

بَحْرُ الْمَذْهَبِ

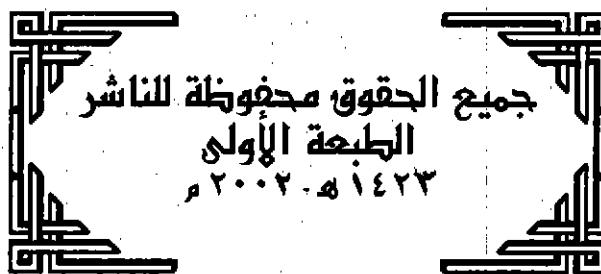
فِي فَرْعَوْنِ مَذْهَبَ الْأُمَّامِ الشَّافِعِيِّ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

تألِيف
الشَّيْخِ الْأَمَامِ أَبِي الْمَحَاسِنِ
عَبْدِ الْوَاحِدِ بْنِ أَسْمَاعِيلِ الرَّوْيَانِيِّ
المُؤْفَفُ بِسَنَةِ ٥٠٢ هـ

حَقْقَهُ وَعَلَقَ عَلَيْهِ
الْمَدِيْنَ وَسِنَّا يَةُ الدَّمْشَقِيُّ

الْجَزْءُ الْرَّابِعُ عَشَرُ

دَارُ الْحِكْمَةِ الْمَرْكُوزِ الْعَرَبِيِّ
بِدْرُتْ. لِبَنَانُ



DAR EHIA AL-TOURATH AL-ARABI

Publishing & Distributing

دار إحياء التراث العربي

للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع داكس - هاتف: ٢٧٢٦٥٢ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٧٨٢ - ٢٧٢٧٨٤ - ٢٧٢٦٥٥ - ٢٧٢٦٥٧ فاكس: ٨٦٠٦٢٢ - ٨٦٠٧١٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel. 272652 - 272655 - 272782 - 272783 Fax: 850717 - 850623 P.O.Box: 7957/11

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب العنق^(١)

باب عنق الشرك في الصحة والمرض والوصايا في العنق

مسألة: قال الشافعی رضي الله عنه: «من أغثق شرکاً له في عبد وكان له مالاً ينفع قيمة العبد فوم علیه قيمة عدل وأعطي شرکاءه حصصهم وعنق العبد وإلا فقد عنق ما عنق وهكذا روى ابن عمر عن رسول الله ﷺ. قال الماوردي: إنما عنق العبد والإماء من الشرب التي تردد بين وحوب ونذب والأصل فيه قول الله تعالى: «فلا أنتحم العقبة * وما أدركك ما العقبة * فك رقبة» [البلد: ١١ - ١٣] يعني عنق رقبة من الرق.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «في جهنم عقبة لا يتحمها إلا من فك رقبة»^(٢). وقال تعالى: «وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَنْتُ عَلَيْهِ أَنْتِكَ رَزْبَكَ» [الاحزاب: ٣٧] يعني زيد بن حارثة أنعم الله عليه بالإسلام وأنعم عليه رسول الله ﷺ بالعنق ولذلك سمي المولى المعنق منعماً وقال الله تعالى فيما أوجبه من كفارة القتل: «فَتَحْرِيرُ رَقْبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» [النساء: ٩٢] وفيما أوجبه من كفارة الظهار «فَتَحْرِيرُ رَقْبَةٍ» وفي الكتابة المفضية إلى المعنق: «فَكَابُوْهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا» [النور: ٣٣] وروي عن ابن عيينة أن رسول الله ﷺ قال: «من أغثق رقبة مؤمنة كانت فداءً من النار»^(٣). وروى وائلة بن الأسعع، وعبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: «من أغثق رقبة مؤمنة أغثق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار»^(٤).

(١) أخي القارئ: من بداية كتاب العنق إلى باب من يعتق عليه بالملك تم إضافته من كتاب الحاوي الكبير للماوردي.

(٢) ذكره السيوطي في الدر المثور (٥٩٦/٦).

(٣) أخرجه عن عمرو بن عبيدة النسائي في الجهاد، باب ثواب من رمى بسهم في سبيل الله عز وجل

(٤) (٣٤٢)، وأبو داود في العنق، باب أبي الرقاب أفضل (٣٩٦٦).

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٥٨٠).

وروي أن عائشة رضي الله عنها نذرت أن تعتق عشرة من بنى إسماعيل فسي قوم من بنى تميم فقال لها النبي ﷺ: «إِنْ سَرَّكَ أَنْ تُعْتَقِي الصَّمِيمَ مِنْ وَلَدِ إِسْمَاعِيلَ فَأَعْتَقِي هَؤُلَاءِ»^(١).

وأعتق رسول الله ﷺ سليمان، وشقران، وشريان، وزيد بن حارثة، واشترى أبو بكر رضي الله عنه بلا لاءً وكان يذهب على الإسلام فأعْتَقَهُ لوجه الله تعالى، فقال فيه عمر ابن الخطاب رضي الله عنه: بلال سيدنا وعتيق سيدنا.

وفي قوله بلال سيدنا ثلاثة تأويلات:

أحدها: قوله ﷺ: «سَيِّدُ الْقَوْمِ خَادِمُهُمْ»^(٢). والثاني: لسابقته في الإسلام، وأنه كان من المعلميين فيه. والثالث: أنه أقصد به التواضع وكسر النفس.

وقد أعتق عمر، وعثمان، وعلى رضوان الله عليهم، عبيداً وإماءً وكذلك أهل الثروة من الصحابة رضي الله عنهم في عصر الرسول ﷺ وبعده، فدل على فضل العتق فقيل: يا رسول الله: أي الرقاب أفضّل؟ قال: أكثُرُهَا ثَمَنًا وَأَنْفَسُهَا عَنْدَ أَهْلِهَا»^(٣). ولأن في العتق فكأ من ذل الرق بعزم الحرية وكمال الأحكام بعد نقضها، والتصرف في نفسه بعد المنع منه وتملك المال بعد حظره عليه فكان من أفضّل القرب من المعتيق وأجزل النعم على المعتيق ولأن الله تعالى كفر به الذنوب وجبر به المأثم ومحى به الخطايا وما هو بهذه الحال فهو عند الله عظيم.

فصل

فإذا تقرر هذا فالعتق ضررمان: واجب وتطوع.

فالواجب خاص في بعض الرقاب. وهي أن تكون مؤمنة سليمة من العيوب. والتطوع أن يكون عاماً في جميع الرقاب من مؤمنة وكافرة وسليمة ومعيبة. والعتق يقع بالقول الصريح وكناية. والصريح لفظتان: أعتقتك، وحررتك، يقع العتق بهما مع وجود النية وعدمها. والكناية: قوله حرمتك، وسببتك، وأطلقتك، وخليلتك، وما في معناه، فإن نوى به العتق وإن لم يتو لم يعتق ولا يعتق بالنية من غير لفظ كالطلاق ويصح معجلأً ومؤجلأً وناجزأً وعلى صفة وبعوض وبغير عوض اعتباراً بالطلاق وتعلم العبد وبغير علمه ومع إرادته وكرهه.

(١) أخرج نحوه البيهقي (٧٠/٩).

(٢) ذكره العجلوني في كشف الخفاء (٥٦٢/١).

(٣) أخرجه مسلم في الإيمان، باب بيان كون الإيمان بالله تعالى أفضّل الأعمال (٨٤).

فصل

وإذا كان العنق على ما وصفنا فهو يسري كسراية الطلاق وسرايته أعم من سراية الطلاق لأنه يسري إلى ملك المعتق وإلى غير ملكه وسراية الطلاق لا تسري إلا إلى ملك المطلق، فإذا أعتق الرجل بعضاً من عبده كقوله: نصفه حر عنق جميعه ولم يقف العنق الذي باشره.

وروى قتادة عن أبي المليح أسماء بن عمير عن أبيه أن رجلاً أعتق شفاصاً من غلام فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «هُوَ حُرٌ كُلُّهُ لَيْسَ لَكَ شَرِيكٌ»^(١).

وإذا أعتق شركاء له في عبد شرك بينه وبين غيره عنق عليه ما يملكه منه وروعيت حاله في يساره وإعساره فإن كان موسراً سرى عنته إلى شريكه، وعنة عليه جميعه، ووجب عليه لشريكه قيمة حصته، ولم يكن للشريك أن يستبقيها على ملكه ولا أن يعتقها في حق نفسه، وإن كان المعتق موسراً لم يسر عنته إلى حصة الشريك، وكانت حصته باقية على ملكه إن شاء أعتقها وإن شاء استباقها ولا يجبر العبد على الاستسقاء فيما رق منه في حق واحد منهما وتبعضه في العبد الحرية والرق. وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن تتبعض فيه فيكون بعضه حرًا وبعضه مرقوقاً. والواجب تكميل الحرية فيه فإن كان المعتق موسراً كان شريكه بال الخيار بين ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعتق حصته مباشرة فيكون الولاء بينهما. والحالة الثانية: أن يستصفي العبد في حصته فيعتق عليه بالسوية ويكون الولاء بينهما. والحالة الثالثة: أن يأخذ المُعْتَق بقيمة حصته ويكون المُعْتَق فيه بين خيارين إن شاء أعتقه، وإن شاء استسقاء في حصته فيه بقيمتها، وإن كان المُعْتَق موسراً كان الشريك في حصته بين خيارين: إما أن يعتقها وإما أن يستصفي العبد فيها.

وقال ربيعة بن أبي عبد الرحمن: لا يصح أن ينفرد أحدهما بعتق حصته في يساره وإعساره إلا أن يجتمعوا على عنته فيعتق عليهما، فإن تفرد أحدهما بالعتق لم يقع.

وقال الأصم وابن علية: يعتق حصه المعتق ولا يعتق عليه حصة الشريك موسراً كان أو موسراً. وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق حصة الشريك على المعتق موسراً كان أو موسراً، واستدل أبو حنيفة بما رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشير ابن نهيك عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْنَقَ شَرِيكًا لَهُ مِنْ عَبْدٍ فَعَلَيْهِ خَلَاصَهُ فِي مَالِهِ».

(١) أخرج البيهقي في الكبير (٢٧٤/١٠).

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ! اسْتَسْعِي الْعَبْدُ غَيْرَ مَسْقُوقٍ عَلَيْهِ»^(١).

قالوا: وهذا نص. قالوا: ولأن تنافي أحكام الحرية والرق تمنع من تبعيض الحرية والرق كما امتنع من تبعيض الزوجية بإباحة وحظراً. قالوا: ولأنه ما لم تبعض الحرية والرق في ملك الواحد. لم تبعض في ملك الاثنين.

قالوا: ولأن عتق أحد الشريكين يجعل العبد فيما يملكه من حرية نفسه كالغاصب في حق الآخر فوجب أن يستبعى في قيمة نفسه كما يؤخذ الغاصب بقيمة غصبه. ودليلنا ما رواه الشافعى عن مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْنَقَ شَرِيكًا لَهُ أَبْعَدَ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَئْلُغُ قِيمَةَ الْعَبْدِ قُوَّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ فَأَعْطَى شُرَكَاؤُهُ حَصَصُهُمْ وَعَنِقَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ فَإِلَّا فَقَدْ عَنِقَ مِنْهُ وَرُقَّ مِنْهُ مَا رُقَّ»^(٢).

وهذا يدل على عتقه في حق الموسر دون حق المعاشر، ويندل عليه ما رواه عطاء عن سعيد بن المسيب عن عمران بن الحصين، وروى سماك بن حرب عن الحسن عن عمران ابن الحصين، وروى أبوب عن محمد بن سيرين عن عمران بن الحصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة عبد عند موته وليس له مال غيرهم فبلغ ذلك إلى رسول الله ﷺ فدعاهم وجزأهم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة^(٣).

فمنع هذا الخبر من قول أبي حنيفة، لأن فيه أنه جزأهم وأبو حنيفة لا يجزئهم وأقمع بينهم، وأبو حنيفة لا يقرع بينهم، وأعتق منهم اثنين وأبو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه، وأرق أربعة وأبو حنيفة لا يسترقهم، وأوجب استساعهم والنبي ﷺ لم يوجبه فصار مذهب مخالفًا للخبر في جميع أحكامه فوجب أن يكون مدفوعاً به، لأن الاستساع عتق بعوض فلم يجر على العبد كالكتابة، ولأنه لما لم يقام على المعتق المعاشر فأولى أن لا يقوم على العبد بالسعاية، لأنه أسوأ حالاً من المعاشر للعلم بإعسار العبد في الظاهر والباطن وإعسار المعتق في الظاهر دون الباطن.

ولأن ما يقتضيه التقويم هو العتق لدخوله الضرر به في حصة الشريك فلما سقط التقويم

(١) أخرجه البخاري في الشرك، باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل (٢٤٩٢).

(٢) أخرجه البخاري في العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء (٢٥٢٢)، ومسلم في العتق (١٥٠١).

(٣) أخرجه مسلم في الأيمان، باب من أعتق شركاً في عبد (١٦٦٨)، والترمذى في الأحكام عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن يعتق مالكه عند موته (١٣٦٤)، وأبو داود في العتق، باب فيمن أعتق عبداً له (٣٩٥٨).

في حق المعتق بإعساره وهو مباشر كان أولى أن يسقط عن العبد بما قد يجوز أن لا يصل إليه من سعايته، وقد قال النبي ﷺ: «مَنْ ضَرَّ أَصْنَارَ اللَّهِ بِهِ».

فأما الجواب عن احتجاجهم بالخبرين فمِنْ وجهين: أحدهما: اختلاف الرواية فيه. والثاني: استعماله. فاما اختلاف الرواية فمن أوجهه:

أحدها: أن الاستسقاء تفرد به سعيد بن أبي عروبة عن قتادة فيما رواه العراقيون عنه وقد رواه أبو داود عن ابن أبي عيسى عن سعيد ولم يذكر السعاية.

والثاني: أن سعيد بن أبي عروبة تفرد برواية السعاية من بين أصحاب قتادة، وقد رواه من أصحاب قتادة من هو أضبط من سعيد وهو مسمر الحافظ وهشام الدستوائي ولم يذكرها فيه السعاية.

والثالث: أنه قد رواه هشام عن قتادة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْنَقَ شِرْكًا لَهُ مِنْ عَبْدٍ فَعَلَيْهِ خَلَاصَهُ فِي مَالِهِ» وأن قتادة قال فإن لم يكن له مال استسقى العبد غير مشقوق عليه فذكر قتادة ذلك عن نفسه فوهم فيه سعيد بن أبي عروبة فضمه إلى روايته.

قال أبو بكر النيسابوري: رواية همام أصح، لأنه فصل مذهب قتادة عن روايته وسعيد أزوجها في الرواية.

وأما استعمال الخبر في السعاية فمن وجهين:

أحدهما: أنه يحمل على المراضاة، دون الإجبار إذا طلبها العبد وأجاب إليه السيد، لأنه قال: غير مشقوق عليه والإجبار شاق، ولأن الاستسقاء استفعال وهو في اللغة موضوع للطلب كقولهم استسلف واستصعب واستفرض.

والثاني: أنه يحمل على استسقاءه في خدمة الشريك واكتسابه له بحق ملكه لا لإطلاق الاستسقاء في احتمال الأمرين. وأما الجواب عن استدلالهم بأن تنافي أحكام الحرية والرق يمنع من الجمع بينهما فهو أنا نغلب أحدهما ولا نجمع بينهما فزال التنافي. وأما الجواب عن امتناع الجمع بينهما في ملك الواحد فهو أن اختياره للمنتق أو جب سرياته إلى ملكه، ولم يوجب سرياته إلى ملك شريكه إذا استقر. وأما الجواب عن جعلهم العبد كالغاصب فهو أنه لم يكن من العبد فعل ولا له على رقه يد فلم يجز أن يجعل كالغاصب المتعدى بيده واستهلاكه.

مسألة: قال الشافعية رضي الله عنه: «وَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ فِي عَنْقِ الْمُؤْسِرِ وَأَعْطَى شَرْكَاءَهُ حِصْصَهُمْ وَعَنْقَ الْعَبْدِ مَعْنَيَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَعْنِقُ بِالْقَوْلِ وَيَدَعُ الْقِيمَةَ وَالآخَرُ أَنْ يَعْنِقَ الْمُؤْسِرَ

ولئن أغسرَ كَانَ الْعَبْدُ حُرًّا وَأَتَيْعَ بِمَا ضِمِّنَ وَهَذَا قَوْلٌ يَصْحُّ فِيهِ الْقِيَاسُ (قال المزني) وَبِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ قَالَ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا فِي الْعَتْقِ وَقَالَ فِي كِتَابِ الْخِتَالِفِ الْأَحَادِيدِ يَعْتِقُ يَوْمَ تَكَلَّمُ بِالْعَتْقِ وَهَكَذَا قَالَ فِي كِتَابِ الْخِتَالِفِ ابْنَ لَيْلَى وَأَبِي حَيْفَةَ وَقَالَ أَيْضًا فَإِنْ مَا تَمَّ الْمَعْتِقُ أَخْدَ بِمَا لَزَمَهُ مِنْ أَرْشِ الْمَالِ لَا يَمْتَنَعُ الْمَوْتُ حَقًا لَزَمَهُ كَمَا لَوْ جَنَّ جَنَّيَةَ وَالْعَبْدُ حُرٌّ فِي شَهَادَتِهِ وَمِيرَاثِهِ وَجِنَانِيَّاتِهِ قَبْلَ الْقِيَمَةِ وَدَفَعُهَا (قال المزني) وَقَدْ قَطَعَ بِأَنَّ هَذَا الْمَعْنَى أَصْحَّ (قال المزني) وَقَطَعَهُ بِهِ فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعِ أَوْلَى بِهِ مِنْ أَخْدِ قَوْلَيْنِ لَمْ يَقْطَعْ بِهِ وَهُوَ الْقِيَاسُ عَلَى أَصْلِهِ فِي الْفَرْعَةِ أَنَّ الْمَعْتِقَ يَوْمَ تَكَلَّمُ بِالْعَتْقِ حَتَّى أَفْرَعَ بَيْنَ الْأَحْيَاءِ وَالْمَوْتَى فَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ (قال المزني) رَحْمَةُ اللَّهِ قَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَوْ أَعْتَقَ الثَّانِيَ كَانَ عَنْهُ بَاطِلًا وَفِي ذَلِكَ ذَلِيلٌ لَوْ كَانَ مَلِكُهُ بِحَالِهِ لَوْ عَتَقَ بِإِيَاهُ وَقَوْلُهُ فِي الْأُمَّةِ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ إِنْ أَحْبَلَهَا صَارَتْ أَمْ وَلَدٍ لَهُ إِنْ كَانَ مُوسِرًا كَالْعَتْقِ وَأَنْ شَرِيكَهُ إِنْ وَطَنَهَا قَبْلَ أَخْدِ الْقِيَمَةِ كَانَ مَهْرُهَا عَلَيْهِ ثَانِيَا وَفِي ذَلِكَ قَضَاءٌ لِمَا قُلْنَا وَدَلِيلٌ أَخْرُ لَمَّا كَانَ الشَّمْنُ فِي إِجْمَاعِهِمْ ثَمَنِنَ أَحَدُهُمَا فِي بَيْعٍ عَنْ تَرَاضِي يَجُوزُ فِيهِ التَّعَابُنُ وَالْأَخْرُ قِيمَةٌ مُتَنَافِ لَا يَجُوزُ فِيهِ التَّعَابُنُ وَإِنَّمَا هِيَ عَلَى التَّغْدِيلِ وَالتَّقْسِيَطِ فَلَمَّا حَكَمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى الْمَعْتِقِ الْمُوسِرِ بِالْقِيَمَةِ دَلَّ عَلَى أَنَّهَا قِيمَةٌ مُتَلَافِ عَلَى شَرِيكَهِ يَوْمَ أَنْلَفَهُ فَهَذَا كُلُّهُ قَضَاءٌ لِأَخْدِ قَوْلِهِ عَلَى الْأَخْرِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: وهذا القول يصح فيه القياس قد ذكرنا أن عتق الموسير يسري إلى حصة شريكه، واختلف قول الشافعى في عتقها عليه بماذا يقع على ثلاثة أقاويل:

أحدها: نص عليه في اختلاف الحديث، واختلاف العراقيين وكتاب الوصايا أنه يعتق عليه حصة الشريك بنطقه قبل دفع القيمة، فيدفعها بعد نفوذ العتق، وهو قول ابن أبي ليلى وسفيان الثورى، وأحمد وإسحاق.

والقول الثاني: نص عليه في القديم لا يعتق عليه إلا بعد دفع القيمة إلى شريكه وهو قبل دفعها على بقاء حصته وهو قول مالك.

والقول الثالث: الأشبه ذكره عنه البوطي وحرملة، أن العتق في حصة الشريك موقف مراعى فإذا دفع القيمة بَأَنَّ الْعَتَقَ وَقَعَ بِاللَّفْظِ، وإن لم يدفعها بَأَنَّهُ لَمْ يَزُلْ عَنِ الرَّقِ.

ونظير هذه الأقاويل في ملك المبيع متى ينتقل عن البائع إلى المشتري على ثلاثة أقاويل: أحدها: بالعقد قبل مضي زمان الخيار. والثاني: بالعقد وانقضاء الخيار. والثالث: أنه موقف مراعى.

فإن تم البيع بَأَنَّهُ كَانَ مَالِكًا بِنَفْسِ الْعَدْدِ، وإن لَمْ يَتَمِّ الْبَيْعُ بَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا.

فإذا قيل بالقول الأول أنه يعتق عليه باللفظ قبل دفع القيمة وهو المشهور من مذهبه فدليله رواية ابن أبي مليكة عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إذا كان العبد بين رجليْن فاعتَقَ أحَدَهُمَا نَصِيبَهِ وَكَانَ لَهُ مَا لَمْ يَقْدُ عَتِيقَ كُلُّهُ»^(١) ولأن فيه الحصة معتبرة وقت عتقه فدلل على نفوذ العتق فيها بلفظة.

وإذا قيل بالقول الثاني: أنه لا يعتق إلا بدفع القيمة فدليله رواية عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال: «أَيُّمَا عَبْدٌ كَانَ بَيْنَ اثْنَيْنَ فَاعْتَقَ أَحَدَهُمَا نَصِيبَهِ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا قُوْمًا عَلَيْهِ قِسْمَةً عَذْلٌ لَيْسَتْ بِوَكْسٍ وَلَا شَطَطٌ ثُمَّ يُعْتَقُ»^(٢) ولأن العتق عن عرض فتحريمها يدفع العوض كالكتابة.

وإذا قيل بالقول الثالث: أن العتق موقف مراعي فدليله أن تعارض الروايتين يقتضي الوقف والمراعاة لاستعمال الخبرين، ولأن في الوقف إزالة الضرر عن الشريك والعبد فكان أولى من إدخاله على الشريك بتعجيل العتق أو على العبد بتأخيره، ويكون وقف عتقه على هذا القول كمن أعتق عبده في مرض موته وله مال غائب لا يعلم أيس لم يخرج العتق من ثلاثة، أو يتلف فلا يخرج من ثلاثة كان تحرير عتقه بعد موته موقوفاً على سلامة ماله، فإن سلم عتق جميع العبد من حين تلفه وإن تلف ماله بآن أنه لم يعتق منه إلا ثلاثة، وأن باقيه لم ينزل موقوفاً.

فصل

فأما المزني، فإنه اختار أشهر هذه الأقاويل وهو الأول أن حصة الشريك تعتق بلفظ العتق، وتكون القيمة في ذمته حتى يؤديها، وتكلم على قيمته فصولاً بعضها تحقيق لمذهبه وبعضها نصرة لصحته.

فالفصل الأول: قال المزني بالقول الأول في كتاب الوصايا في العتق وقال في كتاب اختلاف الأحاديث يعتق يوم تكلم بالعتق وهكذا قال في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى فجعل المزني تكرار هذا القول في هذه الموارد التي لم يذكر غيره فيها إثباتاً له ونفيأً لغيره، وليس الأمر على ما تَوَهَّمَ لأن أقاويله إذا فرق لم يحتج إلى تكرارها في كل موضع ولو كان ما توهّم صحيحاً لاقتضى إذا كرر أحدهما في موضع وكرر الأخرى في موضع أن

(١) أخرج نحوه البخاري في العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء (٢٥٢٥)، وأحمد في مستنه (٥١٢٨).

(٢) أخرج البيهقي في الكبير (١٠/٢٧٥)، والشافعي في مستنه (١٩٤/١).

يكون نافياً لهما والذي يقتضي تحقيق مذهبه في أحد القولين أن يقول وبهذا أقول وهو أولى أن يحتاج له.

فأما تكراره والتفرع عليه فقال بعضهم: لا تأثير لهما كما لا تأثير لزيادة الشهود في تعارض البيتين. وقال آخرون: لها تأثير في أن غيرها لا يترجح عليه. وخالفوا هل يصير بها أرجح من غيره فرجح بها بعضهم ولم يرجح بها آخرون.

والفصل الثاني: قال المزني: قال - يعني الشافعي - فإن مات المعتن أخذ ما لزمه من رأس المال لا يمنع الموت حقاً لزمه، كما لو جنى جنائية، وهذا ذكره المزني احتجاجاً أن أخذ قيمة الحصة من شريكه بعد موته دليل على نفوذ العتق في حياته ولا حجة في هذا، لأن القيمة مأخوذة من شريكه على الأقاويل كلها، لأنه وإن لم يعتق عليه في أحدهما، فقد كان منه السبب الموجب لعتقه، فكان مأخوذاً بعتقه في تركته كما لو جرح عبداً فسرى العرج إلى نفسه بعد موته أخذت قيمة العبد من تركته، وإن وجبت بعد موته، وكذلك إن حفر بثراً في غير ملكه، ومات، كان غرم ما تلف فيها بعد موته من تركته، وإن وجبت بعد موته، لتقدم السبب في حياته، فلم يكن لما ذكره المزني من أخذ القيمة من تركته دليل على نفوذ العتق في حياته، لأننا إن قلنا بالأول أنه يعتق عليه بلفظه، كان المأخوذ من تركته، ما وجب عليه غرمه في حياته.

وإن قلنا بالثاني: أنه يعتق بأداء القيمة، فقد وجد منه السبب الموجب لعتقه، فوجب أن يكون غرم القيمة في تركته، لتقدم السبب الموجب لعتقه، كحفر البئر.

والفصل الثالث: قال المزني: قال الشافعي: إن العبد حر في شهادته، وحدوده، وميراثه، وجنائياته، قبل القيمة وبعدها، وهذا الذي حكاه المزني مبني على الأقاويل الثلاثة، فإن قيل: بنتفوذ عتقه باللفظ، جرت عليه أحكام الأحرار في شهاداته، وواجباته، وجنائياته، وحدوده، وميراثه: وإن قيل أنه لا يعتق، إلا بأداء القيمة، جرت عليه أحكام العبيد في هذا كله. وإن قيل: إن عتقه موقوف على أداء القيمة، كانت أحكامه في هذا كله، موقوفة، فإن عتق بأداء القيمة، جرت عليه أحكام الأحرار في جميعها، وإن لم يعتق بها، جرت عليه أحكام العبيد في جميعها، فكان ما ذكره الشافعي - رحمة الله - على أحد أقاويله، فلم يكن فيه دليل.

والفصل الرابع: قال المزني: فقد قطع بأن هذا المعنى أصح قال المزني، وما قطع به في أربعة مواضع، أولى من أحد قولين لم يقطع به، وهذا الذي حكاه عن الشافعي وقطع به في أربعة مواضع، إن كان منه قطعاً بصحته كان تحقيقاً لمذهبة وعدولاً عن غيره، وإن كان

قطع به، لأن ذكره فيها، ولم يذكر غيره، فقد تقدم الجواب عنه، والمزنني عدل فيما رواه معمول بما حكاه، والظاهر من روايته القطع بصحته، فلا امتناع من تصريحه على مذهبة.

والفصل الخامس: قال المزنني، وهو القياس على أصله في القديم، أن العنق يوم تكلم بالعنق، حتى أقع بين الأحياء، والأموات، فهذا بقوله أولى. فيقال له.

أما القرعة بين من أعتقدهم في مرضه إذا عجز الثالث عن قيمتهم بعد موته، واجبة، وخروجها لأحدهم، موجب لتقدم عنته في حياته، ولو مات أحدهم، وخرجت عليه القرعة بعد موته، بأن أنه كان حراً قبل موته، وهذا مما لا يختلف فيه مذهبة، وليس فيه دليل على عتق حصة الشرك قبلأخذ قيمته، لوقوع الفرق بينهما، فإن عنته في المرض صادف ملكه، فوقع وإنما دخلت القرعة لاسترافق ما عجز عنه الثالث، فصار العنق متقدماً، واستدراكه بالعجز متأخراً، وليس كذلك عنته في حصة الشرك، لأن عتق سرى إلى غير ملكه، فلم تستقر السراية إلا بدفع بدله، لثلا يزال ملكه المستقر بغير بدل مستقر، ثم يستخرج من معنى العنق في المرض دليل عليه أن العنق في حصة الشرك لا يقع إلا بدفع القيمة بأن العنق في المرض لما لم يتحرر إلا بأن يجعل للورثة، مثلاً قيمته وجب أن لا تعنق حصة الشرك، إلا بأن يصل إلى قيمته فيصير ما ذكره دليلاً عليه.

الفصل السادس: قال المزنني: وقد قال الشافعي: فإن أعتقد الثاني، كان عنته باطلأ، وفي ذلك دليل على أنه لو كان ملكه بحالة العنق، بإعتقد إيه، قيل: قد ذهب أبو علي ابن أبي هريرة إلى أن عنة الشرك لا يقع إذا قيل: أن حصته قد عنته على المعتقد بلفظه، ويعتق على الشرك إذا قيل: إن حصته لا تعنق إلا بدفع القيمة، فخلص من هذا الاعتراض، والذي عليه جمهور أصحابنا، وهو الظاهر من منصوص الشافعي، أن عنة الشرك لا يقع على الأقاويل كلها، لأنه إن قيل: أن العنق قد سرى إلى حصته، فقد أعتقد بعد زوال ملكه، وإن قيل: إن العنق لا يسرى إليها بعد دفع القيمة، فقد تعلق بها للمعتقد حق السراية، واستحقاق الولاء، فأوقع على الشرك في ملكه حبراً من التصرف فيه بعتقد وغيره، والحجر يمنع من وقوع العنق مع ثبوت الملك، كالأمة إذا أعتقدت تحت عبد فطلقتها قبل الفسخ، لم يقع طلاقه في الحال، وإن كان مالكاً للبضع لما في وقوع طلاقه من إبطال حق الزوجة من الفسخ، وصار حقها فيه موقعاً للحجر عليه في طلاقه، فإن فسخت لم يقع طلاقه وإن أقامت وقع الطلاق لرفع الحجر بالإقامة.

والفصل السابع: قال المزنني: قوله في الأمة بينهما أنه إن أحبلها أحدهما، صارت أم ولد له وإن كان موسراً، كالعنق وإن شريكه إن وطئها، قبل أخذ القيمة، كان مهرها عليه تاماً.

وفي ذلك قضاء لما قبل، لأن إحبار أحد الشريكين لها جار مجراه عتقه، له على الأقاويل الثلاثة: أحدها: أنها قد صارت كلها أم ولد له بالإحبار، فإذا وطئها الشريك الآخر، كان عليه جميع مهرها. والقول الثاني: أن حصة الشريك، لا تصير للمحيل أم ولد، إلا بدفع القيمة، وإن وطئها الشريك، كان عليه نصف مهرها. والقول الثالث: أنه موقفه فإن دفع المحيل القيمة بـأأنـ لها أم ولد بالإحبار، وكان على الشريك، إذا وطـأـ جميع المهر، وإن لم يدفع القيمة بـأأنـ حصة الشريك باقية على ملكه، فلم يجب عليه بـأـ وطـأـها إلا نصف المهر فلم يكن بين الإحبار والعتق فرق، ولم يكن في استشهاده به دليل.

والفصل الثامن: قال المزني: ودليل آخر لما كان الثمن في إجماعهم بـتميـزـ أحدهـماـ بـيـعـ عن تـراـضـ، يـجـوزـ فيـهـ التـغـابـنـ وـالـآـخـرـ فيـهـ مـتـلـفـ لاـ يـجـوزـ فيـهـ التـغـابـنـ وإنـماـ هيـ عـلـىـ التـعـدـيلـ وـالـتـقـسـيـطـ، فـلـمـ حـكـمـ النـبـيـ ﷺـ عـلـىـ الـمـوـسـرـ الـمـعـتـقـ بـالـقـيـمـةـ، دـلـ عـلـىـ أـنـهـ قـيـمـةـ مـتـلـفـ عـلـىـ شـرـيكـهـ، يـوـمـ أـتـلـفـهـ. فـهـذـاـ كـلـهـ قـضـاءـ لـأـحـدـ قـولـيـهـ عـلـىـ الـآـخـرـ وـبـالـلـهـ التـوـفـيقـ.

فيقال للمزني: جعلت الأثمان ضربين: الأول: ضرب لأعيان ثابتة بعقد عن تراضي يجوز فيه التغابن كالبيع. الثاني: وضرب يكون فيه مـتـلـفـ ولا يـجـوزـ فيـهـ التـغـابـنـ كالـشـرـيكـ فـجـعـلـتـ هـذـاـ دـلـيـلـاـ عـلـىـ أـنـ حـصـةـ الشـرـيكـ لـمـ إـسـتـحـقـ فـيـهـ مـقـدـارـاـ، لـاـ يـجـوزـ فيـهـ التـغـابـنـ، أـنـهـ قـيـمـةـ مـتـلـفـ بـالـعـتـقـ.

وـهـاـ هـذـاـ ضـرـبـ ثـالـثـ، يـسـتـحـقـ فـيـهـ مـقـدـرـ لـاـ يـجـوزـ فيـهـ التـغـابـنـ وـلـيـسـ بـمـتـلـفـ، وـلـاـ مـسـتـهـلـكـ وـهـوـ الشـفـيـعـ يـنـتـرـعـ الشـقـصـ مـنـ الـمـشـتـرـيـ بـالـثـمـنـ الـمـقـدـرـ الـذـيـ لـاـ يـسـتـحـدـثـ فـيـهـ التـغـابـنـ، وـلـيـسـ بـتـالـفـ، إـذـاـ أـوـصـيـ الرـجـلـ بـيـعـ عـبـدـهـ، عـلـىـ زـيـدـ اـسـتـحـقـ بـيـعـهـ عـلـىـ بـقـيـمـهـ الـمـقـدـرـ، وـلـيـسـ بـتـالـفـ فـلـمـ كـانـ هـذـاـ ضـرـبـ ثـالـثـاـ تـقـدـرـ فـيـهـ الـثـمـنـ وـزـالـ عـنـ التـغـابـنـ، وـهـذـاـ يـاـقـ غـيـرـ تـالـفـ دـخـلـتـ فـيـهـ حـصـةـ الشـرـيكـ الـمـقـدـرـ عـنـ غـيـرـ مـتـلـفـ.

وـهـذـاـ مـنـ الضـرـبـ الثـالـثـ وـإـنـ خـرـجـ عـنـ الضـرـبـيـنـ الـأـوـلـيـنـ.

فصل

وـإـذـاـ تـقـرـرـ أـنـ نـفـوذـ الـعـتـقـ فـيـ حـصـةـ الشـرـيكـ يـكـوـنـ عـلـىـ الـأـقاـوـيـلـ الـثـلـاثـةـ، اـنـتـقـلـ الـكـلـامـ إـلـىـ التـفـرـيـعـ عـلـىـ كـلـ قـوـلـ مـنـهـاـ.

فـإـذـاـ قـيـلـ بـالـأـوـلـ أـنـ يـعـتـقـ بـنـفـسـ الـلـفـظـ، فـقـدـ اـخـلـفـ أـصـحـابـنـاـ فـيـ وـقـوعـ الـعـتـقـ عـلـيـهـاـ، هـلـ يـقـتـرـنـ بـعـتـقـ مـلـكـهـ؟ أـوـ يـتـعـقـبـ بـالـسـرـاـيـةـ بـعـدـ نـفـوذـ الـعـتـقـ فـيـ مـلـكـهـ؟ عـلـىـ وـجـهـيـنـ:

أحدهما: يعتق بالسراية بعد نفوذ العتق في ملكه ولا يعتق الجميع في حالة واحدة بلفظه، لأنه لو تلفظ بعتق حصة الشريك لم يعتق بلفظه، فدل على عتقه بالسراية دون لفظه.

والوجه الثاني: قاله شاذ من أصحابنا أن جميعه يعتق في حالة واحدة عتق مباشرة، لا يتقدم أحدهما على الآخر، لأن عتقهما عن لفظ، فوجب أن يقع عليهما باللفظ، ويكون المعتق مأخوذاً بالقيمة على الوجه الأول، عقيب عتقه، وعلى الوجه الثاني بقيمته مع عتقه، ولو مات العبد عقيب العتق، مات حراً، وما له لورثته، ولم تسقط القيمة عن معتقه، ويملك إكساب نفسه، وتسقط نفقته، وزكاة فطره، عن معتقه، ولو مات المعتق قبل دفع القيمة، أخذت من تركته لو أسر بها، بعد يساره كانت ديناً يحاصن بها الشريك جميع غراماته، ولو اختلف المعتق والشريك في قيمة الحصة، وتعدرت البينة بها، كان القول فيها قول المعتق مع يمينه، لأنه غارم، ولو كان مكان العبد أمة حامل، فولدت بعد عتقها، وقبل دفع قيمتها، عتق معها، ولم يلزمها قيمة ولدتها. ولو مات الولد كان موروثاً ووارثاً. ولو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً، كان فيه غرة عبد، أو أمة كجنين الحرة.

وإذا قيل بالثاني: أنه لا يعتق إلا بدفع القيمة، فهل يكون العتق معتبراً بالدفع من جهة المعتق، أم بالقبض من جهة الشريك؟ على وجهين:

أحدهما: يكون العتق معتبراً بدفع المعتق، وتمكن الشريكين قبضه، سواء قبضه منه، أو لم يقبحه، لأن العتق واقع بها فاعتبر بفعل من كان العتق واقعاً في حقه، فعلى هذا تصير القيمة داخلة في ملك الشريك بدفع المعتق لها، وتمكن الشريك من قبضها، ولو تلفت قبل قبضها كانت تالفة من مال الشريك دون المعتق، ولم يلزمها غرامها.

والوجه الثاني: لا يعتق بدفع القيمة، حتى يقبحها الشريك لأن تأخر العتق على دفع القيمة، إنما وجب ليصل إلى حقه منها، وهو قبل القبض غير واصل إليه، فعلى هذا لا يدخل في ملكه إلا بعد قبضه، فإن تمانع من القبض أجبره الحاكم عليه، ولو تلفت قبل قبضه، كانت تالفة من مال المعتق دون الشريك، وعلى المعتق غرامها، وعلى الوجهين معاً لو أبراً الشريك من القيمة، لم يبراً منها المعتق، لوقوع العتق بدفع القيمة، وليس الإبراء دفعاً، وهذا بخلاف إبراء المكاتب حيث عتق به، وقام مقام أدائه به، لأن عتق الكتابة عن مراضة فغلب فيها حكم الديون في الذم، وهذا المعتق عن إجبار فغلب فيها حكم العتق بالصفة، ولو مات العبد قبل دفع القيمة، ففي استحقاقها على المعتق وجهان: أحدهما: لا يستحق عليه، لأن العتق لم يحصل له، ويكون لمعنته نصف ولايه. يستحق به تصف ميراثه، ونصفه الآخر رقاً لشريكه يملك به نصف ما تركه العبد من مال. والوجه الثاني: يستحق عليه

الشريك قيمة حصته لمنعه من التصرف فيه، وحبسه على المعتق في حقه، فعلى هذا هل يكون دفع القيمة موجباً لنفاذ العتق فيه؟ على وجهين: أحدهما: يعتقد، لأنه لا يجوز أن يغrom بحكم العتق ما لا ينفذ فيه العتق. والوجه الثاني: لا يعتقد، لأنه لا يجوز أن يقع العتق بعد الموت. وإذا كان مكان العبد أمة حامل، فولدت قبل دفع القيمة، كانت حصة المعتق منه مولودة على الحرية، وحصة الشريك منه مولودة على الرق، والمعتق مأخوذ بقيمتها كالألم، ويعتقان معاً عليه بدفع القيمة.

ولو ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً، ففيه نصف دية جنين حر، ونصف دية جنين مملوك، فيكون فيه نصف الغرة، ونصف عشر قيمة أمه يرث المعتق ما وجب بحريرته، ويملك الشريك، ما وجب برقه، ولا يضمن المعتق حصة الشريك من الجنين وجهما واحداً، لأن الجنين، لا يضمن إلا بالجنائية، ثم نفقة العبد، وزكاة فطره ساقطة عن معتقه، ومشتركة بينه وبين الشريك المالك لرق حصته، لا يسقط عنه إلا بعد عتقها، بأخذ قيمتها وإن اختلفا في القيمة، فالقول فيها قول الشريك دون المعتق، لبقائهما على ملكه، فلم يزل إلا بقوله.

وإن قيل بالثالث: أن العتق في حصة الشريك، موقوف مراعي، فإن أخذ القيمة بآن بها، تقدم العتق بالفظ المعتق وجري عليه أحكام القول الأول، وإن لم يصل إلى القيمة لم يعتق وجري عليه أحكام القول الثاني، ودفع القيمة واجب في حق كل واحد منها، فإن بذلها المعتق أجبر الشريك على قبضها، وإن طلبها الشريك أجبر المعتق على دفعها، وإن أمسك الشريك عن الطلب، وأمسك المعتق عن الدفع، كان للعبد أن يأخذ المعتق بالدفع، والشريك بالقبض، وإنما أخذهما ذلك لما استحقه عليهما من تكميل عتقه، فإن أمسك العبد مع إمساكهما كان للحاكم أن يأخذهما بتكميل العتق، لما فيه من حق الله تعالى.

وإذا مات العبد قبل دفع القيمة استحقها الشريك على المعتق، وجهما واحداً، لأن دفعها يوجب تقدم عتقه باللفظ، ويكون ولاء نصفه مستحقاً للمعتق، وولاء نصفه البالغ موقوفاً على دفع القيمة، ويكون أكتساب العبد في حياته يملك منها نصفها بحريرته، ونصفها موقوف بينه وبين الشريك المالك لرقه وينفق منه على نفسه بقدر رقه.

وإذا أعنى المعتق بالقيمة بعد يسارةه، انظر بها إلى مسیرته وكان قدر الرق، والكسب على وقته، فإن مات المعتق على إعساره ارتفع الوقف وتصرف الشريك في القدر المسترق وملك ما قابلها من الكسب. وبالله التوفيق.

مسألة: قال الشافعى رحمة الله: «وله قال أخذهما لصاحبها وصاحبها موسى أعتقته نصيبيك وأنكرا الآخر عنيق نصيبي المدعى ووقف ولاؤه لأنَّه رَعَمَ أَنَّه حُرٌّ كُلُّهُ وَادْعَى قِيمَةَ

نصيبه على شريكه».

قال الماوردي: وصورتها: في عبد بين شريكين ادعى أحدهما على صاحبه أنه أعتق حصته وهو مسر، وأن عتقه سرى إلى حصته، وطالبه بقيمة حصته، فلا يخلو المدعى عليه من أن يقر بالعتق، أو ينكر فإن أقر بالعتق عنت حصته بإقراره، وفي عتق حصه شريكه ثلاثة أقواب: أحدها: يعتق بإقراره على نفسه ويؤخذ بقيمتها، ويكون له ولاء جميعه. والقول الثاني: لا عتق حصه الشريك إلا بدفع القيمة إليه ويؤخذ بدفعها حتى يتكامل العتق بدفع القيمة. والقول الثالث: إن عتقها موقف على دفع القيمة، فإذا دفعت بآن تقدم العتق باللفظ، وإن أنكر المدعى عليه العتق، فإن كان للمدعى بينة سمعت وهي شاهدان، وحكم عليه بعتقه لملكه وكان عتق المدعى على الأقواب الثلاثة، ولا يقبل فيها شاهد، وامرأتان، لأنها بينة في عتق، وإن عدمت البينة، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، أنه لم يعتق وحصته باقية على ملكه. وفي عتق حصه المدعى قوله:

أحدهما: وهو الذي نص عليه الشافعي في هذا الموضع أن حصته تعتق عليه، إذا قيل أن العتق يسري بنفس اللفظ، لأنه مقر على نفسه بما يضره، وينفع غيره، فقيل إقراره، على نصيه ولم يقبل، دعواه على غيره.

والقول الثاني: لا يعتق عليه إذا قيل بالقولين الآخرين أن العتق يقع بدفع القيمة، أو أنه موقف على دفع القيمة، وإن عتق حصه المدعى على القول الأول، لم يسر عتقه إلى حصه المدعى عليه، لأنه عتق لزمه بغير اختياره فصار كمن ورث من رق ابنه سهماً، عتق عليه، ولم يسر إلى باقية. وكان ولاء ما عتق منه، موقفاً، لأنه لا يدعه واحد منهمما، وإذا لم تعتق حصه المدعى على القول الثاني كانت مقرة على ملكه، وفي جواز تصرفه فيها بالبيع والعتق وجهان: أحدهما: يجوز لاستقرار ملكه عليها بابطال السراية إليها. والوجه الثاني: لا يجوز لإقراره بالمنع من ذلك في حق شريكه. فلو عاد المنكر فاعترض بالعتق بعد جحوده، عتق ملكه عليه، وكانت سراية عتقه إلى حصه الشريك على الأقواب الثلاثة.

مسألة: قال الشافعي رضي الله عنه: «فإن أدعى شريكه مثل ذلك عتقة العبد وكان له ولاؤه قال وفيها قول آخر إذا لم يعتق نصيبي الأول لم يعتق نصيبي الآخر لأن إثناينما يعتق بالأول» (قال المزني) قد قطع بجوايه الأول أن صاحبه زعم أنه حر كله وقد عتقة نصيبي المقر بـإقراره قبل أخيه قيمته فتفهم ولاء خلاف أن من أقر بشيء يضره لزمه ومن أدعى حقاً لم يجحب له وهذا مقر للعبد يعتق نصيبي قيمته ومدع على شريكه بقيمة لا تجحب له ومن قرره وجميع من عرفت من العلماء أن لو قال لشريكه يعتق نصيبي بيمين وسلامته إلينك وأنت مُوسر

وإنك قبضته وأغتنمته وأنك شرطته أنك مقر بالعتق لنصيبي نافذ عليه مدع لشأن لا يجب له فهذا وذاك عتيدي في القياس سواء وهذا يقضي لأحد قوانين على الآخر (قال المزني) وقد قال الشافعي لمن قال أحدهما لصاحبه إذا أغتنمه فهو حر فأغتنمه كان حرًا في مال المعني.

قال الماوردي: اختلف أصحابنا فيما أراد الشافعي بهذه المسألة، فقال بعضهم: أراد بها أن يعود الشريك المنكر، لما ادعى عليه من العتق، فيعترض بأنه قد كان أعتقد، فتعتق عليه حصته وتلزمها قيمة حصة شريكه، ويكون عتقها على الأقاويل الثلاثة: أحدهما: يعتقد عليه باعترافه، وتكون القيمة ديناً، في ذاته، ولو لاء جميعه، ويكون عتقه في القولين الآخرين موقوفاً على دفع قيمة.

وقال الأكثرون منهم إن مراد الشافعي بها أن يدعى كل واحد من الشريكين على صاحبه، أنه أعتقد حصته، وهو موسر، فسرى العتق إلى نصيبيه، واستحق به قيمة حصته، وينكر كل واحد منهما دعوى صاحبه، فإنهما يتحالفان مع عدم البينة، فإن حلف أحدهما، ونكل الآخر، قضى للحالف على الناكل، وإن حلفا معاً، أو نكل ففي عتق حصة كل واحد منهما عليه قولان: أحدهما: قد عتقت حصة كل واحد منهما عليه، إذا قيل: أن العتق يسري باللفظ فيصير جميع العبد حرًا، ولو لاؤه موقوفاً لأن كل واحد منهما ينفي أن يكون مالكاً لولائه، فإن تصادقاً بعد التحالف والإنكار، حملًا على مقتضى تصادقهما، والقول الثاني: أنها لا تعتق حصة واحد منهما بهذه الدعوى إذا قيل: بالقولين الآخرين أن حصة الشريك لا يعتقد إلا بدفع القيمة أو أنها موقوفة على دفع القيمة، ويكون العبد بينهما على رقه، وفي جواز تصرفهما فيه بالبيع والعتق ما قدمناه من الوجهين.

ثم عاود المزني تصحيح القول الذي اختاره من سراية العتق إلى حصة الشريك بلفظ المعتقد بخمسة فصول:

أحدها: إن قال قد قطع يعني «الشافعي» بجوابه الأول أن صاحبه زعم أنه حر كله، وقد أعتقد نصيب المقر بإقراره قبل أخذه قيمة ففهم.

فيقال للمزني: هذا إنما قاله الشافعي على أحد أقاويله الثلاثة أن العتق يسري باللفظ، ولم يقله على القولين الآخرين اقتضاراً بالتفريع على أحدهما احتضاراً وقد ذكرنا ما يقتضيه تفريعه على أحد أقاويله، فأغنى عن إعادته.

والفصل الثاني: قال المزني: ولا خلاف أن من أقر بشيء يضره لزمه، ومن ادعى حقاً لم يجب له، وهذا مقر للعبد بعتق نصيبيه فلزمته، ومدع على شريكه قيمة لا تجب له.

وهذا قاله المزني تحقيقاً لاختياره، وتعليقاً لصحته، فمن أصحابنا من صحق هذا التعليل وأجراه في كل معلول به، لكنه تعليل لحكم القول إذا جعل العنق سارياً باللفظ. وليس بتعليق لصحته أنه يسري باللفظ. ومن أصحابنا من نقض تعليله، ومنع أن يكون جارياً في كل معلول به، فإن من ادعى أنه باع عبداً على زيد بثمن لم يقبضه، وأنكر زيد فهو مقر له بالعبد، ومدع عليه الثمن، وليس يلزمه تسليم العبد وإن كان مقرأً به، كما لم يستحق الثمن وإن كان مدعياً له.

والفصل الثالث: قال المزني في قوله: «وجميع من عرفت من العلماء أن لو قال لشريكه: بعتك نصبي بثمن، وأسلمته إليك، وأنت مoser، وأنك قبضته وأعتقته، وأنكر شريكه أنه مقر بالعنق لنصبيه، نافذ عليه، ومدع لثمن لا يجب له. وهذا وذاك عندي في القياس سواء، وهذا قضاء لأحد قوله على الآخر» وهذا قاله المزني: احتجاجاً على وقوع العنق في حصة الشريك باللفظ والسرابة بأن الشريك لو ادعى على شريكه أنه باعه حصته بثمن له فقبضه، وأنه سلم الحصة إليه وعتقها، وأنكر الشريك التسليم والعنق فحصة المدعى قد عنت على قولاً واحداً عند جميع أصحابنا إذا كان بعد التسليم.

ولو قال: عنته قبل التسليم كان في نفوذ عنقه عليه لأصحابنا وجهان: أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يعتق لأنه قد جعله معتقاً لملك. والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزمي لا يعتق لأنه قبل التسليم في حكم الحجر لارتهانه على ثمنه ثم إذا لزمه العنق على هذا التفصيل لم يكن فيه دليل على سراية العنق باللفظ دون القيمة، لوقوع الفرق بينهما بأنه في مسألة البيع جعله معتقاً لملك ينفذ فيه العنق، فلذلك عتق عليه بهذه الدعوى، وفي مسألة السراية جعله معتقاً لغير ملكه فجاز أن لا تقع فيه السراية حين لم يقع عتق المباشرة، لأن العنق بالسرابة يتفرع عن عتق المباشرة فلم يثبت حكم الفرع مع عدم أصله.

