وينبني الخلاف على الخلاف : في الأمر المُبْهَم الذي لم يَتَبَيَّن فيه صدق المُدَّعَى ولا كذبه ، [هل يحمل فيه على الصدق ، حتى يَتَبَيَّن كذبه أم لا ؟ وفي ذلك قولان قائمان في المدونة ، وقد نبهنا على مفهومهما في كتاب «أمهات الأولاد» : إذا لم يَتَبَيَّن كذبه ولا صدقه ^(١) في الاستلحاق .

والجواب عن الوجه الثاني والثالث : إذا ادَّعى بعضهم أبوة بعض أو أخوته أو ادعى ما عدا ذلك من القرابة ، فلا يخلو من وجهين : أحدهما : أن تكون الدعوى والموت بفور دخولهم إلينا .

والثاني : أن يكون ذلك بعد طول ، فإن كان بفور دخولهم بلاد الإسلام ، فمات بعضهم ، فوقع التداعي في النسب ، حراسةً على حوز الميراث الذي هو أعلى المكاسب وأنفس المطالب ، فالنسب لا يثبت في [هذين الوجهين] ^(٢) إلا بالشهادة اتفاقاً [ق / ٩٦ هـ] .

ثُمَّ لا تخلو الشهادة من أن تكون منهم أو من غيرهم :

فإن كانت من غيرهم ، مِمَّن كان معهم ، وعرفهم في بلادهم من المسلمين ، فلا يخلو [هؤلاء المسلمون الذين هم معهم] ^(٣) من أن يكونوا أسارى أو تُّجاراً أو مَنْ دخلها لمصالح المسلمين :

فإن كان أسارى : فشهادتهم جائزة ، مع وجود العدالة اتفاقاً .

وإن كانوا تُّجاراً ، فلا يخلو دخولهم بلاد الشرك من أن يكونوا على

(١) سقط من هـ .

(٢) في هـ : هذا الوجه .

(٣) في أ ، هـ : المسلم الذي هو معهم .

معنى الغلبة والاضطرار ، أو ذلك على معنى الترفُّه والاختيار .

فإن كان دخولهم غلبة اضطراراً ، كالريح رمتهم إلى بلاد الشرك من غير قصد فشهادتهم جائزة اتفاقاً أيضاً .

فإن كان دخولهم ترفهاً واختياراً ، فلا يخلو من أن يحدثوا توبة وخيراً وصلاًحاً ، أو لم يحدثوا شيئاً :

فإن أحدثوا توبة بعد الإياب ، وأخذوا على أنفسهم بالعقاب : فشهادتهم جائزة اتفاقاً أيضاً .

وإن تمادوا على الحالة الأولى ، ولم تستشعر أنفسهم الندم على ما زلت بهم القدم ، فهل يكون ذلك جُرْحَةً في شهادتهم أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك جرحه ، تُبطل الشهادة ، وهو مذهب سحنون ، وهو ظاهر قول مالك في كتاب « التجارة إلى أرض الحرب » .

والثانى : أن ذلك ليس بجرحه ، ولا تبطل به الشهادة ، وهو ظاهر قول مالك في « كتاب أمهات الأولاد » ، حيث جوز شهادتهم إطلاقاً ، وهو ظاهر قوله في « كتاب الجهاد » أيضاً :

فمن مات عندنا من أهل الحرب أو قُتل ، حيث قال : « تُدفع ديتُهُ إن قتل ، وماله إلى ورثته في [بلادهم] ^(١) » ، وظاهر قوله : أن المال يُحمل لهم إلى بلادهم ، فقد أباح الدُخول إلى بلادهم ، لمعنى ليس بواجب ، إذا كان الإمام غير قادر على أن يكتب إليهم ، ليقدموا حتى يقبضوا مالهم .

فأمّا إن كان دخولهم بلاد العدو ، لمصالح المسلمين ، كفداة الأسارى

(١) في أ : بلادهم .

أو بعثهم الإمام لأمر بين المسلمين والمُشركين ، كعقد الهدنة : فلا خلاف أيضاً أن ذلك لا يُؤثر في شهادتهم .

فإن كانت الشهادة من المتحملين ، فلا يخلو من وجهين :

إمّا أن يكونوا في عددٍ يسير أو في عددٍ كثير .

فإن كانوا في العدد الكثير والجم الغفير الذي لا يُحصيه عدد ولا يحويه [مكان] (١) : فلا خلاف أن قولهم مقبول ، وتصديق بعضهم بعضاً فيما يدعيه من المناسبة معقول ومبذول من غير اعتبار العدالة ، وهذا [من] (٢) التواتر الذي يُفيد العلم الضروري ، بل لا يعتبر فيه الإسلام أيضاً عند أئمة الأصوليين وأمّا إن كان عدداً يسيراً [وثلة ذليلة] (٣) وشرذمة قليلة ، كالعشرين على ما نصّ عليه ابن القاسم في العُتبية ، أو فوق ذلك [على] (٤) ما ذهب إليه سحنون ، فلا تخلوا شهادتهم من وجهين :

أحدهما : إمّا أن يدخل فيه أشهد لى وأشهد لك ، مثل : أن يشهد هؤلاء لهؤلاء ، وهؤلاء لهؤلاء : فلا خلاف في هذا الوجه أن الشهادة باطلة مردودة .