والفصل الرابع: قال المزني: وقد قال الشافعي: «لو قال أحدهما لصاحبه إذا أعتقته فهو حرّ فأعتقه كان حرّاً في مال المعتق» وهذا قاله المزني إلزاماً لنفوذ العنق بسرابة اللفظ دون دفع القيمة بأن أحد الشريكين لو قال لصاحبه: إذا أعتقت نصبيك فنصبي حرّ، فأعتق الشريك نصبيه، فإن كان معسراً فقد عنته في حصته، ولم يسر إلى حصة شريكه، وعنت حصة الشريك عليه بالصفة التي علقها بعتق صاحبه، وإن كان المعتق موسراً لم يعتق على الشريك حصته بالصفة على الأفوايل كلها سواء قيل: إن العنق يسري باللفظ، أو يقع بدفع القيمة، أو يكون موقوفاً.

وعند ابن أبي هريرة أنه يعتق بالصفة إذا قيل: إن عنتها في حق المعتق لا يقع إلا بدفع

القيمة، ونص الشافعي وما عليه قول سائر أصحابه أنه لا يعتق بالصفة على الأقavيل كلها، لأنه لما عتق على المعتق بالسرابة فقد تقدم عتقه على عتق الصفة، وإن قيل: لا يعتق عليه إلا بدفع القيمة، فقد أوقع عتقه حجراً في استحقاق الولاء على عتق باقيه فلم ينفذ عتق محجور عليه.

فإن قيل: فقد عقد الشريك صفة عتقه في حال هو فيها غير محجور عليه. قيل: هو وإن كان غير محجور عليه في هذه الحال فقد علق عتقه بصفة يصير فيها محجوراً عليه في ثانٍ حال.

والفصل الخامس: قال المزني: ودليل آخر من قوله أنه جعل قيمته يوم تكلم بعتقه، فدل أنه في ذلك الوقت حر قبل دفع قيمته. قيل للمزني: لا يختلف مذهب الشافعي أن قيمة حصة الشريك معتبرة بوقت العتق على الأقavيل كلها، لكن لا يدل اعتبارها بالعتق على وجوبها وقت العتق، كالجناية على العبد إذا سرت إلى نفسه، اعتبرت قيمتها بوقت الجناية وإن وجبت بموته، وكالضارب بطن الأمة، إذا ألت جنيناً ميتاً اعتبرت دية جنinya بقيمتها وقت ضربها وإن وجبت بإلقاء ميتاً. وقد أطال المزني فأطلانا ولو اختصر كان أولى به وينا وإن مضى في خلال الكلام أحکام مستفادة.

مسألة: **فَإِنَّ الشَّافِعِيَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:** (وَسَوَاءٌ كَانَ بَيْنَ مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَافِرِيْنَ أَوْ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ) (قال المزني) وَقَدْ قَطْعَ يَعْتَقِيْهِ قَبْلَ دَفْعِ قِيمَتِهِ وَدَلِيلُ آخَرُ مِنْ قَوْلِهِ أَنَّهُ جَعَلَ قِيمَتَهُ يَوْمَ تَكَلَّمُ يَعْتَقِيْهِ فَدَلَّ أَنَّهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ حَرٌ قَبْلَ دَفْعِ قِيمَتِهِ.

قال الماوردي: لا يخلو حال العبد بين الشريكين إذا أعتقه أحدهما من ثلاثة أقسام: أن يكون بين مسلمين يعتق أحدهما حصته فاعتباره بيساره وإعساره على ما قدمناه، وسواء كان العبد مسلماً أو كافراً.

والقسم الثاني: أن يكون بين كافرين، فللعبد حالتان: إحداهما: أن يكون كافراً، فلا اعتراض عليهم في عتقه، ما لم يتحاكموا فيه إلينا، فإن تحاكموا فيه إلى حاكمنا ففي وجوب حكمه بينهما قولان: أحدهما: لا يجب ويكون فيه مخيراً وهم فيه مخربون. والقول الثاني: يجب عليه الحكم، ويجب عليهم الالتزام، ويحكم بما يوجه حكم الإسلام. والحال الثانية: أن يكون العبد مسلماً. فعلى حاكمنا أن يحكم بينهما فيه، وعليهما التزام حكمه لتعلقه بحق المسلم، فينفذ عتق المعتق وينظر حاله. فإن كان موسراً، وقيل: يسري عتقه بلفظه، لم يعرض عليه في دفع القيمة، أما لم يطالب بها الشريك، وكان له جميع

ولائه، ولا يمتنع ثبوت الولاء لكافر على مسلم، لأنه كالنسب الذي يستوي فيه المسلم والكافر.

وإن قيل: إنه لا يعتق حصة الشريك إلا بدفع القيمة أو إنه موقف مراجعى، فعلى الحاكم أن يأخذ المعتقد بتعجيل القيمة ليتعجل بها عتق المسلم ولا يبقى عليه رق لكافر، فإن عجلها وإن أخذها الحاكم من ماله جبراً، فإن قبلها الشريك وإن أعتقها عليه حكماً.

والقسم الثالث: أن يكون أحدهما مسلماً والأخر كافراً، فللعبد حالتان:

إحداهما: أن يكون كافراً، فيستوي فيه حكم الشركين، سواء كان المعتقد مسلماً أو كافراً وسأء كان معسراً أو موسراً.

والحال الثانية: أن يكون العبد مسلماً فلا يخلو حال معتقدة منهما أن يكون هو المسلم، أو الكافر. فإن كان هو المسلم، عتق حصته، وكان له ولاؤها فإن كان موسراً قوم عليه باقيه.

فإن قيل: بتفوذه عتقه بسراية لفظه، وفقت القيمة على مطالبة الشريك بها.

وإن قيل: إن عتقه لا يسري إلا بدفع القيمة، أخذ بتعجيلها لأن يتعجل عتقها، ولا يستددم الكافر ملك رقها. وإن كان معسراً لم يسر عتقه، وقيل: للشرك الكافر لا يقر ملكك على استرقاء مسلم، وأنت بين خيارين: إما أن عتقه، أو تبيعه على مسلم، فإن دبره لم يقر تدبيره لما فيه من استيفاء رقه مدة حياته، وإن كاتبه ففي إقراره على كتابته قولان، وإن كان المعتقد هو الكافر نفذ عتقه في حصته، ونظر فإن كان معسراً لم يسر عتقه وأقر رق باقيه على ملك الشريك المسلم وإن كان موسراً.

فإن قيل: بسراية عتقه بلفظه، عتقت عليه وكان فيها كالمسلم، لأنه يغرم قيمة مختلف، يستوي فيه المسلم والكافر. وإن قيل: إن عتقه لا يقع إلا بدفع القيمة، فقد اختلف أصحابنا في هذا التقويم، هل يجري مجرد البيع، أو مجرد قيمة مستهلك؟ على وجهين: أحدهما: وهو قول المزنى، وبعض المتأخرین، أنه تقويم مستهلك. فعلى هذا يقوم عليه كتقويمه على المسلم. ويفؤخذ بتعجيل القيمة ليتعجل بها العتق. والوجه الثاني: وهو قول شاذ من المتأخرین أنه يجري مجرد البيع، فعلى هذا يكون جواز تقويمه في حق الكافر على قولين من ابیات الكافر لعبد مسلم: أحدهما: يبطل البيع، ويبطل التقويم، ويكون ملك رقه باقياً على الشريك المسلم. والقول الثاني: لا يبطل البيع، ولا يبطل التقويم، ويعتق في حق الكافر كما يعتق في حق المسلم، وهذا أظهرهما في التقويم. والأول أظهرهما في البيع،

لإفشاء التقويم إلى العتق وإفشاء البيع إلى الملك.

مسألة: قال الشافعی رضی الله عنہ: «إِذَا أَدَى الْمُوْسِرُ قِيمَتَهُ كَانَ لَهُ وَلَاؤهُ».

قال الماوري: إنما يريد بيسار المعتقد أن يكون مالكاً لقدر قيمة الباقي من رقه، وليس عليه فيه حق لغيره فاضلة عن قوته وقوت عياله في يومه وليلته، وسواء صار بعد دفع القيمة فقيراً أو كان غنياً.

إذا تحرر عتق باقيه بدفع القيمة على الأقاويل كلها، وكان له ولاء جميعه بعتق المباشرة وعتق السراية واستحقاق الولاء بهما على سواء، لقول النبي ﷺ: «وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْنَقَ» وهو معتقد بال المباشرة والسراء، وسواء تمثل العتقان، أو تفاضلاً، وأنه يسري عتق البسير إلى الكثير كما يسري عتق الكثير إلى البسيير، واعتبار يساره وإعساره وقت العتق. فلو كان موسراً وقت العتق موسراً وقت التقويم فإن قيل: إن العتق يسري باللقطة لم يؤثر فيه حدوث اعتباره، وكانت القيمة ديناً عليه يؤخذ بها إذا أيسر. وإن قيل: إنه لا يعتقد إلا بدفع القيمة، فما لم يحاكمه الشريك فيها، كانت حصته على وقفها، وإن حاكمه فيها وطلب القيمة، أو فسخ الوقف ليتصرف في حصته، كشف عن حال المعتقد، فإذا ثبت عنده إعساره، حكم بفسخ الوقف كما يحكم للزوجة بفسخ النكاح إذا أفسر الزوج وجاز للشريك أن يتصرف في حصته بما شاء من بيع أو غيره. ولو كان موسراً ببعض الحصة موسراً ببعضها، عتق عليه من الحصة قدر ما أيسر بقيمتها، وكان فيما أفسر به منها في حكم الموسرا.

مسألة: قال الشافعی رضی الله عنہ: «إِنْ كَانَ مُعْسِرًا عَنْ نَصِيبِهِ وَكَانَ شَرِيكُهُ عَلَى مِلْكِهِ يَخْدُمُهُ يَوْمًا وَيُنْزَكُ لِنَفْسِهِ يَوْمًا فَمَا اكْتَسَبَ لِنَفْسِهِ فَهُوَ لَهُ».

قال الماوري: وهذا صحيح، والمعتبر بإعساره أن لا يملك قيمة الحصة الباقيه لشريكه، ولا قيمة شيء منها وقت عتقه، فإن ملكها وعليه دين قد استحق فيها يصيير باستحقاقها في الدين موسراً بها فهذا على ضربين: أحدهما: أن يكون الدين موجلاً لا يستحق تعجيشه فيجري عليه حكم اليسار في عتق الحصة عليه، لأن في يده ما هو مقر على ملكه. والضرب الثاني: أن يكون الدين حالاً فيه قولهان من اختلاف قوله في الدين هل يمنع من وجوب الزكاة في العين؟ أحدهما: يجري عليه حكم اليسار، إذا قيل إن الدين لا يمنع من وجوب الزكاة في العين. والقول الثاني: يجري عليه حكم الإعسار إذا قيل: إن الدين يمنع من وجوب الزكاة في العين، فإذا كان موسراً بها نفذ عتقه في ملكه، ولم يسر إلى حصة شريكه.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يسري عتقه مع إعساه كما يسري مع يساره، وتكون القيمة ديناً عليه يؤخذ بها إذا أيسر كما يسري الطلاق في الزوجة إذا طلق بعضها في الأحوال كلها، لاستحالة أن يجتمع طلاق وإباحة، كذلك يستحيل أن يجتمع حرية ورق.

ودليلنا حديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «إِنَّمَا كَانَ مُغِسِراً فَقَدْ عَنِتَ فَأَغْتَنَ». ولأن المقصود بتكميل العتق رفع الضرر عن الشريك، بأن لا يختلف حكم الحرية والرق في عبده المشترك، وأن يصير العبد كامل التصرف، وسرامة العتق مع إعسار المعتق أعظم ضرراً على الشريك من استبقاء رقه، فلم يجز أن يرفع أقل الضررين بأعظمهما، ووجب أن يرفع أعظمهما بأقلهما. والفرق بين العتق والطرق من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم يجز أن يحصل في الزوجة شرك بين زوجين، وجاز أن يقع في الرق شرك بين مالكين لم يجز أن يتبعض الطلاق وجاز أن يتبعض الرق.

والثاني: أن طلاق بعض الزوجة يمنع من الاستمتاع بباقيها، وعتق بعض العبد لا يمنع من استخدام باقيه، فإذا ثبت أن حصة الشريك باقية على رقها بإعسار المعتق، فقال المعتق: أنا استدين واقترض قيمة حصة الشريك إن حدث له يسار بعد العتق، كان الشريك أملك بحصته ولم يؤخذ بإجابت.

فصل

فإذا تبعضت في العبد الحرية والرق بإعسار معتقه فقد قال الشافعي: «يخدم سيده يوماً ويترك لنفسه يوماً فما اكتسب فيه فهو له»، فأجرى عليه حكم المهايأة.

فاختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه: أحدها: أن المهايأة كانت متقدمة بين الشريكين، فلما أعتق أحدهما حصته أجرى العبد بعد العتق لبعضه عليها ولو لم يكن بين الشريكين فيها مهايأة لم يجز أن يستأنفها بعد العتق مع الشريك الباقى لنقصان تصرفه. والوجه الثاني: يجوز أن يقيم على المهايأة المتقدمة، ويجوز أن يستأنفها مع الشريك الثاني، لأن تصرفه بالحرية كامل في حقه من الكسب. والوجه الثالث: إن كان له كسب مألف بصناعة معروفة يتماثل فيها كسب أيامه كلها جاز أن يستأنفها مع الشريك، وإن لم يكن له كسب مألف، لم يجز أن يستأنفها معه وإن جاز ذلك للشريكين في الحالين، لأنهما قد يعدلان عند عدم الكسب إلى الاستخدام، وليس العبد كذلك في حق نفسه عند تعذر كسبه.

فإذا صحت المهايأة على ما ذكرناه من الوجوه الثلاثة فهي من العقود الجائزة دون

اللازمة، ولكل واحد منها فسخها متى شاء، وإذا كانا مقيمين عليها، يوماً للعبد، ويوماً للسيد، دخل فيها مألف الكسب، وأما مألف النفقة، فاختص العبد بما كسبه في يومه، ويحمل فيه ما لزمه من نفقةه، والسيد في يومه بما كسب العبد، ويحمل فيه ما لزمه من نفقةه.

فأما غير المألف من الكسب، كالكنز واللقطة، وغير المألف من النفقة، كزكاة الفطر، ففي دخولها في المهايأة وجهان: أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعى، وقول أبي سعيد الإصطخري أنهم داخلان في المهايأة، كالمألف منها، فإن كانوا في يوم العبد اختص بالكنز، واللقطة، وتحمل زكاة الفطر وإن كانوا في يوم السيد اختص بذلك دون العبد. والوجه الثاني: وهو محكى عن أبي إسحاق المروزى، أنهم لا يدخلان في المهايأة لأنهم قد يكونون هذا في زمان أحدهما دون الآخر، فلا يتساويان فيه، ويكون حدوث ذلك في زمان أحدهما، موجباً لأن يكون بينهما وإن كان ما عداهما من المألف جارياً على المهايأة.

مسألة: قال الشافعى رضى الله عنه: «إِنْ مَاتَ وَلَهُ وَارِثٌ وَرَثَةٌ يُقْدِرُ وَلَا يَهُوَ إِنْ مَاتَ لَهُ مُورِثٌ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ شَيْئًا» (قال المزنى) القياس أن يرث من حيث يورث، وقد قال الشافعى: إن الناس يرثون من حيث يورثون وهذا وذاك في القياس سواء».

قال الماوردي: وهذه المسألة فيمن عتق بعضه، ورق بعضه، هل يرث ويورث؟ وهما فصلان:

أحدهما: هل يرث إذا مات له موروث، أم لا؟ وفيه بين الصحابة رضي الله عنهم خلاف محكى عن ابن عباس أنه يرث كالحر ميراثاً كاملاً، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، ومحكى عن علي عليه السلام أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية، ويحجب بقدر ما فيه من الرق، وبه قال المزنى، وعثمان البى، وذهب بقية الصحابة، وجمهور التابعين والفقهاء إلى أنه لا يرث إذا كان فيه جزء من الرق وإن قل، لأنه لما جرت عليه أحكام الرق فيما سوى الميراث، من نكاحه وطلاقه، وولايته، وشهادته، جرت عليه أحكام الرق في ميراثه، ولأن الرق مانع من الميراث، فإذا لم يزل الرق لم يزل مانع الميراث. قال المزنى: «القياس أن يرث من حيث يورث».

قيل: قد يورث من لا يرث، كالجنين يورث ولا يرث، والعمدة تورث ولا ترث، والجلدة ألم الأم، ترث ولا تورث، فلم يكن هذا قياساً مستمراً في غير المعتق بعضه، فلم يزل في المعتق بعضه. فإن قيل: فقد قال الشافعى: «الناس يرثون من حيث يورثون»، قيل له: لم يقله الشافعى تعليلاً عاماً، فيجعله قياساً مستمراً، وإنما قاله رداً على من أطلق الولد بما

أبيه ولم يورث كل واحد منهم ميراث أب، وورث الولد من كل واحد منهم، ميراث ابن، فقال: الناس يرثون من حيث يرثون؛ لأنه كمل النسب، ولم يكمل الميراث فتوجه الرد به للشافعي، ولم يتوجه الرد به للزماني.

فصل

وإذا مات هذا الذي تبعضت فيه الحرية والرق هل يورث أم لا؟

قال الشافعي في القديم: لا يورث، وهو قول مالك، ويكون ماله لسيده، لأنه إذا لم يرث بحريته، لم يورث بها. وقال في الجديد: يكون موروثاً عنه لورثته دون سيد رقه، لأن السيد لا يملك ذلك عنه في حياته، فلم يملكه بعد موته.

وقال في موضع ثالث: يكون ماله بين ورثته، وسيد رقه بقدر حريته ورقه. فاختلف أصحابنا في هذه النصوص الثلاثة. فكان أبو إسحاق المروزي في طائفة يخرجون هذه النصوص الثلاثة على ثلاثة أقاويل: أحدها: تكون لسيده دون ورثته. والثاني: تكون لورثته دون سيده. والثالث: تكون بينهما تورث عنه بقدر ما فيه من الحرية، ويكون للسيد بقدر ما فيه من الرق، تعليلاً بما ذكرناه.

وكان أبو علي بن أبي هريرة، وطائفة من بعض البصريين، يمتنعون من تخریج هذه النصوص على اختلاف الأقاويل، ويحملونها على اختلاف الأحوال، والذي نص عليه أنه يكون لسيده، فإذا كان قد مات في زمان سيده وقد استهلك ما كان قد ملكه بحريته يكون ماله لسيده دون ورثته، والذي نص عليه أنه يكون لورثته إذا كان قد مات في زمان نفسه، وقد أخذ السيد ما ملكه عند برقه، فيكون ماله لورثته دون سيده، ويكون بينهما إذا كان غير مهاباً، وفي يده مال بالحقين، كان بين الورثة والسيد ميراثاً بالحرية، وملكاً بالرق.

وقال أبو سعيد الإصطخري، يكون جميع ما يخلفه في الأحوال كلها بالحرية، والرق، منتقلًا إلى بيت المال، لا يملكه السيد، لأنه لا حق له في حريته، ولا يستحقه الورثة، لبقاء أحكام رقه، فكان بيت المال أولى الجهات باستحقاقه.

مسألة: قال الشافعي رضي الله عنه: «فإن قال قائل لا تكون نفس واحدة ببعضها عبداً وببعضها حرّاً كمَا لا تكون امرأة ببعضها طالقاً وببعضها غير طالقاً قيل له أنتزوج ببعض امرأة كمَا تشتري ببعض عبد أو تكاتب المرأة كمَا تكاتب العبد أو يهب امرأة كمَا يهب عبداً فيكون المؤهوب له مكانة؟ قال: لا، قيل: فما أغلم شيئاً أبعد من العبد مما قسّته عليه».

قال الماوردي: قصد الشافعي بهذا أبا حنيفة، وابن ليلى في وجوب السعاية، حين

مثعاً أن تكون نفس واحدة بعضها حر وبعضها مملوك، لأن من منع من اجتماع الحرية والرق، أوجب السعاية ومن حوز اجتماعهما لم يوجباً والشافعي ومالك لا يمنعان من اجتماعهما؛ فلذلك لم يوجبا السعاية وأبو حنيفة وأين أبي ليلى منعاً من اجتماعهما؛ فلذلك أوجبا السعاية وكان من دليلهم على المنع من اجتماعهما شيئاً؛ أورد الشافعي أحدهما وانفصل عنه، وأعرض عن الآخر، لأنه أضعف منه.

فأما الذي أورده الشافعي إن قالوا: لا يجوز أن تكون نفس واحدة بعضها حر، وبعضها رق، لتنافي أحكام الحرية والرق، كما لا يجوز أن تكون امرأة واحدة واحدة بعضها طلاق، وبعضها غير طلاق، لتنافي أحكام الزوجية والطلاق. فانفصل الشافعي عنه بالفرق المانع من الجمع بين الزوجة، والعبد من وجهين: أحدهما: أن الاشتراك في العبد بأن يملكه جماعة يجوز لأن الرق يجوز أن يتبعض، والاشتراك في الزوجة بأن يتزوجها جماعة، لا يجوز لأن النكاح لا يجوز أن يتبعض، فلذلك جاز أن يكون العبد بعضه حر وبعضه مملوك، لأن رقه يتبعض في مالكته فيتبعض في أحكامه، ولم يجز أن تكون الزوجة الواحدة بعضها طلاق، وبعضها غير طلاق، لأن نكاحها لا يتبعض في الأزواج، فلم يجز أن يتبعض في أحكامه. والفرق الثاني: أن العبد مملوك يجوز أن يباع ويورث ويورث، لأن المقصود منه الملك، والملك يجوز أن يتبعض والزوجة غير مملوكة، لا يجوز أن تباع ولا تورث ولا تورث لأن المقصود منها الاستمتاع، والاستمتاع لا يجوز أن يتبعض.

وأما الثاني: من استدلالهم الذي أعرض عن الشافعي، إن قالوا: الإيمان أصل للحرية، والكفر أصل للرق، فلما لم يجز أن يجتمع الإيمان والكفر في النفس الواحدة، لم يجز أن تجتمع الحرية والرق في النفس الواحدة. وهذا فاسد من وجهين:

أحدهما: أنه ليس الكفر موجباً للرق، لأنه قد يكون الكافر حرًا، ولا الإيمان موجباً للحرية، لأنه قد يكون المؤمن مسترقاً، وإنما كانا سبباً لهما يزولان مع بقاءهما.

والثاني: أنه لما جاز أن يطرأ الإيمان على رق ثابت، ولم يجز أن يطرأ الإيمان على كفر ثابت لم يجز أن يجتمع الإيمان والكفر، وجاز أن يجتمع الحرية والرق. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:** «وَلَوْ أَعْتَقَ شَرِيكَانِ لَأَحَدِهِمَا النَّصْفَ وَلِلْأَخْرِيِّ السُّدُسُ مَعًا أَوْ وَكَلَّا رَجُلًا فَأَعْتَقَ عَنْهُمَا مَعًا كَانَ عَلَيْهِمَا قِيمَةُ الْبَاقِي لِشَرِيكَيْهِمَا سَوَاءً لَا أَنْظُرُ إِلَيْهِمَا الْمِلْكَ وَلَا قَلِيلَهُ (قال المزني) هَذَا يَقْضِي لِأَحَدِ قَوْنَيْهِ فِي الشُّفْعَةِ أَنَّ مَنْ لَهُ كَثِيرٌ مِلْكٌ وَقَلِيلٌ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءً».

قال الماوردي: وصررتها: في عبد مشترك بين ثلاثة لأحد هم نصفه ولآخر ثلثه

ولآخر سدسه، وأعتقد صاحبا النصف والسدس حقهما معاً واجتماعهما عليه يكون من أحد ثلاثة أوجه: أحدها: أن يجتمعوا على اجتماع اللفظين حتى لا يتقدم أحدهما على الآخر بحرف، ولا مد ولا تشديد. والثاني: أن يعلقا عتقه بصفة واحدة، كقول كل واحد منها: إن دخل هذا العبد الدار، أو طار هذا الغراب فنصبب منه حر، فإذا دخل الدار، أو طار الغراب عنق نصيبيهما معاً. والثالث: أن يوكلا في عنقه وكيلًا، فيعتقه عنهما بلفظ واحد، فإذا اجتمع عتقهما من أحد هذه الوجوه الثلاثة، وكانا موسرين، قومت حصة الثالث، وهي الثالث، عليهما بالسوية نصفين. وكان ولاه بين المعتقين فيصير لصاحب النصف ثلثا ولاه، ولصاحب السدس ثلث ولاه، ولا يعتبر فيهما قدر الملكين ويسمى بين من قل سهمه، وكثير.

وقال مالك: يقوم عليهما بقدر الملكين، ويفضل بينهما لتفاضلهما في المالين، لأن التقويم مستحق بسراية عتقهما، وسراية كثير العتق أكثر من سراية قليله. ودليلنا رواية ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَا لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ فُوْمٌ عَلَيْهِ» فاستوى فيه الواحد، والجماعة، لإطلاق أمره، ولأنهما قد اشتراكا في إدخال الضرر على شريكهما بقليل الملك وكثيرة، لأن قليله مدخل للضرر عليه مثل كثيرة، فوجب أن يستويا في التقويم الموجب لرفع ضررهما، ولأن عتقهما يجري مجرى الجنائية منهما، وهما لو اشتراكا في جنائية تفاضلا في عدد جراحها فجرحه أحدهما جراحة، وجرحه الآخر مائة جراحة كانت الديبة بينهما على أعدادهما، ولا تقتسط على أعداد جراحتهما، كذلك العتق يجب أن يكون معتبراً، بأعداد المعتقين، ولا يقتسط على أملاك المعتقين، وسراية العتق كسرای الجنائية، فلم يسلم لمالك استدلاله.

فأما المزني فإنه قال: «إذا استويا في التقويم مع تفاضلهما في الملك وجب أن يكونا في الشفعة، كذلك إذا تفاضلا في الملك أن يستويا في الأخذ».

قيل في الشفعة قولان: أحدهما: أن الأمر فيها على هذا، وأن يشترك صاحب النصف والسدس فيها بالسوية كالعتق. والقول الثاني: أنهما يتفاضلان فيها بقدر المالين، وإن تساوايا في العتق.

والفرق بينهما من وجهين: أحدهما: أن الشفعة مستحقة بالملك، فتقسطت عليه، والتقويم مستحق بالعتق، فاستويا فيه. والثاني: أن استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بالتزام مؤونة القسم وغيره، والمؤونة معتبرة بالملك، فتقسطت الشفعة على الملك، والتقويم مستحق بدخول الضرر بالعتق، الجاري مجرى الجنائية، فتقسطت على المعتقين، دون

الملك؛ ولو كانت المسألة بحالها، وكان صاحب النصف موسراً، وعمق السدس معسراً، قومت الحصة كلها على معمق النصف، ولو كان عميق السدس موسراً وعميق النصف معسراً، قومت الحصة كلها على معمق السدس، ولو كانا معسرين، لم تقوَ على واحد منها، وكانت الحصة على رقها لمالكها، فلو أدعى عليها اليسار فأنكره حلفاً له، ولا تقويم عليهما، وفي عتق الحصة على مالكها بهذه الدعوى قولان: يعتق عليه في أحدهما، إذا قيل إن العتق في حصته يقع بالسراية، ولا يعتق عليه في الثاني إذا قيل إنها لا تعتق، إلا بدفع القيمة.

لو أدعى أحد المعتقين على الآخر اليسار، فإن كان المدعي معسراً، لم تسمع دعواه، لأنها غير مؤثرة في حقه وتسمع من مالك الحصة، لتأثيرها في حقه، ولو كان موسراً سمعت دعواه، لأنه يصير بيساره مشاركاً له في تحمل القيمة، ولا يسمع من مالك الحصة هذه الدعوى، لأنها غير مؤثرة في حقه. والله أعلم.

مسألة: قال الشافعى رضى الله عنه: «وإذا اختلفا في قيمة العين ففيها قولان أحدهما أن القول قول المعتق والثاني أن القول قول رب النصيب لا يخرج ملوكه منه إلا بما يرضى (قال المزني) فذ فقطع الشافعى في موضع آخر بأن القول قول الغارم وهذا أولى بقوله وأقى من على أصله على ما شرحت من أحد قوليه لأنه يقول في قيمة ما أثلى أن القول قول الغارم ولأن السيد مدح للزيادة البيضة والغارم متكرر فعلية اليدين».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن قيمة حصة الشريك معتبرة بوقت العتق على الأقاويل كلها، ولا اعتبار بما حدث بعده من نقصان، لأن عتقه متعدد بين أن يكون إتلافاً، أو سبباً للإتلاف، وكل واحد منها موجب لاعتبار القيمة عند حدوثه، كالجناية على العبد إذا كانت قتلاً، أو سبباً أفضى إلى القتل، وتعتبر قيمته قتل عتق بعضه، لأن عتق البعض موكل لقيمتها، وهذا الوكل بعنته الجاري مجرى جنايته، فاما ما حدث بعد العتق من زيادة في قيمة الحصة فمحمول على الأقاويل الثلاثة في نفوذ عتقها فإن قيل: إنها عتق بالفقط المعتق، لم يضمنها المعتق، وكذلك إن قيل بالثاني إن عتقها موقوف مراعى لم يضمنها، لأن دفع القيمة يدل على تقدم عتقها، وإن قيل: إنها عتق بدفع القيمة ومعها ففي ضمان المعتق لما حدث من زيادة القيمة، بعد عنته وقبل دفعها، وجهان: أحدهما: لا يضمنها، لأن سبب الإنلاف في اعتبار القيمة كالإتلاف. والوجه الثاني: يضمن الزيادة دون النقصان، كالغاصب في ضمانه لأكثر القيمة، لأن الزيادة حادثة على ملك الشريك فلم يجز أن يستهلك عليه بغير عوض.

فصل

فإذا تقرر ما وصفناه في اعتبار القيمة، فاختلفا فيها فقال: المعتق مائة، وقال الشريك مائتان. فإن كان العبد باقياً لم تتغير قيمته بتطاول الزمان، فلا اعتبار باختلافهما ويُقْرَأُ لها ثقنان من أهل الخبرة، فإذا قوماها لم يخل حال ما ذكرناه من القيمة من خمسة أقسام: أحدها: أن يوافق ما أقر به المعتق، وهو المائة فلا يلزمها غيرها، ولا يمين عليه فيها.

والثاني: أن يوافق ما ادعاه الشريك وهو المائتان فيستحقها ولا يمين عليه فيها.

والثالث: أن يكون وسطاً بينهما، غير موافقة لواحد منهما، وذلك بأن تقوم مائة وخمسين، فيحكم بها عليهما ولا يستحق الشريك أكثر منهما، ولا نقتصر من المعتق بأقل منهما.

والرابع: أن تكون زائدة على أكثرهما، وذلك بأن تقوَّم بما تين وخمسين، فلا يحكم للشريك إلا بما تين، لأنه بالاقتصر عليها مبرأً من الزيادة عليها.

والخامس: أن تكون ناقصة عن أقلهما وذلك بأن تقوَّم بخمسين، فلا نقتصر من المعتق بأقل من مائة، لأنه قد أقر بها، وإن تعذر تقويمه في زمان العتق، إما لموته، أو غيته، وإما لتغير أحواله بالكبر بعد الصغر، أو بالمرض بعد الصحة، أو بالزمانة بعد السلامة، ففي اختلافها في القيمة قولان:

أحدهما: أن القول فيها قول المعتق مع يمينه، إذا قيل: أن عتقه قد يسري إلى حصة الشريك بلفظه، لأنه يصير غارماً. والقول في الغرم قول الغارم.

والقول الثاني: أن القول فيها قول الشريك مع يمينه، إذا قيل: ببقاء ملكه، إلى أن يأخذ قيمة حصته، لأن له عليها يداً لا تنزع مع عدم البينة، إلا بقوله كالثمن في الشفعة، إذا اختلف فيه الشفيع والمشتري كان القول فيه قول المشتري.

وقال الربيع في كتاب «الأم»: وفيه قول آخر أنهما يتحالفان كما يتحالف المتبایعان إذا اختلفا وهو من تخرجه وليس بقول للشافعى، لأن تحالف المتبایعين موجب لارتفاع العقد فأفاد تحالف هذين غير موجب لرفع العتق، فلم يفدهما بعد التحالف عليها ببيان على الاختلاف فيها. وأما المزني فإنه أعاد نصرة اختياره، وفي بعض ما مضى من كلامه وجوابه مقنع. والله أعلم.

مسألة: قال الشافعى رضي الله عنْهُ: «ولَوْ قَالَ هُوَ خَبَازٌ وَقَالَ الغَارِمُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَارِمِ».

قال الماوري: وصورتها: أن يجب على المعتق قيمة حصة شريكه فيدعى الشريك أن العبد كان صانعاً خبازاً، أو نجاراً، أو كاتباً فله القيمة الزائدة بصنعته، ويقول المعتق هو غير صانع ذلك القيمة من غير زيادة بصنعته، فللعبد خالتان: حي ومت. فإن كان ميتاً فقد قال الشافعى: القول قول المعتق الغارم فاختلَف أصحابنا فيه على طريقين: أحدهما: أنه على قولين، لأن اختلاف في قدر القيمة، فكان على القولين الماضيين، وإنما نص الشافعى على أحدهما. والطريقة الثانية: أن القول فيه قول المعتق الغارم قولًا واحدًا لأن الشريك يدعى حدوث صنعة ليست في الخلقة، والأصل أن ليست فيه هذه الصنعة، فكان القول فيه قول منكرها دون مدعها، وإن كان العبد حيًّا يمكن اختبار حاله اختبرت فيه تلك الصنعة فإن كان لا يحسنها ردت دعوى الشريك، فيها ولا يمين له على المعتق، ولا تلزمه إلا قيمة غير صانع، فإن قال الشريك قد كان يحسن الصنعة، وقت العتق لكنه نسيها بعلة، فإن كان زمان العتق قريباً: لا تنسى الصنعة في مثله لم نسمع منه هذه الدعوى، وإن تطاول وجاز أن تنسى تلك الصنعة في مثله سمعت منه وأحلف عليها المعتق، ولم يلزمها إلا قيمة غير صانع.

ولو قال الشريك هو يحسن هذه الصنعة، ولكنه قد كتمها، وامتنع من إظهارها. فقوله محتمل، وهو منسوب إلى العبد دون المعتق، لكن لا يجوز أن يدعى على العبد، لأنه لا يجب به عليه حق، ولا يدعى على المعتق، لأنه منسوب إلى غيره إلا أن يدعى عليه علمه بكلمانه فتوجه الدعوى إليه، ويحلف على النفي أنه كتم ما يحسن، ولو اختبر العبد فكان يحسن الصنعة نظر، فإن قصر زمان ما بين العتق والتقويم عن تعلم تلك الصنعة، ثبت تقدمها، ولم يحلف الشريك عليها، واستحق قيمة صانعاً، وإن تطاول واتسع لتعلم تلك الصنعة، صار تقدمها داخلاً في الجواز فصار كادعاتها في ميت، فيكون على ما قدمناه في الميت من اختلاف أصحابنا على الطريقين: أحدهما: أنه على قولين. والطريق الثاني: أن القول فيه قول المعتق مع يمينه بالله. أنه كان وقت العتق غير صانع، ولم يحلف أنه غير صانع كما يحلف في الميت والله أعلم.

مسألة: قال الشافعى رضي الله عنه: «ولئن قال هو سارق أو آبق و قال الذي له الغرم ليس كذلك فالقول قوله مع يمينه وهو على البراءة من العيب حتى يعلم (قال المزني) فذ قال في العاشر إن القول قوله أن بيده ذاء أو غائلاً والقياس على قوله في الحر يجني على يد و فيقول الجانبي، هي شلاء أن القول قوله الغارم».

قال الماوري: قد مضى اختلافهما في الصنعة الزائدة، وهذه المسألة في اختلافها في عيب ينقص من القيمة فيدعى المعتق أنه كان سارقاً، أو آبقاً، فعليه قيمة عبد سارق، أو آبق. ويقول الشريك كان سالماً ليس بسارق، ولا آبق.

قال الشافعي: القول فيه قول الشريك المالك مع يمينه أنه غير سارق، ولا آبق وله قيمة عبد سليم، فاختل了一 أصحابنا فيه على طريقين: أحدهما: أنه على قولين. والطريق الثاني: أن القول فيه قول المالك، وإن كان في الزيادة القول فيها قول الغارم فيختلف حكم الزيادة، والنقصان، فيكون في الزيادة بالصنعة القول قول منكرها، وهو الغارم، لأن الأصل عدم الزيادة ويكون في النقصان بالعيوب القول قول منكرها، وهو المالك لأن الأصل السلامه من العيوب فاما الغاصب إذا اختلف مع المالك في قيمة العبد المغصوب فادعى الغاصب أنه به داء، أو غائلة فقد حكم المزنى عن الشافعي أن القول فيه قول الغاصب، دون المالك وجعل في ضمان العنق القول فيه قول المالك دون المعتق وضمان الغاصب والمعتق سيان فاختل أصحابنا في اختلاف هذين الجوابين مع تساوي الضمانين على وجهين:

أحدهما: أن دعوى الغاصب كانت في نقص يعود إلى أصل الخلقة من شلل، أو خرس يجوز أن يكون خلقة فيه، وطارثاً عليه، فكان القول فيه قول الغاصب الغارم، دون المالك، لأن المالك قد يقدر على إقامة البينة، أنه لم يكن به شلل ولا خرس، ولو كان مثل ذلك في دعوى المعتق لكان القول فيه قوله دون المالك كالغاصب.

والذي قاله في دعوى المعتق أن القول فيه قوله المالك كان في ادعاء نقص طارئ، ليس من أصل الخلقة، كالإباق والسرقة، لأنه لم يخلق سارقاً ولا آبقاً فالقول فيه قوله المالك دون المعتق، لأنه لا يقدر على إقامة البينة، أنه ليس بسارق ولا آبق، ولو كانت مثل هذه الدعوى من جهة الغاصب، كان القول فيها قوله المالك كالمنتقد.

والوجه الثاني: أن القول في الغصب قوله الغاصب في النقض والقول في العنق قوله المالك في النقصين والفرق بين الغصب، والعنق: أن الغصب استهلاك محسن لا يملك بعده شيئاً، فجعل القول فيه قوله المستهلك والعنق معاوضة يملك المعتق به الولاء، فجعل القول فيه قوله المتعوض فاما ما ذكره المزنى في الجنائية على الأعضاء، فإن كانت على أعضاء ظاهرة يمكن المجني أن يقيم البينة على سلامتها، فالقول في نقضها قوله الجنائي. وإن كانت على أعضاء باطنة، يتذرع إقامة البينة على سلامتها، ففي نقضها إذا ادعاء الجنائي قوله ذكرناهما في الجنائيات. والله أعلم.

مسألة: قال الشافعي رضي الله عنه: «وإذا أعتق شركاً له في مرضه الذي مات فيه عيناً بثناً ثم مات كان في ثلثة كالصحيح في كُلّ ماله».

قال الماوردي: وأصل هذا أن العنق في المرض المخوف الذي يعقبه الموت معتبر

في ثلث المعتق، فإن احتمله الثالث تحرر العتق، ونفذه، وإن عجز عن الثالث رد، وعاد المعتق رفقاء، وهو قول جمهور الأئمة وحكي عن مسروق أنه من رأس المال وأصل التركة لصدقات الزوجات، وما يصرفه في النفقات والشهوات وهذا خطأ خالف به من سواه.

والنص الوارد فيه برواية عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أعبد له عند موته، وليس له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فدعاهم، وجزأهم ثلاثة أجزاء، فأعتق الاثنين وأرق أربعة، وهذا نص يدفع كل خلاف. فإذا أعتق المريض شرّكأ له في عبد كان عتقه معتبراً من ثلث ماله، كما يكون عتق الصحيح من كل ماله، ويسري عتقه إلى حصة شريكه إذا احتملها الثالث، كما يسري عتق الصحيح إذا احتمله كل ماله. وإذا كان كذلك لم يدخل حال الثالث من خمسة أقسام.

أحداها: أن يتسع الثالث لعتق المباشرة، وعتق السراية، فينفذ العتق في جميعه بال المباشرة ثم بالسراية، ويؤخذ من ثلثه قيمة حصة الشريك، ويكون له جميع ولاه.

والقسم الثاني: أن يعجز الثالث عن عتق المباشرة، وعتق السراية لاستحقاق تركته في دينه، ويرد عتقه في جميعه بال المباشرة، وبالسراية، ويعود إلى الرق، ويُباع في الدين.

والقسم الثالث: أن يتسع الثالث لأحد المعتقين، ويعجز عن الآخر، فيجعل الثالث مصروفاً في عتق المباشرة دون عتق السراية، لأن عتق المباشرة أصل وعتق السراية فرع كعتق المعاشر.

والقسم الرابع: أن يتسع الثالث لأحدهما، وبعض الآخر، فيكمل عتق المباشرة، ويجعل النقص في عتق السراية كعتق من أيسر ببعض حصة شريكه.

والقسم الخامس: أن يتسع الثالث لبعض أحدهما، ويعجز عن الباقي، فيجعل البعض نافذاً في عتق المباشرة، ويرد الباقي في عتق المباشرة، ويبطل عتق السراية، فلو قال الورثة: نحن نمضي عتق المباشرة، وتغروم عتق السراية كان لهم تكميل العتق في المباشرة، ولم يكن لهم تجاوزه إلى عتق السراية، لأن المعتق معسر به، وهو لو أراد ذلك في جنابه منع، فكان ورثته بالمنع أحق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:** «وَلَوْ أَوْصَى بِعْتَقِ نَصِيبٍ مِّنْ عَبْدٍ بِعِيْبَهِ لَمْ يُعْتَقْ بَعْدَ الْمَوْتِ مِنْهُ إِلَّا مَا أَوْصَى بِهِ».

قال الماوريدي: وهذا صحيح: إذا أوصى بعنتق شرّكأ له في عبد أن يُعنتق عنه بعد موته،

كان عتق حصته معتبراً في ثلثه، ومستحق تحريرها على ورثته، ولا يعتق عليه بالموت حتى يعتقها الورثة عنه، ولو قال: إذا مت، فنصببي منه حر عتق عليه بالموت، ولم يعتبر فيه عتق الورثة له لأن جعل الموت في هذا صفة للعтик، وجعل الموت في ذلك وصبة بالمعتق، ثم يستويان في اعتبارهما من الثلث، فإذا احتمل الثلث قيمة نصبيه عتق عليه، ولا يسري العтик بعد الموت إلى حصة شريكه، وإن كان الثلث متسعًا لقيمتها، لأن ملكه قد زال عنه بالموت إلا قدر ما استثناه في وصيته، فلو وصى بعتق نصبيه بعد موته، وبعتق نصيب شريكه، قال أبو حامد الإسفرايني تصح وصيته بعتقها إذا احتملها الثلث؛ لأنه بالوصية مستثنى لهما من ماله، فصار موسراً بهما كالحر، فصار عتق نصبيه مباشرة، وعتق نصيب الشريك سراية، وهذا عندي ليس ب صحيح، بل تصح الوصية بعتق نصبيه، ولا تسري إلى نصيب شريكه لأمرتين: أحدهما: أنه موصي بعتق ملك غيره، فلم يلزم غيره. والثاني: أن عتق السراية ما سري بغير اختيار ولا وصبة، وهذا موجود في عتق الحي، ومعدوم في عتق الميت، ولكن لو كان الموصي يملك جميع العبد، فوصى بعتق بعضه بعد موته، ففيه وجهان من اختلاف أصحابنا في الحي إذا أعتق بعض عبده، هل ينفذ العтик في جميعه مباشرة أو سراية؟

فأحد الوجهين: أنه يعتق عليه جميع العبد مباشرة، فإذا أوصى بعتق بعضه عتق عليه جميعه.

والوجه الثاني: يعتق باقيه على الحي بالسراية، فإذا أوصى بعتق بعضه عتق ذلك البعض، ولم يسر إلى جميعه، وإذا عجز الثلث عن عتق ما أوصى به رد العтик إلى ما اتسع له الثلث إلا أن يمضي الورثة فيما زاد على الثلث، فيمضي عتقه وبإذن التوفيق.

باب في عتق العبيد لا يخرجون من الثلث

مسألة: قال الشافعي رضي الله عنه: «ولئن أعتق رجُل سِتة مَمْلُوكَيْنَ لَهُ عِنْدَ الْمَوْتِ لَا مَالَ لَهُ عِبَرُهُمْ جَرَّنُوا ثَلَاثَةَ أَجْزَاءَ وَأَفْرَعَ بَيْنَهُمْ كَمَا أَفْرَعَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي مِثْلِهِمْ وَأَعْنَقَ اثْنَيْنِ ثُلُثَ الْمَيْتِ وَأَرْبَعَ أَرْبَعَةَ لِلْمُوَارِثِ وَهَكُذا كُلُّ مَا لَمْ يَحْتَمِلِ الثُّلُثُ أَفْرَعَ بَيْنَهُمْ وَلَا سِعَائِيَةَ لَأَنَّ فِي إِفْرَاعِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَيْنَهُمْ وَفِي قَوْلِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَقَدْ عُتِقَ مِنْهُ مَا عُتِقَ إِنْطَالًا لِلسِعَائِيَةِ مِنْ حَدِيثَيْنِ ثَابِتَيْنِ. وَحَدِيثُ سَعِيدِ بْنِ أَبِي عَرْوَةَ فِي السِعَائِيَةِ ضَعِيفٌ وَخَالَفَهُ شَعْبٌ وَهَشَّامٌ جَمِيعُهُ وَلَمْ يَذْكُرُوا فِيهِ اسْتِشْعَاءَ وَهُمَا أَخْفَظُ مِنْهُ».

قال الماوردي: إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا يملك غيرهم، ولم يمض الورثة عتقهم جزئاً ثلاثة أجزاء بالعدد إن تمثلوا، أو بالقيمة إن تفاضلوا على ما سنصفه من بعد، وأفرع بينهم لتميز الحرية بها، ويتميز الرق بها في ثلثهم، وسواء كانوا ستة أو أكثر أو أقل

وإنما ذكر الشافعي الستة إتباعاً للخبر، فإذا جزأهم، وهم ستة جعل كل اثنين جزءاً، وأقى بينهم، فأعتقد اثنين، جمعهما جزء خرجت عليه قرعة الحرية، وأرق أربعة جمعهم جزءاً خرجت عليهم قرعة الرق.

وقال أبو حنيفة: لا تجزئة، ولا قرعة، ويعتقد من كل واحد منهم ثلاثة، ويستبعا في قيمة باقية، لتكامل حريرته بالعقد والسعادة، فخالفنا في ثلاثة أحكام: أحدها: التجزئة لتكامل بها حرية بعضهم، ورق بعضهم، فتحن نجزئهم، وهو لا يجزئهم. والثاني: تمييز الحرية من الرق بالقرعة نحن نقرع لتمييزهما، وهو لا يقرع. والثالث: وجوب السعادة لمنع بها من حرية بعض العبد، واسترقاق بعضه، وتحن لا نوجبها، ويجوز حرية بعضه، واسترقاق بعضه.

وأما السعادة، وتبغض الحرية، والرق، فقد تقدم الكلام فيها.

وأما التجزئة والقرعة، فالكلام في هذا الموضوع مختص بهما: فاما التجزئة لتكامل بها الحرية في جزء، وتكامل بها الرق في جزأين، فمنع منه أبو حنيفة استدلاً بأمررين: أحدهما: أن العقد في المرض كالوصية لا اعتبارهما في الثالث، وقد ثبت الإجماع أنه لو أوصى ستة عبد لا مال له غيرهم أمضيت الوصية في ثلث كل واحد منهم، ولا يكمل في اثنين منهم وجب أن يكون عتقهم بمثابته في حرية الثالث من كل واحد منهم، ولا يكمل في اثنين منهم.

والجواب عنه من وجهين: أحدهما: أن المقصود بالوصية التمليل، وهو موجود في الاشتراك، فلم يلزم تكميله بالقرعة، والمقصود بالرق إزالة أحكام الرق، وهو غير موجود في الاشتراك، فلم يلزم تكميله بالقرعة. والثاني: أن الموصي لم يقدر على إجازة حقه بالقسمة، فاستغنى عن تكميله بالوصية، والمعتقد لا يقدر على ذلك، فافتقر إلى تكميله بالقرعة.

والاستدلال الثاني: أن قالوا: إن حكم المريض في ثلث ماله كحكم الصحيح في كل ماله، ثم ثبت أن الصحيح لو ملك الثالث من ستة عبد، فأعتقد لم يكمل عتقه في اثنين منهم، وععتقد من كل واحد منهم ثلاثة وهو قدر ما يملكه، فوجب مثله في المريض إذا ملكهم، وأعتقدهم، وحده في الثالث منهم أن يعتقد من كل واحد منهم ثلاثة ولا يكمل عتقه في اثنين منهم. والجواب عنه من وجهين: أحدهما: أن مالك الثالث يكون مكملاً لهم من ملك غيره فمنع والمريض يكمل للثالث في ملك نفسه، فلم يمنع. والثاني: أن مالك الثالث لو عين عتقه في اثنين منهم لم يجز، والمريض لو عين عتقه في اثنين منهم جاز فافتقد.

فصل

وأما القرعة التي تميز بها الحرية من الرق، فمنع منها أبو حنيفة استدلاً بأمررين:

أحدهما: أن القرعة رجم بالغيب تنقل الحرية إلى الرق، والرق إلى الحرية، فجرت مجرى الأذlam التي منع منها الشرع بقوله تعالى: **﴿إِنَّمَا الْمُغَرَّ وَالْمُتَبَّرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَذْلَامُ يَجْعَلُنَّ يَنْعِلُ الْشَّيْطَنَ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُنْلَحُونَ﴾** [المائدah: ٩٠] والجواب عنه من وجهين: أحدهما: أن القرعة إنما دخلت لتمييز عتق مطلق غير معين فلم تنقل الحرية إلى رق، ولا رقاً إلى حرية، ألا ترى لو عين العتق في اثنين منهم لم ينقل بالقرعة إلى غيرهم. وإنما يقع إذا أطلق العتق في الستة، واستحق في اثنين منهم دخلت لتمييز ما يعتق، ويرق. والثاني: أن القرعة خارجة عن حكم الأذlam التي هي رجم بالغيب؛ لأنهم كانوا يعتقدون في الأذlam أنها هي الأمْرَة، وهي النهاية، وكانتا يكتبهن على أحدهما: أمرني ربِّي، وعلى الآخر: نهاني ربِّي، وأخر يجعلونه عقلاً، ويجرؤنها مجاري النجوم التي يعتقد المنجم أنها هي الفاعلة، فنهى الله تعالى عنها، ولم يرد الشرع بإباحة شيء منها.

والقرعة مميزة لحكم وجب بالشرع، لأنها قد عمل بها الرسول ﷺ في الشرع، ووافق عليها في كثير من الأحكام، فلم يجز أن تجعل القرعة التي ورد الشرع بها مجرى الأذlam التي نهى الشرع عنها.

والاستدلال الثاني: أن قالوا لو كانت القرعة دليلاً لم تتناقض، لأن أدلة الله لا تتناقض، واستعمال القرعة مُوجِّبٌ للتناقض، لأنها لو أعيدت ثانية لخرجت بغير ما خرج به الأول، فلم يجز أن تستعمل. والجواب عنه من وجهين: أحدهما: أنه لما لم يمنع هذا المعنى من دخول القرعة في قسمة الأموال لم يمنع منها في العتق. والثاني: أنه لا تناقض فيها، لأنها لا تستعمل إلا مرة، فكانت دليلاً في الأول، ولم تكن دليلاً في الثاني فلم يدخلها إذا كانت دليلاً تناقض وإن دخلها إذا لم تكن دليلاً تناقض.