وإن شهد منهم شاهدان على غيرهم ، من غير أن يشهد له من شهد هو له ، فهل تجوز شهادتهم أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من «المُدونة» :

أحدهما : أن شهادتهما مردودة لا تجوز ، وهو قول ابن القاسم في

(ق/ ٢٣٥ أ) الكتاب .

(١) في هـ : تعد .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

والثانى : أنَّ شهادتهم جائزة مقبولة [وهو قوله] ^(١) فى مسألة [المسلوبين] ^(٢) فى كتاب المحاربين .

وسبب الخلاف : اعتبار الظنة ولحوق التُّهمة .

فمن رأى أنَّ التُّهمة تلحقهم ، والظنة تُدركهم بدخول حمية البلدية ، وقوة دواعى العصية التى [تبطل] ^(٣) بها شهادة [العادل الأعدل] ^(٤) ، وإن كان أروع من أحمد بن حنبل ، مثل شهادة الأب لابنه ، والابن لأبيه ، قال : ببطلان الشهادة ، ومرة رأى ما بهم من الضرر الناجز والخرج الحافز إلى كمال النعمة وتمام المنَّة بجمع الشمل وضم الفرع للأصل ، حتى يتباشروا ببركة الإسلام لجمع شتاتهم ونيل مُرادهم على الكمال والتمام ، قال : بجواز الشهادة وقبولها .

ولا خلاف فى اعتبار العدالة .

وهذا كُلُّهُ إذا كانت الدعوى بفور الدُخول .

وإن طال عليهم الأمد ، ومرت عليهم السنون فى توطين البلد ، والولد فى أثناء ذلك يُكنى بالولد والتناسب مستفيض بينهم بالأبوة والبُنوة من غير نكير ، مِمَّن يرد عليهم من المعارف والجيران من أهل بلادهم ، ومنَّ جاء صُحبَتهم حتى حازوا أنسابهم ، وقرَّروا أصولهم : فهذا لا خلاف فيه ، أنَّ مَنْ مات منهم يرثُهُ [من كان ينسب إليه] ^(٥) ويُناسبه من غير أن يكلف ثبوت النسب ، ولا أثبت من اشتهارهم من إضافة بعضهم إلى بعض ،

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : المسلمين .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : العدل .

(٥) سقط من أ .

وهو مذهب [ق / ١٣٦ ع] « المَدَوْنَةُ » فى « كتاب القذف » : فى العربى إذا قدم بلداً من البُلدان ، فسكنها وطال مكثه فيها ، وهو يكتب شهادتهُ فلان ابن فلان [الفلانى] ^(١) ، حتى حاز نسبه .

فمن نفاهُ بعد ذلك [عن] ^(٢) نسبه حد للقذف ، لأنه قَطَعَ نسبهُ ، ومن طريق المعنى .

فإن كان الحيازة عاملة فى الأموال باتفاق المذهب ، على اختلافهم أنواعها ، فبأن تكون عاملة فى الأنساب أولى وأحق .
والحمد لله وحده .

(١) زيدة من ج ، ع ، هـ .

(٢) فى أ : من .

المسألة السادسة

فى الرجل إذا مات ، وترك ولدين مسلماً ونصرانياً ، كل [واحد منهما] ^(١) يدعى أن الأب [مات] ^(٢) على دينه ، فلا يخلو من [ثلاثة أوجه] ^(٣) :

أحدهما : أن يتفقا أنه كان مسلماً .

والثانى : أن يتفقا أن أصله كان كافراً .

والثالث : أن يُجهل أمره .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا اتفقا أن أصله كان مسلماً وشهدت البيّنة بذلك ، ثم اختلفا فيما مات عليه بعد ذلك ، واحدٌ يقول : « مات على ما عليه عاش » ، والآخر يقول : « مات وهو كافر » ، فلا يخلو من أن تقوم عليهما بيّنة أو لا بيّنة لهما .

فإن قامت لكل واحدٍ منهما بيّنة على ما يدّعيه ، وتكافأ فى العدالة : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك تهاتر ويقضى بأعدل البيّتين .

فإن تساوتا سقطتا ، ويُحكم له بما كان يُعرف من الإسلام ، والأصل استصحاب الحال .