فصل

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه في الأمرين من التجزئة والقرعة من وجهين: نص واستدلال.

فأما النص: فوارد من طريقين اثنين:

أحدهما: عن عمران بن الحصين رواه الشافعي عن عبد الوهاب بن عبد الحميد عن أبي قلابة عن أبي المهلب عن عمران بن الحصين: أن رجلاً من الأنصار أعتق عند موته ستة

مملوكيٌن ليس له مالٌ غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فَقَالَ قَوْلًا شَدِيدًا ثُمَّ دَعَاهُمْ، فَجَزَّاهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْنَتَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَ أُرْبَعَةً».

والطريق الثانية: عن أبي سعيد الخدري رواه حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري: أن رجلاً أعتق ستة مملوكيٍن عند موته، فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ: فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْنَتَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَ أُرْبَعَةً إِلَى الرُّقُّ.

فدل هذا الحديث على ثلاثة أحكام خالف فيها أبو حنيفة: أحدها: أنه جزأهم ثلاثة أجزاء، لتكامل الحرية والرق، وأبو حنيفة لا يجزئهم. والثاني: أنه أقر بينهم لتمييز الحرية من الرق، وأبو حنيفة لا يقرع بينهم. والثالث: أنه كمل الحرية في اثنين، والرق في أربعة، وأبو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه، ويرق ثالثيه، وما خالف النص كان مدفوعاً.

فإن قالوا: معنى هذا الحديث مستعملٌ في غير ما قلتموه، وهو أن قوله: «جزأهم ثلاثة أجزاء» أي: جعل جزءاً حرية، وجزأين رقاً.

وقوله: «أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ» أي: استقصاء في اعتبار القيمة اشتقاداً من المقارعة، لا من القرعة مأخوذه من قولهم: قرع فلان فلاناً إذا استقصى عليه.

وقوله: أعتق اثنين، وأرق أربعة أي أعتق سهرين، وأرق أربعة أسمهم.

قيل: هذا تأويلٌ معدولٌ به عن الظاهر بغير دليل، ويبطل بالدليل. أما قولهم: إن معنى جزأهم أي جعل جزءاً حرية، وجزأين رقاً، فليس ب صحيح، لأن هذه تجزئة الأحكام دون الأعيان، وحمل التجزئة على الأعيان أولى من حملها على الأحكام؛ لأمرٍ: أن تجزئة الأحكام معلومة بالعتق، فاستغنَت عن تجزئة الرسول ﷺ. والثاني: أنها فعل، والفعل متوجه إلى الأعيان دون الأحكام.

وأما قولهم: إن معنى أقرع أي استقصى في القيمة، فليس ب صحيح من وجهين: أحدهما: أنه لو أعتق من كل واحد ثلثه، لم يتعذر إلى اعتبار القيمة.

والثاني: أن القرعة بينهم لا تكون قرعة في قيمتهم.

وأما قولهم: «أعتق اثنين» أي: سهرين «وأرق أربعة» أسمهم فليس ب صحيح من وجهين: أحدهما: أنه لو كان ما قالوه لكان العتق بينهما والرق سهرين. والثاني: أن التجزئة مغربية عن هذا فلم يجز أن يحمل على ما لا يفيد، وهذا مُعْنٍ عن التجزئة، فلم يجز أن يفعل ما لا يفيد.

وأما الاستدلال عليهم فمن وجهين: أحدهما: على جواز التجزئة لتمكيل الحرية، وتكميل الرق. والثاني: على جواز القرعة لتمييز الحرية من الرق.

وأما الدليل على جواز التجزئة لتمكيل الحرية والرق، فمن وجهين:

أحدهما: أن التجزئة موافقة لأصول الوصايا أن لا يمضي في الوصايا إلا ما يحصل للورثة إلا مثلاه، فإذا جزئوا ثلثاً، وعنت منهم اثنان، رق أربعة للورثة، فصار لهم مثلاً ما خرج بالعنت، وإذا أعتقدوا أنهم على ما قالوا، واستسعوا في باقيهم خرج بالعنت ما لم يحصل للورثة مثلاه، وتردد مال السعاية بين أن يحصل، فيتأخر به حقوق الورثة، وبين أن لا يحصل، فبطل به حقوق الورثة، وما أدى إلى واحد منها كانت الأصول مانعة منه.

والاستدلال الثاني: أن في التجزئة إيصال الورثة إلى حقوقهم من غير التركة، فيصير المعتق مستوياً لتركته، وحقه في ثلثها، والوارث من نوع منها، وقد استحق ثلثها.

وما أدى إلى هذا كان الشرع مانعاً منه.

وأما الدليل على جواز القرعة لتمييز الحرية من الرق، فمن وجهين:

أحدهما: ما روي أن عمر بن عبد العزيز، رضي الله عنه، استشار خارجة بن زيد ابن ثابت، وأبان بن عثمان في القرعة بين العبيد في الحرية والرق، فأشارا عليه باستعمالها فيه، فعمل بها، ولم يظهر في عصره مخالف فيها، فصار قول ثلاثة من التابعين انعقد بهم الإجماع.

والاستدلال الثاني: أنه لما استعملت القرعة في قسمة الأموال المشتركة ليتميز بها نقل أملاك عن ملاك، كان استعمالها في ملك الواحد ليتميز بها حرية ملكه من رقه أولى من وجهين: أحدهما: أنه في ملك واحد، وذلك في ملك جماعة. والثاني: أن في العنق حقاً لله تعالى، فكان بنفي التهمة أحق.

فصل

فإذا ثبت ما ذكرنا من تجزتهم، والإقراع بينهم، فحكمهم موقف في بقاء المعتق في مرضه لا يجري عليه حكم العنق، لجواز أن يحدث عليه دين يستغرق قيمتهم، فيرقووا، ولا يجري عليهم حكم الرق لجواز أن يفيدها ما لا يخرجون من ثلثه، فيعنتوا ولا يجزأون، ويقرع بينهم، لأنه غير موروث في حياته، وقد يجوز أن يصح، فلا يورث، وتكون أكساب العبيد المعتقين موقوفة على ما يستبيئن. فإذا مات المعتق وجبت التجزئة، واستعملت القرعة واعتبر قدر التركة ليكون العنق معتبراً بثلثها إذا أقمع الورثة من إجازته، ولو كان للمعتق في

مرضه مال يخرجون من ثلثه لم يحكم بعثتهم قبل موته، لجواز أن يتلف ماله، فلا يصل إلى ورثته أو يرثه دين يسترقوه في قضائه.

فصل

فإذا مات المعتق، وأفرغ بينهم كان من خرج عليه سهم العتق حراً بلفظ المعتق، وملك جميع أكسابه في حياة معتقه.

ومن خرج عليه سهم الرق مملوكاً لم يزل، وجميع أكسابه تركة موروثة، ولا تقع بالقرعة حرية ولا رق، وإنما لتميز بها الحرية من الرق.

وحكي عن مالك أن بالقرعة يقع العتق، لأن رسول الله ﷺ: «جِنْ أَفْرَعَ بَيْنَ الْعَيْدِ السُّتُّةِ أَعْنَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرْقَ أَرْبَعَةَ» وهذا المحكي عنه ليس ب صحيح من وجهين: أحدهما: أنه لما كان خروجهم من الثالث موجباً لعثتهم بلفظ المالك، وجب إذا عجز الثالث عنهم أن تكون حرية من عتيق منهم بلفظ المالك. والثاني: أن عثتهم بالقرعة مبطل لعنت المالك، وإبطال عتق المالك موجب لإبطال القرعة، وكل حكم علق بسبب أدى ثبوته إلى إبطال سببه، بطل الحكم بإثبات سببه.

فاما قولهم: إن النبي ﷺ: «أَفْرَعَ، فَأَعْنَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرْقَ أَرْبَعَةَ»، فلم يكن العتق إلا من المالك، فصارت القرعة تمييزاً للعنت من الرق - والله أعلم - .

باب كيفية القرعة بين المماليك وغيرهم

مسألة: قال الشافعي رحمة الله: «أَحَبُّ الْقُرْعَةِ إِلَيَّ وَأَبْعَدُهَا مِنَ الْحِلْفِ عِنْدِي أَنْ تُقْطَعَ رِقَاعُ صِغَارٍ مُسْتَوَيَّةٍ فَيُكْتَبُ فِي كُلِّ رِقَاعَةٍ أَسْمُ ذِي السَّهْمِ حَتَّى يَسْتَوِفَ أَسْمَاءُهُمْ ثُمَّ تُجْعَلُ فِي بَنَادِقٍ طَيْنٍ مُسْتَوَيَّةٍ وَتُوزَّنُ ثُمَّ تُشَجَّفُ ثُمَّ تُلْقَى فِي حِجْرٍ رَجْلٍ لَمْ يَحْضُرِ الْكِتَابَةَ وَلَا إِذْخَالَهَا فِي الْبَنْدَقِ وَيُعْطَى عَلَيْهَا ثُوبٌ ثُمَّ يُقَالُ لَهُ أَذْخِلْ يَدَكَ فَأَخْرُجْ بَنْدَقَةً فَإِذَا أَخْرَجَهَا فُضِّلَ وَفَرِيَ أَسْمُ صَاحِبِهَا وَدُفِعَ إِلَيْهِ الْجُزْءُ الَّذِي أَفْرَعَ عَلَيْهِ ثُمَّ يُقَالُ لَهُ أَفْرَغْ عَلَى الْجُزْءِ الثَّانِي الَّذِي يَلِيهِ وَهَكَذَا مَا يَقِيَ مِنَ السَّهْمَيَانِ شَيْءٌ حَتَّى تَنْدَدَ وَهَذَا فِي الرَّقِيقِ وَغَيْرِهِمْ سَوَاءً».

قال الماوردي: اعلم أن القرعة تدخل في الأحكام لتمييز ما اشتبه إذا تعدد تمييزه بغيرها، لتزول فيه التهمة، ويخرج عن توهם الممايلة فوجب أن تستعمل على أح�ط الممكنتات فيها، وهي على ما وصفها الشافعي أح�ط ممكنتها فيها، فاعتبر فما وصفه منها خمسة أشياء مبالغة في الاحتياط، واحترازاً من الحيلة، وبعداً من التهمة.

وقال مالك: كيما أفرع الحاكم بينهم، ولو بأقلام دواته أجزاء، وهذا عدول عن الاحتياط، وتعرض للارياب الذي يمتنع منه الحكم.

واختار الشافعي أن تكون الرقاع في بنادق طين، وهو أولى من الشمع والحديد، لأن الشمع لئن تم فيه الحيلة، والحديد شديد لا ينفتح، وإن لئن بالنار ربما أحرقت رقاعه. واختار ثانياً: بأن تكون البنادق متساوية الوزن والصفة، مدورة قد ملست، لثلا تختلف فتتميز. واختار ثالثاً: أن تجفف حتى تبس، فلا تم فيها حيلة. واختار رابعاً: أن توضع مغطاة، ويؤمر من لم يشاهدها بالإخراج حتى لا يرى ما تتجه به إليه تهمة. واختار خامساً: أن يكون المخرج قليل الفطنة السلامة ليبعد من الإدغال والحيلة، فهذا أحوط ما يمكن فيها، وليس بعد ما ذكره الشافعي في صفتها من هذه الفصول الخمسة احتياط يؤمر به الحكم، فإن قصر في بعضها أساء، ولم يبطل حكمه. والله أعلم.

باب الإقراع بين العبيد في العنق والدين والتبذلة بالعقل

مسألة: قال الشافعي رضي الله عنه: «ويجزأ الرقيق إذا أعنق ثلثهم ثلاثة أجزاء إذا كانت قيمتهم سواء ويكتب سهم العنق في واحد وسهما الرق في اثنين ثم يقال: أخرج على هذا الجزء بعبيده ويعرف فإن خرج عليه العنق عتيق ورق الجزءان الآخرين وإن خرج على الجزء الأول سهم الرق ثم قيل أخرج سهم العنق على الجزء الثاني عنق ورق الثالث وإن خرج سهم الرق عليه عتيق الثالث وإن اختلفت قيمتهم ضم قليل الشمن إلى كثير الشمن حتى يعادلوا فإن تفاوتت قيمتهم فكان قيمة واحد مائة وقيمة اثنين مائة وقيمة ثلاثة مائة جزأهم ثلاثة أجزاء ثم أفرع بينهم على القيمة فإن كانت قيمة واحد مائتين واثنتين خمسمين، وتلاتة خمسمين فإن خرج سهم العنق على الواحد عتيق منه نصفه وهو الثالث من جميع المال والأخرون رقيق وإن خرج سهم اثنين عتيقا ثم أعيدت القرعة بين الثلاثة والواحد وأيهم خرج سنهمة بالعنق عتيق منه ما يبقى من الثالث ورق مابقى منه ومن غيره وإن خرج السهم على الاثنين أو الثلاثة فكانوا لا يخرجون معاً جزئوا ثلاثة أجزاء وأفرع بينهم كذلك حتى يُستكمَل الثالث ويجزأون ثلاثة أجزاء أصح عدوي من أكثر من ثلاثة».

قال الماوردي: وهذا الباب يشتمل على بيان استعمال القرعة، ويتضمن ثلاثة فصول: أحدها: في التجزئة. والثاني: في التعديل. والثالث: في الإخراج.

فأما التجزئة، فهو أن يجزئوا ثلاثة أجزاء إذا كان المقصود عنق الثالث لأن مخرجه من ثلاثة ولو كان المقصود عنق النصف جزاً أو أربعة أجزاء لأن مخرجه من أربعة.

ولو كان المقصود عنق النصف جزاً أو جزأين، لأن مخرجه من اثنين ثم على هذا.

وأما التعديل فمعتبر بأعداد العبيد وقيمهم، وهم في العدد والقيمة على ستة أقسام:

أحدها: أن يوافق عددهم مخرج الثالث، وتتساوى قيمهم، فيكونوا في موافقة العدد ثلاثة، أو ستة، أو تسع، وتكون قيمة كل واحد منهم مائة درهم، فإن كانوا ستة جعل كل اثنين جزءاً، وكان الجمع بين كل اثنين معتبراً برأي الحاكم، فإن كان فيهم متناسبان أخوان أو أب وابن كان الجمع بينهما أولى من التفرقة وإن كان منهم أمّتان، فالجمع بينهما أولى من التفرقة، وإن كان فيهم زوجان فالجمع بينهما أولى من التفرقة؛ فإن فرق بين المتناسبين جاز إلا أن تكون أمّة معها ولد صغير، فلا يجوز أن يفرق بينهما في التجزئة، لثلا تختلف أحکامهما، فيفرق بينها وبين ولدتها، فتوله عليه، وقد ورد النهي عنه. وإن فرق بين الزوجين، ففي جواز وجها:

أحدهما: يجوز كجواز التفرقة بين الأخرين والأمّتين.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يفرق في التجزئة بين الزوجين، وإن جاز أن يفرق فيها بين الأخرين، ليجتمعوا على الحرية والرق، ولا يختلفان فيها، فيفضي إلى فسخ النكاح المعقود في التفرقة بين الأخرين والأمّتين.

فإذا جزاوا أثلاثاً، وجمع بين كل جزأين اثنين كان الحاكم في الإخراج بين خيارين:

أحدهما: أن يكتب في الرقاع الأسماء، ويخرج على الحرية والرق، فيكتب سالماً وغانماً في رقعة، ونافعاً وبللاً في أخرى، ونجاحاً وإقبالاً في الثالثة.

وهو فيما ي قوله عند الإخراج من الحرية والرق بين أمرين:

أولاًهما وأعجلهما إلى فصل الحكم: أن يقول: أخرج على الحرية، فإذا خرج أحد الأجزاء أعتق من فيها، ورق من في الجزأين الآخرين، لأنه لم يبق للعتق ما يخرج لأجله.

والثاني: أن يقول: أخرج على الرق، فإذا خرج أحد الأجزاء رق من فيه، وبقي جزءان أحدهما رقيق، والآخر حر وهو بين أمرين: إما أن يقول: أخرج على الرق، فيرق من فيه، ويعتق من في الجزء الثاني، وإما أن يقول: أخرج على الحرية، فيعتق من فيه، ويرق من في الجزء الباقي.

وال الخيار الثاني: أن يكتب في الرقاع الحرية والرق، ويخرج على الأسماء، فيكتب في رقعة عتقاً، وفي رقعتين رقاً.

ويقول: أخرج لسالم وغانم. فإن خرج لهما سهم الحرية عتقاً، ورق الأربعة الباقون،

وإن خرج لهما سهم الرق رقا، وقال: اخرج لنافع وبلال فإن خرج لهما سهم العنق عتقا، ورق الآخران، وإن خرج لهما سهم الرق رقا، وعنت الآخران. فهذا حكم القسم الأول في تجزئته وإخراجه.

فصل

والقسم الثاني: أن يوافق العدد، وتختلف القيم، ويمكن التعديل.

مثاله: ألم يكونوا ستة، قيمة اثنين منهم مائتان، وقيمة اثنين منهم ثلاثة مائة، وقيمة اثنين منهم أربعمائة. فإذا جمعت قيمهم كانت تسعمائة ثلاثة ثلثها ثلاثة فيجعل العبدان اللذان قيمتهما ثلاثة سهماً ونضم واحداً من العبدان اللذين قيمتهما مائتان إلى أحد العبدان اللذين قيمتهما أربعمائة، ويجعل كل اثنين منهم سهماً قيمته ثلاثة فتعدل السهام الثلاثة في العدد والقيمة، ثم الحاكم في الإخراج بين خيارين على ما قدمناه من كتب الأسماء والإخراج على الحرية والرق وبين كتب الحرية والرق والإخراج على الأسماء.

فصل

والقسم الثالث: أن يوافق العدد، وتختلف القيم، ولا يمكن التعديل.

مثاله: أن يكونوا ستة، قيمة واحد منهم مائة، وقيمة اثنين منهم مائة، وقيمة ثلاثة مائة، فمجموع قيمهم ثلاثة، فمذهب الشافعي المنصوص عليه أنه يجزأ سهامهم على القيمة دون العدد، ف يجعل العبد الذي قيمته مائة سهماً، و يجعل العبدان اللذين قيمتهما مائة سهماً، و يجعل الثلاثة الذين قيمتهم مائة سهماً، وكان الإخراج على ما مضى من الخيارين، فإن خرج سهم العنق على الواحد الذي قيمته مائة عتق، ورق الخمسة، وإن خرج على العبدان اللذين قيمتهما مائة عتقا، ورق الأربعة، وإن خرج على الثلاثة الذين قيمتهم مائة عتقوا، ورق الثلاثة. وذهب بعض أصحابه إلى خلاف قوله فجزأهم على العدد دون القيمة لأن النبي ﷺ أقر على العدد دون القيمة، فكان العدد أولى أن يكون معتبراً من القيمة ف يجعل العبدان اللذين قيمتهما مائة سهماً، ويضم أحد العبدان الثلاثة الذين قيمتهم مائة إلى العبد الذي قيمته مائة، فيصير سهمه أكثر من مائة، وسهم الباقين أقل من مائة، ثم يقع بينهم فإن خرج سهم العنق على العبدان المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة رق الأربعة الباقيون فصار سهم العنق خارجاً على أكثر من الثالث، فلم ينقد العنق في جميعها لزيادتهم على الثالث، وأقر بينهما فرعة ثانية، فإن خرج سهم العنق على العبدان المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة رق الأربعة الباقيون فصار سهم العنق خارجاً على أكثر من الثالث،

فلم ينقد العنق في جميعهما لزيادتهما على الثالث، وأقرع بينهما قرعة ثانية، فإن خرج سهم العنق على المقوم بمائة عنق، ورق الآخر، وإن خرج على المقوم بثلث المائة عنق جميعه، وثلثا الآخر لاستكمال الثالث، ورق ثلثه الزائد على الثالث، وهذه طريقة غير مرضية، لما تفضي إليه من إعادة القرعة مراراً أو بعض الحرية والرق في شخص واحد.

فصل

والقسم الرابع: أن تختلف قيمهم، ولا يوافق عددهم، ويمكن التعديل بينهم. مثاله: أن يكونوا ثمانية: قيمة واحد منهم مائة، وقيمة ثلاثة مائة، وقيمة أربعة مائة، فمجموع قيمتهم ثلاثة، فيجوز أن على القيم دون العدد وجهاً واحداً، وافق عليه من خالف فيما تقدم لأن العدد لما لم يوافق سقط اعتباره، فوجب أن يعتبر ما يعدل من القيمة ف يجعل العبد المقوم بمائة سهماً، والثلاثة المقومين بمائة سهماً، والأربعة المقومين بمائة سهماً، فإن خرج سهم العنق على الواحد المقوم بمائة عنق ورق السبعة، وإن خرج على الثلاثة المقومين بمائة عتقوا، ورق الخمسة، وإن خرج على الأربعة المقومين بمائة عتقوا، ورق الأربعة.

وعلى هذا لو كانا عبدين قيمة أحدهما مائة، وقيمة الآخر مائتين سهماً، وأقرع بينهما، فإن خرج سهم العنق على المقوم بمائة عنق جميعه، ورق جميع الآخر، وإن خرج على المقوم بمائتين عتق نصفه، ورق نصفه، وجميع الآخر.

فصل

والقسم الخامس: أن تختلف قيمهم، ولا يوافق عددهم، فلا يمكن التعديل في القيمة ولا في العدد. مثاله: أن يكونوا خمسة: قيمة أحدهم مائة، وقيمة الثاني مائتان، وقيمة الثالث ثلاثة، وقيمة الرابع أربع مائة، وقيمة الخامس خمس مائة، فمجموع قيمهم ألف وخمسمائة ثلاثة خمس مائة، ففي الإقرار بينهم قولان:

أحدهما: أنه لا يعتبر فيهم التعديل، لتعذر في القيمة والعدد، وتكتب أسماؤهم في رقاع بعدهم، وتخرج على العنق، فإن خرج اسم المقوم بخمس مائة عتق، ورق الأربعة الباقيون، وإن خرج اسم المقوم بأربع مائة عتق، وباقيه بعده من الثالث مائة، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بثلاثة عتق منه ثلاثة، ورق ثلاثة الباقيون، وإن خرج في الابتداء اسم المقوم بثلاثة عتق، وباقيه بعده من الثالث مائة، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بمائتين عتق جميعه، ورق الثلاثة الباقيون، ولو خرج في الابتداء سهم المقوم بمائتين عتق، وباقيه بعده من الثالث ثلاثة فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم

بمائة عتق، وبقي بعده من الثالث مائتان، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بخمسينه عتق منه خمساء، ورق ثلاثة أخماسه الاثنين الباقيان، ثم على هذا القياس.

والقول الثاني: يجزأون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم بخمسينه سهاماً، ويجمع بين المقوم بأربعينه، والمقوم بمائة، والمقوم بستينه، فيجعل سهاماً ثانياً ويجمع بين المقوم بثلاثينه والمقوم بستينه، فيجعل سهاماً ثالثاً، ثم يخرج على العتق، فأي السهام خرج عتق من فيه، وقد استكمل به الثالث، ورق الباقون.

فصل

والقسم السادس: أن تتساوى قيمهم، ولا يوافق عددهم.

مثاله: أن يكونوا أربعة قيمة كل واحد منهم مائة، فمجموع قيمهم أربعينه، ثلثها مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فتكتب أسماؤهم في الرقاع بعدهم قوله واحداً، فإذا خرج اسم أحدهم عتق، وأخرج اسم ثان فأعتق ثلثه، ورق ثلاثة، وجميع الآخرين، ثم على هذا القياس. والله أعلم.

مسألة: قال الشافعى رضى الله عنه: «وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِعَضِ رَقْبَيْهِ جُزْءٌ الرَّقْبَيْنِ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ ثُمَّ جُزْءُهُمْ فَأَيُّهُمْ خَرَجَ عَلَيْهِ سَهْمُ الدَّيْنِ بِنْعَوْا ثُمَّ أَقْرَعَ لِيَعْتَقَ ثُلُثَهُمْ بَعْدَ الدَّيْنِ وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بَعْدَ ذَلِكَ بِعْتُ مَنْ عَنَقَ حَتَّى لَا يَتَّقَ عَلَيْهِ دَيْنٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في عتق ودين يستوعبان التركة، وهو أن يكون له عبيد لا يملك غيرهم، وقد اعتقهم في مرض موته أو أوصى بعتقهم، وعليه دين يستوعب قيمهم أو قيمة بعضهم، فإن كان الدين مستوعباً لقيمه ارتفع حكم العتق بالدين سواء اعتقهم في مرضه أو وصى بعتقهم بعد موته، لأن العتق في المرض وبعد وصية تعتبر من الثالث، والدين مقدم على الوصايا، فلذلك بطل به حكم العتق، كما بطل به حكم جميع الوصايا والمواريث، وإن كان الدين غير مستوعب لقيمه ارتفع حكم العتق فيما قابل قدر الدين، وكان باقياً فيما عداه. والدين خارج من أصل التركة، والعتق معتبر من ثلثها، فتصور المسألة في أسهل أمثلتها، ليكون مثلاً لغيره، وهو أن يكون له أربعة عبيد يعتقهم في مرضه، ولا مال له غيرهم، وقيمة كل عبد منهم مائة درهم، ويموت ويظهر عليه مائة درهم دينها، فلظهور الدين حالثان: إحداهما: أن يظهر قبل تحرير العتق بالقرعة. والثانية: بعد تحريره بها.

فإن ظهر قبل القرعة وجب أن يقرع بينهم لقضاء الدين ثم يقرع بينهم للعتق فإن قيل:

فقضاء الدين لا يحتاج إلى قرعة، كما لو اجتمع الدين مع الوصايا لم يقع في التركة بين أرباب الديون والوصايا. قيل: إنما أقع في الدين مع العتق، وإن لم يقع فيه مع الوصايا لأمرين: فرق وتعليق.

فأما الفرق فهو أن القرعة لما استعملت في العتق إذا انفرد، ولم تستعمل في الوصايا إذا انفردت استعملت في العتق إذا اجتمع مع الدين، وإن لم يستعمل في الوصايا إذا اجتمع مع الدين.

وأما التعليق: فهو أن العتق لا يترك بالعجز على إشاعته حتى يميز بالقرعة، فلم يجز أن يشاع ما دخله العجز إلا بالقرعة والوصايا تترك بالعجز على إشاعتها، ولا تميز بالقرعة، فجاز أن يشاع ما دخله العجز بغير قرعة.

وإذا وجب الإقراع للدين كما وجب الإقراع للعтик، وجب تقديم الإقراع للدين كما وجب الإقراع للعтик، لإمضاء العتق بعد قضاء الدين، ولم يجز أن يجمع في الإقراع الواحد بين قضاء الدين والعتق، كما وهم فيه بعض الفقهاء، لأمرين: أحدهما: لتقديم الدين على الوصايا. والثاني: يجوز أن تزيد قيمة من قرع في الدين، فتضم الزيادة إلى من أفرد للعтик أو تنقص القيمة، فتتم من أفرد للعтик.

فإذا تقررت هذه الجملة، فمعلوم من صورة ما قلناه أن الدين مقابل لريع التركة، لأنه مائة والتركة أربع مائة، فوجب أن يُجزأوا أرباعاً، ويكتبوا في أربع رقاع، والمقرع فيه بين خيارين: أحدهما: أن يكتب أسماءهم، ويخرج على الدين، فمن خرج اسمه بيع فيه. والثاني: أن يكتب في رقعة ديناً، وفي ثلاثة رقاع ترك، ويخرج على الأسماء فمن خرج عليه سهم الدين بيع فيه، فإذا تعين المبيع في الدين بالقرعة لم يجز أن يقع بين الباقيين في العتق إلا بعد بيعه في الدين، لأنه قد يجوز أن تزيد قيمته، فيزاد على سهام العتق، ويجوز أن تنقص، فتتم من سهام العتق، ويجوز أن يهلك فيقرع للدين ثانية من سهام العتق، فلذلك وجب التوقف على الإقراع للعтик حتى يباع القارع في الدين، ويقضى بشمنه جميع الدين ثم تستأنف قرعة العتق بين ثلاثة أجزاء، فيعتق منهم من خرج عليه سهم العتق، ويرق من خرج عليه سهم الرق، فلو كانوا ثلاثة عبيد قيمتهم أربع مائة درهم، والدين مائة درهم، جُزئوا في الدين ثلاثة أجزاء على عددهم، فإذا خرجت فيه قرعة أحدهم بيع منه ثلاثة أرباعه، لأن قيمته مائة. وثلاثة وثلاثون وثلاثة. والمائة الدين هي ثلاثة أرباعها، وببقى عدان، وربع قيمتهم ثلاثة فيجزأون أعلاها، ويقع بينهم للعтик، فإن خرج سهم العتق على أحد الكاملين عتق ثلاثة أرباعه، ورق ربعه مع جميع الآخر والربع الباقي من المبيع في

الَّذِينَ، وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتْقِ عَلَى الرَّبِيعِ الْبَاقِي مِنَ الْمُبَيِّعِ فِي الدَّيْنِ عَتْقٌ، وَقَرْعٌ بَيْنَ الْكَامِلِينَ، وَأَعْتَقَ مِنَ الْقَارِعِ نَصْفَهُ، وَرَقَ نَصْفَهُ، وَجَمِيعَ الْآخَرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فصل

وإذا كان ظهور الدين بعد تحرير العتق بالقرعة.

مثاله: أن يقرع بين العبيد الأربعة، فيعتق منهم عبد وثلث، ثم تظهر عليه مائة درهم ديناً لم يعلم به قبل القرعة، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي المنصوص عليه في المبسوط من كتاب «الأم» أن قرعة العتق ماضية، وبيع في الدين بما استرقه الورثة، وهو عبدان وثلثا عبد بمائة لقضائه للدين إن لم يقضوه من أموالهم، وهم بال الخيار في بيع من شاؤوا منهم بغير قرعة، لأنه لا حق فيهم للمعتق، فلم يحتاج في بيعه إلى قرعة، ويبقى معهم عبدان وثلثان، وقد صارت التركة بعد قضاء الدين ثلاثة عبد قيمتهم ثلاثة مائة، فيبقى للورثة تمام حقوقهم في الثلاثين ثلث عبد، وقد خرج بالعتق عبد وثلث، فيقع بين العبد والثلث، ليسترق منهما ثلث عبد يستكملا به الورثة الثاني التركة، فإن خرجمت قرعة الرق على ثلث العبد رق للورثة، وتحرر عتق الآخر كله، وإن خرجمت على هذا الآخر الكامل العتق قرعة الرق ثلثه، وعنت ثلاثة والثلث الآخر، وصار عتق العبد مبعضاً في عبدين، فهذا حكم الوجه الأول في استثناء حكم القرعة الأولى.

والوجه الثاني: وهو قول طائفة من أصحاب الشافعي أن قرعة العتق تبطل بظهور الدين بعدها، كما كانت تبطل بظهور الدين قبلها، لأنها وقعت في غير حقها كأخرين اقتسموا ترثة ثم ظهر لهما أخ ثالث بطلت قسمتهما، ووجب أن يستألفاها مع الثالث، فعلى هذا تنقض القرعة، ويعود من أعتق بها إلى الحكم الأول، ويبتدئ فيقع بين الأربعة للدين، فيباع فيه أحدهم، ويبقى بعد المبيع في الدين ثلاثة يستحق عتق أحدهم، فيقع بينهم للعتق، ويعتنق منهم من قرع، ويرق الآخرون.

والوجه الأول أصح؛ لأن تحفظ به حرية من عتق وعبودية من رق، وعلى هذا الوجه الثاني قد يعتق به من رق، ويرق به من عتق. والله أعلم.

فصل

ولو كان العبيد الأربعة على حالهم، وعليه مائة درهم ديناً فأقع بينهم للدين، وبيع فيه أحدهم، ثم أقع بين الثلاثة الباقين للعتق، وأعنت أحدهم، ورق للورثة اثنان منهم ثم ظهر عليه مائة درهم ثانية ديناً، كان على الوجهين المتقدمين:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي يباع في الدين أحد العبددين المسترقين، ويسترق من

العبد المعتق ثلثه، فيصير للورثة عبد وثلث، ويتفذ بالعتق ثلثا عبد.

والوجه الثاني: تبطل قرعة العتق، ويستأنف القرعة بين الثلاثة للذين، فإذا قرع فيه أحدهم بيع للذين سواء كان محكماً بعتقه أو برقه، ثم استؤنفت قرعة العتق، فأعتق بها ثلثا أحدهما، ورق للورثة ثلثه، وجميع الآخر، وعلى هذا لو ظهرت عليه مائة ثلاثة ديناً بعد ما بيع في المائة الثانية، فعلى الوجه الأول الذي هو المذهب لا تنقض قرعة العتق، وبيع مما استرقه للورثة عبد بمائة درهم، ويبقى معهم ثلث عبد، فيسترقون من ثلثي من عتق ثلثه، ليصير لهم ثلثا عبد، وللعتق ثلث عبد.

وعلى الوجه الثاني: تنقض قرعة العتق، ويعود العبدان الآخران إلى حكم الرق، فيباع في الدين أحدهما بالقرعة، ويبقى الآخر، فيعتق ثلثه، ويرق ثلثاه.

ولو ظهرت بعدها مائة رابعة ديناً بيع فيه من أعتق ومن رق على الوجهين معاً لاستيعاب الدين جميع التركة، فلو كانت التركة عبداً قيمته مائة درهم أعتقه في مرضه، ومات فحكم بعتق ثلثه، ورق ثلثيه لورثته، ثم ظهر عليه دين قدره مائة درهم يسترعب جميع تركته، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أنه ينقض ما حكم به من عتق ثلثه، وبيع جميعه في دينه، وهوهم بعض أصحابه، فأعتق تسعه، وأرق في الدين ثمانية أتساعه، وجعل وجه ذلك أن مال للعتق سهم، وللذين سهمان ثم سهم العتق مقسوم بين العتق والورثة على ثلاثة، فيصبح من تسعه ستة منها، وهي الثالثان للذين وثلثه بين العتق والورثة أثلاثاً، للعتق سهم وهو التسع، فيعتق تسعه، ويبقى للورثة سهمان ترد على أصحاب الدين، ولا وجه لهذا القول لأن عتق المرض وصية في الثالث، ولا وصية إلا بعد قضاء الدين كما لا ميراث إلا بعد قضائه.

فصل

ولو كانوا أربعة فيبيع من الأربعه أحدهم في الدين، وأعتق من الثلاثة أحدهم في الثالث، ورق الآخران للورثة، ثم استحق أحد العبدان المسترقين كان استحقاقه كالذين الحادث بعد العتق، فيكون على ما ذكرناه من الوجهين: أحدهما: يسترق من المعتق ثلثه، ولا تنقض القرعة. والثاني: تنقض القرعة، وتستأنف في العبدان، ويعتق ثلثا أحدهما بالقرعة الثانية على من خرجت منها، ولو استحق العبد المعتق بطل فيه العتق، واستؤنفت القرعة بين الباقين على الرق وجهاً واحداً، وأعتق ثلثا أحدهما، ورق باقيه، وجميع الآخر، ولو استحق المعتق، وأحد المسترقين صارت التركة عبداً واحداً، فيعتق ثلثه، ويرق ثلثاه بغير قرعة.

فصل

وحكم هؤلاء العبيد لو لم يعتقهم في مرضه، ووصى بعتقهم بعد موته، وهم جميع تركته حكمتهم لو أعتقهم في مرضه إلا في أربعة أحكام: أحدها: أن عتقهم في المرض متقدم على الموت، وفي الوصية متأخر عنه. والثاني: أن عتق المرض مباشرة ينفذ بلفظه، وعنت الوصية ينفذ بلفظ الورثة، فإن امتنعوا استوفاه الحاكم منهم. والثالث: أن قيمة المعتقين في المرض معتبرة بوقت عتقهم قبل الموت، وقيمة المعتقين في الوصية معتبرة بقيمتهم وقت الموت على ما سنذكره. والرابع: أن العتق في المرض يملكون به ما اكتسبوه في حياة المعتق، وبعد موته، وكسب من رق منهم يملك المعتق منه ما كسبوه في حياته، ويضاف إلى تركته، ويملك الورثة ما اكتسبوه بعد موته، والعتق بالوصية يوجب أن تكون أكسابهم قبل الموت من تركة الموصي وأكسابهم بعد الموت للورثة، يستوي فيه كسب من عتق منهم، ومن رق قبل القرعة للعتق، ولا يقضى من هذه الأكساب ديون الميت، لأنها حادثة على ملك الورثة، وحكي عن أبي سعيد الإصطخري أن ديون الميت تقضى من هذه الأكساب الحادثة على ملك الورثة، لأنهم استفادوها من تركة لا يستقر ملكهم عليها، إلا بعد قضاء ديونها.

ويتفرع على هذا الفصل: إذا أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم لا مال له غيره، فكسب في حياة سيده مائة درهم وبعد موته مائة درهم فالمائة التي كسبها في حياة سيده داخلة في تركته تضم إلى قيمته، ويدخل بها دُورُ يزيد في عتقه، والمائة التي كسبها بعد موته خارجة من التركة، ولا يدخل بها دُورُ، ولا يزيد بها عتق، وقدر ما يعتق منه نصفه، ويملك به نصف كسبه في حياة سيده، ونصف كسبه بعد موته، ويرق نصفه للورثة، ويستحقون به نصف كسبه في حياة سيده ميراثاً، ونصف كسبه مثل قيمة العبد، ويجعل للورثة سهرين، يجعل العتق سهماً، والكسب سهماً، لأن الكسب مثل قيمة العبد، ويجعل للورثة سهرين، ليكونا مثلي سهم العتق، وتجمع السهام، وهي أربعة، وتقسم التركة عليها، وهما مائتا درهم، لأن قيمة العبد مائة درهم، وقد ضم إليها الكسب في حياة السيد مائة، فيكون قسط كل سهم منها خمسين درهماً، وللعتق سهم واحد، وهو نصف قيمته، فعتق به نصفه، وملك به نصف كسبه في حياة السيد، ورق نصفه للورثة، وملكون نصف كسبه في حياة السيد ميراثاً، فصاز لهم بالرق والكسب مائة درهم هي مثلاً ما عتق من نصفه، ويكون الكسب بعد موت السيد بين العبد والورثة نصفين، بحسب ما فيه من حُرْيَة ورق.

فلو كانت المسألة بحالها في عتق هذا العبد الذي قيمته مائة درهم، وكتب العبد في حياة سيده مائة درهم، وبعد موته مائة درهم، وكان على السيد مائة درهم ضم كسب الحياة

إلى التركة، وخرج الكسب بعد الموت منها، فصارت التركة مائتي درهم يقضى نصفها في الدين، ويبقى نصفها في العتق والميراث فبعتق منه ربعه، ويرق ثلاثة أرباعه، وبابه أن يجعل للعتق سهماً، وللكسب سهماً، وللورثة سهماً، ويقسم باقي التركة بعد الدين، وهو مائة على هذه السهام الأربعة يكون قسط السهم منها خمسة وعشرين درهماً، فيعتق منه بسهم العتق ربعه، ويملك به ربع كسبه، ويرق للورثة ثلاثة أرباعه، وهو بخمسة وسبعين درهماً، ويملكون به ثلاثة أرباع كسبه، وهو خمسة وسبعون درهماً، يصيران مائة وخمسين درهماً يقضى منهم الدين مائة درهم يبقى مع الورثة خمسون درهماً هي مثلاً ما خرج بالعتق المقدر بخمسة وعشرين درهماً، وتكون المائة المكتسبة بعد موت السيد بين العبد والورثة بقدر الحرية والرق، يملك العبد ربعها بقدر حريته، ويملك الورثة ثلاثة أرباعها كسباً مستفاداً، بما ملكوه من رقه لا تدخل التركة، ولا يقضى منها الدين.

فأما على قول أبي سعيد الإصطخري: يقضى الدين منها، فيدخل بها دُورٌ يزيدُ في العتق لزيادة ما يقضى به الديون وزيادة دورها بثلثها، لأن المحكى عن أبي سعيد أن الكسب بعد الوفاة يقضى به الديون ولا ينفع به الوصايا، فتجعل المائة المكتسبة بعد الموت أثلاً، ثلثاً للعبد بحسب عتقه، وثلثاً للورثة بحسب رقه، وثلثاً يضاف إلى التركة لقضاء دينه، فتصير التركة مع هذا الثلث مائتين وثلاثة وثلاثين وثلثاً، يقضى منها الدين مائة، يبقى من التركة بعد قصائها مائة وثلاثة وثلاثون وثلث تقسم على أربعة هي سهم للعتق وسهم للكسب وسهماً للورثة، يخرج قسط السهم ثلاثة وثلاثين وثلث فأعتق منه بقدرها، وهو الثلث، ويملك به ثلث كسبه، ويرق للورثة ثلاثة، وهو مثلاً ما عتق منه، وقد ملك من المكتسب بعد الموت ثلاثة، وملك الورثة ثلاثة، وهما مستفدان من غير التركة.

قلت: كأنه جعل جزءاً من العبد يقضى به الدين، فهو لما يستحق بذلك الجزء من كسبه في حياة سيده، وبعد موت السيد للدين ثم جعل سهماً من رقبته بيعه سهماً من الكسب بقدر ثلاثة أسمهم ما بقي، ولو كسب بعد الموت مائة لصار في ملكه الذي مع ربع كسبه، وبقيه كسبه بعد الموت، فسقط، لأنه ليس من التركة، فيبقى ما يبقى، لأنه عبد أعتقه في مرض موته، وبقيه كسبه في حياة سيده.

مسألة: قال الشافعية رضي الله عنه: «فَإِنْ أَعْتَقْتُ ثُلَثَةً وَأَرْفَقْتُ ثُلَثَيْنِ بِالْفُرْعَةِ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَا لَيْخَرَجُونَ مَعًا مِنَ الْثُلَثِ أَعْتَقْتُ مَنْ أَرْفَقْتُ وَدَفَعْتُ إِلَيْهِمْ مَا أَكْتَسَبُوا بَعْدَ عِنْقِ الْمَالِكِ إِلَيْهِمْ». .

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا أعتق عبيداً في مرضه، وعليه دين، ولم يظهر له

مال، فيبع بعضهم في دينه، وأعتق منهم قدر ثلثه، ورق باقيهم ثم ظهر له مال، فإن خرجوا من ثلثه عتقوا جميعهم، وإن نقص ثلثه عنهم أعتق منهم قدر ثلثه.

مثاله: أن يعتق أربعة عبيد قيمة كل عبد مائة درهم، ويترك ديناً قدره مائة درهم، ولم يظهر له مال، فيبع أحدهم في دينه، وأعتق أحدهم في ثلثه، واسترق اثنان لورثته، ثم ظهر له مائة درهم، فيسترجع بظهور المائة العبد المبيع في الدين، ويُفْسَحُ فيه البيع، ويصير بظهور هذه المائة بمثابة من ليس عليه دين، فعلى هذا لا يختلف مذهب الشافعى، ومن خالقه من أصحابه في نقص القرعة بظهور الدين أنها لا تنقص بظهور المال، لأن ظهور الدين يوجب نقصاً في العتق، وزيادة الرق، تنقض به قرعة الرق وظهور المال يوجب زيادة العتق ونقصان الرق، فلم يجز أن تنقض به قرعة العتق، فيكون عتق من قرع باتاً لا رجعة فيه، وقد بقي في الثالث بعد عتقه أن يعتق من الثالث ثلث واحد يستوعب به الثالث، فيقريع بينهم، ويعتق ثلث أحدهم، ويسترق ثلثاه مع الآخرين، ولو ظهر له مائتا درهم كان الباقي منها بعد قضاء الدين مائة، فيعتق من الثلاثة ثلثا عبد، لأن التركة خمسمائة. ولو ظهر له ثلاثةمائة درهم عتق بها من الثلاثة عبد كاملاً، لأن التركة بعد الدين ستمائة. ولو ظهر له أربع مائة عتق بها من الثلاثة عبد وثلث، لأن التركة بعد الدين سبعمائة. ولو ظهر له خمسمائة عتق بها من الثلاثة عبد وثلثان، لأن التركة بعد الدين ستمائة. ولو ظهر له ستمائة عتق بها من الثلاثة عبدان، لأن التركة بعد الدين تسعمائة. ولو ظهر له سبعمائة عتق بها من الثلاثة عبدان وثلث، ولو ظهر له ثمانمائة عتق بها من الثلاثة عبدان وثلثان. ولو ظهر له تسعمائة عتق بها الثلاثة كلهم، لأن التركة تصير بها بعد قضاء الدين ألفاً ومائتين، والعبيد أربعة فيمتهن أربعمائة هي قدر الثالث، فيعتقوا جميعاً.

فصل

إذا تحرر عتق جميعهم على ما وصفنا بآنَّ بعد أن أجري حكم الرق عليهم أنهم كانوا أحراراً، بعتق السيد في حياته يوم اعتقهم، فيبطل ما جرى عليهم من أحكام الرق، فيصيرون مالكين لجميع أكبابهم التي كسبوها في حياة السيد، وبعد موته، ولو كان مات لأحدهم موروث، ومنع من ميراثه بالرق كان أحق بميراثه من الأبعد، وانتزع ميراثه منه.

ولو كان هو الميت، وأخذ الوارث ماله انتزع منه، وكان وارثه أحق به، ولو تزوج بأمة لا يستحقها في الحرية بطل نكاحها، ولو كانت أمة زوجها الوارث بالملك بطل نكاحها حتى يستأنفه وليها، ولو وطنها الوارث بحكم الملك كان عليه مهرها، ولو كان قد زنى أحدهم، وجلد خمسين كمل حده، ليتم جلد مائة إن كان بكرأ، ويرجم إن كان ثيبياً، ولو

كان الوارث قد باع أحدهم بطل بيته، ورجع مشتريه على الوارث بثمنه، ولو كان قد رهنه بطل رهنه وإن كان قد أخره بطلت إجارته، ورجع على مستأجره بأجرة مثله من الأحرار دون العبيد، ورجع المستأجر على الوارث بما دفعه إليه من الأجرة، ولو كان الوارث قد أعتقه بطل عتقه، وكان ولاه للأول، ولو كاتبه بطلت كتابته، ورجع بما أدى، ولو جنحت عليه جنابة عمد، وأخذ الوارث أرشها، كان له أن يقتضي من الجنائي، ولا يسقط بأخذ الوارث للأرش ويرد الأرش على الجنائي، ولو كان قد بيع في جنابة جناها بطل بيته، وكانت جنابته خطأ على عاقلته وعمدًا في ماله، واسترجع من المجنى عليه ثمنه، ورُدَّ على مشتريه، ثم على هذا القياس في جميع الأحكام. والله أعلم.

فصل

وإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة درهم لا مال له غيره، ومات العبد في حياة سيده ففي عتقه ونفوذه ثلاثة أوجه: أحدها: وهو قول أبي العباس بن سريج أنه قد نفذ عتقه في جميعه، ويموت حراً قد جدّ ولاء ولده، وموروثًا ينتقل كسبه إلى ورثته، وإن لم يخرج من ثلث سيده، لأنّه مات قبل حقوق الورثة، فلم تجز فيه المواريث، وصار كعتق الصحيح. والوجه الثاني: أن عتقه قد بطل، ويموت عبداً، وينتقل كسبه إلى سيده بالملك، ولا يجرّ ولاء ولده، لأن عتقه في المرض وصية بطل بموت الموصي له قبل موت الموصي. والوجه الثالث: وهو الظاهر من مذهب الشافعى، والمعمول عليه من قوله: أن موته لا يرفع حكم العتق في حقه ويرفع عنه حكم الرق في حق ورثته، وعتقه ليس بوصية له إن جرى في اعتباره من الثلث مجرى الوصية، لأنّه لا يراعى فيه قبوله، ولا يؤثر فيه رده، وعلى هذا تختلف أحكامه باختلاف أحواله، فإن مات عن غير كسب كان ثلثه حراً، وثلثه مملوكاً، يجر ثلثه ثلث ولاء ولده، وإن مات عن كسب فله حالتان:

إحداهما: أن لا يكون له وارث غير سيده، فينظر في قدر كسبه، فإن كان مائتى درهم ورثها السيد، وعتق جميعه، لأنّه قد صار إلى التركة مثلاً قيمته، وإن كان كسبه مائة درهم مات نصفه حراً ونصفه مملوكاً، وكانت المائة للسيد نصفها بحق الولاء، ونصفها بحق الملك، وهي مثلاً قيمة نصفه.

والحالة الثانية: أن يكون له وارث غير سيده، فإن قيل: بمذهب الشافعى في القديم أن المعتق بعضه إذا مات لم يورث، وكان ماله لسيده، كان حكمه على ما مضى إذا لم يخلف وارثًا غير سيده.

فإن قيل: بمذهبه في الجديد أنه يكون موروثًا دخل الدور في عتقه بقدر كسبه، فإن

كان كسبه مائتي درهم عتق نصفه، ورق نصفه.

وبابه في حسابه أن يجعل له برقته سهماً لعتقه، وبكسبه سهرين لورثته، لأن الكسب ضعف قيمته، ويجعل لورثة سيده سهرين ضعف قيمته، وجمع سهم ورثته وسهري ورثة سيده، وهي أربعة، ولا تجمع إليها سهم الرقبة لتلتها ثم أقسم الكسب عليها، وهو مائتان يخرج قسط السهم خمسين درهماً، فيعتق منه بقدرها، وهو نصفه يملك وارثه به نصف كسبه ويملك ورثة سيده نصف كسبه، ويرق نصفه، وهو مثلاً ما أعتق من نصفه.

ولو كان كسب مائة درهم عتق ثلثه، وبابه أن جعل له برقته سهماً لعتقه وبكسبه سهماً لورثته، ولورثة سيده سهرين، وتجمع بين سهم ورثته وسهري ورثة سيده، وهي ثلاثة، وتقسم ذلك عليها، وهو مائة يخرج قسط السهم ثلاثة وثلاثين درهماً وثلثاً، فيعتق منه بقدرها، وهو ثلثه يملك ورثته به ثلث كسبه، ويملك ورثة سيده ثلثي كسبه برق ثلثيه، وهو مثلاً ما عتق من ثلثه. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأَيُّ الرَّقِيقٍ أَرَدْتُ قِيمَتُهُ لِيَعْتِقَهُ فَزَادَتْ قِيمَتُهُ أَوْ نَقَصَتْ أَوْ مَاتَ فَإِنَّمَا قِيمَتُهُ يَوْمَ وَقَعَ الْعِتْقُ».**

قال المارودي: وهذا صحيح والكلام فيها مشتمل على ثلاثة فصول: أحدها: اعتبار قيمة من أعتقه في مرضه. والثاني: اعتبار قيمة من وصى بعتقه. والثالث: اعتبار قيمتها في حق ورثته.

فاما الفصل الأول: في اعتبار قيمة من أعتقه في مرضه، فمعتبرة بوقت عتقه لاستهلاكه له بعتقه.

واما الفصل الثاني: في اعتبار قيمة من وصى بعتقه، فمعتبرة بوقت موته، ولا تعتبر بوقت وصيته، ولا بوقت عتق الورثة بعد موته؛ لاستحقاق عتقه بالموت، فاعتبرت بوقت الاستحقاق.

واما الفصل الثالث: في اعتبار قيمته في حق ورثته، فمعتبرة بأقل قيمته من بعد موته، وإلى وقت قبض، لأن الزيادة بعد الموت تحدث على ملكهم، فلم تتحسب عليهم كالثمرة والنتائج، والنقصان قبل القبض تالف من التركة، فلم يتحسب عليهم كالعيت والتغصوب، فلذلك كان محتسباً في حقهم بأقل قيمته.