والثانى : أنه يُقضى عليه بالبيّنة الزائدة التى زادت ، لأنها نقلته عما كان العرف ، ثم يكون ماله لجميع المسلمين ، لأنه مرتد .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ ، هـ : وجهين .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا قامت البيّنة ، أَنَّهُمْ لم يزالوا يعرفونه أَنَّهُ [كافر] ^(١) ، فشهدت عليه البيّنة أَنَّهُ مات على ما عليه عاش ، وشهدت أخرى أَنَّهُ مات مسلماً ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك تكاذب ، ويقضى بأعدل البيّتين ، وإن تكافأتا فى العدالة سقطتا ، وبقي على ما كان به يُعرف من النصرانية .

والثانى : أَنَّهُ يقضى بالبيّنة الزائدة ، لأنها نقلته عن الحالة الأولى .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا جهل أصله ، وما كان عليه عاش ، فادّعى كُلُّ واحد منهما أَنَّهُ مات على دينه ، فلا يخلو من أن يكون لهما بيّنة أو لا بيّنة لهما :

فإن لم تكن لهما بيّنة ، فلا يخلو أحدهما من أن يكون تولّى كَفَنَهُ ودفنه بمحضر من صاحبه أم لا :

فإن تولّى المسلم كَفَنَهُ ودفنه والصلاة عليه ، بمحضر النصرانى ، من غير نكير ولا نهر ولا سطوة للمسلم على النصرانى فهل يكون ذلك دليلاً على أَنَّهُ مات مسلماً ، ويُقبل قول المسلم ؟ على قولين :

أحدهما : أن الصلاة لا تكون شهادة ، وهو قول ابن القاسم فى الكتاب .

والثانى : أن الصلاة شهادة .

فإن تولّى النصرانى مواراته بمحضر المسلم من غير نكير ، كان دليلاً على أَنَّهُ مات كافراً ، وهو أبين من صلاة المسلم عليه بمحضر النصرانى ، ثم يُسأل النصرانى عن أصل [أبيه] ^(٢) :

فإن قال : كان كافراً ، [حتى] ^(٣) مات على ما عليه عاش ، كان

(١) فى أ : مات كافراً والصواب ما أثبتناه من ب .

(٢) فى أ : دينه .

(٣) سقط من أ .

المال [له مع] ^(١) ما قام له [من] ^(٢) دليلُ الحال .

فإن قال : أصله مُسلم ، ثمَّ مات كافرًا ، كان المال للمُسلم ، لأنَّه مُرتد على ما يدعيه : فالذى يجب أن يكون المال لجميع المسلمين بزعمه ، إلا أنَّ دعواه لغيره لا يقبل منه .

فإن أقام كُلُّ واحدٍ منهما بيِّنَةً على دعواه ، فإنَّه يقضى بأعدلهما .

فإن تكافأ ، هل يُقسم المال بينهما أو يكون للمسلم ؟

فالذهب على قولين منصوصين في « المدونة » في « كتاب الولاء » و« كتاب الشهادات » :

أحدهما : أنَّ المال بينهما نصفان ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنَّ المال للمسلم ، لأنَّ بيئته قد زادت حين زعم أنَّه مُسلم ، وهو قول غيره .

واختلف إذا كان معهما أخٌ صغير ، ما الذى يأخذ كُلُّ واحدٍ منهما ؟ على قولين :

أحدهما : أنَّه يأخذ من كُلِّ واحدٍ نصف ما بيده ، ويصير له النصف وحده ، ويُجبر على الإسلام ، ويكون لهما النصف بعد إيمانهما ، وهو قول أصبغ .

والثاني : أنَّه يكون بينهم المال أثلاثًا ، فإن خَلَف الميت ستين دينارًا ، كان لكلٍّ واحدٍ من الأولاد عشرون دينارًا ، لأنَّ المسلم يقول : الميراث بيني وبين أخى الصغير نصفان والنصراني غاصب ، والغصب على ، وعليه

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

[على] ^(١) قدر أنصبائنا في المال مما حصل لنا منه كُنَّا فيه شركاء ،
والنصراني يقول مثل ذلك ، وتساوت دعاويهم [في المال] ^(٢) : فيُقسَّم
بينهما أثلاثًا ، وبه قال بعض المتأخرين ، فهل يُعجَّل ذلك المال للصبي أو
يُوقَف إلى بلوغه ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن يُعجَّل له في الحال ، وهو قول أصبغ .

والثاني : أنه يُوقَف ما صح له من المال ، حتى يبلغ الصبي ، فيدعى
مثل دعوى أحدهما ، فيأخذ ما وقف له من سهمه [ويرد إلى الآخر ما
وَقَّف من سهمه] ^(٣) ، وهو قوله في كتاب محمد .

فإن مات قبل بلوغه ، وله ورثة يُعرفون ، هل يكون ذلك المال لورثته
أو يُرد إلى الإخوة ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه إذا مات اقتسموا ماله ، وهو قول سحنون .

والثاني : أنه يكون لورثته إذا كان له ورثة معروفون ، وهو قوله في

كتاب محمد .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

المسألة السابعة

فى ميراث ولد المُلَاعنة وولد الزنا :

قال مالك رضى الله عنه : « ولد الزنا لاحقٌ بأُمِّه ، فإذا مات ورثت منه الثلث ، وما بقى فهو إليها إن كانت معتقة ، وإن كانت عريية فَلَبِيت مال المسلمين » .

وكذلك « المُلَاعنة » : إلا أن يكون له أخوة من أُمِّه ، فيأخذون الثلث ، ويردُّون للأُمِّ السُدُس ، ثمَّ يكون ما بقى لمن ذكرنا .

ولا خلاف فى : توأَمى المسيبة والمغتصبة والمتحملة والزانية : أنَّهما يتوارثان بالأب والأُم ، لأنَّ أمَّهما لم يتقدَّم عليها الرِّقُّ لأحد ، ويُحْمَلان على أنَّها لأبٍ حتى يتحقق خلاف ذلك .

ولا خلاف عندنا فى : توأَمى الزانية : أنَّهما لا يتوارثان من قِبَلِ الأب إلا خلافاً شاذًّا روى عن الداودى فى « كتاب الأموال » : « أنَّ ولد الزنا يلحقُ نسبهُ إلى الزانى ، إنْ علِمَ أنَّه منه » .

قال : « وقد أجمع أهل العلم على أنَّ ولد الزنا يرث أُمُّه وترثه » .

قال : « لا فرق بين الأُمِّ والأب ، وإنَّما منع ميراث العاهر ، لأنَّه لا نعلم حقيقة ذلك ، هل هو منه أو من غيره » .

وما قاله باطلٌ قطعاً ، لأنَّه خلاف الظاهر .

فأمَّا توأَم المغتصبة والمُسيبة المُلَاعنة ، هل يتوارثان بأنَّهما أخوة أشقاء أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهما يتوارثان بالأب والأُم ، وهو قول ابن القاسم فى

«المُدَوَّنة» فى المُسيبة [وقول سحنون فى المسيبة] ^(١) والمُلاعنة ، وهو قول مالك فى المُغتصبَةِ فى « مختصر ما ليس فى المختصر » .

والثانى : أنَّهما يتوارثان بالأُم خاصة ، وهو قول مالك فى « المُدَوَّنة » ، فى توأم المُلاعنة ، وهو قول المُغيرة فى المُسيبة ، وهو قول سحنون فى المُغتصبَةِ .

والحمد لله وحده .

المسألة الثامنة

فى ميراث اللقيط والمنبوذ :

واختلف فى ميراث اللقيط والمنبوذ ، هل هما عبارتان عن معبرٍ واحد أو هما عبارتان عن مُسميين مختلفين :

ف قيل : « إنهما اسمان لمسمى واحد [ق / ٩٧ هـ] ، [فإن اللقيط هو الملتقط حيث وجد أعنى ^(١) أى صفة وجد فى صغره ، لأنه فاعل بمعنى مفعول ، كقوله تعالى : ﴿ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ﴾ أى : مدفوق .

والمنبوذ : الذى وُجد منبوذاً من أول ما وُلد » .

وقيل : « إنَّ اللقيط : هو ما التُّقَط فى الصغر من الشدائد [والجلادة]^(٢) ، ولا يُعلم له أب » .

وقال مالك : « ما يُعلم منبوزاً إلا ولد الزنا » .

وفائدة الخلاف [وثمرته] ^(٣) : إذا استلحقه أحد ، هل يُلحق به أم لا وفيمن قذفه ، هل يُحدُّ أم لا ؟

فإذا ثبت ذلك : فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يلتقطه مُسلم .

والثانى : أن يلتقطه نصرانى .

فإن التقطه مُسلم ، فلا يخلو من أن [ق / ١٣٧ ع] يلتقطه من قُرى

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الإسلام أو من قرى أهل الشرك :

فإن التقطه من قرى أهل الإسلام ، فإنه يكون حُرّاً ، وولأؤه لجميع المسلمين ، وعليهم نفقته كما قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

ومن ادعى أنه ولده فاستلحقه ، هل يلحق به أم لا ؟

فلا يخلو الذى استلحقه من أن يكون رجلاً أو امرأة .

فإن كان رجلاً ، وقامت له عليه بيّنة ، فإنه يلحق به ويثبت نسبه منه .

وإن لم تكن له بيّنة ، فلا يخلو من أن يقوم له دليل الحال أم لا .

فإن قام له دليل الحال ، كرجل لا يعيش له ولد ، ويسمع قول الناس

« إذا طُرح عاش » ، هل يلحق به أم لا ؟

على قولين قائمين من « المدونة (ق / ٢٣٦ أ) منصوصين :

أحدهما : أنه يلحق به ويصدق ، وهو قول ابن القاسم فى « المدونة » .