فصل

فإذا تقرر هذا صحت أحكامه في ثلاثة فصول: أحدها: في القيمة إذا زادت. والثاني:

في القيمة إذا نقصت. والثالث: في الجمع بين العتق في المرض، والعتق بالوصية.

فأما الفصل الأول: في القيمة إذا زادت، فحكم الزيادة مثل حكم الكسب، فإذا أعتق عبداً قيمته مائة درهم لا مال له غيره، فزادت قيمته حتى بلغ مائتين، فالزيادة معتبرة بوقتها، فإن حدثت بعد موت السيد، فلا اعتبار بها في التركة، ولا يدخل بها ذؤراً في زيادة العتق، ويعتق ثلثه، ويرق ثلثاه.

وإن حدثت في حياة السيد كانت معتبرة في التركة، ودخل بها دور في زيادة العتق، وباب دوره في وصولك إلى مقدار عتقه أن يجعل له بعنته سهماً، وله بفضل قيمته سهماً، وللورثة سهرين، واجتمعها، وهي أربعة، واقسم قيمة العبد عليها، وهي مائتان، يخرج قسط السهم خمسين فأعنت منه بها على قيمته، وقت العتق يعتق نصفه، ويرق نصفه، وقيمة وقت الموت مائة، وهو مثلاً ما عتق منه.

ولو ترك السيد مع العبد مائة جعلت للعتق سهماً، ولزيادة القيمة سهماً، وللورثة سهرين، وقسمت التركة، وهي ثلاثة على هذه السهام الأربع، فيخرج قسط السهم خمسة وسبعين، فأعنت منه بها ثلاثة أرباعه، ويرق ربعه، وقيمة خمسون يضمها الورثة إلى المائة، فيصير معهم مائة وخمسون مثلاً ما خرج بالعتق، ولو كانت قيمته مائة درهم، فزادت قيمته قبل موت سيده حتى بلغت ثلاثة وأرباعه، ويرق ربعه، ويفضل قيمته خمسة أسهم، وجعلت للورثة سهرين، واقسم التركة، وهي ستمائة على هذه السهام، وهي ثمانية يخرج قسط السهم خمسة وسبعين، فأعنت منه بها على قيمته وقت العتق ثلاثة أرباعه، وترق ربعه، وقيمة وقت الموت مائة وخمسون، وهو مثلاً ما خرج بالعتق.

ولو زادت قيمته مائة، وكسب مائة جعلت له بالعتق سهماً، وبفضل القيمة سهماً، وبالكسب سهماً، وللورثة سهرين، تصير خمسة أسهم، فاقسم التركة عليها، وهي أربع مائة يخرج قسط السهم ثمانين، فأعنت منه بها أربعة أخماسه، ويملك بها أربعة أخماس كسبه ثمانين، ويرق للورثة خمسة، وقيمة أربعون، ويملكون خمس كسبه، وهو عشرون، فإذا ضم المائة المتراكمة صار معهم مائة وستون، وهي مثلاً ما خرج بالعتق.

فصل

وأما الفصل الثاني: في القيمة إذا نقصت، فيدخل بنقصانها دور على العتق يزيد به الرق كما دخل بزيادتها دور على الرق زاد به العتق.

فإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة، فنقصت قيمته قبل قبض الورثة حتى صارت

خمسين، جعلت للعтик سهماً، وللورثة سهرين، وقد عادت القيمة إلى نصفها، فأنقص من سهم العتيق نصفه يبقى سهماً ونصف، فأقسم التركة عليها، وهي خمسون بخرج قسط نصف السهم خمسها، فأعтик خمسه، وقيمته وقت العتيق عشرون، واسترق للورثة أربعة أخماسه، وقيمته وقت الموت أربعون، وهو مثلاً ما خرج بالعтик.

وفي وجه آخر لبعض أصحابنا أنه لا يحتسب على العبد نقصان قيمته، كما لم يحتسب على الورثة، ويعتق ثلاثة ويرق ثلاثة، وهذا ليس ب صحيح، لأنه لما احتسب له زيادة قيمته حتى زاد في دور عتيقه، وجب أن يحتسب عليه نقصانها ليزيد في دور رقه. ولو كانت قيمته خمسماً، فنقصت حتى صارت مائتين، جعلت له بالعтик سهماً، وللورثة سهرين، وقد عاد عليه من نقصان القيمة ثلاثة أخماسها، فأنقصها من سهم عتيقه، يبقى له خمساً سهماً، فأقسم القيمة على سهرين وخمسين، يكن الخمسان منها السدس، لأن مبوسطها اثنا عشر خمساً، ويقر سهم العتيق، فأعтик سده، وقيمة السادس من الخمسين مائة وثلاثة مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ويرق الورثة خمسة أسداسه، وقيمتها من المائتين مائة وستة وستون وثلاثان، مثلاً ما خرج بالعтик.

ولو كانت قيمته وقت عتيقه ستمائة، فنقصت حتى صارت ثلاثة وسبعين العبد ثلاثة وسبعين فأجبر نقصان القيمة بزيادة الكسب، وأعтик ثلاثة، وقيمه من الستمائة، مائتان يملك به ثلث كسبه مائة فيرق ثلاثة للورثة، وقيمه من الثلاثمائة مائتان، ولهم به ثلاثة كسبه مائتان، يصير معهم أربعمائة وهي مثلاً ما خرج بالعтик.

ولو كانت قيمته ستمائة، فنقصت حتى صارت أربعمائة وكان على السيد دين مائة، فأضيّم الدين إلى نقصان القيمة، يصير الباقى منها ثلاثة وسبعين فأجعل للعтик سهماً، وللورثة سهرين، وأنقص من سهم العتيق نصفه يعود النقصان إلى نصفه، يبقى سهماً ونصف يكون نصف سهم العتيق منها خمسها، فأعтик منه خمسه، وقيمه من الستمائة مائة وعشرون، وأقضى المائة الدين من قيمته، وهي أربعمائة يبقى ثلاثة وسبعين للورثة بأربعة أخماسه مائتان وأربعون، وهي مثلاً ما خرج بالعтик.

فصل

وأما الفصل الثالث: في الجمع بين العتيق في المرض والوصية بالعтик، وهما جمياً من الثلث لكن عتيق المرض مقدم على عتيق الوصية، فإذا أعتق عبداً في مرضه، ووصى بعтик آخر بعد موته، فهو على أربعة أضرب:

أحداها: أن يُعين العبد المعتق في المرض، والعبد المعتق بالوصية، فيقول: هذا العبد

حر، وأعتقدوا هذا العبد الآخر بعد موته، فللتلث أربعة أحوال: أحدها: أن يحتمل قيمته العبدان، فيتحرر به عتق المرض، وعتق الوصية. والحال الثانية: أن يحتمل الثالث قيمة أحدهما دون الآخر، فيتحرر به عتق المرض، ورد عتق الوصية. والحال الثالثة: أن يحتمل الثالث قيمة أحدهما، وبعض الآخر فيتحرر به عتق المرض كاملاً، ويعتق من عبد الوصية بقدر الباقى من الثالث، ويرق باقىه. والحال الرابعة: أن يحتمل الثالث بعض أحدهما، ويعجز عن الباقى، فيتحرر به من عتق المرض، فدر ما احتمله الثالث، ويرق باقىه، وجميع الآخر.

والضرب الثاني: أن يبهم عتق المرض وعتق الوصية في عبده، ولا يعينهما، فيقول في مرضه: أحد عبدي حر، وأعتقدوا أحدهم بعد موته، فإنهما مبهمان، فوجب التعين، وفيما يتعينا به قوله:

أحدهما: يتعينا ببيان الورثة، فيرجع إلى بيانهم من غير قرعة، لأنهم يقومون مقامه بعد موته، فإذا عينوهما من بين العبيد صار كتعين السيد، فيكون على ما مضى من الأحوال الأربعة.

والقول الثاني: أنه يرجع في تعينها إلى القرعة دون الورثة، وهو أصل الأمرين: أحدهما: أنها أبعد من التهمة. والثاني: لعدم علم الورثة بإرادة السيد.

فيبدأ بالقرعة بعتق المرض فإن استوعب الثالث بطل عتق الوصية، وإن بقي من الثالث بقية أقرع لعتق الوصية، فإن احتمل بقية الثالث جميع قيمة عتق، وإن عجز عتق منه بقدر ما احتمله الباقى، ورق باقىه.

والضرب الثالث: أن يعين عتق المرض، ويبهم عتق الوصية، فيقول: هذا العبد حر، وأعتقدوا آخر بعد موته، فينظر في عتق المرض. فإن استوعب الثالث بطل عتق الوصية، ولم يُحْتَجْ إلى بيانه، وإن بقي من الثالث بقية صرفت في عتق الوصية، فاحتاج إلى بيانه، فيرجع إلى بيان الورثة في أحد القولين، وإلى القرعة في القول الثاني.

والضرب الرابع: أن يعين عتق الوصية، ويبهم عتق المرض فيقول: أحد عبدي حر، وأعتقدوا هذا بعد موته، فلا تمضي الوصية بعتق المعين حتى يتعين في أحدهم عتق المرض، فيرجع في تعينه إلى بيان الورثة في أحد القولين، وإلى القرعة في القول الثاني ثم يعتبران في الثالث، ويكونان فيه على الأحوال الأربعة.

مسألة: قال الشافعى رضى الله عنه: «فَإِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ لِمَيْتٍ عَلِمْنَا أَنَّهُ كَانَ حُرًّا».

قال المارودي: وأصل هذا أن العتق في المرض يقع قبل الموت، والعتق في الوصية يقع بعد الموت، وملك الورثة يستقر باليد والقبض بعد الموت، فإذا أعتق ثلاثة عبيد لا مال له غيرهم أو وصى بعتقهم ثم مات أحدهم قبل أن يتعين فيه عتق أو رق لم يخل موته من أحوال:

أحداً: أن يموت في حياة السيد، فلا يخلو العتق من أن يكون عتق وصية أو عتق مرض، فإن كان عتق وصية لم يقع عليه قرعة في عتق، ولا رق؛ لأن عتق الوصية بعد الموت، وقد مات قبله على ملك سيده، ويصير العبدان الباقيان هما التركة، فيجتمع فيهما عتق الوصية، وحق الورثة، فيقرع بينهما لعتق الوصية، ويعتق بها ثلثا من قرع ويرق للورثة الباقية، وجميع الآخر. وإن كان عتق مرض أدخل البيت في قرعة العتق، وعند مالك: لا يدخل في قرعة العتق، لأنه يرى أن عنته واقع بالقرعة دون اللفظ، ونحن نرى وقوع عنته باللفظ، ودخول القرعة للتمييز، وقد مضى الكلام معه. وإذا أوجب دخوله في القرعة لم يخل أن تقع عليه قرعة العتق أو قرعة الرق.

فإن وقعت عليه قرعة العتق بـأـنـهـ مـاتـ حـرـأـ استوفـىـ السـيـدـ بـعـتـقـهـ ماـ اـسـتـحـقـهـ مـنـ ثـلـثـهـ، وـرـقـ الـآـخـرـانـ لـلـورـثـةـ، وـلـمـ يـؤـثـرـ مـوـتـهـ فـيـ نـقـصـانـ التـرـكـةـ، وـإـنـ وـقـعـتـ عـلـيـهـ قـرـعـةـ الرـقـ لـمـ يـحـتـسـبـ بـهـ عـلـىـ الـورـثـةـ لـمـوـتـهـ قـبـلـ اـسـتـحـقـاقـهـمـ، وـصـارـتـ التـرـكـةـ هـيـ الـعـبـدـانـ الـبـاقـيـانـ وـالـعـتـقـ وـاقـعـ فـيـهـمـاـ، وـيـسـتـأـنـفـ الـإـقـرـاعـ بـيـنـهـمـاـ، وـيـعـتـقـ ثـلـثـاـ مـنـ قـرـعـ مـنـهـمـاـ، وـيـرـقـ لـلـورـثـةـ بـاـقـيـهـ، وـجـمـعـ الـآـخـرـ:

فصل

والحال الثانية: أن يموت بعد موت السيد، وبعد قبض الورثة دخل في قرعة العتق، وقرعة الرق، ويستوي فيه عتق المرض وعتق الوصية، لأن عتق الوصية مستحق بالموت، وإن تأخر عنه، والقرعة مميزة لمن كان عتقه مستحفاً إذا صار الورثة إلى مثليه، ويستوي فيه عتق المرض وعتق الوصية، فإن وقعت عليه قرعة العتق بـأن أنه مات حـراً، ورق الآخـران للورثـة، وإن وقـعت قـرـعةـ العـتقـ عـلـىـ أحـدـ الـبـاقـيـنـ عـتـقـ، وـرقـ الـآخـرـ معـ المـبـيـتـ، وـبـيـانـ أنهـ مـاتـ عـلـىـ مـلـكـ الـورـثـةـ، فإـنـ كـانـ عـتـقـ مـرـضـ لـمـ يـحـتـجـ مـنـ وـقـعـتـ عـلـيـهـ قـرـعةـ العـتقـ إـلـىـ تـلـفـظـ الـورـثـةـ بـعـتـقـهـ، لـتـقـدـمـهـ مـنـ الـمـعـتـقـ، وإنـ كـانـ عـتـقـ وـصـيـةـ، فـفـيـ اـحـتـيـاجـ عـتـقـهـ إـلـىـ تـلـفـظـ الـورـثـةـ بـعـتـقـهـ وجـهـانـ:

أحدهما: أنه يحتاج إلى تلفظ الورثة، لأن العنق لا يتحرر إلا بلفظ ولم يوجد من الموصى، فاعتبر من الورثة.

والوجه الثاني: لا يحتاج عتقه إلى لفظ الورثة، لأن القرعة مميزة لعتق قد وقع، ولفظ السيد بعتقه في الوصية هو الموجب لعتقه فأقنع.

فصل

والحال الثالثة: أن يموت بعد موت السيد، وقبل قبض الورثة، نظر حال عتقه.

فإن كان عتقه مرض دخل في قرعة العتق، ولم يدخل في قرعة الرق، فإن وقعت عليه قرعة العتق بـ*بأن* أنه مات حراً، ورق الآخرين للورثة وإن وقعت عليه قرعة الرق بـ*بأن* أنه مات عبداً لا يحتسب به على الورثة، واستؤنفت القرعة بين الباقيين، وعتق بها ثلثا من قرع، ورق للورثة باقيه، وجميع الآخر.

وإن كان عتقه وصية، فلا يدخل في قرعة الرق، وفي دخوله في قرعة العتق وجهان: أحدهما: لا يدخل فيها، لأن تتنفيذ الوصية يلزم بعد قبض الورثة لمثلها، فعلى هذا يكون خارجاً من جملة التركة في العتق والميراث، ويقرع لعتق الوصية بين الباقيين، ويعتق من القارع ثلاثة، ويرق للورثة ثلاثة، وجميع الآخر. والوجه الثاني: أنه يدخل في قرعة العتق وإن لم يدخل في قرعة الرق لاستحقاق عتقه بالموت، فإن وقعت عليه قرعة العتق بـ*بأن* أنه مات حراً، ورق الآخرين للورثة، وإن وقعت عليه قرعة الرق خرج من التركة، وبـ*بأن* أنه مات عبداً غير محسوب على الورثة، وأعتق من الآخرين ثلاثة أحدهما بالقرعة.

فصل

ولو أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم، لا مال له غيره، فكسب العبد ثلاثة درهم، ومات قبل سيده، فإن لم يخلف وارثاً غير سيده مات حراً، لأن سيده قد ورث كسبه بالولاء، فخرج عتقه من ثلاثة، وإن خلف ابنه، وحكم له بالميراث دخل في عتقه دُورٌ، فرق له بعضه، وذلك بـ*أن* نجعل للعبد بالعتق سهماً وللكسب ثلاثة أسهم، وللورثة سهرين يكون جميعها ستة أسهم، فأسقط سهم العتق بموته بخروجه من التركة، يبقى خمسة أسهم، فاقسم عليها الكسب، لأنه قد صار هو التركة، يخرج قسط السهم منها ستين وأعتق منه بقدرها، فيعتق بها ثلاثة أخماسه، ويرق خمساً، وورث ابنه ثلاثة أخماس كسبه، ولم يحتسب على ورثة السيد بخمسي رقه لموته، وورثوا خمسي كسبه، وذلك مائة وعشرون درهماً، وهو مثلاً ما عتق منه.

فصل

ولو أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم، وكسب العبد في حياة سيده ثلاثة درهم

وافتراض السيد منه مائة درهم استهلكها ثم مات السيد، وترك مائة درهم قيل: للعبد إن أربات سيدك من قرضك عتق جميعك، لأنه قد ترك مثلي قيمتك، وإن لم تبرئه دخل في عتقك دُورٌ رُّقٌ به بعضك، فتجعل بالعتق سهماً، وبالكسب ثلاثة أسمهم، وللورثة سهرين تصير ستة أسمهم، والتركة بعد مائة القرض خمسماه، فأقسامها على السهام الستة يخرج قسط السهم ثلاثة وثمانين درهماً وثلاثة، فأعنت منه بقدرها، فعنت بها خمسة أسداسه، ويملك خمسة أسداس كسبه، ويأخذ مائة قرضه من التركة، ويرق للورثة سدسها، وقيمتها ستة عشر درهماً وثلاثان، ويملكون به سدس كسبه، وهو خمسون درهماً يضمونها إلى المائة الباقية من تركته تُجمَعُ معهم مائة وستة وستون درهماً وثلاثان، وهو مثلاً ما عنت منه.

مسألة: قال الشافعی رضي الله عنه: **«أو لآمِة فولَدَتْ عَلِمْنَا أَنَّهَا حُرَّةٌ وَوَلَدُهَا وَلَدُ حُرَّةٌ لا أَنَّ الْقُرْعَةَ أَخْدَثَ لَأَخِدْ مِنْهُمْ عِنْقًا يَوْمَ وَقَعَتْ إِنَّمَا وَجَبَ الْعِنْقُ حِينَ الْمَوْتِ بِالْقُرْعَةِ».**

قال الماوري: وصورتها: أن يعتق في مرضه أمة، فتلد ولداً، فهذا على ثلاثة أضرب: أحدها: أن يعتقها في جملة عبيد، ويخرج عليها سهم العتق، فولدتها يجري مجرى كسبها، وهو حر بحريتها. والضرب الثاني: أن يعتقها في جملة عبيد، ويخرج عليها سهم الرق، فولدتها يجري مجرى كسبها، وهو مرقوم برقها. والضرب الثالث: أن يعتقها وحدها، وليس لها مال غيرها، فهذا على أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون الحمل حادثاً بعد عتقها، ومولوداً قبل موت سيدها، فيكون في حكم الكسب المحسن يعتق منه بقدر ما عنت منها، ويرق منه بقدر ما رق منها، ويدخل به دور يزيد في عتقها.

إذا كانت قيمة الأم مائة درهم قبل الولادة وبعدها، وقيمة الولد مائة درهم بعد ولادته عتق نصفها، وعنت من ولدتها نصفه، تبعاً لعتقها، ورق للورثة نصفها ونصف ولدتها، وقيمة النصفين مائة درهم، هي مثلاً ما عنت من نصفها، ولا يتكمel العتق بالقرعة في أحدهما، لأن عتق تلك الأم بمبادرة السيد، فترك العتق في كل واحد منها على افراده.

والضرب الثاني: أن يكون الحمل موجوداً وقت عتقها، ومولوداً قبل موت سيدها، فيه قولان من اختلاف قوله في الحمل، هل له من الثمن قسط أم لا؟

فإن قيل: لا قسط له من الثمن، وهو تبع كان كالحادث بعد عتقه، فيكون على ما مضى من كونه جارياً مجرى كسبها، وعنت منه بقدر عتقها، ويرق منه بقدر رقها، ويدخل به دور يزيد في عتقها.

وإن قيل: إن للحمل قسطاً من الثمن كان الحمل مباشراً بالعتق مثل أمه، ويعتق من كل واحد منها ثلاثة، ولا يدخل دور في زيادة عتقها، وهل يقر عتق الثالث من كل واحد منها أو يكمل بالقرعة من أحدهما؟ على وجهين مُحتملين: أحدهما: يكمل عتق الثلاثين في أحدهما بالقرعة كما لو كان ذلك في عبدين. والوجه الثاني: يقر عتق الثالث من كل واحد منها، ولا يكمل في أحدهما، لأنه في حكم البائع لها.

والضرب الثالث: أن يكون الحمل حادثاً بعد عتقها، ومولوداً بعد موت سيدها، فلا يجري عليه حكم عتق المباشرة، لحدوثه بعد العتق.

وهل يكون لها كسباً أو تبعاً؟ على قولين: إن قيل: للحمل قسط من الثمن كان كسباً لها اعتباراً بعلوته فيدخل به دور في زيادة عتقها، ويكون رقه للورثة ميراثاً، فيعтик منها إذا كانت قيمة كل واحد منها مائة درهم نصفها، ويتبعها نصف ولدها تبعاً لها، ويرق للورثة نصفها، ونصف ولدها. وهو مثلاً ما عتق منها.

وإن قيل: ليس للحمل قسط من البيع، وهو تبع اعتباراً بولادته، خرج من التركة، ولم يدخل به دور في زيادة العتق، وعтик ثلثها، وعтик ثلث ولدها تبعاً، لأنه من كسبها، ويكون لها ولاء ما عتق من ولدها، وليس بولدها ولاء ما عتق منها على القولين معاً، ورق ثلثها للورثة ميراثاً، ورق ثلثا ولدها للورثة ملكاً، ولا يكمل العتق بالقرعة في أحدهما، ويترك في كل واحد منها على انفراده، لأنه عتق من كسبها، ولم يعتق على سيدها.

والضرب الرابع: أن يكون الحمل موجوداً وقت عتقها، ومولوداً بعد موت سيدها، فلا يكون الولد كسباً لها، وفيمن تكون كسباً له قوله:

أحدهما: تكون كسباً للسيد، إذا قيل: للحمل قسط من الثمن يضاف إلى تركته، ويدخل به دور يزيد في العتق، ويجريه في عمل الدور مجرى الكسب، لتماثل العتق فيما، ولا يتفضل، لأنه لا يجوز أن تلد بحريتها مملوكاً، ولا يرقها حُرّاً فيعтик تصفها ونصف ولدها، ويعتبر ما عتق منها في ثلث السيد، ولا يعتق فيه ما عتق من ولدها، لأنه عتق عليه بالسراية من غير اختياره، فصار كالثالث من تركته، ويكون ولاء ما عتق من الولد لسيده دون أمه، ويرق للورثة نصفها ونصف ولدها ميراثاً، وهو مثلاً ما عتق منها.

والقول الثاني: يكون كسباً للأم والورثة بقدر الحرية والرق، ولا تزيد به التركة، ولا يدخل به دور في زيادة العتق، فيعтик ثلثها، وتبعها في الحرية ثلث ولدها، لأنه من كسبها، ويكون ولاء ما عُتيق منه لها دون سيدها، ويرق للورثة ثلثها ميراثاً، وثلثا ولدها كسباً.

فصل

وإذا أعتق السيد في مرضه أمةً، وتزوجها ووطئها، ثم مات عنها، ففي نكاحه وجهان: أحدهما: باطل، لأن حالها متعددة بين أن يعتق من ثلثه، فيصبح نكاحها، وبين أن ترق بالدين، فيبطل نكاحها، ومن هذه حالها لا يصبح نكاحها، لأن النكاح الموقوف باطل. والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج. أن النكاح ينعقد، وعقده موقوف على خروجها من ثلثه، أو إجازة ورثته لعتقها لا لنكاحهما، فإن خرجت من الثلث أو أجاز الورثة العتق صح النكاح، ولم ترث به، لأن عتقها وصية تبطل بالميراث، وإن لم يخرج من الثلث، ولذلك يجز الورثة العتق بطل النكاح، واتفق حكم الوجهين مع بطلانه، وفي وطنه لها وجهان:

أحدهما: يكون هدراً لا تستحق به مهراً، لتردد حالها بين أن تستحقه بعتقها أو يسقط برقها.

والوجه الثاني: يكون المهر منه مستحقاً اعتباراً بظاهر العتق، وفيه إذا كان مستحقاً وجهان حكاهما ابن سريج: أحدهما: يكون من رأس المال اعتباراً بمهر الأحرار. والوجه الثاني: أنه يكون من الثلث اعتباراً بعتقها أنه من الثلث.

فإذا استقر هذا لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتسع التركة لقيمتها ومهرها، فينفذ عتقها، وتستحق به جميع مهرها.

والقسم الثاني: أن يتسع لقيمتها، ويضيق عن مهرها، فيكون نفوذ عتقها في جميعها موقوفاً على إبرائتها من مهرها، فإن أبرأت منه بعد العتق في جميعها، وإن طالبت به دخل به دور يبطل به من عتقها. بقدر ما تستحقه بحريتها على ما سينذكره.

والقسم الثالث: أن تضيق التركة عن قيمتها ومهرها، بأن لا يكون له مال غيرها.

مثاله: أن تكون قيمتها ثلاثة مائة درهم، ومهر مثلها مائة درهم، فإن جعلنا المهر من رأس المال جعلت لهما بالعتق سهماً، وبالمهر ثلث سهم، وجعلت للورثة سهرين تكون ثلاثة أسهم وثلثاً، فأبسطها من جنس الكسر تصر عشرة أسهم، فأعتق منها بسهم العتق، وهو ثلثه فيعتق بها ثلاثة أعشارها، وبيع منها بسهم المهر عشرها يكون هو بقدر ثلاثة أعشار مهرها، ويرق للورثة ستة أعشارها، وهو مثلاً ما عتق منها.

إن جعل المهر من الثلث جعلت ثلثها، وقيمتها مائة درهم، مقسماً بين العتق والمهر على أربعة أسهم، يكون قسط السهم خمسة وعشرين درهماً، فأعتق منها بسهم العتق، وهي

ثلاثة أسمهم قدرها خمسة وسبعون درهماً، فعتق بها ربها، وبيع منها بسهم المهر وهو خمسة وعشرون درهماً بقية ثلثها، وقدره نصف السادس، وهو ربع مهرها، فقد استكمل بها ثلثها، وقيمتها مائة درهم، ورق للورثة ثلثاها، وقيمتها مائتا درهم، وهو مثلاً ما خرج بالعتق والمهر.

فصل

ولو أعتقت امرأة عبداً لها في مرضها، وقيمتها مائتا درهم، فتزوجت به على صداق مثلها، وهو مائة درهم، ففي نكاحها له وجهان كالرجل إذا أعتق في مرضه أمة، وتزوجها أحدهما: أن نكاحها باطل، ولا شيء عليه إن لم يدخل بها، وينفرد بحكم العتق، ولا يكون للنكاح تأثير. والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريح النكاح موقف على خروج قيمتها من ثلثها أو إجازة ورثتها لعتقه، فيصبح النكاح أولاً، فيبطل.

فإن صح النكاح بكمال عتقه لم يرثها، لأن عتقها وصية يمنع الميراث منها، وإن بطل النكاح على الوجهين، وقد دخل بها، ولم يترك مالاً سواه دخل الدور في زيادة تركتها بالصداق المستحق عليه في التركة، وقيمتها مائتا درهم، وما وجب عليه بعتقه من المائة الصداق، وباب دوره إذا كان واجداً لما يؤديه في الصداق من كسب ملكه عَقِيبَ الموت أن تجعل له بالعتق سهماً، وعليه بالصداق نصف سهم، وتجعل للورثة سهرين تكون سهرين ونصفاً، وأقسم التركة عليها، وهي مائتا درهم، يخرج قسط السهم منها ثمانين درهماً، وأعْنَقَ منه بالسهم خمسة، لأن النصف الذي من الصداق يستوفى منه، ويرق للورثة ثلاثة أخماسه، وقيمتها مائة وعشرون درهماً، ويؤخذ منه خمساً الصداق أربعين درهماً. يصير مع الورثة مائة وستون درهماً، وهو مثلاً ما عتق منه.

وإنما سلكت هذه الطريقة وعدلت عن حساب الجبر، لأنه ربما خفي على من لم يأنس به من الفقهاء. وبالله التوفيق.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:** «وَلَوْ قَالَ فِي مَرَضِهِ سَالِمٌ حُرٌّ، وَعَانِمٌ حَرٌّ وَزِيَادٌ حُرٌّ ثُمَّ مَاتَ فَإِنَّهُ يُيَدَّأُ بِالْأُولَى فَالْأُولَى مَا احْتَمَلَ الْثَلَاثُ لَأَنَّهُ عَنْقُ بَنَاتٍ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: عتق المريض وعطاه معتبرة من ثلثه في حقوق الورثة، ومن جميع ماله في حقوق نفسه، فإن صح من مرضه غالب فيها حق نفسه، فلزم جميعها، ولم يكن له أن يرجع في شيء منها، وإن استوعبت جميع ماله.

وإن مات من مرضه غالب فيها حقوق الورثة، فرددت إلى الثالث، وكان لهم زد ما زاد

على الثالث إن لم يجيزوه، فإذا جمع في مرضه الذي مات فيه بين عنق وعطايا، وعجز الثالث عن جميعها قدم من ثلثه ما قدمه في حياته من عنق أو عطية، فإن قدم العنق، واستوعب به جميع الثالث أبطلت عطياته في حقوق الورثة. وإن قدم العطايا، واستوعب بها الثالث أبطل بها العنق تغليباً لحكم أسبقها، عتقاً كان أو عطية. وقال أبو حنيفة: إن كان في العطايا محاابة في عقد معاوضة قدمت على جميع العنق. والعطايا، وإن تأخرت، وإن لم يكن فيها محاابة قُدُّم الأسبق، فالأسبق من العطايا أو العنق، فخالف في المحابة، ووافق فيما سواها، احتجاجاً بأن المحابة معاوضة فكان حكمها أقوى وألزم من غيرها.

ودليلنا: هو أن ما تقدم اتخاذه، ووجب أن يقدم تفيذه، كما لو كان كل العطايا محاابة أو كلها غير محاابة، وليس لاحتجاجه بأن المحابة معاوضة وجه، لأن المعاوضة تختص بما ليس فيه محاابة، ولذلك لزم، ولم تسقط، والمحاابة عطية محضة، ولذلك سقطت ولم تلزم.

فصل

إذا استقر هذا الأصل في تقديم الأول فال الأول، فبدأ بالعنق، فقال: سالم حُرُّ، وغانم حُرُّ، وزياد حُرُّ، ثم وهب وحابي قَدَّمَا ما بدأ به من عنق سالم، فإن استوعب الثالث أبطلنا عنق غانم وزياد من غير قرعة، سواء أعتقدوا بذلك متصل أو بالفاظ منفصلة، وسواء قرب ما بينهم أو بعد، تعليلاً بالتقدير، فاستوى فيه القريب والبعيد. ولو اتسع الثالث بعد عنق سالم لعتقد غيره أعتقدنا بعده غانماً، لأنه الثاني بعد الأول، فإن استوعب الثالث أبطلنا عنق زياد. وإن اتسع الثالث بعد سالم وغانم لعتقد ثالث أعتقدنا زياداً، فإن استوعب الثالث أبطلنا ما بعدهم من الهبات والمحاابة. وإن اتسع الثالث بعد عتقهم لهباته أو محاباته قدَّمَا في بقية ثلثه ما قدمه من هبة أو محاابة حتى يستوعب جميع الثالث، ويبطل ما عجز عنه الثالث، فلو اتسع الثالث لعبد وبغضِّ آخر، وضاق عما سواه عتق جميع العبد الأول وبغضِّ الثاني، وأبطل ما عداه من عنق وعطية.

ولو قال في مرضه: سالم وغانم وزياد أحرار، كانوا في العنق سواء، لا يقدم فيه من قدم اسمه، لأنه أعتقدوا بلفظة واحدة بعد تقديم أسمائهم، فلم يتقدم عتق بعضهم على بعض وفي قوله: سالم حُرُّ وغانم حُرُّ وزياد حُرُّ، تقدم عتق بعضهم على بعض، فافترق الأمران.

ووجب إذا عجز الثالث عن عتقهم أن يقرع بينهم، وعтик بالقرعة من استوعب الثالث، ورق من عداه.

فصل

فلو أعتق في مرضه عبدين بلفظة واحدة، وليس له مال غيرهما، وقيمة أحدهما مائة درهم، وقيمة الآخر مائتان، وكسب كل واحد منها مثل قيمته أقرع بينهما بعد موته، ويدخل بالكسب ذور في زيادة العتق، ف يجعل للعтик سهماً، وللكسب سهماً، وللورثة سهرين تكون أربعة أسمهم، وتقسم التركة عليها وهي ستمائة منها ثلاثة أسماء قيمتها، وثلاث مائة كسبها، يخرج قسط السهم مائة وخمسين درهماً، وهو سهم العتق، فيعتق منها بقدرها.

فإن وقعت قرعة العتق على من قيمته مائتا درهم عتق ثلاثة أرباعه، وملك ثلاثة أرباع كسبه، ورق ربعه بخمسين درهماً، وملك الورثة ربع كسبه خمسين درهماً، ورق لهم جميع الآخر، وقيمه مائة درهم، وملكونا به جميع كسبه، وهو مائة درهم، صار ثلاثة أرباعه درهم، وهي مثلاً ما خرج في العتق. وإن وقعت قرعة العتق على الذي قيمته مائة درهم عتق جميعه، وربع الآخر لاستكمال الثالث، وملك الأول جميع كسبه، وملك الثاني ربع كسبه، ورق للورثة ثلاثة أرباع الثاني، وقيمة ذلك مائة وخمسون درهماً، وملكونا به ثلاثة أرباع كسبه مائة وخمسين درهماً، صار لهم بالرق والكسب ثلاثة أرباع درهم هي مثلاً ما خرج بالعтик.

مسألة: قال الشافعية رضي الله عنه: «فَإِمَّا كُلُّ مَا كَانَ لِلْمُوَصِّيِّ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ مِنْ تَدْبِيرٍ وَغَيْرِهِ فَكُلُّهُ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في الوصايا بالعтик والعطايا بعد الموت، وتنقسم ثلاثة أقسام: أحدها: أن تشتمل على العтик وحده. والثاني: أن تشتمل على العطايا وحدها. والثالث: أن يجتمع فيها العтик والعطايا.

فأما القسم الأول: في اشتتمالها على العтик وحده، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون كله عتيقاً، فيقول: اعتقوا عني سالماً، ثم يقول: اعتقوا عني غانماً، ثم يقول: اعتقوا عني زياداً، فكلهم في الوصية بعتقهم سواء لا يقدم فيهم من قدم الوصية به، بخلاف عتيقه الناجز في مرضه الذي تقدم فيه من قدمه.

والفرق بينهما: أن العтик بالوصايا مستحق بالموت الذي يتساون فيه، وفي المرض مستحق باللقط الذي يقدمون به، فلذلك قدم في المرض عتيق الأول، ولم يقدم في الوصية عتيق الأول، وأقرع بينهم إن عجز الثالث عنهم، وأكسابُ جميعهم قبل الموت تركة.

والضرب الثاني: أن يكون كل عتيقه تدبيراً، فيقول: إذا مت، فسالم حر، ثم يقول إذا

مت، فغanim حر، ثم يقول: إذا مت، فزياد حر، ففيه وجهان: أحدهما: أنهم يتقدمون في الثالث على ترتيب من قدم، فيتحقق الأول إن استوعب الثالث، ورق الثاني والثالث. ولو اتسع الثالث لاثنين عتق الأول والثاني، ورق الثالث اعتباراً بالعنق في المرض، ولا تستعمل فيهم القرعة، لأنه عتق ناجز بالموت لا يقف على الورثة. والوجه الثاني: **وَهُوَ الْمَذَهَبُ**: أنهم سواء لا يتقدمون على الترتيب لوقوع ذلك بالموت الذي يتماثلون فيه.

فإن عجز الثالث عنهم، ولم يتسع لجميعهم فيه وجهان: أحدهما: وهو المذهب: أنه يقع بينهم، ويعتق منهم من احتمله الثالث، ويسترق من عجز عنه. والوجه الثاني: أنه يتعنق من كل واحد منهم قدر ما احتمله الثالث، ويسترق باقيه، ولا يقع بينهم في تكميل الحرية. فإن احتمل الثالث نصف قيمتهم عتق من كل واحد نصفه، ورق نصفه، وإن احتمل الثالث ربع قيمتهم عتق من كل واحد ربعه، ورق ثلاثة أرباعه اعتباراً بالوصايا، والأول أصح لفرق ما بين العنق والوصايا.

والضرب الثالث: أن يكون عتقه مشتملاً على وصية بالعنق، وعلى تدبير يتحرر بالموت، ففيه قولان:

أحدهما: يقدم التدبير على العنق، لتقدم نفوذه بالموت، فإن استغرق الثالث بطل به عتق الوصية.

والقول الثاني: وهو الظاهر من المذهب: أنهم سواء، لأن عتق جميعهم مستحق بالموت، فإن ضاق الثالث عن جميعهم أقرع بينهم، وفي القرعة وجهان: أحدهما: يفرد كل فريق، ويقع بين عتق التدبير، وعتق الوصية، فإذا وقعت القرعة العنق على أحدهما، وقد استوعب الثالث عتق ورق الفريق الآخر وصية كان أو تدبيراً. والوجه الثاني: يجمع في القرعة بين الفريقين واستوعب بالثالث من وقعت القرعة عليه من كل واحد من الفريقين، ورق من عداه من الفريقين.

فصل

وأما القسم الثاني: في اشتعمال الوصية على العطايا دون العنق، فجميع أهلها يتحاصون في الثالث إذا ضاق عنها، يستوي فيه من تقدمت الوصية له ومن تأخرت، وسواء كان هبة أو محاباة، وأحسب أبا حنيفة يوافق على هذا، ويستهمن في الثالث على قدر وصاياتهم إذا اختلفت مقدارها، فإن رد بعضهم الوصية توفرت على الباقي في زيادة حقوقهم، ولم يقدم بعضهم بالقرعة على بعض بخلاف العنق الموجب لتكميله بالقرعة في بعضهم، لما قدمنا من الفرق بينهما.

ولهذا الفصل أحکام قد تقدم ذكرها في الوصايا، وما حدث من نتاج ماشية أو ثمار نخيل أو كسب عبيد قبل موت الموصي تركه يتسع لها الثالث في تنفيذ الوصايا، وما حدث بعد موته للورثة لا يتسع لها الثالث في حقوق أهل الوصايا. وأما في قضاء الديون منها إذا ضافت التركة عنها، ففيه وجهان: أحدهما: وهو مذهب الشافعی: لا تقضى منها الديون كما لم تنفذ منها الوصايا. والوجه الثاني: وهو قول أبي سعید الإصطخري: تقضى منها الديون، وإن لم تنفذ منها الوصايا لحدوثها عن التركة المستحقة في الديون بخلاف الوصايا، لأن للورثة شركة في الوصايا بالثلثين، وليس لهم شركة في الدين.

فصل

وأما القسم الثالث: من اشتمال الوصية على العتق والعطايا إذا ضاق الثالث عنهم، ففيه قولان: أحدهما: يقدم العتق على الوصايا، لدخوله في حقوق الله تعالى، وقوته بالسراية. والقول الثاني: أنهم سواء لاعتبارهما من الثالث واستحقاقهما بالموت فيقسط الثالث عليهم بالحصص، فما حصل للعтик أقرع بينهم فيه، وما حصل للعطايا اشتركوا فيه، ولم يفرعوا، فلو اجتمع مع العطايا عتق وتدبير، فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يقدم التدبير عند ضيق الثالث عن العتق والعطايا لانتاجازه بالموت، فإن فضل عن التدبير صرف في العتق دون الوصايا.

والقول الثاني: يشترك بين التدبير والعتق، ويقدمان على العطايا.

والقول الثالث: أن كل ذلك سواء، ويقسط الثالث على الجميع بالحصص، ثم يكون الإقراع في سهم العتق والتدبير على ما ذكرنا.

مسألة: قال الشافعی رضي الله عنه: «وَلَوْ شَهَدَ أَجْنِبَيَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَصِيَّهُ ثُلُثُ وَشَهَدَ وَارِثَيَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدًا غَيْرَ وَصِيَّهُ وَهُوَ ثُلُثُ أَعْتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُهُ (قال المزني) إِذَا أَجَارَ الشَّهَادَتَيْنِ فَقَدْ ثَبَّتَ عَتْقَ عَبْدَيْنِ وَهُمَا ثُلُثَا الْمَيْتِ فَمَعْنَاهُ أَنْ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا».

قال الماوردي: قد مضت هذه المسألة وسنذكر ما نتج فيها من زيادة.

إذا شهد أجنبيان أنه وصى بعتق عبده سالم، وقيمه الثالث، وشهاد وارثان بأنه وصى بعتق عبده غانم، وقيمه الثالث لم يخل حال الوارثين من أن يكونا عدلين أو مجرورين، فإن كانوا عدلين قبلت شهادتهما، لسلامتها من معانى الرد، وقد ثبت بالشهادتين عتق عبدين، وهم ثلثا الميت، فيقرع بينهما، ليكمل بالقرعة عتق أحدهما على ما ذكره المزني.

وإنما قال الشافعي: «أعتق من كل واحد منهما نصفه» إشارةً إلى أن الشهادة أوجبت أن يُعتق من كل واحد منهما نصفه، والشرع قد أوجب أن يكمل العتق في أحدهما بالقرعة، فإذا أقر بيهما، ووُقعت قرعة العتق على من شهد الوارثان بعنته أُمضى على هذا، ورق من شهد الأجنبيان بعنته، وإن وقعت قرعة العتق على من شهد الأجنبيان بعنته عتق، ونظر ما يقوله الوارثان في شهادة الأجنبيين، فإن صدقاهما رق لهما من شهدا بعنته، وإن كذباهما لم يسترق من شهدا بعنته إذا اتسع له ثلث الباقي.

وإن كان الوارثان مجرحين لم تقبل شهادتهما، وأعتق من شهد الأجنبيان بعنته، ونظر قول الوارثين في شهادة الأجنبيين، فإن صدقاهما رق لهما من شهدا بعنته، ويكون التأثير في رد شهادتهما بإبطال القرعة. وإن كذباهما لزمهما أن يعتقا من شهدا بعنته قدر ما احتمله ثلث بعد خروج الأول من التركة، ويسترقا منه ما عجز عنه الثالث.

ولو شهد الأجنبيان بعنة سالم في المرض، وشهد الوارثان بعنة غانم وصية بعد الموت، وليس بينهما تكاذب عتق سالم، ورق غانم، لأن عنة المرض مقدم على عنة الوصية، وكان للوارثين أن يسترقا من شهدا بعنته في الوصية لعجز الثالث عنه.

مسألة: قال الشافعي رضي الله عنه: «ولئن قال لعشرة أَعْبَدْ لَهُ أَحَدُكُمْ خُرُّ سَائِنَةَ الْوَرَثَةِ فَإِنْ قَالُوا لَا نَعْلَمُ أُثْرَعَ بَيْنَهُمْ وَأَغْتَقَ أَحَدُهُمْ كَانَ أَقْلَهُمْ أَوْ أَكْثَرَهُمْ».

قال الماوردي: وإطلاق قوله: لعشرة أَعْبَدْ لَهُ، أَحَدُكُمْ خُرُّ، ولم يُسمّه ينقسم قسمين: أحدهما: أن يقصد بإطلاقه تعيين العتق في أحدهم، فهو الحر من بينهم، ويرجع إليه في بيانه منهم، فإن بيته، فقال: هو سالم عتق، وكان بيانه خبراً، ورق من سواه.

فلو قال: هو سالم أو غانم رق من سواهما، وأخذ بيان من أراده منهم. ولو قال: هو سالم لا بل غانم عتقا معاً، لأنه صار راجعاً عن سالم، ومقدراً بغانم فلزم إقراره، ولم يقبل رجوعه، ورق من عدا سالماً وغانماً من عبيده، فإن أكذبه أحدهم، وادعى أنه هو المعين بالعتق أخلف له السيد، وكان على رقه، وإن نكل السيد رد اليمين على العبد، فإذا حلف عتق، فإن فات بيان السيد حتى مات رجع بعده إلى بيان ورثته إن كان عندهم بيان، وقام بيانهم مقام بيانه، لأنهم في ماله بمثابةه، وإن لم يكن عند الورثة بيان، فمذهب الشافعي أنه يفرغ بينهم، ويعتق من قرع منهم، ويسترق باقيهم، لأن القرعة موضوعة لتمييز الحرية من الرق. وذهب أصحابه إلى المنع من القرعة، وتوقفهم على بيان قاطع، لأن دخول القرعة يفضي إلى رق من أعتقه، وعتق من أرقه، وهذا فاسد، لأن البيان فائت،

فوقوف أمرهم مضر بالحر في حق نفسه، ومضر بالأرقاء في حقوق الورثة، فلم ينتف الضرر في الجهاتين إلا بالقرعة.

فصل

والقسم الثاني: أن يبهم العتق فيهم، ولا يقصد تعينه في أحدهم، فيؤخذ بتعيينه، ويكون في التعيين على خياره، فإذا عينه في أحدهم عتق، ورق من سواه، وساء كان أكثرهم قيمة أو أقلهم، فلو أدعى غيره التعيين لم تسمع دعواه، لأنه في هذا التعيين مخبر وليس بمخبر، فلو قال عند التعيين: هو سالم لا بل غانم عتق سالم دون غائم بخلافه في القسم الأول، لأن هذا تخيير في تعين عتق قد لزم، فإذا عينه في الأول سقط خياره في الثاني، وليس كذلك حكمه في القسم الأول، لأنه إخبار لا خيار له فيه، فلم يسقط حكم خبره في واحد منهما، فإن فات تعينه للعтик بموته، فقد اختلف أصحابنا: هل يقوم ورثته مقامه في التعين؟ على وجهين: أحدهما: يقومون مقامه فيه، وله أن يعينوا ما أبهمه من العتق فيمن أرادوا، لأنهم يقومون مقامه في حقوق الأموال. والوجه الثاني: لا حق لهم في تعين ما أبهمه، لأن تعين المبهم موقوف على خيار المعتق بحسب غرضه، وهذا معدوم في ورثته، فعلى هذا يعدل إلى تعينه بالقرعة، ويعتق منهم من قرع.

فصل

وإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة درهم وترك مائتي درهم ديناً أو غائبة لم يعدل عتق جميعه، وإن كان خارجاً من ثلث التركة لو نضت لجواز أن يقوى الدين أو تختلف الغائبة، وعجل عتق ثلاثة، ووقف ثلاثة متراجعاً بين العتق إن نضت والرق إن تلفت، وملك ثلث كسبه المستحق بعنته.

فأما ثلثاً كسبه المستحق بالموقوف عنه، فله أن ينفق منه على نفسه ثلاثة نفقة، وفي الباقي منه وجهان: أحدهما: يكون موقوفاً معه، فإن عتق باقيه كان له، وإن رق كان للورثة، لأن كسبه نفع له. والوجه الثاني: أنه يكون للورثة ثلاثة يمتنعوا من الانتفاع بالوقف، فعلى هذا إن رق باقيه استقر ملكهم على ما أخذوه من كسبه، لاستقرار ملكهم على رقه، وإن عتق باقيه، ففي وجوب رده عليه وجهان: أحدهما: يرده الورثة عليه، لأن كسب الحر لا يملك عليه. والوجه الثاني: لا يلزمهم رده عليه، لأن حكم الرق في حال الوقف أغلب من حكم الحرية، فإن نَضَّ من الدين أو الغائب مائة، وبقيت مائة عتق منه ثلاثة آخر، وكان حكمه كحكم الثالث الأول، وكان ثلاثة موقوفاً على نصف ما بقي، ويمنع الورثة أمن بيع ما وقف منه، ومن رهنه، لأن الرهن موضوع للبيع.

فأما إيجارته، فإذا راضاهم العبد عليها جاز، وإن منعهم منها، ففيها وجهان بناء على اختلاف الوجهين في كسبه: هل يكون موقوفاً أو لورثة. أحدهما: يمنعون منها إذا جعل كسبه موقوفاً.

والوجه الثاني: يمكنون منها إذا جعل كسبه لهم، فإن اعتقه الورثة ما وقف منه لم يعتق، وإن ملكوه، لأنه موقوف على عتق موروثهم، فلم ينفذ فيه عتق غيره إلا بعد إبطال عتقه، ولو **دَبَرُوهُ** كان في تدبيرهم وجهان: أحدهما: باطل كالعتق. والثاني: جائز لتأخير العتق به، وتغليب حكم الرق عليه، والله أعلم بالصواب.

بابُ من يعتق عليه بالملك^(١)

مسألة: قال: ومن ملك أحد آبائه أو أمهاته أو أجداده أو جداته.

الفصل

جملةً هذا أن مذهب الشافعي رضي الله عنه أن كُلَّ من كَانَ من عَمود الولادة مثل الآباء والأجداد والأمهات والجدات والبنين والبنات وأولادهم، وإن سَفَلُوا يعتقون عليه بالملك، وَلَا يعتق غير هؤلاء، ويستحب لمن يشترىه حَتَّى يعتق، وَلَا يجب ذلك، قال في «الأم»: ومن عَنْتَ عَلَيْهِ مِنْهُمْ فَلَهُ وِلَاءُهُ سَوَاءً كَانَ الَّذِي بِمَلْكِهِ فَيَعْتَقُ عَلَيْهِ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا مَعْتَهَا أَوْ عَاقِلًا، وَقَالَ دَاؤِدٌ: لَا يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِحَالٍ إِذَا مَلَكَ وَالَّذِي يُؤْخَذُ بِعْتَقِهِ، وَاحْتَجَ بِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لَنْ يَجْزِي وَالَّذِي وَلَدَهُ إِلَّا أَنْ يَجْدِهُ مَمْلُوكًا فِي شَرِيرِهِ فَيَعْتَقُهُ»^(٢) فلو كان يعتق بنفس الملك لما قال فيعتقه.

ودليلنا قوله سُبحانَهُ وَتَعَالَى: «وَقَالُوا أَخْنَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَنَتْمُ بَلْ عِبَادُ مُكَرَّبَتِكُمْ»^(٣) [الأبياء: ٢٦] فأخبرَ أنه لا يجتمع الولادة والعبودية. وروى الحسنُ عن سمرة رضي الله عنه أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من ملك ذا رحمٍ محرم، فهو حر»^(٤). وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما

(١) انظر العاوي الكبير (٧١/١٨).

(٢) أخرجه مسلم في العتق، باب فضل عتق الولد (١٥١٠)، والترمذى في البر والصلة عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما جاء في حق الوالدين (١٩٠٦)، وأبى داود في الأدب، باب في بر الوالدين (٥١٣٧)، وابن ماجه في الأدب، باب بر الوالدين (٣٦٥٩).

(٣) أخرجه الترمذى في الأحكام عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، باب ما جاء فيمن ملك ذا رحمٍ محرم (١٣٦٥)، وأبى داود في العتق، باب فيمن ملك ذا رحمٍ محرم (٣٩٤٩)، وابن ماجه في الأحكام، باب من ملك ذا رحمٍ محرم فهو حر (٢٥٢٤).

أن النبي ﷺ قال: «من ملك ذات رحم محرم فهو عتّيق حين يملكه»^(١). وأيضاً فالولد حُرٌّ من الأُبُّ لقوله تعالى: «يُخْرِجُ مِنْ بَيْنِ الْعُصْلَبِ [١١] وَالْتَّرَابِ» [الطارق: ٧]، والترائب: قيل في التفسير: يخرج من صُلْبِ الرجل وترقوة المرأة، وقيل: من عظام صدر المرأة. وقال النبي ﷺ: «فاطمة بضعةٌ مني يربيني ما يربيها»^(٢).