والثانى : أنه لا يُصدق إلا ببيّنة ، وهو قول غيره فى « المدونة » ،

حيث قال : « إذا ثبت أنه لقيط ، فلا يُقبل فيه دعوى أحد إلا ببيّنة » .

وعلى القول بأنه يُصدق ، هل ذلك بيمين أو بغير يمين ؟ قولان قائمان

من « المدونة » :

وسبب الخلاف : دليل الحال ، هل يقوم [مقام الشاهدين أو] ^(١) مقام

الشاهد الواحد ؟

وإنما قلنا على [مذهب] ^(٢) ابن القاسم : إنه يلحق به ، لأن العرف

(١) سقط من هـ .

(٢) فى ع ، هـ : قول .

أمرٌ يُقضى به ، وإن كان [أمراً] ^(١) [فاسداً] ^(٢) .

فإن [ادعته] ^(٣) المرأة ، واستلحقته بها ، هل يلحق بها أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يلحق بها ، وهو قول ابن القاسم [فى المدونة] ^(٤) ،
لأنها إنما استلحقته بغيرها .

والثانى : أنه يلحق بها ، وإن قالت : هو من الزنا ، وهو قول أشهب
فى « الموازية » .

والثالث : أنه يلحق بها ، وتُصدق إن ادعت أنه من زنا ، ولا يلحق بها
إن ادعت أنه من زوج إلا أن يدعيه الزوج إن كان حياً ، وهو قول محمد .

وعلى القول بأنه يلتحق [به] ^(٥) فى قيام البينة على الوفاق أو مع دليل
الحال ، على الخلاف : هل يرجع عليه الملتقط بما أنفق أم لا ؟

فلا يخلو الأب فى حال النفقة من أن يكون مُوسراً أو معسراً .

فإن كان معسراً : فلا شيء له بالاتفاق ، لأن نفقة الأولاد ساقطة عن

الأب بالعسر .

فإن كان مُوسراً ، فلا يخلو من أن يتعمد طرحه أو لا يتعمد .

فإن تعمد الطرح ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يتبع بالنفقة ، وهو قول ابن القاسم فى المدونة .

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ادعت .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

والثانى : أنه لا يتبع بشيء ، لأن نفقته عليه احتساباً ، كالنفقة على اليتيم ، ويكون بمنزلة من أنفق على يتيم ، يرى أنه لا مال له ، ثم ظهر له مال ، فإنه لا يرجع عليه بشيء ، وهو قول أشهب فى [« المدونة »] (١) .
فإن كان الأب لم يتعمد طرحه : فلا إشكال أنه لا شيء عليه ، وهو نص قول ابن القاسم فى « المدونة » .

فإن التقطه من قرى أهل الشرك ، التى هى فى أرض الإسلام وحكمهم ، فما حكمه ؟ على قولين :

أحدهما : أنه مشرك ، وهو قوله فى كتاب « محمد » .

والثانى : أنه يكون مسلماً ، وإن التقطه من كنيسة ، وهو قول أشهب فى « الموازية » ، قال : « كما أجعله حراً ، كذلك يكون مسلماً » .
فإن التقطه نصرانى :

فإن كان من قرى [الإسلام] (٢) ، فالتقطه ، فإنه يكون مسلماً .

وإن التقطه من قرى أهل الشرك ، فإنه يكون مشركاً .

فإن التقطه من قرية فيها [مسلمون ونصارى] (٣) ، فقولان :

أحدهما : أنه يكون مشركاً ، إن التقطه الكافر ، وإن التقطه المسلم يكون مسلماً ، وهو قوله فى « الموازية » .

والثانى : أنه لا يكون إلا مسلماً ، وإن كان فيها من المسلمين الاثنان والثلاثة ، وهو قول أشهب فى « الكتاب المذكور » .

والحمد لله وحده .

(١) فى هـ : الموازية .

(٢) فى هـ : المسلمين .

(٣) فى أ : مشركون .

المسألة التاسعة

فى اختلاف ورثة الكافر فى ميراثه ، وكيف إن أسلموا ؟
ولا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكونوا جميعهم على الكفر .

والثانى : أن يُسلم بعضهم قبل القسمة .

والثالث : أن يُسلموا جميعاً .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كانوا كُلُّهم على الكفر ، فاختلفوا فى الميراث ، أيرتفعون إلى حكم المسلمين ، فإنه بالخيار بين الحكم والترك .
فإن حكم بينهم حكماً بما ثبت عنده من موارِيثهم ، بعد كشفه عن ذلك ، وبحثه عن كتابة توارِيثهم .

والجواب [عن الوجه الثانى] ^(١) : إذا أسلم بعضهم قبل القسمة ، فإنه يحكم بينهم ، ولا يرد إلى حكم النصارى ، ولا خيار له فى هذا الوجه ، لأنه حكم بين مسلم ونصرانى ، ولا ينقلهم عن موارِيثهم ، وإنما ينعون من أن يُردوا إلى حكم النصارى ، لما فى ذلك من إذلال المسلم ، ولأنهم لا يؤمنون من الحيف والميل عليه ، وقد وقع فى روايات مختلفة ، كُلُّها راجعة إلى معنى واحد .

قال فى بعضها : « وإن كان الورثة مسلمين ونصارى : حكم بينهم بحكم الإسلام ، ولم أنقلهم عن موارِيثهم ، ولا أردُّهم إلى أهل دينهم » ، وهى رواية ابن عتاب .

وفى رواية يحيى بن عمر : « فحكم بينهم بحكم دينهم » ، وهذا كله أمرٌ مُتقارب .

ومعنى قول : « حُكم بينهم بحكم دينهم » أى : فيهم وإن بقوا على موارثهم فى الكفر ، وهو قول عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه فى مسلمين ونصارى حاما إليه فى ميراث ، فقال : « تُقسَّم بينهم على فرائض الإسلام ، فإن أبوا ، فردوهم إلى أهل دينهم » ، كذا فى رواية عيسى عن ابن المرباط ، وعند ابن عتاب : « إلى أمر دينهم » ، وهذه أصحُّ ، أى : « أُقسَّم بينهم على ورثة الكفر » ، ومعناه : « أن بعضهم أسلم بعد الموت ، فيُقسَّم ميراثه على ورثة الكفر » .

ومعنى قوله : « إلى أهل دينهم » أى : إلى أمر دينهم ، كما قال فى الرواية الأولى .

فإذا حُمِل على هذا التأويل : يكون وفقاً للمذهب [ويحتمل أنه أراد أن يحكم أولاً أنه لا ميراث للمسلمين معهم ثم يرد الباقي من النصارى إلى أهل دينهم لكونهم أسلموا قبل موت أبيهم ويكون قوله وفقاً للمذهب]^(١) أيضاً .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا أسلموا جميعاً قبل قسمة التركة ، هل تُقسَّم بينهم على قسمة الإسلام أو على قسمة النصارى ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يُقسَّم بينهم على قسمة المسلمين ، وهى رواية أشهب عن مالك ، وهو قول ابن نافع فى « المدونة » ، وهو قول مطرف وابن الماجشون فى « كتاب ابن حبيب » .

والثانى : أَنَّهُ يُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ عَلَى قِسْمَةِ أَهْلِ الشَّرْكِ جُمْلَةً ، كَانُوا أَهْلَ كِتَابٍ أَوْ غَيْرِهِمْ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ فِي « الْعُتْبِيَّةِ » : فِي الْمَجُوسِ إِنْ كَانُوا أَهْلَ ذِمَّةٍ ، وَأَسْلَمَ [أَوْلَادُهُ] ^(١) قَبْلَ أَنْ يُقَسَّمَ الْمِيرَاثُ ، حَيْثُ قَالَ : « فَإِنَّهُ يُقَسَّمُ عَلَى قِسْمِ الشَّرْكِ » .

والثالث : التفصيل بين أهل الكتاب وغيرهم ، فأهل الكتاب يُقَسَّمُونَ عَلَى قِسْمِ النَّصَارَى إِذَا أَسْلَمُوا ، وَالْمَجُوسُ يُقَسَّمُونَ عَلَى قِسْمِ الْإِسْلَامِ إِذَا أَسْلَمُوا ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ فِي الْمُدُونَةِ وَبِهِ أَخَذَ ابْنُ الْقَاسِمِ .

وسبب الخلاف : اختلافهم في تأويل قوله ﷺ : « أَيُّمَا دَارٍ قَسَّمْتَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْجَاهِلِيَّةِ وَأَيُّمَا دَارٍ أَدْرَكَهَا الْإِسْلَامُ لَمْ تُقَسَّمْ ، فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْإِسْلَامِ » .

فقال معناه : « فِي غَيْرِ الْكِتَابِيِّينَ ، وَذَلِكَ مِنْ بَابِ تَخْصِيصِ الْعُمُومِ بِالْقِيَاسِ ، لِأَنَّ أَهْلَ الْكِتَابِ [عَنْدهم] ^(٢) شَرِيعَةً يَتَّبِعُونَهَا ، فَوَجِبَ أَنْ تُقَسَّمَ مَوَارِيثُهُمْ عَلَى مَا وَجِبَتْ عَلَيْهِ عَنْدهم يَوْمَ مَاتَ الْمَيِّتُ ، وَذَلِكَ لَا يُسْقِطُهُ إِسْلَامُهُمْ ، وَالْمَجُوسُ لَا كِتَابَ لَهُمْ ، وَلَا شَرِيعَةً عَنْدهم فَيَرْجِعُونَ إِلَيْهَا وَيُحْمَلُونَ عَلَى مُقْتَضَاهَا : فَكَانَ مِنْ ضَرُورَتِهِمُ الرُّجُوعُ إِلَى قِسْمِ الْإِسْلَامِ ، وَالْعَمَلُ بِمُقْتَضَاهُ .