وكلُّ من ملك نفسه عتّيق فكذلك إذا ملكَ ولدَهُ. وأما خبرهم قلنا قوله، فيعتقه معناه فيعتق عليه فغير عن العتق بالإعتاق لأنَّه بسبب شراءه، وقال مالك: لا يعتق عليه الوالدان والمولودون والأجداد والجدات والأخوة والأخوات فقط. وقال أبو حنيفة: يعتق عليه كل ذي رحم محرم بالنسبة من العمات والخالات والأخوال وأولاد الأخوة والأخوات، وبه قال جابرٌ بن زيد وعطا والشعبي والزهري والحكم وحماد والشوري وأحمدُ وإسحاق، واحتج بالخبر الذي ذكرنا، ورويَ عن عمرٍ رضي الله عنه أنه قال: من ملك ذا رحم محرم، فهو حُرٌّ ومثله عن الحسن البصري.

وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن ابن الأخ يعتق على العم. ودليلنا أن كل قريبٍ جاز للمكاتبٍ بيعه لا يعتق على الحُرٌّ إذا ملكهُ كابن العم وأمّا الخبر، قلنا: يخصهُ بالوالدين والمولودين بدليل ما ذكر.

فرع

إذا عتق عبد ملكه فبماذا يعتق وجهان: أحدهما، يعتق بالسبب الذي ملكه به بابتياع كان العقد موجباً للملك والعتق فعلى هذا يسقط فيه خيار البائع والمشتري ويجري مجرى قوله للبائع: أعتق عبدك عني بالف فاعتُق. والثاني، أنه يعتق بعد استقرار العقد الذي ملكه به ليكون بالعقد مالكاً، وبالملك معتقداً لأن العقد الواجب [١/ب] لا يجوز أن يكون موجباً لإثبات الملك، ولإزالته في حالة واحدة فعلى هذا يثبت فيه خيار المجلس في حق البائع وفي ثبوته في حق المشتري وجهان، بناءً على أنه يملك بالعقد أو بانقضاء الخيار، فإن قلنا: يملك بالعقد فلا خيار له، فإن اختار البائع الفسخ انتقض به العتق، وإن اختار الإمضاء، استقر العتق، وإن قلنا: يملك بانقضاء الخيار فله الخيار وله الفسخ ما لم يختار البائع

(١) أخرج نحوه ابن عبد البر التمہید (٣٠٣/٢).

(٢) أخرجه البخاري في النكاح، باب ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف (٥٢٣٠)، ومسلم في فضائل الصحابة، باب فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ (٢٤٤٩)، والترمذى في المناقب عن رسول الله ﷺ، باب في فضل فاطمة بنت محمد ﷺ (٣٨٦٧).

الإمضاء فإن اختار البائع الإمضاء سقط خيار المشتري فكان إمضاء البائع قطعاً لخياره وخيار المشتري.

فرع آخر

لو وهب له من يعتق عليه، فإن قلنا: الهمة توجب المكافأة لم يلزمها قبولها، وإن قلنا: لا توجب المكافأة، فهل يلزمها قبولها وجهان: أحدهما، يلزمها ليعتق به من هو مأمور بحقه وعلى هذا لو قال لعبدة: أنت حر إن شئت يلزمك أن يشاء ليعتق، والثاني، لا يلزمك لما يتعلّق عليه بالقبول من حقوق لا تجب عليه قبل القبول، فعلى هذا لو قال لعبدة: أنت حر إن شئت يلزمك أن يشاء.

فرع آخر

لو أوصى له بمن يعتق عليه فليس في قبول الوصية مكافأة. وفي وجوب قبولها وجهان، ذكره في الحاوي.

مَسَأَلَةٌ: قال: وإن ملَكَ شَفَقَّاً مِنْ أَهْلِهِ مِنْهُمْ بِغَيْرِ الْمِيرَاثِ قَوْمٌ عَلَيْهِ مَا بَقَيَ.

الفصل

إذا ملك جزءاً من أبيه عتق عليه ثم لا يخلو، إما أن يكون مسراً أو موسراً، فإن كان مسراً لا يقوم عليه لأنه يزداد لإزالة الضرر، فلا يلحق الضرر بالغير، وإن كان موسراً لا يخلو إما أن يملك باختياره أو بغير اختياره، فإن كان باختياره كقبوله الهمة، والابتياع [٢/١]، أو القبول عند الوصية له به يقوم عليه كما لو باشر عتقه لأن الضمان لا يجب بالسبب وهذا الشراء سبب العتق، فإن قيل: هلا قلتم يقوم عليه إذا كان بغير عوض كالموهوب منه، إذا ملك الشخص بغير عوض ليس للشفيع أخذها. قلنا: لأنه يؤدي هناك إلى إلحاق الضرر بالمتملك، وهذا هنا لا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالشريك المالك، وهو اختيار العتق حين قبل ذلك الملك المؤدى إلى الغير فقومنا عليه، فإن كان بغير اختياره ولا يتصور ذلك إلا في الميراث بأن سيرته لا يقوم عليه لأنه دخل في ملكه بغير اختياره فأشباه إذا أوصى بعتق جزء من عبده، فمات أعتق ذلك الجزء عنه، ولا يقوم عليه البافي.

فرع

لو لم يختر تملكه ولكنه باشر فعلًا تضمن ذلك الفعل اجتناباً للملك، ففي تقويم البافي عليه وجهان، مثل أن يملك المكاتب بعض من يعتق على سيده، ثم عجزه السيد فعتق

عليه ذلك الشخص، هل يقوم عليه الباقى أم لا؟ وكذلك لو ملك ابن عمه فباعه بثوب ومات فورثة عمه فوجد العُمُر بذلك الثوب عيّناً فردة، فعاد إليه بعض ابنه فعتق عليه ففي التقويم وجهان فإن رد عليه بالعيب لم يقوم الباقى وجهاً واحداً. وكذلك لو أوصى لرجل ببعض ابنه فمات الموصى، ثم مات الموصى له قبل القبول وورثة عمه فقبل الوصية عتق عليه ما أوصى له من ابنه، وفي تقويم الباقى وجهان.

مَسْأَلَةٌ: قال: وإن وَهَبَ الصَّبِيَّ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ.

الفَصْلُ

المولى عليه إذا وَهَبَ منه أبوه لا يخلو [٢/٢ بـ]، إما أن يكون مُعسراً أو مُوسراً، فإن كان مُعسراً يجب عليه قبوله لأنه إذا كان حُرّاً يكون أجمل له من أن يكون عبداً، ولأنه ربما ينتفع به بأن يكون مكتسباً، فيصير الكسب موسراً، فينفق عليه. وإن كان موسراً ينظر فيه فإن كان صحيحاً مكتسباً يجب عليه قبوله لأن لا يستضرُ بذلك، وإن كان زمناً لا يجب عليه قبوله لأنه يستضر به لوجوب النفقة. ولا يجوز لهذا المعنى، وإن كان صحيحاً غير مكتسب فهل يجب قبوله هو مبني على القولين في وجوب النفقة عليه، فإن قلنا: تجب نفقة الصحيح غير المكتسب على الابن لا يجوز قبوله لأنه يستصرُ به، وإن قلنا: لا تجب النفقة يجب قبوله وهذا إذا أوصى له بهذا الأب. وقال في الحاوي: إذا كان موسراً والابن زمن غير مكتسب بل يلزمه قبوله فيه وجهان: أحدهما، ما ذكرنا، والثاني يلزم قبوله لأنه يستفيد بالقبول عتق أبيه، واستحقاق الولاء عليه، وهذا غريبٌ، وإن وَهَبَ له أو أوصى له ببعض من يعتق عليه، فإن كان مُعسراً لا مال له سواه كان على الوصي أن يقبل لأنه لا يستضر به من أجل أنه لا يقوم عليه الباقى والمقبول يعتق على الصبي وحده. وإن كان الصبي موسراً لم يجز للوصي القبول مخافة السراية في مال الصبي لأنه موسراً، فإن قبله فمردودٌ نصّ عليه في كتاب العتق من «الأم»، ونقله المزني.

وقال في كتاب الوصايا: يعتق ما ملك على الصبي ويقبل الوصي ذلك لأن في قبوله متفعة ويفق العتق على المقدار المقبول، ولا يسري إلى الباقى، وإن كان الصبي مُوسراً [٢/٢ أ] لأن في السراية ضرراً عليه والشرع أمر بدفع الضَّرَر عنه فلم يتعلق ذلك بقبوله ولأنه يدخل في ملكه بغير اختياره، فلا يقوم عليه. وهذا إذا كان الأب كسوياً، فإن كان زمناً غير كسوب لا يقبل الضَّرَر على ما ذكرنا، وكل موضع، قلنا: يقبله الوصي فلم يقبله قبله الحاكم، أو نصب من يقبله، فإن لم يفعل وتركه، فإذا بلغ الصبي كان له قبوله.

فرع

لو باع عبداً من أبيه وأجنبني صفةً واحدةً بعتق نصيب أبيه ويسري إلى نصيب شريكه ويجب عليه قيمته إذا كان موسراً. وقال أبو حنيفة: لا يضمن لشريكه لأن ملكه لا يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له في اعتق نصبيه، وهذا لا يصح لأنه عتق عليه نصبيه بملكه باختياره فيقوم عليه الباقى مع يساره كما لو انفرد بشرائه. وأماماً ما ذكره فلا يصح لأنه لا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه ولا نسلم أنه إذا أذن له في اعتق نصبيه يسقط ضمان نصبيه.

فرع آخر

لو ملك المحجور عليه بالسفر نصف أبيه بهبة أو وصية يعتق عليه وفي تقويم باقيه عليه إذا كان موسراً به وجهان: أحدهما، لا يقوم عليه لأنه بالحجر كالمعسر، والثاني يقوم عليه لاستحقاقه بالشرع كالنفقات.

فرع آخر

لو اشتري نصف أبيه ولم يعلم يقوم عليه الباقى لأن التقويم معتبر باختيار الملك لا باختيار العتق.

فرع آخر

غنم أبوه وهو أحد شركاء غانميه، فإن لم يكن في الغنمة غير أبيه فقد [٣/٢ ب] تعين حقه فيه، فإن باشر غنيمة عتق عليه سهمه منه، وقوم عليه باقيه لأنه قد ملكه باختياره، وإن غنم شركاؤه ولم يباشر غنيمة عتق عليه سهمه منه، ولم يقوم عليه باقيه لأنه ملكه بغير اختياره.

فرع آخر

لو قال لمن لا يولد لمثله: هو ابني لم يعتق عليه، وبه قال أحمد، قال أبو حنيفة: يعتق ولا يثبت نسيه لأنه اعترف بما يثبت به حريته، فأشبهه إذا أقر بحريته ودليلنا أنا إذا تحققنا كذبه فيما أخبر به، فلم يثبت ما تضمنه، كما لو قال: أعتقتك منذ ألف سنة وهذا الخلاف إذا قال لعبدة، وهو أكبر سنًا منه، أنت ابني.

فرع آخر

إذا ولدت المزنى بها ولداً وملكه الزانى لم يعتق عليه، وقال أبو حنيفة: يعتق عليه لأنه مخلوقٌ من ماءٍ في الظاهر، ودليلنا أنها ولادة لا يتعلّق بها ثبوت النسب، فلا يتعلّق

بها وجوب الإعتاق كما لو أنت به لأكثر من أربع سنين من حين الزنا.

فرع آخر

قال في «الأم» إذا قال لعبده أو لأمته: أنت طالق لوالملكتك نفسك أو أزليت ملكي عنك أو ملكت على نفسك، وأراد العتق عنق، وقال أبو حنيفة: لا يقع الإعتاق بل فقط الطلاق. قال: ولو أعتقه بصفة أو شرط لم ينفذ إلا بما أوقعه، ولو أعتقه على شرطين، أو على صفتين أو أكثر لم يعتق إلا بكمال الشرطين أو الصفتين.

فرع آخر

لو قال لعبد: أنت حر على مائة دينار وخدمة سنة، فقبل العبد العتق على ذلك كان حراً، وكان عليه ما شرطه [٤/أ] سيدة، فإن مات قبل أن يخدم رجع المولى بقيمة العبد عليه في ماله إن كان له.

فرع آخر

لو أعتق عبداً على أن يخدمه بعد العتق مدة معلومة اتفقا عليه ورضيا به جاز خلافاً لبعض العلماء، ويجعل عتقه ناجزاً وعليه الخدمة. وروي أن عمر رضي الله عنه أعتق عبيداً من بيت المال وشرط عليهم أن يحفروا القبور فكانوا على ذلك، وروي أنه أعتق عبيداً وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعدة ثلاث سنين. وقال سفيه: أعتقني أم سلمة رضي الله عنها وشرطت علىي أن أخدم رسول الله ﷺ ما عشت، قلت: إن لم تشرطني علي ما فارقت رسول الله ﷺ^(١). وكان ابن سيرين يثبت الشرط في مثل هذا، وسئل أحمد عنه فقال: يشتري هذه الخدمة من صاحبه الذي اشترط له، قيل له: يشتري بالدرارهم، قال: نعم.

فرع آخر

لو قال: أنت حر وعليك مائة دينار أو خدمة سنة أو أنت حر ثم عليك مائة دينار عتق في الحالين معاً ولم يلزمك شيء. قال: وإن . . . أعتق عليه لم يقع العتاق قبله.

فرع آخر

لو قال لعبد لا يملكه: إن اشتريتك فأنت حر لوجه الله تعالى، أو قال لأمة رجل: إن

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب من أعتق عبداً وشرط خدمته (٢٥٢٦)، بل فقط: «أعتقني أم سلمة وشرطت علي أن أخدم النبي ﷺ ما عاشر» وأحمد في مسنده (٢١٤٢٠).

اشترىتك ووطنك فأنت حرّ، فاشتراها ووطئها لم تعتق.

فرع آخر

لو قال لعبدو إن دخلت الدار، فأنت حرّ فباعه ثم دخل الدار لم يعتق، فإن لم يدخل الدار حتى ابتعاه لم يعتق في قوله العجيد، وفي أحد قوله القديم وقد تقدم الكلام فيه.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو اشتري المديون [٤/ب] من يعتق عليه في مرضه فيه وجهان: أحدهما، لا يصح الشراء، وبه قال ابن سريج، والثاني، يصح الشراء ولا يعتق عليه بل يباع عليه في دينه.

فرع آخر

لو وهب من المديون من يعتق عليه يترتب على الشراء، فإن قلنا: يصح الشراء، فالهبة أولى، فيباع عليه، وإن قلنا: لا يصح الشراء، ففي الهبة وجهان: أحدهما، يصح ويعتق عليه بخلاف الشراء لأنّها هنا لم يخرج بإزاءه شيئاً، وفي البيع إخراج الثمن.

فرع آخر

لو قال: إن بعتك فأنت حرّ، فباعه بيعاً فاسداً لا يعتق خلافاً للمزني، وهذا لأن مطلق البيع الصحيح.

فرع آخر

قال لعبديه: أحدهما حرّ فقتلا طلباً بالبيان. وقال أبو حنيفة: انقطع البيان ووقفنا فيه إذا أفقى عينيهما، أو قطع أيديهما أنه يطالب بالبيان.

فرع آخر

إعتاق العربي ينفذ عندهنا وله ولاءه إذا أسلما خلافاً لأبي حنيفة، وهذا لأنّه ملكاً تماماً فينفذ فيه عتقه كالدمي.

فرع آخر

قال ابن الحداد: إذا كانت أمّة لرجل لها ابن موسى . . . فتزوجها رجل فحملت منه ثم اشتراها ابنها وزوجها صفقة واحدة، فإن نصيـب الـابنـ منـ أمـهـ يـعتـقـ عـلـيـهـ وـيـسـرـيـ إـلـىـ نـصـيـبـ

الزوج ويعتق عليه، ونصيب الزوج من الحمل يعتق عليه ببنوته، ونصيب الابن من الحمل يعتق ولا يحب لأحدهما على الآخر من قيمة الحمل شيء لأنه عتق عليهما في حالة واحدة، قال: فلو كانت المسألة بحالها، ولكن مالك الجارية ... لهما بها فقبلاً التوصية نظر فإن كانا قبلاهما في حالة واحدة، فالحكم [٥/أ] في ذلك على ما ذكرنا فيه إذا اشتراها، فإن قبل أحدهما دون الآخر بنتي ذلك على القولين متى يملك الموصى له، فإن قلنا: يتبع بالقبول أنه ملك بالموت فالحكم فيه على ما ذكرنا فيه إذا قبل دفعه واحدة، وإن قلنا أنه يملك بالقبول من حين القبول، فإن قبل الزوج أولاً عتق عليه حصته من الحمل ويسري إلى الباقى ووجب عليه قيمة الباقى إذا كان موسراً، فإن قبل الابن عتق عليه حصته من الأم وسرى إلى الباقى، ويقوم عليه ويتناقضان ويرد من عليه الفضل وإن قبل الابن أولاً عتق عليه حصته من الأم وتبعها حصته من الولد وسرى العتق إلى الباقى من الأم والولد، ووجب عليه قيمتها.

فرع آخر

قال: إذا كان لرجل نصفان من عبدين وقيمة العبدين سواء ولا مال له سواهما فأعنت أحدهما في صحة نفذ العتق وسرى إلى نصيب شريكه لأنه يملك بقدرها، وهو النصف الآخر، فإن أعتق الصحف الآخر من العبد عتق أيضاً إن كان في صحته ولم يسر إلى نصيب شريكه لأنه معسر ولا يمنع ثبات قيمة النصيب الذي سرى إليه عتقه في ذاته من ينفذه عتقه في نصيب الآخر لأنه لم يتعلق بعين ماله وإنما تعلق بذاته، فإن أعتقه في مرضه المخوف لم ينفذه لأن الدين معلم بماله.

فرع آخر

قال أيضاً: إذا شهد شاهدان أنه أعتق زيداً في مرضه وحكم الحاكم بشهادتهم ثم رجعاً عن الشهادة وشهد آخران أنه أعتق عمراً وحكم بشهادتهما وقيمة كل واحد منها قدر الثالث ومات أقرع بين العبددين لأن رجوع الشهود بعد حكم الحاكم لا يبطله، فإن خرجت القرعة على الأول عتق ورد الثاني، ووجب على الشاهدين، قيمة الأول للورثة، وإن خرجت القرعة على الثاني عتق ورق الأول، ولا شيء على الشاهدين، وقال بعض أصحابنا: هذا لا يصح و يجب إذا خرجت القرعة على الأول أن يعتق الأول والثاني، وتجب قيمة الأول على الشاهدين لأن الورثة يصدقون الشاهدين في رجوعهما ولو كذبواهما لم يرجعوا عليهما شيء، وإذا كان كذلك وجب أن يعتق الثاني بكل حال، وإن اقتضت شهادتهما عتق الأول غرمتها قيمته وصار كأنه لم يعتق إلا الثالث وعلى ما قال ابن الحداد يحصل للورثة جميع التركة ويبطل عتق الثالث.

فرع آخر

قال أيضاً: لو شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شخصاً له من عبد ثبت عتقه وسرى العنق إلى الباقى لأنه موسرٌ وغمرا قيمة شريكه ثم رجعاً عن هذه الشهادة غمرا قيمة النصيب الذي شهدا بعتقه دون قيمة نصيب شريكه. وقال القاضي الطبرى: إنما كان كذلك لأنهما شهدا بعتق نصبيه وغمرا قيمة نصيب شريكه والشهادة بالعنق توجب الضمان على الشاهدين فأماماً الشهادة بالمال لا توجب الضمان على أحد القولين، إذا رجعاً على الشهادة فأماماً على القول الآخر فيجب الضمان أيضاً. قال بعض أصحابنا في هذا نظر لأنهما لم يشهدوا بالمال بل تضمن ذلك شهادتهما وتضمن شهادتهما عتق شريكه، فإذا ألمتا بهما ما تضمنته شهادتهما من المال وجب أن يلزمها ما تضمنته من العنق فيكون الضمان عليهم قولًا واحدًا.

فرع آخر

قال أيضاً: إذا كان عبد بين شريكين، [٦/أ] فقال أحدهما: إن كان هذا الطائر غرابة فنصبى حرّ وقال الآخر: إن لم يكن غرابة فنصبى حرّ، وذهب ولم يعلما ما هو نظر، فإن كانا معاشرين، فالعبد بحاله، وإن كان أحدهما حانثاً لأنه لم يتعين فلا يزيل ملكه أحد منهما، قال: فإن باع كل واحدٍ منهما نصبيه من واحدٍ كان لهما أن يتصرف فيه أيضاً، وإن باعاه جميعاً من واحدٍ عتق على المشتري نصفه، لأنه قد تيقن أن نصفه حرّ فلا يكون له أن يتصرف في جميعه وإن كانا مُعاشرين، فإن قلنا: العنق يسري باللفظ عتق جميعه لأن كل واحدٍ منهما إن عتق شريكه يسري إلى نصبيه لأنّه يقول: شريك حانت ولا يجب لأحدهما على الآخر شيء لأنّه لا يقبل قوله عليه، وإن قلنا: إنه يسري بأداء القيمة لم يعتق العبد ولكن لا يكون لكل واحدٍ منهما بيع نصبيه لأنّه قد استحق عتقه، وهل ينفذ عتقه فيه وجهان مضباً، وإن كان أحدهما موسراً، والآخر مُعسراً عتق نصيب المعاشر لأنّه يعترف بأن شريكه الموسر حنث وإن عتقه سرى إلى نصبيه، ولا يعتق نصيب المُوسر لأن شريكه معاشرٌ وعتق المعاشر لا يسري هذا إذا قلنا: يسري باللفظ، وإن قلنا: يسري بأداء القيمة لم يُحكم بنفوذ العنق ولكن يمنعه من التصرف فيه على ما بيناً.

فرع آخر

لو ابتع في مرضه من يعتق عليه قد ذكرنا من قبل أن ثمنه معتبرٌ من الثلث ولا يورث عند جمهور أصحابنا، وقال أبو الحسن ابن اللبان الفرضي: يورث لأن المعتبر من الثلث هو الشمن وهو حق البائع [٦/ب] يخرج أن يكون وصيّة لهذا المعنى، وإن ضاقَ الثلث عن ثمنه

ولم يملك **غيره** فيه وجهان: أحدهما، يمضي البيع في جميعه ويعتق عليه ثلثه ويرث ثلثاه لورثته، فإن كان ورثته ممن يعتق عليهم عتق من ملكهم، ويكون لهم ولاة ثلثيه وللموروث ولاة ثلثه، وإن كانوا ممن لا يعتق عليهم كان ثلثاه باقياً على رقهم، والثاني يمضي البيع في ثلثه ويفسخ في ثلثيه إذا رضي البائع بتفريق الصفقة، فإن لم يرض ففي فسخه وجهان من الوجهين في عتقه، هل وقع بالعقد، أو بعد استقراره، فإن قلنا: وقع بالعقد لا يفسخ، وإن قلنا: وقع بعد استقرار العقد، فله الفسخ، فإن جوزنا الفسخ ففسخ عاد رقيقاً إلى ملك البائع وعاد إلى الورثة كل الشأن، وإن قلنا: لا يفسخ أمضى البيع في ثلثه ويعتق على المشتري وفسخ البيع في ثلثيه ورد على بائعه واسترجع منه ثلثا الشأن ودفع إلى الورثة وإنما جعل لهما ثلثا الشأن ولم يجعل لهما ثلثا الرقبة لأنهم لا يملكون بالإرث إلا ما ملكه الموروث والموروث لا يجوز أن يستقر ملكه عليه فلم يستقر ملك ورثته عليه، فلذلك عدلنا عن توريث رقبته إلى توريث ثمنه، وإن كان ثلثاه مسترقاً في الحالين.

فَرْعَةُ آخَرُ

لو اشتري أباً في مرضه بمائتي درهم وقيمته مائة درهم وترك مائة درهم فيه ثلاثة أوجه: أحدها، يجعل العتق مستو في محل المعتق والمحاباة فالمعتق مائة والمحاباة مائة والتركة ثلاثة فيعتق من الأب نصفه بمائة نصفها محاباة ونصفها عتق. ويفسخ البيع في نصفه بمائة تدفع إلى ورثته مع المائة التي تركها [٧/أ] يصيير معهم مائتا درهم هي مثلاً ما خرج بالعتق والمحاباة، والثاني تقدم المحاباة في الثالث على العتق لأنها أصل العتق وهي مستوعبة للثالث ويرث الأب للورثة إن كان ممن لا يعتق عليهم وقيمته مائة درهم تضم إلى المائة يصيير معهم مائتا درهم وهي مثلاً ما خرج بالمحاباة، والثالث: يفسخ فيه البيع ويعاد إلى رق البائع حتى لا يورث عن غير مالك وتسترجع الورثة جميع ثمنه ويبطل بذلك حكم البيع والمحاباة.

فَرْعَةُ آخَرُ

إذا ملك ذوي رحمة من الرضاع لا يعتق، وبه قال جمهور العلماء. وقال شريك بن عبد الله القاضي: يعتق وهذا خطأ لأنه يفارق أهل الأنساب في الأحكام من الميراث والولاية وغيرهما.

كتاب الولاء^(١)

قال: أخبرنا محمد بن الحسن الجبر.

الأصل في ثبوت الولاء للمعتق الكتاب والسنّة والإجماع، أمّا الكتاب، فقوله تعالى: **﴿ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آبائهم فلإخوانكم في الدين ومواليك﴾** [الأحزاب: ٥]، الآية.

وأمّا السنّة: فما روی أن النبي ﷺ، قال: **«الولاء لحمة كل حمة النسب لا يباع ولا يوهب»**^(٢)، ومعنى امتياجاً كاملاً ينبع من النسب واحتلاطاً كاملاً ينبع من الولاء، ولهذا قيل مولى القوم منهم، ولهذا لا تحل الصدقة لمواليبني هاشم، وأيضاً روی ابن عمر أن عائشة رضي الله عنهم أرادت أن تشتري [٧/ب] جارية فتعتقها، فقال أهلها: نبيعكها على أن ولاءها لنا فذكرت عائشة رضي الله عنها لرسول الله ﷺ، فقال: **«لا يمنعك ذلك، فإن الولاء لمن أعتق»**^(٣)، ومعنى لا يمنعك ذلك إبطال ما شرطوه من الولاء لغير المعتق، وأيضاً ما روی عروة: أن بريدة جاءت عائشة رضي الله عنها تستعينها في كتابتها ولم تكن قبضت من كتابتها شيئاً، فقالت لها عائشة: ارجع إلى أهلك، فإن أحبوا أن أقضي عنك كتابتك ويكون ولاءك لي فعلت، فذكرت ذلك بريدة لأهليها، فأبوا، وقالوا: إن شاءت أن تحسب عليك فلتفعل ويكون ولاءك لنا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ، فقال لها رسول الله ﷺ: **«ابتاعي وأعتقي فإن الولاء لمن أعتق»**، ثم قام رسول الله ﷺ، فقال: **«ما بال أناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فليس له وإن شرط مائة شرط شرط الله»**

(١) انظر الحاوي الكبير (٧٨/١٨).

(٢) أخرجه الشافعی في مسنده (٣٢٨/١)، والیهی في الكبير (١٢٦٦١)، (٢٤٠/٦).

(٣) أخرجه البخاری في البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل (٢١٦٩)، ومسلم في العتق، باب إنما الوراء لمن أعتق (١٥٠٤)، والنسائي في البيوع، باب البيع يكون فيه الشرط الفاسد فيصح البيع ويبطل (٤٦٤٤).

(٤) أخرجه البخاری في العتق، باب ما يجوز من شروط المكاتب (٢٥٦١)، ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤)، والترمذی في الوصايا عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في الرجل يصدق أو يعتق عند الموت (٢١٢٤).

أحق وأوثق^(١). وروي أنها قالت: إن باعوني إياك ضببتم لي صبأ على أن يكون الولاء لي الخبر الذي قالت، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: «ما بال رجال يشتربون شرطًا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتنّ»، فإن أقيل: هذا الخبر لا يصح لأنّه يؤدي إلى الغرور، والنبي ﷺ لا يأمر بالغرور. وقد روي: ابتعادي واشترط لي لهم الولاء، وهذا غرور ولأن فيه بيع المكاتب، وهذا لا يجوز [٨/٨].

وقد طعن فيه يحيى بن أكثم القاضي بمثل هذا قلنا: ليس فيه شيء يشبه معنى الغرر والحلف وإنما فيه أن القوم رغبوا في بيعها فأجازه النبي ﷺ وأذن لعائشة في إمضائه و كانوا جاهلين بحكم الدين في الولاء لا يكون إلا لمعنى فطمعوا أن يكون الولاء لهم بلا عنت فلما عقدوا البيع وزال ملكهم إلى عائشة فأعنتها صار الولاء لها لأن الولاء من حقوق العنت، فلما تنازعواه قام رسول الله ﷺ، فبين أن الولاء في الشع للمعنى، وقوله: اشترط لي لهم الولاء لم يذكره أبو داود وإن صحت فتاویلها: لا تبالي بما يقولون، فإن الولاء لا يكون إلا للمعنى، وليس ذلك على أن يشترط لهم ذلك قوله: بل لعل معنى لا تلتفت إلى، فإنه لغُو من الكلام، وكان المزنی يتأوله، فيقول قوله: اشترط لي لهم الولاء، أي اشترط عليهم كما قال تعالى: «أولئك لهم الْفَنَّ» [الرعد: ٢٥] أي عليهم.

وأمّا قوله: بيع المكاتب لا يجوز ففي الخبر ما يدل على أنها كانت عجزت عن أداء نجومها ورضيت أن تباع وبيعها يكون فسخا للكتابة. قوله: ما بال أقوام يشتربون شرطًا ليست في كتاب الله تعالى يُرِيدُ لِيْسَ على حُكْمِ اللهِ تَعَالَى، وعلى موجب قضاياءه، ولم يرد به ليست في كتاب الله نصاً فإن أكثر الشروط الجائرة ليست في كتاب الله نصاً. وروي هذا الخبر، أنه قال: اشتريها وأعنتها، فإن الولاء لمن أعطي الثمن.

وأمّا الإجماع فلا خلاف بين المسلمين فيه.

واعلم أن الولاء يشتمل ثلاثة أحكام أحدها: الميراث والثاني: تحمل العقل، والثالث: الولاية في عقد النكاح والصلة على الميت، [٨/ب] وقد ذكرنا هذا فيما تقدم. واعلم أنه لا يجوز بيع الولاء وحبته. وبه قال جمهور العلماء، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عمر رضي الله عنهم. وقال عروة بن الزبير وسعيد بن المسيب والأسود وعلقمة الشعبي والنخعي: يجوز بيع الولاء وحبته والوصية به واحتجوا بما روي عن

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٩٩/٦)، وابن عبد البر في التمهيد (٣٣٤/١٦).

عمرو بن دينار أنه قال: وهبت ميمونة بنت الحارث زوج النبي ﷺ ولاء سليمان بن يساري لابن عباس رضي الله عنهما^(١)، وكان مكتاباً لها وابن عباس ابن اختها، ودليلنا، ما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته^(٢). وقال محمد بن زياد كانت العرب بيع ولاء مواليها وتأخذ عليه المال وأنشد في ذلك:

فباعوه مملوكاً وباعوه معتقاً
وليس له حتى الممات خلاص
فنهاهم عن ذلك وروي أنه ﷺ قال: «من تولى غير مواليه فقد خلع رقبة الإسلام من عنقه»^(٣)، وأمّا ما رواه فلا يصح لأن الزهري أنكره. وقال علي رضي الله عنه: «الولاء لحمة كل حمة النسب لا يُباع ولا يوهب»^(٤)، أقوروه حيث جعله الله. وقال ابن مسعود رضي الله عنه: الولاء نسب^(٥) أفيبيع الرجلُ نسبه.

مسألة: قال وفي قوله ﷺ: «إنما الولاء لمن أعتق»^(٦) دليل على أنه لا ولاء إلا لمعتق.

وقد ذكرنا أنه لا ولاء إلا للمعتق وحكي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: ولاء اللقيط للملقط، وقال الحكم وحماد: [٩/١] يثبت الولاء لمن أسلم على يديه، وله الرجوع فيه ما لم يعقل عنه، فإن عقل عنه أو عن صغار ولده لم يكن له أن يرجع فيه. وقال أبو يوسف: إن افترنَّ به موالاةٌ توارثنا وإلا فلا يتوارثان، وقال عمر بن عبد العزيز وإسحاق والزهري: يرثه على الأحوال كلها، واحتجوا بما روي أن تميم الداري رضي الله عنه قال: يا رسول الله، ما السنة فيمن أسلم على يدي رجلٍ، فقال: هو أحق بمحياه ومماته ودليلنا ما ذكرناه، وقوله: أحق بمحياه ومماته أي بدفعه والقيام بأمره والإثمار والبر والصلة.

مسألة: قال: ولو أعتق مُسلم نصريانياً أو نصرانياً مُسلماً، فالولاء ثابت لكل واحد

منهما.

(١) أخرجه البخاري في العتق، باب بيع الولاء وهبته (٢٥٣٥)، ومسلم في العتق باب النهي عن بيع الولاء وهبته (١٥٠٦)، والترمذني في البيوع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في كراهة بيع الولاء وهبته (١٢٣٦).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٤١٥٢)، بلفظ: «من تولى غير مواليه فقد خلع رقبة الإيمان من عنقه».

(٣) نقدم تخريرجه.

(٤) أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عمر عن النبي ﷺ (٢/٣٣٢).

(٥) نقدم تخريرجه.

الفصل

قد ذكرنا: أنه إذا أعتق الذمي عبداً مُسلماً أو المسلم عبداً ذميًّا ثم مات المعتق، فالولاء للمعتق ويرث المعتق من كان على دينه لأن اختلاف الدين يقطع الإرث، وإن لم يقطع الولاء كما يقطع إرث النسب وإن كان لا يقطع النسب، قال الله تعالى: «وَنَادَى شُوَّعَ أَبْنَتَهُ» [هود: ٤٢]، وقال تعالى: «وَرَأَىٰ قَالَ إِنَّهُمْ لَأَيُّهُمْ مَأْرُزٌ» [الأنعام: ٧٤]، فلم يقطع النسب باختلاف الدين فكذلك الولاء. وقال سفيان الثوري: يثبت الولاء ويرث به وحكي عنه أنه قال: إذا كان المعتق مُسلماً يرث من المعتق الكافر لأن الإسلام يعلو، وحكي عن مالك أنه قال: إذا أعتق الكافر مُسلماً لا ولاء له بل يكون ولاءه لكافرة المسلمين. وقال أيضاً لو أعتق نصرياني نصريانياً ثم أسلم المعتق بطل ولاء مولاً، فإن أسلم مولاً لم يعد إليه الولاء [٩] بـ [٣].

مسألة: قال: من أعتق سائبة فهو مُعتق، ولو الولاء.

صورة المسألة أن يقول لعبدك: أعتقتك سائبة، أو أنت حر سائبة فإنه يعتق ولا يتعلق بقوله سائبة حكم ويلغى ذلك، وقد ذكرنا أنه لو قال: أنت سائبة فهو كنابية، فإن نوى به العتق وقع، وإلا فلا. وقال مالك: إذا قال: أعتقتك سائبة، أو على أن لا ولاء لي عليك أو على أن ولاءك للمسلمين دوني يصح الشرط ويكون ولاء للمسلمين دون المعتق. ويه قال عمر بن عبد العزيز والبرهري وربيعة، ودللنا قوله عليه السلام: «إنما الولاء لمن أعتق»^(١)، وقيل في قوله تعالى: «مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَبَّابَةٍ» [الساددة: ١٠٣]، أراد بالسائبة هذا. وروي أن رجلاً جاء إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، وقال: إني أعتقت علاماً لي وجعلته سائبة، فمات وترك مالاً، فقال عبد الله: إن أهل الإسلام لا يسيبون إنما كان يسيبه أهل الجاهلية، وأنت وارثه، زولي نعمته، فإن تحرجت من شيء فأدناه أن تجعله في بيت المال، وبروى عن سالم مولى أبي حذيفة أنه كان مولى لامرأة من الأنصار، ويقال لها: عمرة بنت يعار أعتقت سائبة فقتل يوم اليمامة فأتى أبو بكر الصديق رضي الله عنه بميراثه فقال: أعطوه عمرة فأبنت تقبله^(٢)، وقيل: أتى عمر رضي الله عنه بميراثه فدعا وديعة بن جدام وكان وارث عمرة بنت يعار، فقال: هذا ميراث مولاكم فخدلوه، فقال: يا أمير المؤمنين أعتقته صاحبتنا سائبة وقد أغنانا الله عنه فلا حاجة لنا به فجعله عمر رضي الله عنه في [١٠/أ] بيت مال المسلمين.

(١) تقدم تخریجه.

(٢) آخرجه البیهقی فی الکبری (٣٠٠/١٠).

وروي أن طارق بن المربع أعتق أهل بيته سوابق، فأتى بميراثهم، فقال عمر رضي الله عنه: أعطوه ورثة طارق فأبوا أن يأخذوه، فقال عمر: أجعلوه في مثلهم من الناس^(١). ولأن الولاء من مقتضى العتاق كالرجعة في الطلاق الرجعي ولا تسقط الرجعة بالشرط كذلك الولاء. ثم قال الشافعى رضي الله عنه بعد هذا ردًا على مالك في السائبة، فقال: والمعتق سائبة معتق وهو أكبر من هذا في معنى المعتقة يعني قد زاد على سائر المعتقةين في قصد إزالة الملك، فكيف لا يكون له ولاء، فالمعتق سائبة قد أنفذ الله له العتق لأنه طاعة، وأبطل الشرط بأن لا ولاء له لأنه معصية، وقال رسول الله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»^(٢).

مسألة: قال: ومن ورث من يعتق عليه أو مات عن أم ولده فله ولاءهم وإن لم يعتقهم صريحاً لأنهم في معنى من أعتق^(٣).

جملة هذا أن كل مملوكي عتق على غيره باختياره، أو غير اختياره ثبت ولاءه له ولو باع عبدة من نفسه بماله في ذمته، ففي ولائه وجهان: أحدهما، أنه لسيده والثاني، أن لا ولاء لسيده لأنه لم يعتق من ملكه ولا يملك العبد الولاء على نفسه.

مسألة: قال: وإذا أخذ أهل الفرائض فرائضهم، ولم يكن له عصبة قرابة من قبل الصليب كان ما بقي للمولى المعتق.

جملة هذا أن ما يكون لعصبات النسب فهو للمعتق إن لم يكن عصبة النسب لما روي أن ابنة حمزة أعتقت جارية لها [١٠/ب] فماتت المعتقة وخلفت مالاً ولم يرثها إلا ابنة واحدة فأعطى رسول الله ﷺ الابنة النصف وأعطى المعتقة الباقي^(٤) وليس هذا حمزة عم النبي ﷺ إنما هو حمزة آخر. وروى الحسن: أن رجلاً أتى النبي ﷺ ببرجل، فقال: اشتريته وأعتقته، فقال: هو إن شكرك فهو خير له وإن كفرك فهو شر له وخير لك، فقال: ما أمر ميراثه، فقال: إن ترك عصبة، فالعصبة أحق به ولا فالولاء^(٥). وروى سعيد بن المسيب أن النبي ﷺ قال: «المولى أخ في الدين ونعمة يرثه أولى الناس بالمعتق»^(٦).

مسألة: قال: ولو ترك ثلاثة بنين، اثنان لأم، فهلك الذي لأم وترك مالاً.

(١) تقدم تخرجه.

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٨/٨٩).

(٣) ذكره ابن حجر في تلخيص العبير (٤/٢١٤).

(٤) ذكره ابن حجر في تلخيص العبير (٣/٨٤).

(٥) أخرج نحوه الدارمي في سنته عن الزهرى (٦٠٠)، والبيهقي في الكبير (٩٢١٢٩٠)، (١٠/٣٠٤).

الفصل

جملةً هذا أن الولاء للكبير، وهكذا قال رسول الله ﷺ وقد صَوَرَ الشافعى فيما قضى به عثمان رضي الله عنه وإن كان في غيره أقرب وهي في رجل أعتقد عيناً استحق ولاءهم ثم مات المعتق عن ماله ولاء مواليه، وخلف ثلاثة بنين اثنان منهم لام وواحدٌ من أم أخرى فورثوا ماله ولاء مواليه أثلاثاً بالسوية ثم مات أحدُ اللذين من أم واخلف أخاه لأبيه وأمه وأخاه لأبيه وأخاه لأبيه ثم مات الأح من الأبوين وخلف ابنيه وأخاه لأبيه فورث ماله ابناه دون أخيه وتنازعوا في ولاء المولى، فقال الأخ: بولائهم منكما لأنى ابن مولى، وأنتما ابنا ابن مولى، وقال ابنا الابن: لك ثلث ولائه ولنا ثلثاه حتى أبينا بميراثه من أبيه وأخيه [١١] أ فقد اختلف في استحقاق الولاء هل يكون معتبراً بموت العبد المعتق فيستحقه الكبير من عصبات المولى، أم يكون معتبراً بموت المولى المعتق، فيكون مشتركاً بين القريب والبعيد، فذهب عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وأبي بن كعب وابن عمر وأسامه بن زيد وأبي مسعود البدرى رضي الله عنهم والحسن وابن سيرين وعطاء والزهري والشعبي والشافعى وأبي حنيفة وداود رحمهم الله: أن الولاء يستحقه الكبير اعتباراً بموت العبد المعتق، فيكون ولاء من مات منهم لابن المولى دون ابن أبيه، وتفسير الكبير بالدرجة لا بالسن، فمن كان أقرب إلى المعتق، فهو الأكبير ولو كان أصغر سنأ.

ولو قال الشافعي: إذامات أحد أبني المعتق عن ابن وأخ، فالأخ الذي هو ابن المعتق أولى بالولاء لا أن يكفيه في تفسير قوله: الولاء للكبير. ولكنه صور فيما ذكرنا لما يتبنا أن الواقعه كانت هكذا في زمان عثمان رضي الله عنه، وذلك فيما روى عبد الملك ابن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن أبيه أن العامر بن هشام هلك وترك ثلاثة بنين، اثنان لأم وواحد من أم أخرى، فهلك أحد اللذين لأم وترك مالاً ومواليه فورئه أخيه لأبيه وأمه ووووث ماله وولاء إليه ثم هلك الذي ورث المال والموالي وترك ابنه وأخاه لأبيه، فقال ابنته: قد أحرزت ما كان أبي أحرز فقد أحرزت المال وولاء الموالي . وقال أخوه ليس كذلك إنما أحرزت المال فاما ولاء الموالي فلا: أرأيت لو هلك أخي اليوم ألسنت أنا أرثه فاختصما إلى عثمان رضي الله عنه فقضى لأخيه [١١/ب] بولاء المولى، وحکى عن ابن مسعود في رواية وشريح أن ولاء من مات منهم موروث يستحقه القريب والبعيد له اعتباراً بموت المعتق، فيكون لا بن المولى في هذه المسألة ثلث ولائيهم وابني ابنته ثلاثة.

وَدَلِيلُنَا مَا رَوَى جَابِرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «الْوَلَاءُ لِحَمْةِ كَلْحَمَةِ النَّسْبِ لَا يَبْاعُ

ولا يوهب ولا يورث ولا يتصدق به^(١)، يعني لا يورث ميراث المال ولكن الكبير أقرب، فكان بالميراث أحق كالنسبة ولأنه لما كان الميراث بالنسبة معتبراً بموجب الموروث كان كذلك في الميراث بالولاية، وعلى هذا لو خلفت رجل ثلاثة بنين فمات واحداً منهم وخلف ابناً ومات الآخر، وخلف ابنيين ومات الآخر، وخلف ثلاثة بنين، وظهر لجدهم المتوفى مولى فإن ولاءه بينهم على ستة لكل واحد منهم سهم، ولو ظهر له مال لكان المال بينهم ثلاثة للابن الواحد الثالث وللابنين الثالث وللثلاثة الثالث. والفرق بينهما أنهم يأخذون الولاية عن الجد لا عن آبائهم والمال يأخذونه عن آبائهم لا عن الجد فورث كل واحد منهم مقدار ما مات عنه أبوه وهو الثالث، وعلى قول من جعل الولاية موروثاً يعطيهم سهام آبائهم فيجعل الثالث لابن الابن الآخر والثالث لثلاثة بنى الابن الآخر وتصبح من ثمانية عشر سهماً، وعلى هذا لو اشترى أبُّ وابنٌ في إعتصام عبد ثم مات الأب وخلف ابناً آخر ومات المعتق كان لابن المعتق ثلاثة أرباع ولاء النصف منه ب مباشرة عته والربع بميراثه عن أبيه والابن الذي ليس بمعتق ربع ولاء بميراثه عن أبيه [١٢/أ].

فلو مات ابن المعتق وترك ابناً وأخاً ثم مات العبد المعتق كان لأخيه نصف ولائه وللابن نصف ولائه اعتباراً بالكبر على قول من جعل الولاية موروثاً جعل للأخ ربع ولائه وللابن ثلاثة أرباع ولائه، وعلى هذا لو اعتق امرأة عبداً وماتت وخلفت ابناً وأخاً ثم مات العبد كان ولاءه لخالي دون عمه لأن الخال أخو المعتقة والعم أجنبي عنها وهذا قول من جعله الولاء للكبر وعلى قول من جعل موروثاً يجعل الولاية لعم الابن، وإن كان أجنبياً من المعتقة دون الخال وإن كان أخاها لانتقال ماله إلى عمه دون خاله.

ثم قال الشافعي والأخوة من الأب والأم أولى من الأخوة للأب، وقد ذكرنا ذلك ولا خلاف فيه بخلاف صلاة الجنائز وولاية النكاح في أحد القولين لأن للنساء مدخلان في الولاية إذاً اعتق، أو اعتق من اعتق فكان اجتماع قرابة الأم مع قرابة الأب فيه يوجب الترجيح على التفرد بقرابة الأب بخلاف ذاك.

فَوْزُعٌ

لو خلف أخاً لأم وعمّاً وابن عمّ كان الولاء للعم وابن العم ولا ولاء للأخ من الأم لأنّه ليس بعصبة وابن العم عصبة، ولو خلف ابني عم، أحدهما أخ لأم. قال القاضي أبو حامد في الجامع كان ابن العم الذي هو أخ للأم أولى نص عليه الشافعي، قال أصحابنا:

(١) تقدم تخرّجه.

هذا صحيح بخلاف النسب، فإن هناك أخذ الأخ للأم شيئاً ثم الباقي بينهما لأنه استحق هناك فرضاً بالأخوة، فلم يتزوج بها وهنها يأخذ فرضاً بها فترجع بها.

واعلم أن الولاء يستحق بشيئين أحدهما بأن يعتق [١٢/ب] مملوكاً ويعتق ذلك المملوك مملوكاً آخر فيثبت له الولاء على ذلك، ويستوي فيه الرجال والنساء والثاني بأن يكون عصبة للمعتق والتعصي لا يثبت إلا للرجال ولا تعصي للنساء فلا يستحقن الولاء عن المعتق، فإن قيل: إذا خلف المعتق ابنًا وابنة فقد عصب الابن أخيه فيجب أن يستحق الولاء قلنا: الولاء بمنزلة النسب المترافق، والأخ لا يعصي أخيه في النسب المترافق بدليل أن ابن الأخ لا يعصي أخيه وابن العم لا يعصي أخيه وعلى ما ذكرنا لو اشتربت البنت أباها ثم مات الأب، فالمال كله لها نصفه بالنسب ونصفه بالولاء، ولو كان هناك ابن وابنة فاشترى أباها ثم مات كان المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بالنسب ولا حكم للولاء مع النسب، ولو أعتق هذا الأب عبداً ثم مات الأب ثم مات العبد كان ولاء العبد للابن دون البنت لأنه عصبة مولاه، فكان مقدماً على مولاه فولاه. وأماماً جر الولاء فقد شرحناه في كتاب الفرائض. ونشير هنا إلى بعض المسائل.

وجملته أن جر الولاء ثابت عندنا خلافاً للزهري ومجاهد وهو رواية شاذة عن زيد بن ثابت رضي الله عنه واحتجوا بأن الولاء كالنسب والنسب إذا ثبت في جهة لم ينتقل كذلك الولاء ودليلنا أن النسب معتبر بالأباء دون الأمهات كذلك الولاء، وإنما اعتبر هنا بالأم للضرورة من جهة الأب إذا ارتفعت الضرورة انتقل كولي الملاعنة إذا اعترف به أبوه عاد إلى نسبه. وروى هشام بن عروة عن أبيه، [١٣/أ] قال: مز الزيبر بموالي لرافع بن خديج، فأعجبوه، فقال: لمن هولاء، فقالوا: هولاء موالي لرافع بن خديج وأبواهم عبداً لفلان، فاشترى الزيبر أباهم، فأعتقه، ثم قال: أنتم موالي فاختصم الزيبر ورافع إلى عثمان رضي الله عنهم، فقضى عثمان للزيبر، فقال: هشام، فلما كان مغويه خاصمونا فقضى لنا مغويه. وقد ذكرنا أنه إذا أعتق الجندي هل يجر الولاء فيه ثلاثة أوجه، أحدها يجر أيضاً إلى معتق نفسه وبه قال شريح ومالك والشعبي، والثاني لا يجر أصلاً وبه قال أبو حنيفة، والثالث: إن كان الأب حياً لا يجر، وإن كان ميتاً جره لأن الجندي بموت الأب يستقر ومع بقائه لا يستقر، فإذا قلنا: يجر فلو جر معتق الجندي ولاء ثم أعتق العبد بعده فقد ذكرنا أن معتق الأب يجر من معتق الجندي وهو الصحيح لأن الولادة فيه مباشرة وفي الحد بعده وفي وجه آخر لا يجر لاستقراره في نسب الأبوة.

ولو أعتقت أمّة حامل من زوج مملوك فولدت ابنًا ثم أعتق إن كان ولاء ابن لمعتق الأم ولم يجر معتق الأب لأن عتق ابن مباشرة والولاء في عتق المباشرة لا يزول ولو لم

تلده قبل، وعتق الأب ولدته بعد عتقه فإن ولدته لأقل من ستة أشهر من عتقها كان عتقه عن مباشرة لعلمنا بكونه حملًا وقت عتقها، وإن ولدته لأكثر من أربع سنين جرّ معتق الأب ولاءه عن معتقها لعلمنا بعدمه وقت عتقها وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر، وأقل من أربع سنين، فإن لم يلحق بالزوج فولاءه غير مجرور وإن لحق بالزوج، [١٣/ب] ففي جرّ ولائه وجهان: أحدهما، إنه مجرور لأننا على يقين من حدوث الولادة في شك من تقدمها، والثاني أنه غير مجرور لأننا على يقين من ثبوت ولائه لمعتق الأم وفي شك من جرّه إلى معتق أبيه.

ولو تزوج حُرًّا ولاة عليه بمعتقه عليها ولاة فأولدها ولدًا فإن كان معروف النسب تتحققنا حرية كالعرب، فلا ولاة على ولدته لأنه لو أولدها في الرق لم يكن الولد رقيقاً فكان أولى إذا أولد بعد ثبوت الولاء أنه لا يكون عليه ولاة وإن كان الأب مجهول النسب، ففي ثبوت الولاء على ولده لمعتق أمّه وجهان: أحدهما، لا يثبت تغليباً لظاهر الحرية وهو ظاهر مذهب الشافعي والثاني عليه الولاء لاحتمال حال الأب وثبوت الولاء على الأم وحكي هذا عن أبي حنيفة ومحمدٍ. ولو تزوج بمعتقه عليها ولاة وأولدها ابناً دخل في ولاة أمّه ثم اشتري الابنُ أباً عتق عليه وكان له ولاة وفي جره لمولى نفسه من معتق أمّه وجهان: أحدهما، لا يجره بعتق أبيه لأنه لا يملك ولاة نفسه ويكون ولاته باقياً لمعتق أمّه وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يعقل عن نفسه ولا يرثها. وحكي هذا عن أبي حنيفة، والثاني يجر ولاة نفسه بعتق أبيه ولا يملكه على نفسه ولكن يزول به الولاء عن نفسه ويصير به حرًّا لا ولاة عليه لأن عتق الأب يزيل الولاء عن معتق الأم. وبه قال ابن سريج: فعلى هذا لو أولدها ابنتين، فاشترت إحداهما أباً يعتق عليها، وكان لها ولاة وجرت إلى نفسها ولاة أختها وفي جرّها الولاء نفسها وجهان: [١٤/أ] على ما ذكرنا فإذا قلنا: يجره ويسقط به الولاء عنها فإن مات الأب كان ثلثا ميراثه بين بنتيه نصفين بالنسبة والثلث الباقي لبنته المعتقة بالولاء، ولو ماتت بعد الأب البنتُ التي ليست بمعتقة كان لأختها المعتقة نصف ميراثها بالنسبة ونصفه الباقي بالولاء الذي جرته من معتق الأم ولو كانت الميّة بعد أبيها هي البنت المعتقة وخلفت أختها كان لأختها نصف ميراثها، وفي نصفه الباقي وجهان: أحدهما، أنه لمولى أمها إذا قلنا: لا تجر ولاة نفسها، والثاني: لبيت المال إذا قلنا: جرت ولاة نفسها.

فرع آخر

ولو قال لأمته: إذا ولدت ولدًا، فهو حُرًّا فولدت ولدًا ميّة ثم ولدت ولدًا آخر فالذى يقتضي المذهب أن الثاني لا يعتق، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة يعتق لأن

العنق يستحيل في الميت فتعلقت اليدين بالحى كما يقال: إن ضربت فلاناً فعبدى حرًّا فضربه حياً عنق وإن ضربه ميتاً لم يعتق، وهذا لا يصح لأن شرط العنق وجده، وهو الولادة بدليل أنه لو قال لها: إن ولدت فأنت حرّة، فولدت ولداً ميتاً عنق.

فرع آخر

ولو قال عبده أنت حرًّا كيف شئت. قال أبو حنيفة: يعتق في الحال ولا يقف العنق على مشيته، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يعتق حتى يشاء، وهذا يشبه أن يكون مذهبًا ولا نصّ فيه.

فرع آخر

لو كان عبدًا مقيداً فحلف بعتقه أن ما في قيده عشرة أرطال حديد وحلف بعتقه أن لا يحله هو ولا أحدٌ من الناس، فشهادت القاضي شاهدان أن قيده خمسة أرطال، [١٤/ب] فحكم بعتقه وحل القيد فوجد فيه عشرة أرطال حديد. قال أبو حنيفة: يجب على الشاهدين قيمة العبد، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجب عليهم شيء، وهو الصحيح وبناءً على أبو حنيفة على أصله أن حكم القاضي ينفذ في الباطن وإن كان بشهادة الزور فكان العنق وقع بشهادتهما ووجه الآخر أنه عتق بحل القيد دون ما شهدوا به، وقال أبو حنيفة: إذا شهدوا بموت السيد للعبد المدبر، وحكم بعتقه، ثم بان أنه حيًّا بطل الحكم بعتقه لثبوت كذبهم قطعاً فكذلك هنَا.

كتاب المدبر^(١)

قال: أخبرنا سفيان عن عمرو بن دينار، وذكر الخبر.

التدبير أن يعتق عبدة دبر الحياة، يقال: أعتقته عن دبر أي بعد الموت ولا يستعمل ذلك في غير العتق من الوصايا، وفي تسميته تدبيراً ثلاثة أوجه أحدها لأنه يعتق عليه في دبر الحياة وهو آخرها، والثاني: لأنه لم يجعل تدبير عنته إلى غيره، والثالث: لأنه دبر أمر حياته باستخدامه وأمر آخرته بعتقه.

وفي ابتدائه وجهان: أحدهما أنه تقدم في الجاهلية وأقره الشعُّ في الإسلام على ما كان عليه في الجاهلية فصار بالتقرير شرعاً، والثاني: أنه مبتدأ في الإسلام بنص ورد فيه عمل به المسلمين فاستغناوا بالعمل عن نقل النص فصار بالنص شرعاً وصار العمل على النص دليلاً فدبر المهاجرون والأنصار عبيداً.

ثم قد يكون مطلقاً بأن يقول: دبرتك، أو أنت مدبر، أو إذا مُتْ فأنت حرٌ، [١٥/أ] أو إذا دخلت الدار ومتْ فأنت مدبر، أو إذا دخلت الدار فأنت مدبر، وقد يكون مقيداً بأن يقول: إن مُتْ من مرضي هذا أدنى شهري هذا أو في سنتي هذه فأنت حرٌ، وإن صلت فأنت حرٌ وكلاهما عندنا سواء، فإذا وجد ذلك تعلق العتق بموته وله الرجوع فيه متى شاء والتصرف فيه بالبيع والهبة وغير ذلك، ثم ينظر، فإن رجع عنه قبل موته وتصرف فيه بطل التدبير، وإن لم يرجع حتى مات نظر، فإن كان عليه دين مستغرق لم يعتق وبيع في الدين وإن لم يكن عليه دين واحتمل الثالث جميعه عتق، وإن لم يتحمل الثالث بقدر الثالث دون الباقى، وبه قالت عائشة رضي الله عنها وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وإسحق وأحمد. وقال ابن أبي نجيح كان مجاهد وفقيه أهل مكة يرون التدبير وصيحة أصحابها فيها بالختار ما عاش يمضي منها ما شاء ورد منها ما شاء. وقال مالك: إذا دبر عبده لا يجوز له التصرف فيه بحالٍ مقيداً كان أو مطلقاً ولكن إن مات وعليه دين بيع في دينه كما لو أعتق عبداً في مرضه لا يجوز له التصرف فيه في حياته وبيع في دينه، وهو روایة عن أَحْمَدَ وَكَانَ الْحَسْنَ بْنَ رَبِيعَةَ: يَجُوزُ بِعْتَهُ إِذَا احْتَاجَ صَاحْبُهُ إِلَيْهِ. وقال الليث بن

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/١٠٠).

سعد: يكره بيع المدبر ويجوز بيعه إذا أعتقه الذي اشتراه. وقال ابن سيرين لا يُباع المدبر إلا من نفسه، وقال أبو حنيفة: إن كان التدبر مقيداً لا يلزم ذلك وله التصرف فيه والرجوع عنه متى شاء وإن كان [١٥/ب] التدبر مطلقاً لم يلزم ذلك ولا رجوع له فيه، وإن مات واحتمله الثالث عتق وإن لم يحتمله الثالث عتق قدر الثالث واستسعي الوراث في ثلثه وإن كان عليه دينٌ يستغرقه يستسعي العبد في قدر قيمته، فإذا أدى ذلك عتقه وروي منع البيع عن سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي والزهري وسفيان والأوزاعي. وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه وسعيد بن جبير ومسروق وحماد والحكم والنخعي وداود. أن المدبر عتق من رأس المال.

وَدَلِيلُنَا مَا روى جابر رضي الله عنه أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر منه لم يكن له مال غيره فأمر النبي ﷺ ببيع بسبعين مائة أو بتسعمائة^(١)، وفي رواية أخرى أن رجلاً من الأنصار يقال له: أبو مذكور أعتق غلاماً له يقال له: يعقوب عن دبر لم يكن له مال غيره فدعا به رسول الله ﷺ، فقال: من يشتريه فاشترأه نعيم بن النحام بثمانمائة درهم فدفعها إليه، وقال: إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه، فإن كان فيها فضل فعلى عياله فإن كان فضل فعلى ذوي قرابته، أو على ذوي رحمه، فإن كان فضلُ فهمنا وهمنا^(٢). وقال عمرو بن دينار: سمعت جابرأ يقول: كان عبداً قبطياً مات عام أول في إمارة ابن الزبير^(٣). وروى يابعه بثمانمائة درهم ودفعه إلى مولاه. وروى شريك بستاناده عن جابر أن رجلاً مات وترك مدبراً الخبر. قال أهل الحديث: [١٦/أ] هذا خطأ من شريك والحافظ أثبوا حياة مالكه وقت بيعه ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق وحده، فلا يكون لازماً كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر. والدليل على أنه يعتبر عتقه من الثالث، وهو قول علي وابن عمر رضي الله عنهم وسعيد بن المسيب والزهري وأبي حنيفة ومالك والثوري وأحمد وإسحاق ما روى ابن عمر رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال: «المدبر من الثالث»^(٤)، ورواه أبو قلابة عن النبي ﷺ مرسلاً، وقيل: هذا لا يصح مرفوعاً بل هو موقوف على ابن عمر رضي الله عنهم ولأن إعتقه في المرض أقوى وأمضى، وهو يعتبر من الثالث، فهذا أولى ولأنه تبع يلزم بالموت فكان من الثلث كالوصية، واحتجوا بما روى ابن عمر رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال:

(١) أخرجه أبو داود في العتق، باب في بيع المدبر (٣٩٥٥).

(٢) أخرجه أبو داود في العتق، باب في بيع المدبر (٣٩٥٧)، وأحمد في مسنده (١٣٨٦).

(٣) أخرجه مسلم في الأيمان، باب في جواز بيع المدبر (٩٩٧).

(٤) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب المدبر (٢٥١٤).

«المدبر لا يُباع ولا يُشتري»^(١)، ولأنه استحق العتق بموت السيد على الإطلاق فلا يجوز بيعه، إذ كان عتقه من رأس المال كأم الولد. قلنا: قال الطحاوي: هذا لا يصح مُسندًا عن النبي ﷺ، وإنما هو موقوفٌ على ابن عمر، أو نحمله على ما بعد الموت، أو على الاستحباب بدليل خبرنا. وقد روى جابر رضي الله عنه أن رجلاً من الأنصار أتى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله ما لي إلا غلاماً جعلته حراً من بعدي، فأمرَ الرسول ﷺ ببيعه، وقال: «أنت إلى ثمنه أحوج والله عنك أغنى»^(٢)، وإنما ذكر الشافعي هذا الخبر بالفاظ الاستدلال به على تمام حفظ الراوي، [١٦/ب] وصحح مسلم بن الحجاج، هذا الخبر وروى أن أمة عائشة رضي الله عنها كانت دبرتها فسحرت عائشة فأمرت بعتقها فبيعت في الأعراش وجعلت ثمنها في الرقاب^(٣)، فإن كان هذا في حياة رسول الله ﷺ فهو عن أمره وإن كان بعد وفاته نعلمها به من جهته.

ويَأْعَزَ عمر بن عبد العزيز مدبراً في دين صاحبه. وقال طاووس: يعود الرجل في مدبره.

مَسَأَلَةً: قَالَ: إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِعَبْدِهِ أَنْتَ مَدْبِرٌ أَوْ عَنِيقٌ،

الفَضْلُ

الكلام في هذا في الفاظ التدبير، فإذا قال: أنت حُرٌّ بعد موتي أو أنت محررٌ بعد موتي أو عنيق، أو دبرتك، أو إذا مُتْ فانت حُرٌّ، أو متى مُتْ فانت حُرٌّ يكون مدبراً فنص الشافعي أن قوله: دبرتك صريح في التدبير، وقال في الكتابة، إذا قال: كاتبتك لا يكون صريحاً حتى يقول: فإذا أديت إلى ذلك فانت حُرٌّ وخالف أصحابنا فيه على طريقين أحدهما، أن ينقل الجواب إلى أحدى المسلمين إلى الأخرى ففيهما قولان: أحدهما، يكفي قوله: دبرتك، وقوله: كاتبتك ولا يفتقر كلاهما إلى النية لأنهما لفظان موضوعان لهذين العقدين فلا يفتقر إلى النية كلفظ البيع في البيع، والثاني: يفتقر إلى النية لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما، فافقر إلى النية كسائر الكتابات، والثانية: المسألتان على ظاهرهما فالتدبير لا يفتقر إلى النية والكتابه تفتقر إلى النية، والفرق من وجهين: أحدهما: أن التدبير لفظ ظاهر مشهور [١٧/أ] ويعرفه عوام الناس فاستغنى عن النية، والكتابه لا

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٣١٤)، بلفظ «المدبر لا يُباع ولا يوهب» والدارقطني في سننه (٤/١٣٨).

(٢) تقدم ذكره.

(٣) ذكره القرطبي في تفسيره (٤٨/٢).

يعرفها إلا خواص الناس، فافتقرت إلى النية، والثاني: التدبير لا يتحمل إلا العتق بعد الموت، والكتابة لفظ مشترك لأنه يتحمل أن يريد به المخارجة، فيقول: كاتبتك كل شهر بكذا، ويتحمل أن يريد به الكتابة الشرعية التي تتضمن العتق، فلا ينصرف إلى أحد احتماليه إلا بنية.

فرع

أدخل الشافعي رضي الله عنه في جملة ألفاظ التدبير أن يقول لعبدة: إذا دخلت الدار فأنت مدبر وليس هذا تدبيراً بنفسه، بل هو تدبير معلق بصفة، وهي دخول الدار فقبل أن يدخل الدار لا يصيّر مدبراً، فإذا دخل صار مدبراً يعتق بالموت ويحتاج أن يوجد دخول الدار في حال حياة السيد، فإن مات السيد قبل دخول الدار بطلت الصفة لأن إطلاق الصفة تقتضي وجودها في حال الحياة فإذا مات قبل وجودها بطلت كما لو قال لعبدة: إن دخلت الدار فأنت حرّ فمات قبل دخول الدار بطلت الصفة.

فرع

لو قال: إذا مُتْ ودخلت الدار فأنت حرّ لا يكون مدبراً بل يكون ذلك عتقاً بصفة فإذا دخل الدار بعد موته عتق ومعنى قولنا: لا يكون مدبراً أنه لا يصح رجوعه عنه إلا بآخره من ملكه، ولو قال: رجعت عنه لا يكون رجوعاً قولاً واحداً.

فرع آخر

لو قال: إن مات أبي فأنت حرّ لا يكون مدبراً بل هو عتق معلق بصفة.

فرع آخر

قال في الأم: لو قال لعبدة: أنت حرّ بعد موتي أو لست بحرٍ لم يكن شيئاً كما لو قال: أنت طالق أو لست بطالق [١٧/ب].

فرع آخر

لو قال: أنت حرّ بعد موتي بيوم لا يحتاج إلى إنشاء العتق كالمدبر سواه، وقال أبو حنيفة: لا بد من مباشرة العتق بعد موته بيوم.

فرع آخر

لو قال لعبدة: إذا قرأت القرآن بعد موتي فأنت حر لا يعتق إلا بقراءة جميع القرآن.

ولو قال: إذا قرأت قرآنًا بعد موتي فأنت حرٌ يعتق بقراءة بعضه، والفرق أن هناك علن العتق بقراءة جميع القرآن لأنه ذكره بالألف واللام وَهُنَّا ذكره منكراً فاقتضى بعض القرآن، فإن قيل: أليس قال الله تعالى: **﴿فَإِذَا قَرَأَتِ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِدْ بِإِلَهِ﴾** [النحل: ٩٨]، الآية، ولم يرد به جميعه. فلنا: هناك قام الدليل والظاهر يقتضي جميعه.

مَسَأَلَةُ: قال: ولا يعتق في مال غائب حتى يحضره.

اعلم أنه إذا دبر عبداً قيمته مائة درهم وله مائتا درهم في بلد آخر أو في ذمة مُعسر فمات السيد لا يخلف المذهب أنه لا يعتق كله وهل يعتق ثلثه في الحال اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال: عتق ثلثه في الحال وهو اختيار القاضي أبي حامد لأنه تتحقق حرفيته فإنه إذا سلم جميع المال عتق كله، وإن لم يسلم ذلك عتق قدر الثالث، ومن أصحابنا من قال: لا يعتق منه شيء لأننا إذا اعتقنا الثالث وقفنا الثلاثين منه، وهذا يؤدي إلى نقلهم حق التدبير على حق الورثة، قال أبو حامد: وهذا ظاهر المذهب، فإذا قلنا: بهذا فإن حضر المال كله عتق من الثالث وإذا تلفت المال كله عتق ثلثه دون ثلاثة وإن حضرت إحدى المائتين وتلفت الأخرى عتق ثلاثة العبد ورق ثلاثة، ويكون ذلك [١٨/أ] مثل ما عتق، وإن حضرت إحدى المائتين والمائة الأخرى غائبة يرجى حصولها يعتق منه النصف لأنه حصل للورثة مائة، فإن بقدر نصفها وهو النصف من العبد ويوقف النصف الآخر على حضور المائة الأخرى، فإن حضرت عتق وإن تلفت عتق منه ثلاثة ورق ثلاثة، وإن قلنا: بالأول قال القفال: عتق ثلاثة وللورثة التصرف في الثلاثين فإن حضر المال الغائب نقض تصرفه فلو أعتق الوارث الثلاثين ثم لم يسلم المال الغائب فولاء الثلاثين له، وإن حضر المال الغائب. قال ابن سريح: ولا ثلثين للوارث أيضاً لأنه أعتق وكان له الإعتاق وفيه وجه آخر أن كل الولاء للموروث بناء على أن إجازة الورثة تنفيذاً أو ابتداءً عطيته ذكره القفال. قال القفال: على هذا لو أوصى لرجل بعين وما سواها من المال غائب هل يسلم ثلث ذلك إلى الموصى له أو لا يسلم شيء حتى يحضر المال فعلى الوجهين. وكذلك لو أبرأه من مال عليه ومات وبقي المال غائب هل يبرأ في الحال من الثالث أم يتوقف فيه وجهان، وكذلك لو كان على أحد ابنيه دين، فمات وخلفهما يبرأ من نصفه قبل أن يوفر على أخيه النصف الباقى فيه وجهان.

فَرَعْ آخرُ

لو كان المال غائباً وقدر الورثة على التصرف فيه قبل قدومه لا يعتبر فيه عتقه قدوム المال ويعتبر قدرتهم على التصرف، فإذا مضى زمانٌ قدرتهم على التصرف فيه عتق عليهم وإن لم يتصرفوا لأنهم بالقدرة في حكم المتصرفين فيه، فإن قدر على التصرف فيه بعضهم

عنت حصة القادر [١٨/ ب] ووقفت حصة العاجز، ذكره في الحاوي.

مسألة: قال: ولو قال: إن شئت فأنت حرّ متى مث فشاء فهو مدبر.

في هذا الفصل ثلاث مسائل:

إحداها أن يقول لعبد: إن شئت فأنت حرّ متى مث أو إذا شئت فأنت حرّ بعد موتي أو مدبر فليس هذا بتدبير مطلق بل هو تدبير معلم بصفة وهو المشيئه فقبل المشيئه لا يكون مدبراً، وإذا وجدت المشيئه صار مدبراً، والمشيئه فيه كالمشيئه في الطلاق، وقد ذكرنا أنه يتعلق ذلك بالمجلس على مذهب الشافعي، ولا بد من المشيئه في حياة السيد ومن أصحابنا من قال: تعتبر المشيئه على الفور بحيث يصلح أن يكون جواباً ل الكلام.

فرع

هذه المسألة لو قال: متى شئت فأنت حرّ بعد موتي فهذا تدبير معلم بالمشيئه مثل المسألة الأولى إلا أن هنا المشيئه على التراخي لأن قوله: متى شئت يتناول الأزمان كلها ويحتاج إلى وجودها في حياة السيد أيضاً.

فرع آخر

لو قال في المسألة الأولى في المجلس شئت ثم قال: لست أشاء انعقد التدبير بالمشيئه الأولى ولا يبطل بتركه لها.

ولو قال: ابتدأ لست أشاء، ثم قال: شئت بطل التدبير ولم تبطل المشيئه الثانية.

فرع آخر

لو قال متى شئت على ما ذكرنا في الفرع فقال: شئت ثم قال لا أشاء ثبت التدبير، ولو قال: لست أشاء، ثم قال: شئت ثبت التدبير بهذه المشيئه المتأخرة ولم يبطل بتركها المتقدم بخلاف ما تقدم والعرف [١٩/ أ] أن المشيئه هنا على التراخي فراعينا وجودها متقدمة ومتاخرة وهناك على الفور فراعينا ما تقدم.

والمسألة الثانية: إذا قال: إذا مث فشئت فأنت حرّ، فهذا ليس بتدبير لأن التدبير هو العنق الواقع بالموت وإنما يقع بالمشيئه بعد الموت ولكنه عنق بصفة توجد بعد الموت، ويحتاج أن توجد المشيئه بعد موته على الفور وهل يتقيّد بالمجلس فعلى ما ذكرت. وهكذا

لو قال: أنت حرٌ إذا مت إن شئت وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان: إذا قال إذا مت فشئت فأنت حرٌ والأصح أنه متى شاء بعد الموت عتق قال: ولو قال: أنت حرٌ إذا مت إن شئت فإن شاء في المجلس ولم يشاً بعد الموت أو شاء بعد الموت ولم يشاً في المجلس لم يعتق لأن الكلام يحتمل المعنيين فإن شاء مرتين مرة في المجلس ومرة عقب الموت أو بعده بزمان قليل أو كثير عتق يقيناً ثم لا يدرى أنه عتق بالتدبير أو عتق بصفة بعد الموت وهذا خلاف المذهب المنصوص.

فرع آخر

هذه المسألة لو قال: إذا مت متى شئت فأنت حرٌ فالحكم كما في المسألة قبلها إلا أن المشيئَةَ ه هنا على التراخي، وهناك على الفور.

فرع آخر

إذا مات السيدُ كان العتق موقوفاً على مسيئته ونفته من كسبه، فإذا شاء عتق وفيما بقي من كسبه لمن يكون قوله، كما قلنا: إذا أوصى بعذر لرجلٍ ومات، فاكتسب قبل قبول الموصى له الوصية وجهان ففيه قوله: أحدهما، يكون للورثة، والثاني: يكون للموصى له، هكذا قال القاضي الطبرى. وقال بعض أصحابنا: الكسبُ ه هنا للورثة قوله واحداً والفرق [١٩/ب] أن العبد ها هنا قبل مشيئته مملوکٌ، بلا خلافٍ، فلا يثبت له كسبه، وهناك الموصى له إذا قبله تبيناً أنه ملکه بممات الموصى في أحد القولين، فكان كسبه له في هذا القول.

فرع آخر

إذا قال: أنت حرٌ إذا مت إن شئت فشاء قبل موت سيده فيه وجهين في معنى قول الشافعى، وسواء قدم الوصية أو آخرها، فذهب البغداديون إلى أنه أراد سواء قدم المشيئَةَ قبل الموت أو آخرها، بخلاف قوله: إذا مت فشئت لأن الفاء في المشيئَةَ توجب التعقيب، فعلى هذا يعتق إذا شاء قبل موت سيده، ويكون هذا تدبيراً، وإن لم يشاً إلا بعد موت السيد عتق، وكان عتقاً بصفة بعد الموت. وقال البصريون: من أصحابنا أراد سواء قدم المشيئَةَ في لفظه، أو آخرها، تكون مشيئته معتبرةً بعد الموت، ولا تأثير لها قبل الموت فإن شاء قبل الموت عتق وإلا رق للورثة.

المسألة الثالثة: أن يقول: إذا مت فأنت حرٌ إن شئت فظاهر كلام الشافعى والذى عليه عامة أصحابنا أن ذلك عتق معلقٌ بالمشيئَةَ بعد الموت مثل قوله: إذا مت فشئت فأنت حرٌ

لأنه لما ذكر الموت وعقبه بذكر المشيئه والحرية كان الظاهر أنه علق الحرية بوجود المشيئه، ويكون وقت هذه المشيئه، وفي المسألة قبلها بعد موت السيد فإن العبد قبل موته لم يتعلّق به حكم لأنّه قيد المشيئه بما بعد الموت، فإذا تقدّمت على تلك الحال لم تصبح كإجازة الورثة الوصيّة فيما زاد على الثلث لو كانت في حال الحياة لم يتعلّق بها حكم، وجملة هذا أن العنق بالصفات على ثلاثة أصوبي: عنق متعلق بصفة مطلقة [٢٠/أ] فيقتضي وجود الصفة في حياة العاقد فإن مات قبل وجودها بطلت بموته.

ونعّق معلق بصفة مقيدة بحال الحياة، فيقتضي وجودها في حال الحياة، ويكون التعقّد تأكيداً.

ونعّق معلق بصفة توجّد بعد الوفاة، فيقتضي وجودها بعد الوفاة فإن واجّدت قبله لم يصح.

وأمّا قول الشافعي رضي الله عنه: إذا مت فشئت الآن فأنّ حُرّ ذكره في المنهاج.

فرع آخر

لو قال: إن شاء زيد فأنّ حُرّ إذا مت فمشيئه زيد على التراخي بخلاف العبد والفرق أن تعليقه بمشيئه زيد صفة معتبر بوجودها فاستوى فيها قريب الزمان و بعيده، وتعليقه بمشيئه العبد تملكه وتخيير فافترق قريب الزمان و بعيده.

فرع آخر

لو آخر زيد المشيئه ههنا حتى مات السيد ثم شاء لم ينعقد التدبير لأن تعليق الحكم بالصفة هو شرط يتقديم على المشروط.

فرع آخر

إذا قال: إن مت فشئت مدبر فلا معنى لهذا لأن التدبير لا يتصور بعد الموت وهو كما لو أوصى، فقال: إذا مت قدبروا هذا العبد لا معنى له لأن التدبير أن يصيّر مدبراً في حال الحياة ليعلق بالموت.

فرع آخر

قال في «الأم»: إن قال: إن شاء فلان فعبدلي حُرّ بعد موتي فشاء كان مدبراً، ولو قال: إن شاء فلان، وفلان، فعبدلي حُرّ بعد موتي فشاء كان مدبراً فإن شاء أحدهما، ولم شاء الآخر أو غاب أحدهما وحضر الآخر لم يكن مدبراً حتى يجتمعوا على المشيئه فإن مات

أحدهما قبل أن يشاء يبطل التدبير مشيئهما.

فرع آخر

لو قال لرجلين دبرا عبدي هذا إن شتتما فأعتقداً عتق بناٍ كان العتق باطلًا، ولم يكن [٢٠/ب] مدبراً إلا باجتماعهما على تدبيرو.

فرع آخر

لو قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حرٌ بعد موتي، وذهب عقلُ السيد ثم دخل العبد الدار كان مدبراً، فلو مات السيد قبل دخول العبد الدار ثم دخلها لم يعتقد، ولو قال: إذا مث ودخلت الدار فأنت حرٌ عتق إذا دخل الدار بعد موت السيد من الثالث ولا يكون مدبراً حتى يصير حرًا بموته في كل حالٍ إذا كان خارجاً من الثالث. فاما إذا كان عتقه بعد موته موقوفاً على صفةٍ تحدثُ، فهو وإن كان حرًا من الثالث فليس بتدبير كقوله لعبده: أنت حرٌ إذا مث وشئت الحرية أو أنت حر: إذا مث وشاء فلان، أو أنت حرٌ بعد موتي إذا خدمت أبي سنةً.

فرع آخر

قال في البوطي: لو قال: أنت حرٌ إن مت من مرضي هذا، أو سفري هذا، فهذه وصيةٌ ليس بتدبير فإن مات من مرضه، أو في سفره كان حرًا من الثالث.

فرع آخر

قال في «الأم»: وجماعُ هذا أنه متى أعتقدَ على شرطٍ، أو شرطين أو أكثر لم يعتقد إلا بكمال الشرطِ التي أعتقدَ عليها، وكذلك إذا دبرَ على صفةٍ أو صفتين لم يكن مدبراً إلا بكمال الصفاتِ التي ذَبَرَ عليها.

فرع آخر

لو قالَ رجل: إن مت من مرضي هذا فأنت حرٌ وأوصي للناس بوصايا بهذه الشروط ثم أفاق من مرضه، ثم مات من مرضٍ آخر ولم ينقض وصيته لم يقع العتق، ولا يستحق أحدٌ من الوصايا وصيته لأنه أعطاهم في حالٍ، فلا يكون لهم في غيرها.

مسألة: قال: ولو قال: شريكان في عبدٍ متى مِنْتَ فأنت حرٌ.

الفصل

صورة المسألة أن يكون عبداً بين شريكين لكل واحد [٢١/أ] منها نصفه، فقاولاً: متى متنا فانت حرّ، فقد علقاً عتقه بموتهما فإن ماتا جميعاً دفعه واحدة، أو تقدم أحدهما على الآخر عتق العبد لوجود الصفة، وإذا ماتا معاً، ففي حكم عتقه عليهما وجهان: أحدهما، أنه عتق تدبيراً لإيصال عتقه بالموت والثاني عتق عليهما وصية لا تدبيراً، لأن التدبير ما تفرّد عتقه بموته ولم يقترب بغيره، وإذا مات أحدهما وبقي الآخر فنصيب الميت انتقل إلى الورثة إلا أنه يعتق بالصفة لأن الشريك الآخر إذا مات يعتق ويصير هذا العبد مستحقاً هذا العتق، فلا يجوز للورثة بيعه، ولهم استخدامه ويكون كسبه لهم ويكون نصيب الثاني مدبراً لأنه يعتق بموته من غير شرط آخر، ويجوز له بيع نصبيه لأن بيع المدبر جائز، فإذا باعه ومات بعد البيع عتق نصيب الذي مات أولاً لوجود الصفة فيه وهي موتهم جميعاً، وأما نصيب الشريك، فقد بطل تدبيره فيه بالبيع، فإن قال قائل: هل تقولون إن هذا تدبيراً وعتق معلن بالصفة؟ قلنا: هو في الحال ليس بتدبير لأنه يجوز أن يموت واحداً منهم فلا يعتق نصبيه، فإن ماتا جميعاً عتق، ولم يكن تدبيراً، وإن مات أحدهما وبقي الآخر صار نصيب الشريك الباقى مدبراً لأنه يعتق بموته من غير شرط آخر ونصيب الميت يكون معيناً بالصفة، ولا يكون مدبراً، وقال بعض أصحابنا بخراسان إذا مات الأول هل يتصرف ورثته؟ فيه وجهان، أحدهما لا يتصرفون على ما ذكرنا كما إذا قال: إذا مضت سنة من موتي، فاعتقوا هذا العبد، وأعطوه كذا لا يجوز إزالة الملك عنه، [٢١/ب] وإنما جوز لهم استخدامه بخلاف ما لو قال: أعتقوه يعني بعد موتي، فإن الورثة لا يتصرفون فيه بشيء لأن الإعتاق إليهم فمن حقهم أن لا يؤخره، وموت الشريك ليس إليهم، والثاني ذكره صاحب التقرير يتصرف فيه الورثة لأن شرط العتق لم يوجد بعد، كما لو قال: إن أكلت هذين الراغفين فأنت حرّ فأكل أحدهما لا يقع التصرف فيه. وقال أيضاً في كسب هذا العبد بين الموتى وجهان: أحدهما، إنه معدٌ في تركة الأول يعني كسب نصبيه، والثاني لوارثه ويمكن بناء الوجهين على الوجهين الأولين، فإذا جوزنا للورثة التصرف في جميع الوجوه فالكسب للورثة وإن معناه من إزالة الملك، فهو موقوف على حكم الميت، فالكسب من جملة التركة، والمذهب الصحيح ما ذكرنا أولاً.

فرع

لو كان هذا القول من أحد الشريكين، فقال واحد منهم إذا متنا، فأنت حرّ لم تعتق حصته إلا بموتهما سواء تقدم موته أو تأخره، وكان عتق حصته متراجعاً بين أن يعتق عليه بالوصية إن تقدم موته وبالتدبير إن تأخر موته وحصة الشريك باقية على الرق في حياته وبعد

موته سواءً تقدم موته أو تأخر.

فرع آخر

قال في المبسوط من كتاب «الأم» إذا قال الشريكان: أنت حبيس على موت الآخر منا ثم تكون حراً، كان الجواب على ما مضى من عتق الأول بالوصية، والثاني بالتدبر وهذا الفرع حكم زائد وهو أن يكون كسب العبد [٢٢/أ] بعد موت الأول، وقبل موت الثاني، ولا يكون لورثة الأول لأنه لما جعله حبيساً على موت الثاني جعله كالعارية في حقه بمدة حياته، ولم يكن وقفاً لأن الوقف ما كان مؤبداً، ولم يقدر بمدة فإذا قدر بها خرج عن حكم الوقف إلى العواري، ولم يكن للورثة أن يرجعوا فحاكم هذه العارية إن جاز الرجوع في العواري لأنها عن وصية ميتهم، فلزمت بمorte كسائر الوصايا وليس لهم أن يحتسبوا كسب العبد في ثلث الميت وإن كان موصى به لدخول كسبه في قيمة رقبته.

فرع آخر

فلو كانت المسألة بحالها فقبل العبد بعد موت الأول قبل موت الثاني مات عبداً لأن صفة عتقه لم تكتمل، وكانت قيمته بين الثاني وورثه الأول، فكان لهم أن يحتسبوا بما أخذه الثاني من كسب العبد في ثلث الأول لأنه مأخوذ بوصيته، ولم يدخل في قيمة رقبته.

فرع آخر

قال في «الأم»: إذا كان العبد بين اثنين فدبر أحدهما نصيبيه مدبر، ولا قيمة عليه لشريكه لأنه أوصى جده بوصية له الرجوع فيها، ولم يوقع العتق، فلم يكن ضامناً لشريكه وهذا هو المذهب الذي لا يتحمل غيره ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما، هذا، والثاني يقوم عليه نصيب شريكه وبه قال مالك لأن التقويم يستحق بالحرية وبسببيها إلا ترى أنه يستحق بالإحصال والتدبر سبب للحرية. وهذا لا يصح لأن الإحصال سبب الإنلاف بخلاف التدبر، ولهذا لا يمنع التدبر البيع عندنا بخلاف الاستيلاد، ولأنه بالتدبر كالعازم على عتقه فلا يكون كالإعناق. وقال أبو حنيفة: إذا دبر أحدهما نصيبيه فشريكه [٢٢/ب] بال الخيار من أربعة إن شاء ضمته القيمة، وإن شاء استسعى، وإن شاء دبر نصيبي نفسه، وإن شاء أعتق.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو كان العبد بين اثنين، فقلالا معاً أو متفرقين متى متنا معاً، فانت حراً

لم يعتق إلا بموت الآخر منها، فلم يحمل الشافعي متى متنا معاً فأنث خر على موتهما دفعه واحدة لأنه إذا مات أحدهما قبل الآخر يقال: ماتا معاً.

فرع آخر

قال في «الأم»: وإذا كان العبد بين الاثنين فدبر أحدهما نصيبيه مدبر ولا قيمة عليه لشريكه لأنه أوصى لعبد بوصية له الرجوع فيها ولم يوقع العتق، فلم يكن ضامناً لشريكه، إذا قلنا: لا يقوم وهو اختيار المزني فمات فعتق نصفه لم يكن عليه قيمة لأنه لا مال له إلا الثلث وهو لم يأخذ من الثالث شيئاً غير ما أوصى به وشريكه على شركته من عده لا يعتق إن مات شريكه الذي دبره، أو عاش.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يقوم عليه فنصفه مدبر ونصفه عبد فن لصاحبه فإن رجع السيد في التدبير بطل وصار العبد كله ريقاً، وإن أعتق الشريك الذي لم يدبر نصيبيه عتق، وهل يقوم عليه نصيبي شريكه؟، فإن رجع هو في تدبيره قوّمت على المعتق حصة شريكه وإن كان التدبير باقياً فهل يقوم على المعتق نصيب شريكه المدبر؟ فيه قولان: أحدهما لا يقوم لأنه قد ثبت فيها سبب عتق المالك قبل عتقه، والتقويم إنما يراد لتحصيل الحرية، وقد حصل له سبب الحرية فلا يحتاج إلى التقويم، والثاني نصّ عليه في البوطي، وهو الصحيح يقوم عليه [١/٢٣] لأن المدبر بمنزلة العبد القن لأن السيد يتصرف فيه كما يتصرف العبد القن، فإذا قلنا: لا يقوم عليه يكون نصفه حراً ونصفه مدبراً، فإذا ملك السيد الذي دبره عتق بموته، فإن رجع في تدبيره بعد ذلك بزمان صار عبداً فتاً، ويقوم على الشريك المعتق الآن قولهً واحداً لأن سبب الحرية بطل، وعلى ما ذكرنا لو كان شريكه في عبد فدبراً معاً ثم أعتق أحدهما نصيبيه هل يقوم عليه نصيب شريكه فيه قولان.

فرع آخر

إذا قلنا: يقوم وبعد التقويم فيه وجهان: أحدهما، قاله ابن أبي هريرة يكون ريقاً ولا يصير مدبراً بالسراية حتى يریدها لأن المقصود من التقويم إزالة الضرر عن الشريك فعلى هذا إذا مات السيد عتق بموته الحصة التي دبرها، وهل يسري عتقه إلى باقيه فيه وجهان، والثاني قاله أبو حامد يصير مدبراً بسراية التدبير إليها، وإن لم يتلفظ به فيكون كله مدبراً، وهو المشهور، والأول قول أبي حنيفة. وقال أيضاً: لو أعتق الشريك الآخر، أو استنسعى فعتق بالأداء كان للمدبر أن يضمّنه قيمة نصيبي نفسه ويبطل التدبير وهذا مناقضة حيث جوز

أحد قيمة المدبر بالتقويم.

فرعٌ

لو قال لعبدة الحالص: إذا مت فنصفك حر انعقد، وهل يسري إلى الباقي؟ فيه قولان: أحدهما، يسري كالعنق لأنه يفضي إليه، والثاني وهو المنصوص الصحيح لا يسري لأن التدبير أضعف، وهو كما لو علق عنق ذلك القدر بصفة بعد موته [٢٣/ب] لا يسري.

فرع آخر

إذا قلنا بالمنصوص: أنه لا يسري ومات السيد عنق نصفه بموته عن تدبير، وهل يعتق النصف الباقي فيه وجهان من الوجهين، في سراية عنق الحي إلى بقية ملكه هل يسري بلفظه، أو بعد استقرار عنته فعلى وجهين، فإن قلنا: يسري بلفظه يصير هنا جميع العبد حرًا يعتق منه نصفه تدبيراً، ونصفه سراية والفرق بين أن يجعل التدبير في الحياة وبين أن يجعل العنق بالموت سارياً يظهر إذا رجع في تدبير نصفه، فإن جعلنا العنق سارياً كان نصفه الباقي مدبراً لأن الرجوع لا يسري إن كان التدبير يسري، وإن لم يجعل التدبير سارياً إلى جميعه صار بالرجوع في تدبير نصفه عبداً قنًا لا يعتق، وإذا قلنا: عنته في الحياة يسري بعد استقرار عنته في بعضه فعلى هذا لا يعتق عليه بالتدبير بعد الموت إلا نصفه ويكون نصفه الباقي رقيقاً لورثته.

فرع آخر

قال ابن الحداد: إذا قال أحد الشريكين: نصبي من هذا العبد حر بعد موتي وأعتقدوا الباقي من ثلثي، وقال الآخر: إذا عنق نصيبي فنصبي حر عنق نصيب الأول وقوم الباقي من ثلثي لأنه استحق ذلك بوقوع عنته كما لو قال أحد الشريكين: إذا عنق نصيبي فنصبي حر، فأعتقد الآخر نصيبي قوم عليه الباقي ولم ينفذ عنق الآخر.

مسألة: قال: ولو قال سيد المدبر: قد رجعت في تدبيرك أو نقضته، أو أبطلته لم يكن ذلك نقضاً للتدبير.

الفصل

جملة هذا أن الرجوع عن التدبير جائز قولًا واحدًا وسواء كان محتاجاً [٢٤/أ] إلى الرجوع أو غير محتاج إليه وبأي لفظ يصح الرجوع اختلف فيه قول الشافعي قال: في «القديم» وأحد قوله في «الجديد» إذا قال: رجعت في تدبيره أو أبطلته أو نقضته أو فسخته

كان راجعاً في التدبير، ومبطلاً. وهذا اختيار المزني والقاضي الطبرى وجماعة، وقال: في أكثر كتبه الجديدة لا يكون راجعاً فيه إلا بإخراجه من ملكه ببيع وغيره. وهذا اختيار أبي إسحاق. وقال الف قال: أصل القولين أنه وصية أو عتق بصفة فإن قلنا وصية يجوز الرجوع عنها بالقول وإن قلنا عتق بصفة لا يجوز ذلك ووجه القول الأول أنه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية به فجاز الرجوع بالقول كما لو أوصى به للغير. ووجه القول الثاني: أنه علق عتقه بصفة، فلا يملك إبطالها مع بقاء ملكه كما لو قال: إن دخلت الدار فانت حرّ. واحتتج المزني على اختياره بما قال الشافعى رضى الله عنه لو قال: إن أدى هذا المدبر بعد موته كذا، فهو حرّ كان رجوعاً عن التدبير، ولم يزل بذلك ملكه قلنا: قال ابن أبي هريرة وصاحب الأفصاح هذا على أحد القولين فاما على القول الآخر لا يكون رجوعاً، واحتتج أيضاً بأن قال: قال الشافعى: لو وهب هبة بتات قبض، أو لم يقبض أو رجع فهذا رجوع في التدبير قلنا: قال أصحابنا إن كان قد أقضىه، فهو ثمين على القولين. ومن أصحابه من قال: يكون رجوعاً قولًا واحدًا وهكذا في المسألة السابقة ولا يبني على القولين لأن الهبة قبل القبض [٢٤/ب]، وإن لم يزل الملك في الحال، فإنها تفضي إلى زوال الملك وهذا اختيار القاضي أبي حامد. وقال في «الجامع»: ولا يصح الرجوع عن التدبير إلا بإخراجه من ملكه في ظهر قوله في «الجديد» وينقض التدبير على هذا القول بكل عقد يؤدي إلى خروجه من ملكه وإن لم يتم، فإذا وهب هبة بتات قبض الموهوب له أو لم يقبضه رجع في الهبة أو لم يرجع أو أوصى به لرجل أو تصدق به عليه، أو قال: إن أدى بعد موته كذا فهو حرّ فهذا كله رجوع في التدبير، ولم يذكر فيه اختلاف أصحابنا، وجعل ذلك على القول الصحيح رجوعاً. وهذا نقله من كتاب المدبر من «الأم» بعينه فبطل بذلك ما قال أصحابنا: من بناء ذلك على القولين في كلتا المسألتين ولهذا احتاج به المزني على الشافعى.

وقد نقل البوطي عنه والرجوع في المدبر لا يكون إلا باليبيع أو الهبة، أو تحويله إلى غير ملكه لأن النبي ﷺ إنما ياع، والبيع خروجه من ملكه وليس الرجوع بالكلام ثم قال بعده بمسائل، ولو قال الرجل لمدبره إذا أدى بعد موته كذا وهذا فهو حرّ، فهو رجوع في التدبير واحتتج المزني أيضاً بأن قال: إذا كان التدبير وصية، فلم لا يرجع في الوصية لو جاز عليه يخالف من هلك فيبطل الرجوع في المدبر ولا يبطل في الوصية لمعنى اختلافه فيه جاز عليه بذلك المعنى أن يبطل بيع المدبر ولا تبطل الوصية فيصير إلى قول من لا يبيع المدبر، ولو جاز أن يجمع بين المدبر وبين الأيمان في هذا الموضع لجاز إبطال عتق المدبر لمعنى الحث لأن الأيمان لا يجب الحث بها على الميت.

أراد المزني [٢٥/أ] بهذا أن التدبير لو كان كالعتق المعلق بالصفة حتى لا يجوز

الرجوع عنه بالقول لما عتق المدبر بصفة توجد بعد الموت إذ لا حنت على ميت.

ثم قال المزنئ: وقوله في «الجديد» و«القديم» بالرجوع فيه كالوصايا بعده مستقيم لا يدخل عليه منه كسر تعديل أي كسر يحتاج فيه إلى التعديل.

والجواب: أن التدبير وإن شاكل الوصايا في كونه من الثالث، فهو في نفسه تعليق عتق بصفة، وأجمعنا أن السيد لو علق عتق عبده بصفة لم يكن له الرجوع بالقول كذلك ههنا.

واعلم أن المزنئ توهם أن التدبير من باب الأيمان عند من لا يجوز الرجوع عنه بالقول، وأن العتق يحصل فيه بالحنث حتى قال: لو جاز أن يجمع بين التدبير والأيمان لجاز إبطال عتق المدبر إذ لا حنت على ميت. وقد غلط في هذا الوهم لأننا لا نلحظه بالأيمان وإنما نلحظه بعتق معلق بصفة على غير جهة اليمين وتعليق العتق بالصفة على ضربين، وكذلك تعلق الطلاق بالصفة أحدهما أن يعلق بصفة بمنع نفسه عن شيء أو للحنث أو للتصديق وهذا الثلاثة في أوصاف الأيمان إما المنع، فمثل أن يقول: إن دخلت الدار فانت حرّ. وأما الحنت فمثل أن يقول: إن لم أدخل هذه الدار غداً فانت حرّ. وأما التصديق فمثل أن يقول: إن كنت دخلت هذه الدار بالأمس فانت حرّ، فهذا كله ليس بتدبير من هذا القسم.

والضرب الثاني، أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فانت حرّ فهذا تعليق عتق بصفة لا على معنى اليمين؛ إذ ليس فيه منع ولا حنت ولا تصديق، والتدبير يلحق بهذا الضرب؛ إذ ليس منه [٢٥/ب] منع، ولا حنت ولا تصديق اللهم إلا أن نجعل التصديق معلقاً بوصف، فيقول: إن دخلت الدار فانت حرّ بعد موتي فهو حينئذ حالف في قوله: إن دخلت الدار وليس بحالف في قوله: أنت حرّ إذا مثّ فصار التدبير في جميع الأحوال غير ملحق بالأيمان، وإن كان ملحقاً بالعتق المعلق بالصفة، فإن قال: لو كان عتقاً بصفة بطل بالموت، قلنا: إنه لا يبطل بالموت لأنّه قيد بالموت وهذا كالوکالة تبطل بالموت ولا تبطل الوصية بالموت لقيادها بالموت.

فرغ

قال في البوطي: والكتابة في الصحة والمرض ليس برجوع عن التدبير إنما هي شبه الخراج يجعله عليه، وإذا جعل عليه شيئاً من بعد موته فإنما جعل عليه شيئاً لورثته بعد زوال ملكه فكان رجوعاً. وقال القاضي أبو حامد: إذا كاتبه سُلْطَنَ عن كتابته فإن أراد بها رجوعاً في التدبير كان راجعاً في أحد قوله دون الآخر، وإن قال: أردت إثباته على التدبير فهو مدبر مكاتب في القولين معاً، فإن أدى قبل موته عتق بالكتابية، وإن مات السيد عتق بالتدبير

إن احتمله الثالث وإن لم يحتمله عتق منه ما حمل الثالث وبطل عنه من الكتابة بقدره وكان عليه ما بقي من كتابته يسعى فيها حتى يؤدي فيعتق، أو يعجز فلم يجعل الشافعى الكتابة رجوعاً عن التدبير على قوله الجديد كما جعل البيع لأن الكتابة لا تزيل ملکه عن الرقبة في الحال، وإنما تزيل ملکه عن كسبه لأن الكتابة عقد على منفعة له يستوفيها بالاستخدام فعلى هذا إن أدى مال الكتابة عتق وإن لم يؤدي حتى مات عتق بالتدبير على ما تقدم بيانه . وقال بعض أصحابنا: إن قلنا: التدبير وصيحة بطل بالكتابه كما لو أوصى بعد ثم كاتبه، وإن قلنا: عتق بصفة لم يبطل وتعلق عتقه نصفين . وقال صاحب «الحاوى» هكذا ذكره أبو حامد وهذا عندي لا يصح، وإن أجري مجرى الوصيحة لا تكون الكتابة رجوعاً فيه لأن الرجوع إبطال العتق والكتابه مفضية إلى العتق فتناسب التدبير ولم تضاده .

فرع آخر

لو دبر المكاتب كان جائزاً فإن أدى قبل موت السيد عتق بالكتابه، وإن مات السيد ولم يؤد شيئاً عتق بالتدبير وبطل ما عليه من النجوم إذا احتمله الثالث، وإن لم يحتمله عتق منه ما حمل الثالث، وقد قال أبو حامد: إذا عتق بالتدبير بطلت الكتابة وأراد زوال العقد دون سقوط أحكامه حتى يتبعه ولده وكتبه .

فرع آخر

قال في «الأم»: لو دبره ثم أوصى بمنصبه لرجل كان النصف للموصى له به وكان النصف مدبراً فإن رد صاحب الوصيحة ومات السيد المدبر لم يعتق من العبد إلا النصف لأن السيد قد أبطل التدبير في النصف الذي أوصى به، وكذلك لو ذهب نصفه، أو باعه وهو حي فقد أبطل التدبير في النصف الذي باعه، أو وبه، والنصف الثاني مدبر .

فرع آخر

لو رجع في تدبير ربه، فإن قلنا: إن التدبير كالوصيحة يجوز وإن قلنا: كالعتق بالصفة لا يجوز، فإذا قلنا: يجوز مما زرع فيه يكون رقيقاً، وما لم يرجع فيه يكون مدبراً، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز الرجوع في تدبير نصفه فإذا قلنا: تدبير بعضه [٢٦/ب] يسري إلى كلها .

فرع آخر

لو قال: رجعت في تدبير رأسك فيه وجهان: أحدهما، يكون كالتصريح بالرجوع في

كله لأنه قد يعبر عنه بالرأس، فيقال: رأس من الرقيق، والثاني: لا يكون رجوعاً في شيء منه لأن التدبير صريح في جمعه والرجوع كنัยة محتملة في بعضه، فلم يبطل حكم الصريح بالإجمال ويخالف الرجوع في نفسه لأنه صريح في مقدر قابل صريحاً عاماً.

فرع آخر

لو عرَضَه على البيع هل يكون كالتصريح في الرجوع فيه وجهان: أحدهما، هو كالتصريح لأنَّ شروع في إخراجه من ملكه، والثاني، لا يكون تصريحاً وتديبه بعد العرض باقٍ لأنَّه يحتمل أن يزيد به معرفة قيمته، وقيل: إنه مبني على القولين في أنه كالوصية، أو كالعتق بالصفة.

فرع آخر

إذا قلنا: لا يكون رجوعاً إلا بالإخراج عن ملكه فوقة كان رجوعاً لأنَّه أخرجَ به عن ملكه.

فرع آخر

رهنَهُ ففي صحة رهنه ثلاثة أقوال، أحدهما: باطل على القولين سواء قلنا: إنه كالوصية، أو كالعتق بصفة، والثاني: أنه جائز على القولين، والثالث: إن قلنا كالإعتاق بصفة فيه وجهان، لأنَّ الرهن يفضي إلى بيعه، فإذا قلنا: لا يجوز الرهن، فإن قلنا: كالعتق بصفة لم يبطل تديبه، وإن قلنا: كالوصية هل يبطل تديبه فيه وجهان، لأنَّه تعرِضَ لبيعه.

فرع آخر

لو قال: بعضك مدبرٌ ومات يرجع إلى الورثة فإن اتهمهم العبد أحلفهم على العلم.

فرع آخر

لو قال المدبر ردَّ التدبير في حياة السيد، أو بعدهُ كان مُدبراً بحاله، [٢٧/أ] ولا يؤثُر قوله في ذلك.