وَمَنْ حَمَلَ الْخَبَرَ عَلَى عُمُومِهِ ، قَالَ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا غَيْرِهِمْ ، لِقَوْلِهِ ﷺ : « فَهِيَ عَلَى قِسْمِ الْإِسْلَامِ » ، فَهِيَ مِنْهُ جُنُوحٌ إِلَى أَنْ الْعُمُومُ لَا يُخَصَّصُ بِالْقِيَاسِ .

وَمَنْ رَأَى أَنَّهُمْ يُقَسَّمُونَ عَلَى قِسْمِ أَهْلِ الشَّرْكِ ، كَانُوا أَهْلَ كِتَابٍ أَوْ

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

غيرهم ، يقول : « معنى الخبر : « أن يكون على قسمة الإسلام » ، معناه : أن يتولاه المسلم من غير أن ينقلهم عن قسمة أهل الشرك ، وقد قال النبي ﷺ : « سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب » ، فكان ينبغى مساواتهم فى الجميع ، [ق / ١٣٨ ع] .

والحمد لله وحده .

وصلّى الله على نبينا محمد خيرة خلقه ، وعلى آله وأزواجه وذريته ، وسلّم تسليمًا كثيرًا وصلاةً دائمة .

تمّ الكتاب بحمد الله وعونه فى سابع عشرى ذى الحجة من سنة إحدى وثلاثين وسبعمائة .

كتبه بخطه لنفسه / عبد الله بن عمرو بن يوسف الزواوى المالكي .

ثمّ لمن شاء الله بعده ، والمسؤول من إحسان من نظر فى هذا الكتاب أن يدعو لكتابه بالمغفرة .

وهذا آخر المجلد الأول .

ويتلوه فى أول المجلد الثانى « كتاب الصرف » .

فهرس الموضوعات

الصفحة

الموضوع

كتاب التخيير والتمليك

- ٧ كتاب التخيير فيه ست مسائل :
- ٧ المسألة الأولى : فى التخيير ، هل مباح أو مكروه ؟
- ١٠ المسألة الثانية : فى الفرق بين التخيير والتمليك
- ١٢ المسألة الثالثة : فى التملك المقيد
- ١٥ المسألة الرابعة : فى جواب المخيرة فى الطلاق
- ٢٢ المسألة الخامسة : فى قوله الحلال عليه حرام
- ٢٨ المسألة السادسة : فى صريح الطلاق وكناياته

كتاب الظهار

- ٤١ كتاب الظهار وفيه إحدى عشرة مسألة :
- ٤١ المسألة الأولى : فى شرح لفظ الظهار واشتقاقه :
- ٤٣ المسألة الثانية : فيما يلزم من الظهار من القول .
- ٥١ المسألة الثالثة : فى الظهار المعلق بشرط أو بوقت .
- المسألة الرابعة : فىمن أوقع الظهار والطلاق والإيلاء فى كلمة واحدة .
- ٥٦
- ٦٣ المسألة الخامسة : فى دخول الإيلاء على الظهار .
- ٦٦ المسألة السادسة : فىمن ظاهر من جماعة النساء .
- ٧٤ المسألة السابعة : فى تعليق الظهار بدواعى الوطء
- ٧٨ المسألة الثامنة : فى العودة ما هى ؟

المسألة التاسعة : فيمن كفر قبل إرادة العودة ٨٣

المسألة العاشرة : فى ظهار العبد وما يجوز له أن يكفر به ٨٦

المسألة الحادية عشر : فى كفارة الظهار ٩٣

كتاب الإيلاء

كتاب الإيلاء وفيه أربع مسائل ١١١

المسألة الأولى : الإيلاء فى اللغة ١١١

المسألة الثانية : فى أجل الإيلاء ١٢٠

المسألة الثالثة : فيما تكون به منيعة المؤلى ١٢٤

كتاب اللعان

كتاب اللعان فيه مسألتان ١٢٩

المسألة الأولى : فى حده ١٢٩

المسألة الثانية : إذا ادعى رؤية لاميسس بعدها

كتاب العتق الأول

كتاب العتق الأول فيه إحدى عشرة مسألة : ١٤٣

المسألة الأولى : فى اشتقاق العتق ١٤٣

المسألة الثانية : إذا قال عبيدى أحرار ١٤٥

المسألة الثالثة : إذا قال كل عبد أملكه أو أشتريه فهو حر ١٤٨

المسألة الرابعة : إذا قال : إذا كلمت زيد فعبدى فلان حر ١٥٥

المسألة الخامسة : فى اليمين بالعتق على فعل ١٥٨

المسألة السادسة : إذا قال : أحد عبيدى حر أو إحدى نسائى طالق . ١٦٥

المسألة السابعة : إذا قال لأمتيه : إن دخلتما هذه الدار فأنتما

حرتان . ١٧٠

- المسألة الثامنة : فى العتق بالسهم ١٧١
 المسألة التاسعة : إذا اشترى أباه وعليه دين يفترقه ١٧٨
 المسألة العاشرة : فى عتق أحد الشريكين حصته ١٨١
 المسألة الحادية عشر : فى المأذون إذا اشترى من يعتق على سيده ٢٠٣