فرع آخر

لا يجوز تدبيرُ أمِ الولد لأنَّ الذي يقتضيه التدبير هو العتق بالموت، وقد استحق ذلك بالاستيلاد فلم يقد التدبير شيئاً إذا دبرها ثم مات عتقها بالاستيلاد من رأس المال.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو دبر رجل عبده، ثم قال: أخدم فلاناً ثلاثة سنين وأنت حُرّ، فإن خرس السيد أو ذهب عقله قبل أن يسأل لم يعتق العبد أبداً إلا أن يموت السيد وهو يخرج من الثالث، ويخدم فلاناً ثلاثة سنين، فإن مات فأبان قبل موت السيد أو بعده، ولم يخدم ثلاثة سنين لم يعتق أبداً لأنه أعتقه بشرطين، ببطل أحدهما، وإن سئل السيد، فقال: أردت إبطال التدبير، وأن يخدم فلاناً ثلاثة سنين ثم هو حُرّ فالتدبير باطل، فإن خدم فلاناً ثلاثة سنين فهو حُرّ وإن مات فأban قبل أن يخدمه، أو لم يخدمه العبد لم يعتق، وإن أراد السيد الرجوع في الإخدام رجع فيه، ولم يكن العبد حراً، وإن قال: أردت أن يكون مدبراً، وأن يخدم فلاناً ثلاثة سنين فالتدبير بحاله، ولم يعتق إلا بهما. قال القاضي أبو جامد: معناه أن يخدمه في حياة السيد ثلاثة سنين ثم يموت السيد فيعتق بهما.

فرع آخر

قال أيضاً: ولو قال السيد على هذا المدبر خدمة عشر سنين بعد موتي ثم هو حُرّ، أو هو حُرّ بعد موتي لسنة فإن خدم عشر سنين بعد موته، أو أنت عليه سنة بعد موته فهو حُرّ، إلا لم يعتق، قال الشافعي رضي الله عنه: وكل هذا وصيّة [٢٧/ب] أحدهما له وعليه بعد التدبير، تكون أولى من التدبير كما لو قال: عندي هذا لفلان، ثم قال: بل نصفه لم يكن إلا نصفه.

فرع آخر

قال: ولو قال رجل عندي لفلان، ثم قال بعد ذلك: عندي لفلان إذا دفع إلى ورثتي عشرة دنانير أو إلى غير ورثتي، فإن دفع عشرة دنانير فهو له وإن لم يكن له لأنه إحداث له، وعليه بعد الأولى، فينتقض الشرط في الأولى، والأخرة أحق من الأولى، وقال القاضي الطبرى بأن المسلطان ذكرهما في «الأم» في هذا الباب. وهمما من جنس ما قال أصحابنا: إنه لا يكون رجوعاً في أحد القولين وقد جعلهما الشافعي رجوعاً، والصحيح ما اختاره المزنى من جواز الرجوع بالقول كما يجوز الرجوع في الوصايا وهو معتدل مستقيماً، كما قال، والله أعلم.

وعلى هذا لو قال للمدبر: إذا مت فدخلت الدار فأنت حُرّ كان رجوعاً عن التدبير، ولو قال: إن دخلت الدار فأنت حُرّ وأطلق، لا يكون رجوعاً بل زاد أمراً آخر يعتق به.

مسألة: قال: وجناية المدبر كجناية العبد.

الفصلُ

الكلامُ في هذا في جنائية المدبر، والجنائية عليه، فأمّا جنائيته فيتعلقُ أرشهَا برقبته كالعبدِ القن سواه لأنَّه لما كانَ كالعبدِ في جواز تصرفِ السيد في رقبته كانَ مثله في تعلقِ الأرشِ برقبته، فإذا تعلقَ الأرشُ بها كانَ السيدُ بالخيار بينَ أن يفديه وبينَ أن يسلمه للبيع كما يكونُ له الخيار في العبدِ القن [٢٨/أ] فإذا اختارَ الفداء فبكم يفدي فيه؟ قوله: كما يكونُ له الخيار في العبدِ القن، والثاني: بالأرش بالغاً ما بلغ أو يسلمه للبيع كما قلنا أحدهما، بالأقل من قيمته والأرش، والثالث: إنَّه كالعبدِ في جنائية بطل التدبير وإنْ عادَ إلى ملكه بابتعان أو بهبة أو غير ذلك، فهل يعود التدبير، فإنْ قلنا: إنه كالوصية لا يعود التدبير؟ وإنْ قلنا: إنه كالعتق بصفةٍ فيه قوله: كما لو قالَ لعبدِه: إنْ دخلت الدار فأنت حرٌ، ثم باعه ثم دخل الدار هل تعود اليمين بعود الملك، فيه قوله، وقال أبو حنيفة: يلزمُه الفداء كما في أمِّ الولد إذا حثَّ إذ لا سبيلاً إلى بيعه عنده.

فرعٌ

لو بيعَ بعضُه في الجنائية بطل التدبير في ذلك البعض، والباقي مدبرٌ بحاله لأنَّ الجنائية لم تخلص إلى.

فرعٌ آخرٌ

لو ماتَ السيدُ قبلَ البيعِ والفاءِ فهل يعتق؟ هو مبنيٌ على القولين في العبدِ الجنائي إذا أعتقه سيدُه. هل ينفَّذُ أم لا، وفيه قوله، فإنْ قلنا: ينفَّذ العتقُ المباشرُ ينفَّذ العتقُ بالصفة، وإنْ قلنا: لا ينفَّذُ ذاكُ لا ينفَّذُ هذا، فإذا قلنا: بالتفوُّذِ أخذَ من تركته أقلَّ الأمرين من الأرشِ، أو القيمة ويسلمُ إلى المجنى عليه لأنَّه عتقهُ كانَ بسببَ منه، وإنْ قلنا لا ينفَّذُ فوارثُه يقومُ مقامَه في الفداءِ والتسليمِ لبياعِه، فإنَّ فدوه يعتقُ من الثالث.

فرعٌ آخرٌ

لو جنى المدبر بما يستغرقُ ثلثَ الرقبةِ مثلاً وماتَ السيدُ قبلَ الفداءِ ففديَ الوارثُ من مالِه ذلكَ الثالث، ففي ولاءِ ذلكَ الثالث وجهان، قالَ ابن سريج: هو للوارث [٢٨/ب] وقالَ القفال: عندي قولٌ آخرٌ إنَّ كلَ الولاءَ للميت بناءً على القولين في إجازةِ الورثةِ هل هي تفيفٌ أو ابتداءً عطية لأنَّ هذا النداءُ من الورثةِ كإجازةِ فإنه متممٌ به فَصَدِ الموروثُ وكانَ في أحدِ الوجهين يجعلُ كأنَّه بيعُ ثم اشتراهُ الوارثُ، فأعتقهُ فيكونُ الولاءُ له، وفي الثاني: جعلَ تتميماً للتدبيرِ وهو كالوجهين فيما قالَ الشافعِي في عبدِ مرهونٍ جنا فداءَ المرتهنِ

بشرط أن يكون العبد عنده وثمناً بأصل المال وبهذا الفداء قال الشافعى: جاز، فمن أصحابنا من قال: هكذا إذا جوزنا الزيادة في الحق بالرهن الواحد، ومنهم من قال: وإن لم نجوز ذلك لأنه لما أشرف على الزوال والبيع في الجنابة جعل ابتداء عقد رهن جديد، وكذا الوجهان، فيمن باع شجرة واستثنى لنفسه الشمرة مثلاً قبل الإبار بـلـ يـحتاج إلى شـرـطـ القـطـعـ، فأـحـدـ الـوـجـهـيـنـ يـحـتـاجـ إـلـيـهـ كـمـاـ لـوـ باـعـ الـكـلـ ثـمـ اـشـتـرـىـ الشـمـرـةـ،ـ وـالـثـانـيـ:ـ لـاـ يـحـتـاجـ إـلـىـ شـرـطـ لـأـنـهـ اـسـتـقـاءـ لـهـ وـلـيـسـ باـتـدـاءـ شـرـاءـ فـلـاـ حـاجـةـ إـلـىـ شـرـطـ القـطـعـ.

فرع آخر

لو جنى على المدبر فإن كانت على الطرف فالأرش للسيد بلا خلاف والتدبیر بحاله، وإن جنى على نفسه بطل التدبیر لفواته ولا يتعلق التدبیر بقيمة لأنه لا يصح أن يكون القن مدبراً ويفارق العبد المرهون إذا قتل حيث قلنا: يجعل قيمته رهناً لأنه يصح أن يتعلق حكم الرهن بالقيمة ابتداء وهذا الفرق ضعيف لأنه يبطل بالعبد الموقوف إذا قُتل [٢٩/١] نشتري بقيمة عبد يكون وقفاً في أصل الوجهين، وإن كانت القيمة لا يصح وقفها، والفرق الصحيح أن الرهن لازم يتعلق الحق ببدله، والتدبیر ليس بلازم لأنه يمكنه إبطاله بالبيع فلم يتعلق ببدله.

فرع آخر

إذا دبر أمة حاملاً فتحت يتعلق أرش جنابتها برقبتها دون حملها، فإن فداتها السيد كان التدبیر باقياً فيها، وفي حملها، وإن إن لم يفدها، وأراد بيعها، فإن كان بعد ولادتها كان الولد خارجاً من بيعه في الأرش، ولم يجز أن يفرق بينهما في الملك فتبايع مع ولدها ويكون ثمن الأم مستحقة في الأرش، وثمن الولد خالصاً للسيد، وإن كانت وقت البيع حاملاً لم يلزم مستحق الأرش أن يؤخر بيعها لأن حقه معجلٌ ولم يجز استثناء حملها في البيع لأن بيع الحامل دون حملها باطلٌ وبيعت حاملاً وكان جميع ثمنها مستحقة في الأرش، إن قلنا: لا قسط للحمل من الثمن في البيع، وإن قلنا: له قسطٌ فيه وجهان: أحدهما، يدفع إلى السيد ما قابل ثمن الحمل، والثاني، وهو الأظهر أنه يدفع كل الثمن إلى مستحق الأرش لأنه لما لم يجز أن يتميز في البيع لم يجز أن يتميز في الثمن وصار الحمل في حق السيد كالمستهلك، ولو ضرب بطنها قبل البيع فألفت جنابتها كانت دية للسيد دون مستحق الأرش بلا خلاف.

مسألة: قال: ولو ارتد المدبر ولحق بدار الحرب.

الفصل

صورة المسألة: أن يدبر عبداً ثم ارتد العبد فالتدبر لا يبطل بارتداده لأنَّه لم ينزل ملكه عنه، فإن لحق بدار الحرب فظهر المسلمين على الدار لم يجز أن يسترقواه سواء كان السيد حياً أو مات لأنَّه إن كان [٢٩/ب] حياً فهو على ملكه، ولا يجوز أن يملك مال المسلم بالقول، وإن كان السيد ميتاً فقد عتن بموته وثبت عليه الولاء، فلا يجوز إبطال حقه الثابت عليه، ولو غنم المشركون مدبراً مسلماً ثم عاد إلى يد المسلمين فهو مدبر كما كان، ووافقتنا أبو حينفة فيه وعذرها أن حق العتاق ثبت فيه فلا سبيل إلى إبطاله بالاغتنام وإن وجده السيد بعدها قسمة الإمام فإن الإمام لا ينقص القسمة ويعوض من حصل هذا العبد في قسمه بقدر قيمته من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء نقض القسمة لموضع الضرورة ورد على صاحبه وقسمت الغنيمة دونه.

فرع

لو دبر الذمي عبده ذمياً ثم مات، فللحق بدار الحرب وسبأ المسلمين فهل يجوز استرقاقه؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأنَّ فيه إبطال حق الذمي من الولاء، والثاني: يجوز لأنَّ سيده لو لحق بدار الحرب يجوز استرقاقه، فكذلك عبده ويختلف عبد المسلم لأنَّ المسلم لو ارتد ولحق بدار الحرب لم يجز استرقاقه ويمكن أن يفرق بين لحقه بدار الحرب وبين لحقه عبده بأنه إذا لحق بدار الحرب لم يكن ذمياً فجاز استرقاقه، وإذا لحق عبده فحكم الذمية باقي فيه وفي ماله وحقوقه فافترقا.

مسألة: قال: لو أنَّ سيده ارتدَ فماتَ كانَ مالُه فيناً والمدبرُ حراً.

اختلف أصحابنا في هذا على طرق، فقال أبو إسحاق: الأمرُ على ما نص عليه الشافعي قولهً واحداً لأنَّه استحق الحرية [٣٠/أ] بالتدبر السابق في حالة الإسلام فلا يبطل بالردة المعاشرة، يؤكدُه أنَّ الردة إنما تؤثر في العقوبة المستقبلة لا في الماضية كما لو باع أو وهب ثم ارتد لا يؤثر في ذلك، ومن أصحابنا من قال: هذا مبنيٌ على زوال ملك المرتد وفيه طريقان: أحدهما، فيه قولان: أحدهما: ملكه باقي إلى أن يقتل، أو يموت، والثاني: ملكه موقوف.

والثانية: فيه ثلاثة أقوال إثناان ما ذكرنا، والثالث يزول ملكُه بنفس الردة، فإذا قلنا بهذا بطل التدبر بزوال ملكه، وإذا قلنا: ملكه ثابت أو مراجعٍ فالتدبر على ما كان عليه، قال: القائل ونص الشافعي في القديم على قولين، فقال: إذا دبر عبداً ثم ارتد، فيه قولان: أحدهما: لا يعتق لأنَّ ماله صار كالمستحق بالردة، والثاني: يعتق إذا مات السيد، أو قتل،

وذكر القفال: أنا إذا قلنا: ملكه موقوف يكون التدبير موقوفاً وهذا أصح. ومن أصحابنا من قال: المسألة على قول واحد أنها لا يعتق وخالف المتصوّص، ووجهه أن المدبر يعتق من الثالث فيحتاج أن يحصل للورثة ثلثا المال حتى يعتق، وهنّا لا يحصل للورثة شيء، فإن المال ينقلب إلى بيت المال فيما لا يعتق المدبر، وهذا غلط لأنّه يعتبر خروج المدبر من الثالث ولا يعتبر حصولُ الشّيدين للورثة المناسبين وهنّا يحصلُ الثالثان لمن يستحقُ المال وهم المسلمين الذين يقومون مقامِ المناسبين ومن قال بهذه الطريقة الأخيرة، قال: وصياغةً أيضاً تبطل بموته على الرّدة [٣٠/ب] على جميع الأقوال لهذه العلة وهو غلطٌ لما ذكرنا، وقال في «الحاوي»: إذا قلنا: زال ملكه هل يبطل تدبيره؟ فيه وجهان: أحدهما، يبطل فإنّه عاد إلى الإسلام، فإنّ قلنا: يجري مجرى الوصية لم يعد إلى التدبير وإنّ قلنا: يجري مجرى العتق بالصفة، فهل يعود إلى التدبير؟ فيه قولان، والثاني: لا يبطل تدبيره لأنّه سبق في ملك يجوز فيه تصرفه: فعلى هذا إنّ خرج من ثلثة عتق بموته، أو قتله، وإنّ عجز عن الثالث، ولم يملك سواه في وجهان: قال البصريون: يعتقُ ثلثه ويترقبُ ثلثاه لكافّة المسلمين لأنّهم يقومون في ماله مقام ورثته فلم يعتق في حقّهم حتى يصل إلىهم ثلثاه، وقال البغداديون: وهو الأظهر عندي يعتق جميعه لأنّ مال المرتد ينتقل إلى المسلمين فيما لا إرثأ، معتبراً، والثالث في الميراث دون الفيء، واختار الشافعى في المرتد: أن ملكه موقوف كما يوقف دمه على ثبوته، واختار المزني أنه باقٍ، وبه قال أبو يوسف محمد، وقد ذكر الشافعى فيما نقله المزني أنه قال: ملكه بالرّدة خارج عن تصرفه لاعتبر ملكه فليس في الملك إلا قولان موقوف أو ثابت، وقيل: أراد خروجه عن ملكه، ففي الملك ثلاثة أقوال، وقد تقدّم الكلام في هذه المسألة في مواضع، ولا يدّ من الإشارة إلى هذا القدر في هذا الموضوع.

مسألة: قال: ولو دبره مرتدأ.

يعني إذا ارتد ثم دبر عبداً فيه ثلاثة أقوال منصوصة [٣١/أ] في «المختصر»: أحدهما: باطل، والثاني: جائز، والثالث: موقوف. ولا يختلف أصحابنا في تصرف المرتد بالتدبير وغيره أنه على هذه الأقوال الثلاثة، وإنما اختلفوا في الملك على طريقين، فإذا قلنا: ملكه موقوف فتصرفه موقوف، وإذا قلنا: ملكه ثابت، ففي تصرفه قولان: أحدهما: جائز، والثاني: باطل، لأنّه كالمحجور عليه، وقد قال الشافعى: أشبّه الأقوال أنه يزول ملكه بنفس الرّدة وتصرفه باطل، وبه أقول لأنّ حرمة النفس أكثر من حرمة المال، وقد زالت حرمة نفسه لفترة فحرمة ماله أولى.

واعلم أنه على كلّ حال يستحق الحجر في تصرفه بالرّدة وبهذا يصير محجوراً عليه فيه وجهان: أحدهما: بنفس الرّدة، وهو إذا قلنا: زال ملكه، والثاني: لا حجر إلا بحكم

الحاكم وتصرفه باطلٌ من التدبير وغيره بعد الحجر قولاً واحداً. وقال أبو إسحاق: تصرفه بعد الحجر باطلٌ إلا الوصية فإنها من تصح المحجور عليه، والتدبیر في أحد القولين كالوصية وأما بيعه وكاتبه قبل الحجر هل يوقف؟ فيه وجهان: أحدهما: باطل لأن العقد لا يقبل الوقف، والثاني: جائز، لأنه موقوفٌ على النسخ دون الإمضاء كالوقف في مدة الخيار، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان التدبیر قبل الحجر؛ فإن قلنا: الملك باقي صح التدبیر، وإن قلنا موقوفٌ فقولان أحدهما: باطل، والثاني: موقوفٌ وهما قولاً وقف العقود، وإن كان بعد الحجر فإن قلنا: ملكه زائلٌ لا يصح وإن قلنا: باقي، ففيه قولان بناء على تصرفاته من البيع والهبة ونظيره [٣١/ب] القولان في تصرفات المفلس بعد الحجر عليه، أحدهما: باطلة، والثاني: موقوفة، والصحيح ما ذكرنا أولاً واحتاج المزني على ما اختاره بأن الشافعي قال: إذا كاتب المرتد عبده جاز فدل على أن ملكه ثابت. قلنا: قد ذكرنا حكم كتابته، وقيل: فيه قولان، فإن قلنا: ملكه زائل أو موقوفٌ فباطلة، وإن قلنا: ملكه باقي فجائز، وقال أبو إسحق في الكتابة أيضاً ثلاثة أقوال، لأن الكتابة عقد يدخله الغرر، واحتاج أيضاً بأن الشافعي اختار أن ينفق من مال المرتد ما يلزم المسلم نفقته فلو كان ماله خارجاً عن ملكه لما أمر بذلك لأنه لا يجوز أن ينفق من مال الغير، قلنا: قال الأصطخري: لا ينفق عليه ولا على عبده ولا يؤدي منه أروش جنایاته لأن مال الغير وسائر أصحابنا سلّموا كل ذلك واعتذروا أنه أحق بذلك من بيت المال، وإن كان ملكه زائلاً عنه وعليه نص الشافعي، ولأن نفقة من يلزمها نفقة إنما أخذناها من ماله لأن سبب وجوبها سائق واحتاج أيضاً بالمدبر، ولا يصح ذلك لأن حريته معلقة بموته، والارتداد ليس بموجب وإن كان في بعض الأحكام كالموت. واحتاج أيضاً باستصحاب الحمال، فقال: مع أن ملكه له بإجماع قبل الردة، فلا يزول ملكه إلا بإجماع، وهو أن يموت، قلنا: نحن لا نزيل ملكه بعد الردة حيث انعقد الإجماع على ملكه، وهو في حال إسلامه، وإنما نزيل ملكه بعد الردة، وليس بعد الردة إجماع. واحتاج بأنه لو خرج عن ملكه لصارَ فيئاً كما بعد موته، قلنا: لأنه معرض أن يعود إليه كمن ماتت له بهيمة فالجلد معرض أن يعود إلى ملكه لما عاد بالإسلام [٣٢/أ] قلنا قد يعود كالعصير يصير خمراً ثم يصير خلاً فيعود الملك فيه.

مَسَأَةُ: قال: ولو قال عبد: متى قدمَ فلان، فأنت حرٌ فقلِّمَ، والسيدُ صحيحٌ أو مريضٌ.

الفَصْلُ

إذا قال: هذا قدمٌ والسيدُ مريضٌ، فمات عنق من رأس المال لأنه غير متهم فيه لأنه

لا يعلم هل يوافق قدمه مرضه أو صحته. وقال القفال: فيه قول آخر يكون من الثالث، وهو قول أبي حنيفة لأن نفوذ العتق كان في مرض الموت وهو ما قاله القولين في رجل قال: إن قدم فلان فأنت طالق فقدم فلان وهو مريض مرض الموت هل يجعل كأنه طلقها في المرض أم لا يجعل كذلك؟ فيه قولان: وقال أبو حنيفة: ههنا يجعل كأنه طلقها في الصحة حتى ترث بخلاف ما لو قال في العتق إنه من الثالث وعندى إطلاق القولين خطأ، وينبغي أن يقال: فيه وجه لبعض أصحابنا وكذلك الحكم في الطلاق. ولو قال: إذا مرضت فأنت طالق ثلاثة فمرض ومات منه طلقت وهل ترثه؟ قولان كما لو ابتدأ الطلاق في حالة المرض وعلى هذا لو باع الصحيح حابي وشرط الخيار لنفسه ثم مرض في مدة الخيار فلم يفسخ حتى مات. نص الشافعى على المحاباة من الثالث لأنه لما كان قادراً على فسخه في مرضه فلم يفسخ، لحقته التهمة فيه فاعتبرنا المحاباة فيه من الثالث، وكذلك لو وبه في صحته وأقبضه في مرضه ثم مات يكون من الثالث وعلى هذا لو قال لعبدة: إن دخلت الدار، [٣٢/ب] فأنت حرّ فمرض ثم دخل الدار ثم مات اعتبر من الثالث لأنه متهم باختيار الكلام في هذه الحالة.

فرع

لو قال: أنت حرّ إن جنت فجن هل يعتق؟ قال صاحب الإفصاح: يتحمل وجهين: أحدهما: لا يعتق لأن المضاف إلى حالة الجنون كما لو ابتدأ في حالة الجنون كما قال الشافعى في اعتباره من الثالث، والثاني: يعتق لأن الإيقاع حصل في الصحة.

فرع آخر

لو دبر أخيه، وعتق بموته لم يرثه قولًا واحدًا، لأنه حصل العتق قبل الموت.

فرع آخر

لو قال أخيه: أنت حرّ في آخر أجزاء صحتي المتصل بأول أسباب موتي ثم مات عتق من رأس المال وورثه لتقديم عتقه في الصحة بعد موته، ولو قال له: أنت حرّ في آخر أجزاء حياتي المتصل بموتي عتق من ثلثه إذا مات وفي ميراثه وجهان: أحدهما: لا يرث لأن عتقه في المرض وصيّة تمنع الميراث، والثاني: يرث ولا يكون عتقه وصيّة له وإن كان معتبراً من الثالث لأن الوصية ما ملّك عن الموصي، وهو لم يملك نفسه عنه.

فرع آخر

لو قال أخيه في صحته: إن مث بعد شهر فأنت اليوم حرّ فمات قبل شهر لم يعتق وإن

مات بعد شهر عتق يوم لفظه وورثة. ولو قال ذلك في مرضه كان في ميراثه الوجهان ثم أعاد المزني مسألة ذكرها فلعله نسيها فقال: وجناية المدبر كجناية عبد وقد مضت هذه المسألة.

مسألة: قال: ولا يحوز على التدبير [٣٣/١] إذا جحد السيد إلا عدلان.

اعلم أنه إذا اختلف السيد والعبد في التدبير فادعى العبد ذلك وأنكره السيد فهو مبني على أن التدبير وصية أم عتق بصفة؟ فإن قلنا: إنه عتق بصفة صح الإختلاف فيه لأن الرجوع فيه بالقول لا يمكن، فإن لم يكن مع العبد بيته، فالقول قول السيد لأن الأصل بقاء الرق فيحلف أنه ما دبره فإنها بمعنى على الإثبات، وإن كان مع العبد بيته يحکم بها، ولا يقبل في ذلك إلا ذكران لأن القصد منه العتق، وإن قلنا: التدبير وصية يصح الرجوع فيه بالقول، فمن أصحابنا من قال: القول قول السيد: ما دبرت، ويكون رجوعاً إذ لا فرق بين أن يقول: رجعت وبين أن يقول: ما دبرت فلا يتصور الإخلاف على هذا الوجه، ومن أصحابنا من قال: لا يكون رجوعاً، وهو المذهب المنصوص عليه في كتاب الدعوى والبيانات فإنه قال فيه: إذا ادعى العبد على سيده أنه دبره، فأنكره، قلنا له: لا تحتاج إلى يمين في التدبير فنص على أن الإنكار لا يكون رجوعاً وهذا صحيح، لأن جحود الشيء لا يكون رجوعاً كجحود الزوج للزوجة لا يكون إقراراً بالطلاق، فعلى هذا يتصور الإخلاف على القولين معاً وله أن يسقط اليمين على نفسه بأن يقول: إن كنت دبرته فقد رجعت عنه في أحد القولين، وكذلك إذا قامت البينة عليه على هذا القول فله إسقاطها بما ذكرت وله بعد حكم الحاكم بالبينة أن يسقط الحكم أيضاً بما ذكرت، وقال في «الحاوي»: إذا أنكر السيد [٣٣/ب] فليس له إخلاف السيد ولا تسمع البينة عليه إذا أراد السيد بجحوده تعجيل بيته لأن له إبطال تدبيره بيته، وإن أراد أن يستبقيه على ملكه سمعت دعوه وهل يحلف السيد فعلى ما ذكرنا.

فرع

لو وقع هذا الاختلاف بيته وبين ورثة مولاً بعد موته فرجوعهم عنه لا يصح إذا كان العبد يخرج من الثالث، فإن لم يكن للبعد بيته حلف الورثة ما علموا أن أباهم دبره، وكان رقيناً، وإن نكلوا حلف العبد على البثّ وعتق إذا حلف، فإن حلف بعضهم ونكل البعض حلف العبد وعتق منه نصيب الناكلين ورق نصيب غير الناكلين.

فرع آخر

قال في «الحاوي»: الورثة مخирن في نفي التدبير أو العتق، فإن حلفوا على نفي

التدبير قالوا: والله لا نعلم أنه دبرك ولا يحتاج أن يقول: وإنك لباقي على الرق، وإن حلقوها على نفي العنق، قالوا: لا نعلم أنك عتقت، وهل يلزمهم أن يقولوا في هذه اليمين وإنك لباقي على الرق فيه وجهان: أحدهما: لا يلزم، والثاني: يلزم هبنا، والفرق أن التدبير صريح الدعوى فجاز الاقتصار على نفيه، والعتق حكم الدعوى في حق العبد والرق حكم الإنكار في حق الورثة فيلزم الجمع بين الأمرين نفياً وإثباتاً.

فرع آخر

إذا لم يحلف الورثة ورد اليمين على العبد يجب عليه أن يحلف إذا علم أنه صادق بيفك رقبته من الرق.

فرع آخر

لو ثبت التدبير وادعى الوراث رجوع السيد عنه بأن قال: رجعت أو بأن باع ثم اشتري قبل فيه شاهد ويمين وشاهد وامرأتان لأن قصداً [١/٣٤] الوراث منه المال ذكره بعض أصحابنا بخراسان، وعلى هذا العجز عن أداء مال الكتابة يثبت بشاهد ويمين وشاهد وامرأتين لأن القصد منه المال يخالف الكتابة لا تثبت إلا بргلين، ومن أصحابنا من قال: إذا ادعى السيد الرجوع قبل منه هذا ولا يقبل من الورثة في أحد الوجهين، لأن السيد يدعي الملك والورثة ينفون حرية حاصلة بموت السيد في الظاهر.

باب وطء المدبرة وحكم ولدها^(١)

مسألة: قال: ويطأ السيد مدبرته.

الفصل

اعلم أنه إذا دبر أمتة لم يحرم عليه وطئها لأنها مملوكة له ملك رقبتها ومنتفعتها وبخالف الأمة الزوجة لأنه ملك منفعة الاستمتاع زوجها، فلم يجز له استباحتها ولأنه لما جاز للمولى وطء أم الولد فلأنه يجوز وطء المدبرة أولى لأن استحقاق أم الولد للحرية أكد، ولا يمكن السيد إبطالها بالتصريف، ولا الرجوع عنها وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه دبر أمتين له وكان يطأهما، فإذا وطئها وأحبلاها فولدت منه، قال أصحابنا صارت أم ولده وبطل التدبير لأنه أكد من التدبير إذ يعتبر من رأس المال، ولا يصح الرجوع عنه،

(١) انظر الحاوي الكبير (١٢٦/١٨).

فأزال الضعيف كما إذا ورد ملك اليمين على النكاح أبطله لأنه أقوى من النكاح. وقد قال الشافعى رضي الله عنه: لا فائدة في إبقاء التدبير لأنه لا يجوز أن يزول حكم الإحتجال في حياة سيدتها، فيكون لبقاء التدبير فائدة، ويخالف هذا إذا دبرها ثم كاتبها ببقى التدبير [٣٤/ ب] في أحد القولين لا يجوز أن يفسخ عقد الكتابة وبقى حكم التدبير، وأيضاً فالكتابية والتدبير معناهما واحد، وهو أن كل واحد منهما تعلق عتق نصفه من جهة القول، فلم يمنع أحدهما صحة الآخر بخلاف الاستيلاد والتدبير. وقال صاحب «الحاوى» هكذا ذكر أبو حامد ولا يصح ذلك لأنه قد طرأ على التدبير ما هو أغلظ منه، وهو الإيلاد فصار داخلاً فيه، وغير مبطل له كما لو طرأ الجنابة على الحدث يدخل فيها ولا يرتفع بها، وقيل: يعتق شيئاً حتى لو رجع في التدبير قوله، وجوزنا ذلك في أحد القولين، بقى الاستيلاد.

مَسَالَةٌ: قَالَ: وَمَا وَلَدْتُ مِنْ غَيْرِهِ فَقِيهَا وَاحِدٌ مِنْ قَوْلَيْنِ.

الفَحْصُ

اعلم أن المدبرة إذا أتت بولده من زوج أو زنا فيه قولهان منصوصان: أحدهما: يتبعها في التدبير لأنها تعتق بموت سيدتها فوجب أن يتبعها ولدها في حكمها كأم الولد، ولأن ولد كل ذات رحم بمتزليتها فولد الحرّ وولد المملوكة مملوك فكذلك ولد المدبرة مدبر، وبهذا قال عمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وجابر رضي الله عنهم وهو مذهب مالك وأبي حنيفة والثوري وأحمد وإسحاق، ولفظ جابر ما أرى ولد المدبرة إلا بمتزليلة أحهم، ولفظ ابن عمر ولد المدبرة بمتزليتها يعتقدون بعتقها ويرقون برقها، والثاني: لا يتبعها بل يكون مملوكاً للسيد وبه قال زيد بن ثابت وأبو الشعثاء جابر بن زيد من التابعين وعطاء وهو اختيار المزنى، ولفظ زيد بن ثابت حين جاء رجل إليه، وقال: ابنة عم لي أعتقد جاريتها عن دبر ولا مال لها غيرها، [٣٥/أ] قال: لتأخذ من رحمها ما دامت حيّة. وروى أبو الزبير قال: سمعت جابر بن عبد الله رضي الله عنه يقول في أولاد المدبرة: أنهم عبيد إلا أن تكون حبل يوم دبرت، أوردة الإمام البيهقي ووجهه أن التدبير عقد يدخله الفسخ فلم يسر حكمه إلى الولد كالرهن والوصية. واختلف أصحابنا في هذين القولين، فمنهم من قال: هما مبنيان على الولد كالرهن والوصية. وهذا اختيار أبي إسحق لأن الشافعى نص على أن ولد المعتقة بالصفة هل يتبعها قولهان، ذكره القاضي الطبرى، ولو كان مبنياً على القولين لوجب أن يكون في ولد المعتقة بالصفة قول واحد أن الولد يتبعها، ولا يعني بهذا أن الولد يتبعها

في الصفة حتى إذا أدخل الولد الدار وكان العنق معلقاً بدخول الدار يعتق الولد ولكن أردنا به أن الولد يعتق بدخول الأم الدار في أحد القولين، ولأن التدبير يفارق الوصايا لأنه يتضمن العنق المبني على التغليب والسرابة. قال بعض أصحابنا بخراسان: هذا مرتب على التدبير، فإن قلنا: لا يتبع الولد المدبرة في التدبير ففي المعلق عتقها بصفة أولى، وإن قلنا: هناك يتبع فهمنا قولان، وقيل: هذا في صفة لا توجد لا محالة، فاما في صفة قد تكون مثل قدوم فلان لا يتبع الولد الأم قوله واحداً وهذا ضعيف [٣٥/ب].

قال القفال: والصحيح من المذهب أنه لا يتبعها بخلاف التدبير، والفرق أن المدبرة أثبتت أم الولد لأن عتقها معلق بموت السيد كأم الولد سواء، فإن قلنا: الولد يتبعها في التدبير نرجع السيد عن تدبيره الأم وهي حامل، أو ولدت وماتت الأم، فهل يبطل التدبير في الولد؟ نص الشافعى على أنه يبطل ويكون الولد باقياً على تدبيره يعتق بموت السيد لأنهما مدبران، فإذا بطل التدبير في أحدهما لم يبطل في الآخر كالعبدين، ويفارق ولد المكتابة إذا قلنا: يعتق بأداء النجوم فعجزت نفسها وفسخت الكتابة، فإنها تنفسخ في الولد ولا يعتق، والفرق بينهما أنا لم نجعل ولد المكتابة مكتاباً، ولا أدخلناه في العقد، وإنما جعلناه موقفاً على حريتها في أحد القولين لأنه حصل في ملكها، فإذا عادت رقيقة عاد الولد ريقاً، وهنها جعلنا ولد المدبرة مدبراً، وأن عتق الولد هناك يتعلق بأدائها النجوم، فإذا فسخت الكتابة بطل أداء النجوم، فلا تحصل صفة العنق في الولد، وليس كذلك في التدبير، فإن الصفة موت السيد، وذلك لا يسقط بطلان التدبير في الأم، ولو رجع في تدبير الولد لم يكن رجوعاً في تدبير الأم للعلة التي ذكرناها، ولو أعتق الولد في البطن لم تعتق الأم، فلا يبطل تدبيرها بالرجوع في تدبير الحمل.

فرع

لو رجع في تدبيره ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم رجع فالولد مدبر لأنه كان في بطنهما قبل رجوعه عن تدبيره، وإن وضعت لأكثر من ستة أشهر من يوم رجع فهو مملوك، وهذا إذا كان لها زوج فاتت بولد وإن حكمنا بلحقوق الولد [٣٦/أ] بالأب هل يكون مدبراً؟ فيه قولان: أحدهما: يتبعها كما يحكم به في النسب، والثاني: لا يتبعها لأن النسب أكد في ثبوته بالإمكان.

قال المزني: لما حكى هذا الفصل عن الشافعى رضي الله عنه هذا أيضاً رجوع في التدبير بغير إخراج من ملكه ففهم، قلنا له: أجاب الشافعى على أحد القولين، فرأى إشكال من هذا حتى يحتاج إلى تفهمه؟

فرع آخر

لو كانت له أمّة حامل فدبرها فالحمل يتبع الأم في التدبير نص عليه في «الأم»، ولا يختلف مذهبُ فيه، فإن قيل: جعلتم الولد تابعاً للأم في التدبير ولم يجعلوه تابعاً للأم في التدبير، ولم يجعلوه تابعاً لها في الرجوع، قلنا: لأن للحرية تغليباً وسراية بخلاف الرجوع. وقال الفقائ: لا يتبع الحمل الأم في المدعا قوله واحداً، وهو اختيار المزنني، وقال بعض أصحابنا: الترتيب فيه. أمّا إذا قلنا: الولد الحادث يتبعها فهمنا قولان بناءً على أن الحمل يعرف أم لا؟ فإن قلنا: لا يعرف، فهو كالحادث، وإن قلنا: يعرف فوجهان: أحدهما: يتبع لأنه عقد عتاق، والثاني: لا يتبع لأن العتاق سراية إلى نصيب الشريك إلى الولد بخلاف التدبير وهذا خلاف المنصوص والحمل يتبع الأم كما في العتق، والبيع ولا خلاف أنه لو مات السيد وهي حامل يعتق الولد بعتقها أن حملها الثالث حاملاً، وإلا فيقدر ما حمل من الثالث.

فرع آخر

لو قال لها: أنت مدبرة دون حملك صح الاستثناء إن ولدته قبل موته وبطل إن ولدته بعد موته لأن الحرة لا تلد إلا حراً.

فرع آخر

قال في «الأم»: ولو دبر [٣٦/ب] الحمل دون الأم صح لأنه لو أعتق الحمل دون الأم صح، فإن باعها نظر فإن نوى الرجوع عن تدبير الأم صح البيع، وإن لم ينوه ذلك وولدت قبل ستة أشهر بطل البيع لأنها بمثابة استثناء الحمل، وإن ولدت بعد ستة أشهر قال في «الأم» فيه قولان: أحدهما: البيع مردود لأنه كان ممنوعاً من البيع حتى يعرف حال الحمل، والثاني: البيع جائز، ومن أصحابنا من قال: ليس على ظاهره فيما ذكر في «الأم» بل إذا باع الأم ونوى الرجوع عن تدبير الحمل أو لم ينوى الرجوع كان رجوعاً وصح البيع، إلا ترى أنه لو كان له عبد فدبره، ثم نسي تدبيره فباعه كان رجوعاً وصح البيع؟ وإن لم يقصد الرجوع، وإنما أراد الشافعية بما ذكر أنه إذا باع الأم مطلقاً، ولم يستثن حملها صح البيع، وكان رجوعاً في تدبير الولد، وإن استثنى الحمل لم يصح البيع لأنه لا يجوز استثناء العضو منها، وإذا لم يصح البيع كان التدبير بحاله. وقال في «الحاوبي» إذا باعها مطلقاً، ولم يقصد به إبطال التدبير ولا الاستثناء في البيع هل يصح البيع؟ فيه قولان: أحدهما، يصح لأن بيع المدبر رجوع وأن يقصد به الرجوع، والثاني: هو المنصوص البيع باطل لأن حكم الحمل مخالف لحكم الأم وهذا أصح عندي.

فرع آخر

لو دبر أمهأة وقلنا: الولد يتبعها، وأن الرجوع عن التدبير يصح بالقول فقال: كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يكن ذلك رجوعاً، وإذا ولدت ولداً كان مدبراً حتى يرجع في تدبيره بعد ولادته وهذا لأن الرجوع في التدبير، إنما يصح بعد [٣٧/أ] أن يثبت للولد حكم التدبير وقبل أن تلد ما يثبت له حكم التدبير، فلم يصح فيه الرجوع، وهو كما قال لعبدة: إذا دبرتَ فقد رجعت في تدبيرك لم يصح ذلك الرجوع بحالٍ.

فرع آخر

لوقاً لأمهأة: أنت حرّة بعد موتي بعشر سنين فقد علقَ عتقها بصفةٍ توجد بعد الموت، فقبل الموت هي معتقةٍ بصفةٍ إذا أنت بولدي في تلك الحالة هل يتبعها في حكم الصفة؟ قولان: فإن مات السيد فقد دخل وقت الصفة فيعزل من الثالث، وتكون رقبتها موقوفةٍ على العنق لا يتصرف الورثة فيها ومتمنعتها وكسبها لهم فإذا أنت بولدي في تلك الحالة، قال الشافعى: يتبعها في حكمها، واختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان: كما لو أنت به قبل الموت، والشافعى نصَّ على أحد القولين، ومنهم من قال: يتبعها قولاً واحداً على ما نصَّ عليه، والفرق بين هذا وبين ما قبل الموت أن قبل الموت لم يستقر له حكم الصفة وله سبيلٌ إلى إبطالها، وبعد الموت استقر حكم الصفة حتى لا سبيل إلى إبطالها قولاً واحداً فتبعها الولد قولاً واحداً كأم الولد.

فرع آخر

إذا عتن الولد معها كانا من الثالث ولا يقع بينهما بل يعتق عنهما بقدر ما احتمل الثالث على سواءٍ، وإن لم يعتق الولد معها ففيه وجهان: أحدهما: يكون من تركة السيد، والثاني يكون ملكاً للورثة، ذكره في «الحاوى».

مسألة: قال: ولو قالت ولدته بعد التدبير.

الفصل

إذا قلنا: يسري التدبير إلى الولد فاختلافاً فحاله حصل قبل التدبير أو بعده، فقالت: المدببة ولدته بعد التدبير فعتق، وقالت: الورثة [٣٧/ب] ولدته قبل التدبير فالقول قول الورثة لأن الأصل عدم التدبير، ولا يد للمدببة على ولدتها، لأنها تدعى حرية الولد، ولا تثبت اليُد على الحر، ويحالف هذا إذا كان في يده المدببة التي عتنت بموت السيد مال، فتنازعـت هي والورثة، فالقول قولها إنها استـنـادـتـ ذلكـ بعدـ ماـ عـتـنـتـ إـذـ لـهـ يـدـ فيـ مـالـهاـ

ونظيرها بين المتأثرين أن المكتابة إذا قالت: ولدت بعد الكتابة، وقلنا: تسرى الكتابة إلى الوليد وقال السيد: بل ولدت قبل الكتابة فالقول قول السيد، ولو اختلفا في مال في يدها، فالقول قولها لأن لها على ما في يديها من المال يدأ، ولا يد لها على ولدها، ومثله لو حصل للمكاتب في أمته ولد وكانت الأمة من قبل للسيد، فقال السيد إن حصل الولد قبل أن ملكته بزنا، أو نكاح فهو ملكي، وقال المكاتب: بل حصل مني بعدهما ملكت الأمة فهو موقف على حكمي يعتق بعنتي فالقول قول المكاتب لأن على معنى أن الكتابة تسرى إلى هذا الولد منه بل هو بحكم أنه ولد أمته ولو لا البنوة لكان له أن يتصرف فيه كما يتصرف في سائر الأموال التي في يده، فالقول قوله في ذلك، ولأنها لو اختلفا في تدبير الأم كان القول قول الوارث فكذلك إذا اختلفا في تدبير الوليد.

فرع

إذا نكل الوارث عن اليمين رُدّت على المدبرة، فإن نكلت فيه وجهان: أحدهما: يحكم برق الوليد، والثاني: يوقف أمره ليحلف الولد بعد بلوغه.

فرع آخر

قال في «الأم» لو أقاما جمِيعاً البينة، فالبينة بينة الوارث لأن الولد مملوك في يد الوارث [٣٨/أ].

فرع آخر

قال ولو تنازعا في الكسب الذي في يده فأقام العبد بينة أنه أفاده بعد موت سيده، وأقام الورثة بينة أنه أفاد ذلك المال قبل موته كانت البينة بينة المدبر، والقول قوله.

فرع آخر

لو أقام الورثة البينة أنه كان في يده وسيدة حي، وقال المدبر كان في يدي لغيري وإنما ملكته بعد موت سيدتي، وأقام البينة، فالقول قوله مع يمينه ولا أخرجه من يده حتى يقول الشهود: كان في يديه وسيدة يملكه.

فرع آخر

إذا قلنا: ولد المدبرة قبل موت السيد لا يتبعها، فاختلفا، فقالت المدبرة: ولدته بعد موت السيد فهو حر، وقالت الورثة: ولدته قبل موته فهو مملوك لنا، فهذا على ضربين: أحدهما: أن يقر أنه جرى عليه في العلوق حكم الرق، وإنما علقت به في الحرية، وولدته

بعد موت سيدها لستة أشهر، فصاعداً، فالقول قولها مع يمينها لأن الحرية في الناس أصل والرق طارىء، فإن نكلت، ففيه وجهان: أحدهما: ترد اليمين على الوارث، إذا قلنا فيما تقدم أن نكول الوارث لا يوجب توقف اليمين، والثاني: لا ترد على الوارث ويوقف على بلوغ الصبي، فإذا حلف بعد بلوغه كان حراً، وإن نكل ردت اليمين على الوارث وهذا إذا قلنا فيما تقدم أن النكول يوجب وقف اليمين، هكذا ذكره في «الحاوي»، وقال فيه أيضاً: لو اختلفا في الكسب شهدت بيته الوارث أن هذا المال كان في يده في حياة سيده ففي قبولها والحكم بها قولان من القولين في حكم اليد [٣٨/ب] المتقدمة أحدها: يقبل ويحكم به للوارث، والثاني لا يقبل للمدبر مع يمينه.

فرع آخر

قال ابن سريج: لو كان لرجل عبد فدبره ثم ملك أمة فوطنه المدبر وأحيلها، فإن قلنا: لا يملك بالتمليك، فالولد يكون مملاً للسيد ولا حد على العبد لأنه وطء بشبهة وثبت نسبه. قال القاضي الطبرى: نص عليه في «الأم»، وإن قلنا: يملك بالتمليك، فالولد لا يمكننا أن نحكم له بالحرية وهو خارج من بين الرفيقين، ولكن بأيهمما يلحق، قال ابن سريج فيه وجهان: أحدهما: يتبع الأم فيكون رقيقاً للسيد لأن حكم الولد حكم الأم في الحرية، والثاني: حكمه حكم الأب، فيصير مدبراً كما لو كان حراً، فأخيل مملوكة كانت تابعة له في الحرية، وقال في «الحاوي»: على هذا القول الذي نقول يملك العبد بالتمليك والولد تبع له في التدبير قوله واحداً.

فرع آخر

لو كان لأحدهما بيته، في المسألة السابقة سمعت ويحكم بها، والبيت أربع نسوة في حقهما لأنها بيته على الولادة، وإن أفضت إلى الحرية أو الرق.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو كانت أمة بين اثنين فدبراهما ثم جاءت بوليد فادعاه أحدهما: كان ابنه وضمن نصف قيمتها ونصف قيمتها ونصف عقرها الشريكة إن شاء شريكه لأن مشيئته أخذ قيمتها رجوع في تدبيرها وكانت أم ولدو. قال القاضي الطبرى عندي أنها لم يقم نصيب شريكه عليه إلا برضاه لأنه قد ثبت له في عتقه حق الولاء، والله أعلم [١/٣٩].

وعلى هذا إذا دبراه ثم أعتق أحدهما نصيئه وهو موسى وجوب أن لا يقوم نصيب شريكه عليه إلا برضاه وقد ذكرنا فيه قولين، قال القاضي أبو حامد وفي قيمة الولد الذي ادعى أنه

منه لم يكن له قيمة وهذا لا يختلف مذهبُه فيه.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو قال ولدك ولد مدبر لم يكن هذا تدبيراً إلا أن يريد تدبيراً.

فرع آخر

قال في «الأم»: ولو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر من ستة أشهر يعني من يوم التدبير فهما حمل واحد وحكمهما واحد ويكون الكل مدبراً، أو عتيقاً. قال القاضي أبو حامد: هذا إذا كانت تحت زوج يعني في اعتبار ستة أشهر، فاما إذا كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها يعتبر أربع سنين.

باب تدبير النصراني

مسألة: قال: ويجوز تدبير النصراني.

الفصل

جملة هذا أن الكافر كالMuslim في جواز تدبيره سواء كان يهودياً أو نصرانياً أو مجوسياً أو وثنياً، ذمياً كان أو حريباً لأنه لما كان كالMuslim فيسائر التصرفات كذلك في هذا، وإذا دبر الكافر عبداً، فهو بال الخيار بين أن يرجع في تدبيره أو يقيم عليه وحكم الرجوع كما ذكرنا، وإن اختار المقام عليه عتق بمorte من الثلث كالMuslim سواء، وإذا دبر الحربي عبداً كافراً وأدخله دار الإسلام أو دبره في دار الإسلام [٣٩/ب]، ثم أراد رده إلى دار الحرب لم يمنع منه لأنه مملوكة يجوز له استدامة ملكه عليه والتصرف فيه كيف شاء، والتدبير باق، ويفارق هذا إذا كاتب عبده يمنع من إجباره على الخروج معه لأنه قد زال ملكه عن منفعته وصار مخولاً دونه.

مسألة: قال: فإن أسلم المدبر.

الفصل

اعلم أنه إذا دبر الكافر عبد الكافر ثم أسلم العبد، فقال للسيد: أنت بال الخيار فإن رجعت في تدبيره بطل التدبير وبعنا عليك ولا نمنعك الرجوع في التدبير كما لا نمنعك الرجوع في الوصية ولا ندعك تملك مسلماً يمكن بيعه، عليك إن أقمت على التدبير فيه قولهان منصوصان، أحدهما: يُباع عليه ويه قال مالك، واختاره المزنبي لأنه كالعبد القن في

جواز التصرف فيه، والثاني: لا يُباع عليه وهو الأصح. وبه قال أبو حنيفة لأن الحظ ها هنا للعبد في ترك البيع حتى لا يبطل حق حرفيه، فإذا قلنا: يُباع فيبع بطل التدبير، وإذا قلنا: لا يُباع قيل لسيده: لا تتركه في يدك فأنت بال الخيار بين أن تسلمه إلى مُسلم يكون في يده، وينفق عليه من كسبه وبين أن تخارجه على شيء يدفعه إليك، أو إلى وكيلك إن لحقت بدار الحرب، وإذا مات واحتمله الثالث عتق كله، وإن لم يحتمله الثالث عتق منه قدر ما يحتمله الثالث، ويرق الباقى للورثة وبُياع عليهم قوله واحداً لأن التدبير قد بطل في ذلك القدر وينمنعه خدمة السيد بكل حال لأنه مسلم والاستخدام استهانة. واحتاج المزني على ما اختاره بأن التدبير وصيحة. ولو أوصى كافر [٤٠/أ] بكافر، ثم أسلم العبد بُياع عليه لأنه صار بالإسلام عدواً له كذلك ههنا، قلنا: الموصى به لا يرجو خلاصاً من وثاق الرق باستيفاء الوصيحة، والمدبر باستيفاء التدبير يرجو خلاصاً من وثاق الرق فله حظ في إبقاء التدبير بخلاف ذلك فافترقا.

فرعٌ

لو كاتب الكافر عبدَ الكافر ثم أسلم المكاتب لا يُباع عليه قوله واحداً لأنه يتحول بينه وبينه، ولو إكسابه، وقال بعض أصحابنا بخرسان: هل يُباع عليه المكاتب إذا أسلم فيه قولهان، والأصح أنه لا يُباع، والأصح في المدبر أنه يُباع عليه.

فرع آخر

إذا أوصى بعتقه بعد موته، ففيه طريقان أحدهما: هل يُباع عليه فيه قولهان كما لو دبره، والثاني: يُباع عليه قوله واحداً لأن الوصيحة بعتقه أضعف من التدبير، ولو أوصى به لمسلم يُباع عليه قوله واحداً لأنه لا يتوصّل به إلى عتق هو أفعى له من البقاء في ملکه.

باب تدبير الصبي الذي يعقل ولم يبلغ

مسألة: قال: من أجاز وصيحة أجاز تدبيره.