كتاب العتق الثانى

- كتاب العتق الثانى فيه ست مسائل : ٢٠٧
 المسألة الأولى : شراء الأب من يعتق على ابنه الصغير ٢٠٧
 المسألة الثانية : فى العبد يعطى مالاً لرجل ٢١٠
 المسألة الثالثة : فى من وهب لرجل شيئاً . ٢١٣
 المسألة الرابعة : إذا أعتق عبده على مال ٢١٦
 المسألة الخامسة : إذا أقر بعض الورثة أن أباه أعتق هذا العبد ٢٢٣
 المسألة السادسة : فى النصرانى إذا أعتق عبده أو دبره ٢٢٦

كتاب المدبر

- كتاب المدبر فيه خمس مسائل : ٢٣٣
 المسألة الأولى : الفرق بين التدبير والوصية ٢٣٣
 المسألة الثانية : فى رهن المدبر ٢٣٥
 المسألة الثالثة : فى بيع المدبر ٢٣٨
 المسألة الرابعة : فى المدبر يكاتب أو المكاتب يدبر ٢٤٢
 المسألة الخامسة : فى المدبر يباع فى المقاسم ٢٤٥

كتاب المكاتب

- كتاب المكاتب فيه سبع عشرة مسألة : ٢٥١
 المسألة الأولى : فى الكتابة ٢٥١
 المسألة الثانية : فى الكتابة على غرر ٢٥٧

- ٢٦٠ المسألة الثالثة : فى الكتابة على الخدمة
- ٢٦٣ المسألة الرابعة : فى القطاعة
- ٢٧٢ المسألة الخامسة : فى العبيد إذا كوتبوا كتابة واحدة
- ٢٧٨ المسألة السادسة : فى المكاتب هل يجوز له أن يعجز نفسه أم لا
- ٢٨٠ المسألة السابعة : إذا قاطعه سيده على ماله
- ٢٨٣ المسألة الثامنة : إذا وطئ السيد مكاتبته
- ٢٩٠ المسألة التاسعة : فى كتابة بعض العبد
- ٢٩٣ المسألة العاشرة : فى الذى يكاتب عبده وعلى السيد الدين
- ٢٩٥ المسألة الحادية عشرة : فى الرهن فى الكتابة
- ٢٩٩ المسألة الثانية عشرة : شراء المكاتب من يعتق على الحر
- ٣٠٢ المسألة الثالثة عشرة : فى عتق السيد أحد المكاتبين
- ٣٠٦ المسألة الرابعة عشرة : فى المكاتب إذا مات
- ٣١٢ المسألة الخامسة عشرة : فى الكتابة فى المرض
- ٣١٥ المسألة السادسة عشرة : فى السيد إذا أوصى بكتابة مكاتبه
- ٣٢٠ المسألة السابعة عشرة : فى موت أحد المكاتبين

كتاب أمهات الأولاد

- ٣٢٩ كتاب أمهات الأولاد فيه ست مسائل :
- ٣٢٩ المسألة الأولى : فى الأمة تدعى أن سيدها أولدها
- ٣٣٤ المسألة الثانية : فى الأب إذا وطئ أمة ابنه
- ٣٤٦ المسألة الثالثة : فى أم ولد الذمى تسلم
- ٣٤٨ المسألة الرابعة : فى إقرار السيد بالإيلاء
- ٣٥٤ المسألة الخامسة : فى القافة
- ٣٧٦ المسألة السادسة : فى الأمة بين الشريكين

كتاب الولاء والموارث

- كتاب الولاء والموارث وفيه تسع مسائل : ٣٨٥
- المسألة الأولى : فيمن أعتق عبده على غيره . ٣٨٥
- المسألة الثانية : في النصراني إذا أعتق عبده ٣٩١
- المسألة الثالثة : في المسلم إذا أعتق عبده النصراني ٣٩٣
- المسألة الرابعة : فيمن شهد بعتق عبده ٣٩٥
- المسألة الخامسة : في ميراث الحملاء والمتحملين ٣٩٨
- المسألة السادسة : في الرجل إذا مات وترك ولدين مسلما
ونصرانيا . ٤٠٤
- المسألة السابعة : في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا ٤٠٨
- المسألة الثامنة : في ميراث اللقيط والمنبوذ ٤١٠
- المسألة التاسعة : في اختلاف ورثة الكافر في ميراثه ٤١٤