جملة هذا أن في وصيحة الصبي وتدبيره قولين: أحدهما: لا يجوز، وبه قال مالك وأبو حنيفة واختاره المزني لأن التدبير عقد، فلم يصح من الصبي كالبيع ولأنه لا يصح عتقه، فلا يصح تدبيره كالمحنون، والثاني: يجوز وبه قال مالك في رواية، قال القاضي أبو حامد: وهذا أظهر قوله، واختاره الشيخ أبو حامد لأنه منع من التصرف لحظة والخط ها هنا في جوازه لأنه إن عاش لا يلزمُه ذلك وإن مات [٤٠/ب] يبقى له الأجرُ والثوابُ ويختلف العتق، لأنه لازم لا يمكن أن يرجع فيه. وروي أن قوماً سأّلوا عمرَ بن الخطاب رضي الله

عنه في غلام يافع لم يبلغ الحلم، وروي كان ابن عشر سنين وصي لبنت عمه، فأجاز عمر رضي الله عنه وصيته.

فرع

يصح التدبير من السفيه المحجور عليه قوله واحداً، لأنه إنما منع من التصرف لثلا يضيع ماله، وبالتدبير لا يضيع لأنه باقٍ على ملكه، فإن مات استغنى عن المال وحصل له الثواب، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان أيضاً، وهو ظاهر كلام الشافعى لأنه سوى بيته وبين الصبي.

فرع آخر

إذا قلنا: تصح وصية الصبي، فإن قلنا: يصح الرجوع عنه بالقول، فللصبي أن يرجع بالقول، فيقول: فسخته أو أبطلته، وإن قلنا: لا يصح الرجوع عنه إلا بما يزيل ملكه لا يصح من الصبي إزالة ملكه، قال الشافعى: فيقوم ولية مقامه في ذلك، فإذا رأى حظه في بيعه باعه وأبطل تدبيره، لأنه مندوب إلى القيام بمصالحة.

فرع آخر

لو باعه الولي وقصد به الرجوع في التدبير، ولم يقصد به المصلحة لم يجز لأنه لا حجر عليه فيه، ولو أراد الولي أن يرجع عنه بالقول لا يجوز قوله واحداً، ولو أذن الصبي للملوكي في بيعه كان بيع الولي عن إذنه رجوعاً بكل حال ذكره في «الحاوى».

فرع آخر

قال بعض أصحابنا: في تدبير السكران قولان، كما في طلاقه، وقيل: إن لم يكن عاصباً بأن كان مكرهاً على الشرب لا يصح تدبيره ولا وصيته، وإن كان عاصباً بالشرب، [٤١/أ] فإن قلنا: لا يقع طلاقه لا يصح وإن فرقنا بين ماله وما عليه لا يصح أيضاً، لأن هذا له، وكذلك لا يجوز إعتاقه وإن وقع طلاقه، وإن قلنا: إنما كالصاحي يصح الكل، ذكره في «الحاوى».

فرع آخر

لو دبر المعتوه والمغلوب على عقله أو الصبي الذي لا يعقل لا يجوز، وإن كان يجن ويفيق لا يجوز فإن دبر في حال الإفاقه جاز، وإن دبر في غير حال الإفاقه لم يجز.

فرع آخر

لو دبر عبداً ثم خرس فإن كان له إشارةً معقوله أو كتابةً مفهومةً صح رجوعه عن التدبير بذلك، وإن قلنا: يجوز الرجوع عنه بالقول، وإن قلنا: لا يصح الرجوع إلا بإزالة الملك فأشار بإزالة الملك كان رجوعاً وإن لم يكن له إشارةً معقوله ولا كتابةً مفهومةً لم يصح رجوعه ولا يجوز أن يولي عليه، فيبقى العبد مدبراً حتى يحصل له إشارةً مفهومةً فيرجع بها لأنه مكلفٌ رشيدٌ فلا يولي عليه.

كتاب مختصر المكاتب^(١)

قال الله تعالى: «وَالَّذِينَ يَنْفَعُونَ الْكِتَبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَيْبُوْهُمْ» [النور: ٣٣] الآية.

الكتابية لفظة وضعت لمعنى على مال منجم إلى أوقات معلومة يحل كل نجم لوقته المعلوم، وإنما سُمِّيت نجوماً لأن الغَرَبَ كانوا أميين لا يحسبون ولا يكتبون وكانوا يحفظون أوقات السنة وفصولها التي ينتهون فيها ويرجعون إلى محاضرهم ويرسلون فيها الفحول وينتظرون النتاج بالأنواء في طلوع نجم وسقوط رقيبه وجميع ذلك ثمانية وعشرون نجماً كلما طلع منها طالع سقط ساقط، [٤١/ب] وهي التي جعلت منازل القمر، قال الله تعالى: «وَالْقَمَرُ فَدَرَّنَةً مَنَازِلَ» [يس: ٣٩]، وكانوا يقولون في الديمة: تلزم الرجل نجوماً ليكون أرفق به، وكان الضامن للحق يقول: إذا طلع نجم الشريا أديت من حقك كذا وكذا، وإذا طلع حنك الدبران وفيتك كذا وكذا، وإنما جعل مال الكتابة في الإسلام منجم لأن المكاتب لو جمع عليه نجوماً في أوقات شتى ليتيسر عليه تعجيل شيء بعد شيء ويكون أسلم من الغرر. وأصل الكتابية، ضم شيء إلى شيء، يقال: كتبت النجلة إذا ضم ما بين شفري فرجها بحلقة أو سير، وكتبت القرية إذا ضم فمها وأوكى عليه، وسمى الكتابية من الخيل لتبعها واجتماعها، وسمى الخط كتابة لضم بعض الحروف إلى بعض فلما كانت الكتابة متضمنة لنجم بعد نجم سميت كتابة لكتب نجم إلى نجم، وقيل: سميت كتابة للعرف الجاري بكتابته في كتاب وثيقة يوقع فيه الشهادة.

والأصل في الكتابة: الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَنْفَعُونَ الْكِتَبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَيْبُوْهُمْ» [النور: ٣٣] الآية. قال ابن عمر وابن عباس: أراد بالخير القدرة على الكسب والاحتراف، وقال الحسن وطاووس والثوري وقاده: إنه الرشد والصلاح في الدين. وقال الشافعى وأبو حنيفة ومالك: إنه الكسب والأمانة ليكون بالكسب قادراً على الأداء وبالأمانة موثقاً بوفائه، وبه قال بوفائه عمرو بن دينار ومجاهد. وقال ابن عمر رضي الله عنهما: يكره أن يكاتب العبد [٤٢/أ] إذا لم يكن له حرف، وقال مكحول: أراد به الكسب. وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما: أنه

(١) انظر الحاوي الكبير (١٤٠/١٨).

أراد أمانة ووفاءً، وقال الكلبيّ سبب نزول هذه الآية أن عبداً لحوطيط سأله أن يكتبه هذه، فامتنع، فأنزل الله تعالى هذه الآية.

وأما السُّنَّةُ فما روى الشافعيُّ، قال: أخبرنا سفيان قال: سمعت الزهرى عن نبهان مولى أم سلمة زوج النبي ﷺ أنها كاتبته، وإنها سأله كم بقي عليك من كتابتك فذكر شيئاً سماه وأنه عنده فامرته أن يعطيه أخاها أو ابن اختها وألقت الحجاب أخاها واستترت منه، وقالت: عليك السلامُ وذكرت عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا كان لإحداكم مكاتبٌ وكان عنده ما يؤدي فلتتحجب عنه»^(١) وروي أنها قالت له: كم بقي عليك، قال: قلت: ألف درهم قالت: فعندك ما تؤدي قلت: نعم، قال: ادفعها إلى فلان ابن اختها ثم ألقت الحجاب، وقالت: السلامُ عليك هذا آخرُ ما تراني. وذكرت الخبر. قال الشافعي: ولم أحفظ عن سفيان أن الزهرى سمعه من نبهان، ولست أراه يشبه أهل العلم، قال الشافعي: ويجوز أن يكون أمرها بالحجاب على ما عظم الله تعالى أزواج النبي ﷺ أمهات المؤمنين وخصهن به وفرق بينهن وبين النساء إن لم يفتته، قال الله تعالى: «وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْدُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبْدَاهُ» [الأحزاب: ٥٣]، وقال تعالى [٤٢/ب]: «وَأَزْوَاجُهُ أَنْتُمْ» [الأحزاب: ٦]، وقال تعالى في أزواج الرسول ﷺ: «وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مُتَّعِنِّينَ فَاسْأَلُوهُنَّ مِنْ وِرَاءِ حِجَابٍ» [الأحزاب: ٥٣]، فجعل عليهن الحجاب من المؤمنين، وهن أمهات المؤمنين، ولم يجعل على امرأة سواهن أن تحجب من يحرم عليه نكاحها، فكان قول الرسول ﷺ: إن كان قاله خاصةً أو يكون ذلك بمعنى الاحتياط كما يجوز أن يؤمر بالاحتجاب من المراهق لقرب البُلوغ ولأن احتجاب المرأة ممن له أن يراها واسع لها، وقد أمر النبي ﷺ سودةً أن تحجب من رجل قضى أنه أخوها وهي ترثه ويرثها للاحتجاط فأبان أن الاحتجاب ممن له أن يراها مُباخ^(٢).

وجملةً أن الشافعي رضي الله عنه ذهب أن المرأة ليس عليها أن تحجب من مكاتبها وإن كان عنده وفاءً. وضعف حديث أم سلمة وتأوله على تخصيص أزواج رسول الله ﷺ، أو الاحتياط في الاحتجاب المباح، وأيضاً ما روى سهل بن حنيف رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: من أعاَنَ غارماً أو غازياً أو مكاتبَا في كتابته أظلَّه الله في ظلِّه يوم لا ظلَّ إلا ظلَّه»^(٣).

(١) أخرجه أبو داود في العنق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت (٣٩٢٨)، وابن ماجه في الأحكام، باب المكاتب (٢٥٢٠)، وأحمد في مسنده (٢٥٩٣٤).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٠/٣٢٧).

(٣) ذكره ابن حجر في تلخيص الحبير (٤/٢١٦).

وروي: «من أعاَنَ مجاهداً في سَبِيلِ اللَّهِ أو غارماً في عسرته أو مكاتباً في رقبته»^(١)، وروي عن سلمان الفارسي قال: كاتبٌ أهلي على أن أغرسَ لَهُمْ خمسَ مائةَ فسيلةً فإذا علقت فانا حرُّ، فأتيت النبيَّ ﷺ، فذكرت ذلك له فقال: «اشترط لهم ذلك، فإذا أردت أن تغرس فاذنني [أ] فاذنته» فجاءَ فجعل يغرس إلا واحدةً غرستها بيدي فعلقَن جميعاً إلا الواحدة^(٢). وروي: يغرسُ الكل إلا نخلة واحدةً غرسها عمر رضي الله عنه، وروي ابن عباس رضي الله عنهما قال سلمان: كاتبني صاحبِي على ثلثمائة نخلةً أحبيها وأربعين أوقية. وأيضاً ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبيَّ ﷺ قال: «أيّما مكاتبٍ كوتَبَ على ألفِ أوقية فأدَاهَا إلا عشرَ أواقَ فهو عبدٌ، وأيّما مكاتبٍ كوتَبَ على مائةِ دينارٍ فأدَاهَا إلا عشرةِ دنانير فهو عبد»^(٣). وروي أيضاً أن النبيَّ ﷺ قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم»^(٤).

وأما الإجماعُ فلا خلاف بين المسلمين فيه، وروي أن بريرة كوتبت على تسعَ أواقَ تؤدي في كل عام أوقية، وعرف حالها رسول الله ﷺ^(٥). وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنَّه كاتب عبداً له على خمسةِ وثلاثين ألف درهم. وروي أن ابن سيرين سأله أنس بن مالك رضي الله عنه أن يكتبه، فأبى عليه فعلاه عمر رضي الله عنه بالدرة أاما سمعت الله تعالى يقول: «فَكَاتَبُوكُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا» [النور: ٣٣]، فكتبه وترك عليه من مال الكتابة خمسةَ آلاف درهم^(٦)، وروي مسلم ابن أبي مريم عن رجلٍ أنه قال: كنت مملوكاً لعثمان رضي الله عنه فبعثني في تجارة فقدمت عليه فاحمد ولا يتي فقمت بين يديه ذات يوم فقلت: يا أمير المؤمنين أسألك الكتابة فقطبَ فقال: نعم، ولو لا آية كتاب الله تعالى ما فعلت أكتابك على مائة ألفٍ على أن تدعها [٤٣/ ب] في عدتين والله لا أغصبك منها درهماً^(٧).

إذا تقرر هذا، فاعلم أن الكتابة مستحبة إذا طلبَ العبد ذلك ولا تجُبُ، وبه قال

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٥٥٦).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٣٢١٨).

(٣) أخرجه أبو داود في العنق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته (٣٩٢٧)، وأحمد في مسنده (٦٦٨٧).

(٤) أخرجه أبو داود في العنق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز، أو يموت (٣٩٢٦).

(٥) أخرجه البخاري في العنق، باب استعنة المكاتب وسؤاله الناس (٢٥٦٣)، والنسائي في البيوع، باب المكاتب بيعاً قبل أن يقضي من كتابته شيئاً (٤٦٥٦)، وأبي داود في العنق والولاء، باب مصير الولاء لمن أعنق (١٥١٩).

(٦) لم أجده.

(٧) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣٢٠/ ١٠).

جمهور العلماء، وقال عمرو بن دينار وعطا والضحاك وداود: إذا دعا السيد إلى الكتابة بقدر قيمته حرّ يحبُّ أن يكتابه، واحتاج بظاهر قوله تعالى: **﴿فَكَاتُبُوهُمْ﴾** [النور: ٣٣]، وهذا أمرٌ والأمر على الوجوب. وأيضاً حديث عمر حين طلب سيرين الكتابة على ما ذكرنا، ودليلنا أنه عتق بعوضٍ، فلا يجب على السيد كالاستعاء. وأما الآية، قلنا: هذا أمرٌ إباحة ورخصة لأنَّه مبنيٌ على محظورٍ، فإن بيع الرجل ماله بماله محظورٌ وهذا كقوله تعالى: **﴿فَإِذَا تُضَيَّبَتِ الْعَبْلَةُ فَأَنْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ﴾** [الجامعة: ١٠]، وكقوله تعالى: **﴿وَإِذَا حَلَّمْتُمْ فَاصْطَادُوهُ﴾** [السائد: ٢]، ونحو ذلك ونحمله على الندب بدليل ما ذكرنا، وأما خبرُ عمر رضي الله عنه، قلنا: خالفةُ أنس بن مالك والقياس مقدمٌ على قول الصحابي عند بعضهم.

مَسَأَةُ: قالَ وَلَا يَكُونُ الابْتِغَاءُ مِنَ الْأَطْفَالِ وَالْمَجَانِينَ.

جملةً هذا أن الكتابة لا تجوز إلا لبالغ عاقل، ولا تجوز للمجنون ولا للصبي مميزاً كان أو غير مميز، وقال أبو حنيفة وأحمد: إن كان مميزاً تجوز كتابته كما يجوز بيعه بإذن وليه، قلنا: هو غير مكفي، فلا تصح كتابته كالمجنون، ويفارق تدبير العبد المجنون، لأنَّه عتق بصفةٍ ينفرد بها السيد لا يحتاج إلى قبول العبد بخلاف الكتابة، فإذا ثبت هذا فالسيد إذا كاتب عبده المجنون، أو الصغير فليس بكتابه صحيحة ولا فاسدة [٤٤/١] لأن العبد ليس من أهل الكتابة، ولا يصح منه القبول ولكن لو أدى المال عتق بوجود الصفة لأن الكتابة تشتمل في معارضته وصفته، وإذا عتق يكون كسبه لسيده، ولا يكون بينهما تراجع، ويفارق العبد البالغ إذا كاتبه سيده كتابة فاسدةٍ فادى عتق ثبت بينهما التراجع، لأنَّه من أهل العقد والضمان، وهذا ليس من أهل العقد والضمان، فلم يثبت بينهما التراجع ويلزمه ردُّ الثمن عليه، ولا يرجع بقيمة السلعة.

فَرْعُ

إذا كاتب العبد على نفسه، وعن أولاده الصغار لا يجوز في أولاده، وفي المكاتب قولًا تفريق الصفة، وقال أبو حنيفة: يصح في حق الجميع، وإن كان الأب حراً فكاتب السيد أولاده وقبل الأب عنهم لا يجوز، ووافقنا به أبو حنيفة. وقال مالك: يجوز.

فَرْعُ آخر

لو كاتب عبده الصغير الذي لا يميز أو المجنون وقبل السيد عنه لا يجوز، وقال: أبو حنيفة: يجوز، واحتاج الشافعية بالآية، وقال: لا يكون الابتغاء إلا من البالغ والعاقل فلا يكون من الصبي والمجنون.

مَسَأَلَةٌ: قال: وأظَهَرَ مَعْنَى الْخَبَرِ بِدَلَالَةِ الْكِتَابِ الْاِكْتَسَابِ مَعَ الْأَمَانَةِ.

وَجَمِلَةُ هَذَا أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى نَدَبَ إِلَى كِتَابِ الْعَبْدِ إِذَا كَانَ فِيهِ خَيْرًا وَقَدْ مَضَى مَعْنَى الْخَيْرِ، وَالدَّلِيلُ عَلَى صَحَّةِ مَا ذَكَرَهُ الشَّافِعِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: **﴿وَإِنَّمَا لَحِقَ الْخَيْرُ لَشَدِيدِهِ﴾** [العاديات: ٨]، وَقَالَ تَعَالَى: **﴿كُتُبَ عَيْتَكُمْ إِذَا حَصَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتَ إِنْ تَرَكَ حَيْرَةً﴾** [القرآن: ١٨٠]، الْآيَةُ. وَأَرَادَ بِهِ الْمَالُ وَالْكِسْبُ، [٤٤/ب] وَقَالَ تَعَالَى: **﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَسْرُرُ﴾** [الزلزلة: ٧]، وَأَرَادَ بِهِ الطَّاعَةُ فَحَمَلْنَاهُ عَلَيْهِمَا بِدَلَالَةٍ، وَهِيَ أَنَّ الْمَقْصُودُ مِنَ الْكِتَابِ الْعَتْقِ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ الْعَتْقُ بِالْأَدَاءِ، وَالْأَدَاءُ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِالْجَمْعِ الْكِسْبِ وَالْأَمَانَةِ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يَكْتَسِبُ وَيَجْمِعُ الْمَالَ وَيُؤْدِيهِ بِالْأَمَانَةِ، وَالْدِيَاتِ فَيَعْتَقُ، وَالشَّافِعِي ذَكَرَ هَذَا فِي **«الْأَمَّ»** مُشَرِّحًا فَقَالَ: الْخَيْرُ كَلْمَةٌ يَعْرَفُ مَا أَرِيدُ بِهَا بِالْمَخَاطِبَةِ بِهَا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: **﴿إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ أُولَئِكَ هُنَّ مُنْتَهَى الْبَرِّيَّةِ﴾** [آلِيَّة: ٧]، فَعَلِمْنَا أَنَّهُمْ خَيْرُ الْبَرِّيَّةِ بِالإِيمَانِ وَعَمَلِ الْصَّالِحَاتِ لَا بِالْمَالِ، وَقَالَ تَعَالَى: **﴿وَالَّذِينَ جَعَلْنَاهُ لَكُمْ مِنْ شَعْبَرِ اللَّهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ﴾** [الحج: ٣٩]، فَعَقَلْنَا أَنَّهُ أَرَادَ إِنْ تَرَكَ مَالًا، فَلَمَّا قَالَ: إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا، كَانَ أَظَهَرَ مَعَانِيهَا بِدَلَالَةٍ اسْتَدَلَّنَا بِهَا الْقُوَّةُ عَلَى اِكْتَسَابِ الْمَالِ وَالْأَمَانَةِ، لَأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ قَوِيًّا فَيَكْتَسِبُ فَلَا يُؤْدِي إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَا أَمَانَةً، وَقَدْ يَكُونُ ذَا أَمَانَةً، وَلَا يَكُونُ قَوِيًّا عَلَى اِكْتَسَابِ فَلَا يُؤْدِي، وَقِيلَ: الْخَيْرُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى ثَلَاثَةِ أُوْجَهٍ، أَحَدُهَا: الْمَالُ، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا، وَقُولُهُ تَعَالَى: **﴿إِنَّ أَحَبَّتُمْ حَبَّ الْمَقْبَرَةِ عَنْ ذِكْرِ رَبِّكُمْ﴾** [ص: ٣٢]، أَيْ أَقْمَتُ وَتَحْلَفْتُ عَنِ الصَّلَاةِ حُبًّا مِنِّي لِلْخَيْرِ، وَهُوَ الْمَالُ وَذَلِكُ الْمَالُ كَانَ خَيْلًا عُرِضَتْ عَلَى سَلِيمَانَ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ فَاشْتَغَلَ بِهَا فَنَسِيَ صَلَاةَ الْعَصْرِ، فَلَمَّا تَذَكَّرَ قَضَى صَلَاتَهُ وَسَبَّلَ الْخَيْلَ كُلَّهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَفَارَةً لِذَلِكَ، وَالثَّانِي: الطَّاعَةُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَالثَّالِثُ: الْاِكْتَسَابُ وَالْقُوَّةُ وَالْأَمَانَةُ، وَهُوَ فِي هَذِهِ، الْآيَةُ.

وَاعْلَمُ أَنَّ الْكِتَابَ مِنْ خَصَائِصِ الْإِسْلَامِ بِخَلْفِ التَّدْبِيرِ [٤٥/أ] لِأَنَّ الْعَرَبَ فِي الْجَاهِلِيَّةِ كَانَتْ تَعْرِفُ التَّدْبِيرَ دُونَ الْكِتَابِ، فَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا، فَاعْلَمُ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا جَمَعَ كُسْبًا وَأَمَانَةً اسْتَحْبَتْ كِتَابَهُ، وَإِنْ فَقَدَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَسْتَحْبَتْ كِتَابَهُ، وَلَا يُكْرَهَ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي **«الْأَمَّ»**، وَالْعَبْدُ وَالْأَمَّةُ الْبَالِغَةُ فِي هَذَا سَوَاءُ، وَسَوَاءُ كَانُوا ذُوِي صَنْعَةٍ أَوْ لَا، وَمِنْ أَصْحَابِنَا مِنْ قَالَ: إِنْ كَانَ لَهُ دِينٌ وَأَمَانَةٌ يَسْتَحْبَتْ كِتَابَهُ أَيْضًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كُسْبٌ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مِنْ مَالِ الصَّدَقَاتِ، فَيُؤْدِي وَيَعْتَقُ، وَمِنْ أَصْحَابِنَا مِنْ قَالَ: تَسْتَحْبَ كِتَابَهُ مِنْ لَهُ كُسْبٌ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَمِينًا أَيْضًا وَلَكِنْ يَقْدِمُ فِي الْاِخْتِيَارِ مَكَاتِبَ الْأَمِينِ غَيْرَ الْمَكَتَبِ عَلَى مَكَاتِبِ الْمَكَتَبِ غَيْرِ الْأَمِينِ لِأَنَّ صَاحِبَ الْأَمَانَةِ مَعَافٌ وَالْأُولُ أَصْحَى، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى نَدَبَ إِلَى الْكِتَابَ بِشَرْطِ أَنْ يَعْلَمَ فِيهِ خَيْرًا، وَهُوَ الْأَمَانَةُ وَالْاِكْتَسَابُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، فَلَا يَسْتَحْبَ إِلَّا بِوُجُودِ كُلَّ الشَّرْطَيْنِ، وَقَالَ أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ: إِذَا لَمْ يَكُنْ كُسْبٌ يُكْرَهَ كِتَابَهُ كَالْأَمَّةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا كُسْبٌ

يكره مخاجتها، ودليلنا أنه تعليق عتق بصفة، فلا يكره كما لو كان له كسب، ويخالف الأمة لأنها ربما تكسب بالفرج الحرام ولا تنسد العتق ولهنا يُعَان بمال الصدقات ويعتق فلا يكره، وقد قال الشافعي في «الأم» ولا أكره لمالك أن يكاتب مملوكه وإن كان غير قوي ولا أمين، ويأخذ من مكتابه صدقات الناس فريضة أو نافلة ومن أين أدى المكاتب إلى سيده نجمه فحلال له أن يقبله ويجب على قبوله [٤٥/ب] إلا أن يعلم أنه من حرام، فلا يحل له قبول الحرام.

فرع

قال في «الأم»: وعلى الحاكم أن يمنع الرجل أن يخرج عبده وإن كان ذا صنعة إذا كره ذلك ولكن يؤجره وينفق عليه إن شاء، ويعنده الإمام أن يجعل على أمته خراجاً إلا أن يكون في عمل واجب، وكذلك العبد إذا لم يطق الكسب، فمن أصحابنا من قال فيه قوله، أحدهما: لا يخارج إلا برضاه وإن كان ذا صنعة، والثاني: إذا كان مطيناً للكسب وكان ذات صنعة فله أن يُخَارِجَه وإن لم يرض، وقيل له ذلك قوله واحداً، ذكره القاضي الطبراني.

مسألة: قال: وما جاز بين المسلمين في البيع والإجارة جاز في الكتابة:

الفصل

أراد به أن كل ما جاز أن يكون عوضاً في البيع جاز أن يكون عوضاً في الكتابة وما لا يجوز أن يكون عوضاً كالخمر والخنزير لا يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة، ولا يريد به أن كل ما يجوز في عقد البيع يجوز في عقد الكتابة، وإن شرط خيار الثلاث يثبت في عقد البيع دون الكتابة وكذلك خيار المجلس وقد مضى شرحه، وقيل: قصد بهذا اللفظ الرد على أبي حنيفة حيث قال: لو كاتبه على عبد مطلق غير موصوف جاز كما قال في النكاح والخلع، ويدفع إليه عبداً سيداً بين الأبيض والأسود، وعندنا لا يجوز ذلك كما لا يجوز في البيع والإجارة، وقال أحمد مثل ما قال أبو حنيفة، ودليلنا أن كل ما لا يجوز أن يكون عوضاً في البيع [٤٦/أ] والإجارة لا يجوز أن يكون عوضاً في الكتابة كالثوب المطلق.

مسألة: قال: ولا يجوز أقل من نجمين.

عندنا الكتابة الحالة باطلة، ولا تجوز على أقل من نجمين، وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة ومالك تجوز حالة وعلى نجم واحد، لأن عقد على عين فجاز على عوض حالي كالبيع، ودليلنا ما روى علي رضي الله عنه أنه قال: الكتابة على نجمين والإيتاء من الثاني.

وهذا يقتضي أقل ما تجوز عليه الكتابة، لأنها تجوز في أكثر من نجمين. وروى ابن أبي هريرة: في تعليقه أن النبي ﷺ قال: «الكتابة على نجمين» وهذا نص إن صح وأيضاً فالصحابي رضي الله عنهم كاتبوا على نجوم مختلفة على ما ذكرنا، ولم يكاتب أحد منهم على أقل من نجمين، فلو كان يجوز ذلك لأشبه أن يكون قد فعل ذلك كما فعل على نجمين وأكثر، وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال لعبدة: والله لا عاكتبك ولا كاتبتك إلا على نجمين، وقال الماسرجي: رأيت أبا إسحاق المروزي في مجلس النظر نصر هذا الدليل نصراً حسنة، وقال: كانت الصحابة يتشارعون إلى القرية والطاعة خصوصاً إذا كان فيه تعجيلٌ مالٍ حلاً فلو كانت الكتابة جائزة على لحم لفعلوا. وروي أن عثمان رضي الله عنه قال لعبدة حين سأله الكتابة: أكتب على مائة ألف درهم على أن تعدها في عدتين، والله لا أغضبك منها درهماً على ما ذكرنا، فقال العبد: فخرجت من عنده فقلقاني الزبير، [٤٦/ب] فقال: ما الذي أرى بك، فأخبرته بالقصة، فقال: أرجع، فدخل على عثمان، فقال: يا أمير المؤمنين قلت كذا، فقال: نعم، فغضب الزبير، وقال: كاتبه كما تقول، فكابني فانطلق بي الزبير إلى أهله، فأعطاني مائة ألف درهم، وقال: انطلق فاطلب فيها من فضل الله تعالى، فأدأبتك إلى عثمان ماله وإلى الزبير ماله، وفضلت في يدي ثمانون ألفاً وأيضاً فالكتابة إن كانت مشتقة من الضم والجمع، فأقل ما يكون به الضم والجمع اثنان فيعتبر ضم نجم إلى نجم وإن كانت من كتابة الحظ، فأقل ما تقييد به الكتابة حرفان فيفتقر إلى نجمين فإن قيل: تقييد الخط وهو «لا» قلنا: كلمة لا حرفان وهو ألف ولام والحرفان قد يتجانسان، كفوله ﷺ: «ما أنا من دد ولا الدُّمني»^(١)، وأراد اللعب، وقيل: إنها إذا كانت حالة لم تكتب غالباً وقد رفع الله تعالى الجناح في ترك كتبتها، فقال: «إلاَّ أَن تَكُونَ تِجْرَةً حَاضِرَةً تُدْبِرُونَهَا بِنَكْتَمْ فَلَيْسَ عَيْنُكُمْ جَنَاحٌ لَا تَكْنِبُوهَا» [القرآن: ٢٨٢] والكتابة مشتقة من الكتبة، وأنا البيع فلأنه قادر على ما يتوجه عليه بالمطالبة بتسليميه، وهننا عاجز لأن العبد لا يملك شيئاً.

فرع

لو كاتبه إلى أجل ساعتين بمال عظيم يجوز في ظاهر المذهب لأنه ربما يقدر على تسليمه بالاستقرار، وقيل: فيه وجهان.

فرع آخر

لو كاتب من نصفه حرًّ ونصفه عبدٌ كتابة حالة لا نصٌ فيه، وظاهر المذهب أنه لا

(١) أخرجه البخاري في الأدب المفرد (٧٨٥)، (٢٧٤/١)، والطبراني في الكبير (٣٤٣/١٩).

يجوز، والأقسس جوازه لأنَّه يقدر على تسليم ما يتوجَّهُ عليه المطالبة بأدائه في الحال.

فرع آخر

لو قال [٤٧/أ] لعبيه بعث نفسك منك بـألف درهم حالة، قال ابن أبي هريرة: فيه وجه يحتملُ أنه لا يجوز لأنَّه لا يقدر عليه، ونص الشافعِي رضي الله عنه في كتاب الإقرار على جوازه لأنَّ العتق فيه يحصلُ قبل الأداء بخلاف الكتابة.

مَسَأَلَة: قال: فلو كاتبَ على مائة دينارٍ مَوْصِفَةً الْوَزْنِ وَالْعَيْنِ إِلَى عَشْرِ سَنَنٍ أَوْلَاهَا كَذَا وَآخِرَهَا كَذَا يُؤْدِي فِي انْقَضَاءِ كُلِّ سَنَةٍ مِنْهَا كَذَا يَجُوزُ.

جملةُ هذا أنَّ الكتابة لا تجوز حتى يكون الأجل معلوماً والوعض معلوماً، فالأجلُ أن يقول: كاتبتك على مائة دينار إلى عشر سنين نصفها إلى خمسٍ والباقي إلى العشر، أو يقول: كاتبتك على مائة دينار إلى عشر سنين يحل في كل سنتٍ عشرها يعني عند انقضائها، ويجوز ذلك فإنَّ أرادَ في خاللها لا يجوز للجهل، وقال في «الأم» لا بأس أن يجعل الدنانير في النجوم مختلفة إذا كان ما يحل منها في كل نجم معلوماً، فأما إذا قال: كاتبتك على مائة دينار إلى عشر سنين لا يصح لمعنى واحدٍ وهي أنها كتابة إلى أجل واحدٍ ولا فرق بين أن يقول: يؤديها في عشر سنين أم لا بمضي عشر سنين حتى يؤدي بعضها عند انقضائها خمس سنين وبعضها عند تمام السنين لم يجز لأنَّ البعض مجهولٌ، وأما الوعض فيحتاج أن يكون معلوماً، فإنَّ كاتبه على عوضٍ ينبغي أن يضبطه بالصفات التي يضبط بها المسلم فيه وإن كاتبه على دراهم أو دنانير، وإن ضبط النوع والجنس جاز، وإن أطلق وللبلد نقد واحد جاز وانصرف إليه، وإن كان نقوداً مختلفة [٤٧/ب] لم يجز حتى يعين ويضبطه ولا يجوز أن يقول: كاتبتك على مائة دينار أو ألف درهم لأنَّه لا يدرِّي على أي شيء عقد الكتابة.

وجملةُ هذا أنَّ كل عوضٍ وأجل يثبت في السلم يثبت في الكتابة، وما لا يثبت من العوض والأجل فيه لا يثبت في الكتابة.

فرع

لو كاتبه على مالٍ إلى عشر سنين على ألا يؤدي أول كل سنتٍ كذا لم يجز لأنَّه يصيير الأول منها حالاً.

فرع آخر

لو جعله في وسط السنة.

فيه وجهان: أحدهما لا يجوز لأن وسط السنة ما بين طرفيها فصار مجهولاً.

والثاني: يجوز ويكون المحل في نصف كل سنة لأن الوسط على التحقيق موضوع لاستواء الطرفين.

فَرْعَ آخرُ

لو كاتبه على نجمين إلى سنتين على أن يكون النجم الأول في آخر السنة الأولى، والثاني: في أول السنة الثانية فيه وجهان، أحدهما: لا يجوز لأنها بالاتصال صارت نجماً واحداً، والثاني: يجوز لاستحقاق كل واحدٍ منها في غير زمان الأول لأن الأول يستحق في آخر أجزاء السنة الأولى، والثاني: يستحق في أول جزء السنة الثانية، فصارا مختلفين وإن اتصلا.

فَرْعَ آخرُ

لو لم يقل قدر ما يستحقه كل نجم وأطلق فيه وجهان، أحدهما: الكتابة باطلة للجهل بقدر الاستحقاق، والثاني: الكتابة جائزة ويكون المال مقسمًا على أعداد النجوم لأن الإطلاق يوجب التسوية، فإن كانت النجوم خمسة استحق في كل نجم خمس المال.

مَسَأَةُ: قال: ولا يتعنّ [٤٨/١] حتى يقول في الكتابة، فإذا أديت هذا فأنت حرّ.

الفَصلُ

جملة هذا أن الكتابة تشتمل على معاوضة، وصفة المعاوضة قوله: كاتبتك على كذا وكذا، والصفة قوله، فإذا أديت إلى ذلك فأنت حرّ، فإن ذكرهما جمِيعاً فهو النهاية، وإن ذكر المعاوضة ونوى الصفة بقلبه جاز. قال الشافعي رضي الله عنه: يقول فإذا أديت هذا فأنت حرّ، أو يقول بعد ذلك، قوله: كاتبتك كان معقوداً على أنك إذا أديت فأنت حرّ كما لا يكون الطلق إلا بتصریح أو ما يشبهه مع النية، فإن لم يذكره ولم ينوه لا يصح، وقد ذكرنا حكم قوله: دبرتك وكاتبتك هل هنا صريحاً أم كناية؟ وقال أبو إسحق قوله: دبرتك جعله الشافعي صريحاً في العتق من العالم ولو كان من جاهل كان كناية، قوله: كاتبتك جعله كناية من الجاهل، ولو كان من عالم كان صريحاً فجعلهما صريحين من العالم كنایتن من الجاهل وهذا فاسد لأن صريح الطلق وكنايته سواء في حق العالم والجاهل كذلك هذا، وقال أبو حنيفة وأحمد قوله: كاتبتك صريح في عقد الكتابة، ولا يحتاج إلى التقييد ولا إلى النية وهذا لا يصح لما ذكرنا، وقال الفقّال: قال بعض أصحابنا: إذا ذكر ما تتميز به الكناية عن المخارجة كفأه مثل أن يقول: أعملك وتعاملني أو أضمن لك أرش الجنائية أو

تستحق على الإيتاء من الدين يؤدي ومن سهم الرقاب.

مسألة: قال: **وَلَا يجوز على العوض حتى يكون موصوفاً كالسلم.**

وقد ذكرنا [٤٨/ب] ذلك، واعلم أن هنا إشكالاً وذلك أن مشايخنا قالوا: المعقود عليه في الكتابة رقبة المكاتب وعند أبي حنيفة الإكساب، فإذا كاتبه على العوض فوجوب العوض على معنى السلم إذ لا يتصور في الذمة عوض من غير ذوات الأمثال إلا في السلم وفي السلم يعتبر رأس المال في المجلس والرقبة ما صارت مسلمة إليه في المجلس لأن تسليم الرقبة بالعتق، فبان أن الكتابة تتعقد على الإكساب، قلنا: هذا السؤال يتوجه على المذهبين لأن الإكساب ما صارت مسلمة في المجلس إذ المنافع غير مخلوقة، فإن قيل: التحلية الموجودة في الحال جعلت كالمنافع المستقبلة في حكم الموجودة المسلمة للضرورة التي بنيت عليها عقود المنافع، قلنا: ولمثل هذه الضرورة جعلت الحيلولة بين الرقبة في البيع والرهن وسائر التصرفات كالتسليم، ولهذه الضرورة باينت الكتابة سائرها حتى جاز للرجل أن يعامل نفسه بملك نفسه.

مسألة: قال: **وَلَا بأس أن يكتبه على خدمة شهر ودينار بعد الشهر.**

الفصل

صورة المسألة أن يكتب عبداً على أن يخدمه شهراً ويؤدي ديناراً بعد الشهر وأراد الشافعي أن تكون خدمة الشهر متصلة بعقد الكتابة فإن شرط تأخيرها لا يجوز، وإذا شرط اتصالها فقد عقدت الكتابة على نجمين مختلفين المنفعة والدينار، ولا يد أن يكون كل واحداً منهما معلوماً، فالمنفعة تعلم بأن يقول: تخدمني شهراً، أو تخطي أو تبني والدينار يعلم بما ذكرنا، وأطلق الشافعي أنه إذا كان [٤٩/أ] على هذا الوجه فلا بأس، وانختلف أصحابنا في هذا، فقال أبو إسحاق: إنما يصح إذا جعل بين وقت أداء الدينار وانقضاء الشهر مدة، فيقول: تؤديه بعد الشهر بب يومين أو ثلاثة، فاما إن شرط الأداء عقب الشهر فلا يجوز لأن استيفاء المنفعة يتصل بالعقد والدينار يتصل استفاءه باستيفاء المنافع فيصير ذلك في معنى النجم الواحد، فلا يجوز كما لو كاتبه على خدمة شهر ودينار يؤديه إليه في أثناء الشهر لا يجوز، وهذا اختيار القاضي أبي حامد، ومن أصحابنا من قال: المسألة على ظاهرها ولا يحتاج أن يجعل بين الشهر والدينار مدة لأنه يعتبر أن يختلف استحقاق النجمين واستحقاقهما مختلف لأن المنافع تستحق عقب الكتابة والدينار يستحق بعد انقضاء الشهر، وإنما استيفائهما يتصل، وهذا غير ممتنع. ألا ترى أنه لو كاتبه على دينارين: دينار بعد شهر ودينار بعد شهرين فآخر المطالبة بالدينار الأول حين حل الدينار الثاني يستوفي الديناران

بمرة واحدة، ولا يؤثر ذلك لأن وقت استحقاقهما مختلف، وهذا القائل يلتزم ما استشهد به أبو إسحق، فقال: إذا قال: كاتبتك على خدمة شهر ودينار تؤديه في أثناء الشهر جاز أيضاً للمعنى الذي ذكرنا وهو أن وقت استحقاق النجمين مختلف، وهذا اختيار أبي حامد وهو الأصح لأن الشافعي نص في «الأم» على هذا، فقال: إذا كاتبه على منفعة شهر لم يجز حتى يشترط أن يؤدي مالاً، إما معها أو بعدها وهذا اختيار [٤٩/ب] ابن أبي هريرة، والقفال أيضاً، وقال القاضي أبي حامد قوله: معها نقله الربيع، وهذا خطأ منه، فإن قيل: الخدمة نجم حال، وذلك لا يجوز على مذهب الشافعي حتى لو كاتبه على دينارين: دينار عقب العقد، ودينار بعد شهر لم يجز، قيل: نحن إنما منعنا الكتابة الحالة للعجز عن التسليم عقب العقد، وإذا شرطنا التنجيم ولا بد منه، وإذا شرط عقب العقد ديناراً فهو عاجز عقب العقد عنه، وإذا شرط خدمة شهر، فهو قادر على الخدمة والاعتبار بالمعنى لا باللقب والحلول لقب، وقال أبو إسحق وغيره هذا نجم مؤجل ففي الحقيقة لأن الخدمة تتعلق بمضي المدة، وإنما نقول: المنفعة في الإجارة مقبوسة حكماً على معنى أن المستأجر التصرف فيها، والعقد عليها، ولم يحصل فيها حقيقة القبض، ألا ترى أنه لو تلفت انفسخ العقد فيما بقي.

فرع

قال في «الأم»: ولو كاتبه على خدمة شهر ودينار بعد الشهر فممرض في أثناء الشهر مدة بطلت الكتابة، قال أصحابنا: هذا مبني على مسألة في البيع وهي أن من باع شيئاً فتختلف أحدهما قبل القبض، فالعقد باطل في التاليف، وهل يتعدى إلى الباقي طريقان، والشافعي رضي الله عنه نص هنا أنه يتعدى، وقال القاضي الطبرى: ههنا قول واحد على ما نص عليه لأن عقد الكتابة لا يقع على بعض العبد فإذا انفسخ في بعضه انفسخ في كله.

فرع آخر

قال: وليس له أن يعطيه أحد الخدمة مكانه، ولا عليه إن أراد السيد ذلك [٥٠/أ] كما لو استأجر خرماً على أن يخدمه فممرض في الشهر لم يكن عليه ولا له أن يخدمه غيره وانقضت الإجارة، وقال مالك: لا تجوز الكتابة على الخدمة أصلاً.

مَسَالَة: قال: وإن كاتبه بعد شهر لم يجز لأن قد يحدث ما يمنع العمل بعد الشهر وليس بمحضه تكلف أن يأتي بمثله.

قد ذكرنا هذه المسألة ومعنى هذا الكلام أن الإجارة على العين تجري مجرى بيع

الأعيان ولا يجوز بيع عينٍ وتسليمها مؤخّر ولذلك قلنا: إذا أكرى داره في رمضان لشوال لا يجوز.

فرْعُ

قال في «الأم»: لو كاتبه على أن يخدمه شهراً حين كاتب وشهرأً بعد ذلك لم يجز لأنه ضرب للخدمة أجلاً لا يكون على المكاتب فيه خدمته.

فرْعُ آخر

قال: ولو كاتبه على أن يخدمه شهراً حين يكتبه ثم يوفيه ليناً أو حجارة أو طيناً معلوماً بعد شهرٍ جاز وهذا أجلٌ للمال، ولو قال: على أن يخدمني شهراً وخياطة كذا وكذا عقيب الشهر جاز لأنَّه بمنزلة قوله: كاتبتك على خدمة شهرٍ ودينارٍ بعده.

فرْعُ آخر

قال: ولو كاتب على أن يضمن له بناء دارٍ وصفها وسمى معه ديناراً يعطيه إياه قبله أو بعده كأنَّ جائزًا لأنَّ هذا عمل يكلف فعله كما يكلف المال ومعه نجمٌ غيره، وكذلك إن كاتبه على ضمان بناء دارين، إحداهما في وقت كذا والأخرى في وقت كذا، كانت هذه كتابة جائزة وليس هذا كالعمل بيده إلى أجل معلوم لأنَّه إذا كاتب أو استأجر حرّاً على أن يعمل [٥٠/ب] بيده لم يكلف أن يأتي بغيره يعمل له، وإذا ضَمِّن عملاً كلف أن يوفيه إياه بنفسه أو غيره.

مَسَالَةُ: قال: وإن كاتبَ على إن باعَ شيئاً لم يجز.

عَلَى الشَّافِعِي فِي هَذِهِ الْمَسَالَةِ، فَقَالَ: لَأَنَّ الْبَيْعَ يَلْزَمُ بِكُلِّ حَالٍ، وَالْكِتَابَةَ لَا تَلْزِمُ مِنْ شَاءَ تَرَكَهَا.

فإن قيل: هذا التعليل كيف يستقيم؟ ولا فرق في فساد مثل هذه الصفة بين عقدين كلاهما لازم كالبيع والإجارة وبين عقدين، أحدهما: لازم، والثاني: غير لازم، قلنا: هذا التعليل دليل على أن مُراد الشافعي بتصوير المسألة أن لا يجعل أحد العقدين شرطاً في الثاني كما توهمنا وعلنا له، ولكن صورة مسألة أن يقول: كاتبتك وبعث منك هذا الشوب بألف درهم فجعل الألف ثمن الشوب وما الكتابة، وذكر الأجل والنجوم فإذا تصور العقد بهذه الصورة ففيه قولان، أحدهما: وبه أجاب هنما أنهما باطلان للعلة التي ذكرناها وهي أنهما عقدان مختلفان جمعهما في صفة واحدة لأنَّ الْبَيْعَ يَلْزَمُ بِكُلِّ حَالٍ، وَالْكِتَابَةَ لَا تَلْزِمُ

متى شاء تركها، والثاني: أن العقددين صحيحان ومن أصحابنا من قال: البيع باطلٌ قولًا واحدًا وفي الكتابة قولان، لأن أحد شطري البيع لاقى عبده القرن ولا يصح مبادعة السيد عبده، ويمكن أن يجاح عنه بأن البيع يقع مع الكتابة فلا يؤدي إلى أن يتبع من عبده القرن، وإنما يقع البيع من مكاتبته، فأمّا إذا تصورت المسألة إذا قال: [٥١/أ] كاتبتك على أن تشتري مني هذا العبد بكتابه، فالكتابه باطلة قولًا واحدًا، وهي باب البيعتين في بيعه واحدة فلو أدى النجوم هنالا عتق وتراجعا بالقيمة سواء باعه ذلك الشيء أو لم يبعه لأنه لم يجعل البيع صفة في العتاق يقف العتاق على وجودها، وإنما الصفة أداء النجوم، وهذا شرط زائدٌ فاسدٌ، وقال القاضي الطبراني في الصورة الأولى لا يختلف المذهب أن البيع باطل لما ذكرنا من العلة. وأمّا الكتابة قال أبو إسحق: يبطل أيضًا لوجهين، أحدهما: ما ذكرنا أنه جمع بين عقددين مختلفين الحكم، والثاني: أنه جمع بين الصحيح وال fasid بثمن واحد ونص الشافعي في «الأم» على فساد الكتابة، ونقله المزنني، وذكر في «الإفصاح» في المسألة وجهين، أحدهما: يبطلان، والثاني: يصحان، وهو خطأ لا شك فيه لأن البيع لا يصح قولًا واحدًا، وإذا صحيحت الكتابة وحدها، فهي بجميع العوض فعليه أداء جميع النجوم، والثاني: بحصته فتوزع النجوم على قيمته وقيمة الثوب، ولا فائدة في إثبات الخيار لمكان هذا التفريق لأن المكاتب أبدًا بال الخيار، وإذا قلنا: الكتابة فاسدة فعليه إذا جمع النجوم لتحصل الصفة فيعتق به، ثم يتراجعا بالقيمة، وقال بعض أصحابنا بخراسان: ويحمل قولًا آخر أنه إذا أدى ما يخص قيمته من النجوم عتق وتراجعا بالقيمة الكاملة، ولو أفرد الكتابة بالعوض عن البيع فسد البيع وصحت الكتابة، ولو كاتبه كتابة صحيحة ثم اشتري السيد من مكاتبته، أو المكاتب من سيده كان جائزًا [٥١/ب] لأن السيد حينئذٍ ممنوع من مال مكاتبته نصّ عليه في «الأم».

فرعٌ

قال ابن سريح على دينارين: دينار يؤديه بعد شهرٍ، ودينار يؤديه بعد شهرين على أنه إذا أدى الدينار الأول عتق وأدى الدينار الآخر وهو حرًّا كان فيه قولان، قال بعض أصحابنا: بنى هذه المسألة على الأصل الذي ذكرناه وهو أن الصفة اشتملت على كتابة وعتق بصفةٍ يقع قبل الأداء وهو مختلفاً الأحكام فإن الكتابة من شأنها أن لا يقع العتق فيها قبل الأداء والعتق على صفةٍ، وعلى ماي من شأنه أن يقع ثم يتبعه الأداء فهما عقدان مختلفان فيهما قولان، قال: وليس يمتنع أن يسبق العتق الأداء في الكتابة، فإن الشافعي قال: إذا كاتب عبده على نجمين فأدّى أحدهما ثم عجز عن الآخر أو لم يعجز، فقال السيد: أعتقني وأنا أؤدي إليك النجم الآخر، كان جائزًا ويقع العتق ويكون المال ثابتاً يؤديه في نجومه، ومن أصحابنا من قال: هما قولان مختصان بهما، أحدهما: يفسد العقد لأنه

شرط فيه ما ينافيه لأن مقتضى الكتابة أن يعتق بعد أداء جميع النجوم فقد شرط خلافه، والثاني: يصح العقد لأنه لو كاتبه مطلقاً فادي بعض المال فاعتقه على أن يؤدي الباقى بعد عتقه جاز على ما ذكرنا فإذا شرط في الابتداء وجب أن يصح.

فرع آخر

لو كاتب عبده على مال الغير لم تجز الكتابة سواء كان المال في يد العبد لذلك الإنسان أو في يد المالك، وقال أبو حنيفة: يصح على الدرهم [٥٢/أ] والدينار لأنهما لا يتعينان، فالقصد من الإشارة إليهما المقدار وفي العروض اختلفوا إذا أذن له رب العرض في أن يكاتب عليه ف منهم من قال: لا يجوز ومنهم من قال: يجوز، وملك السيد ذلك العرض، وعندنا حصلت الكتابة فاسدة، ولكنه إذا أذن له رب المال بإعطائه سيده فأعطيه وقع العتق ثم يتراдан، القيمة لفساد الكتابة وإن أدى بغير إذن المالك لا يحصل العتق بدفع المستحق بخلاف ما لو قال: إن أديت إلى هذا فانت حرّ، فإذا أدى عتق وإن كان مستحقاً لأنه محضر الصفة وهذه كتابة فتفضي التمليل، وإذا وجد إذن المالك، فقد وجد مقتضى التمليل غير أن الرد وأخذ القيمة إنما لزم لفساد الكتابة.

مسألة: قال: ولو كاتب على مائة دينار يؤديها إليه في عشر سنين كان التجم مجهولاً لا يدرى في أولها أو آخرها وقد ذكرنا هذه المسألة، قال المزني: وكذلك لو قال تؤدى في كل سنة عشرة مجهولاً أيضاً لأنه لا يدرى في أول كل سنة أو في آخرها حتى يقول في انقضاء كل سنة عشرة.

مسألة: قال: ولو كاتب ثلاثة كتابة واحدة.

الفصلُ

إذا كاتب الرجل ثلاثة أباعد أو أربعة على عوض واحد صفة واحدة نص الشافعى رضى الله عنه أنه يجوز فمن أصحابنا من قال: هو على قول واحد لأن البائع والمشتري في الحقيقة هو السيد وهو واحد فصار كما لو باع عبداً من رجل بشمن واحد ومن أصحابنا من قال فيه، قوله: كما لو تزوج أربع نسوة في عقد واحد بمهر واحد هل يجوز المهر فيه؟ قوله: وقد مضى شرح ذلك فيما تقدم، وقال أبو إسحق: لو اشتري ثلاثة أنفس ثلاثة أباعد من مالك كل واحد منهم عبداً كاملاً بشمن واحد لم يصح قوله واحداً حتى يكون ثمن كل واحد من العبيد معلوماً [٥٢/ب].

ويُنفارقُ هذا عقد الكتابة على ثلاثة أباعد فإنه يصح في أحد القولين. والفرقُ أن المقصود من الكتابة القرية فخف حكمها والمقصود من البيع المعاينة فيغلظ حكمه ولهذا ينفذ

العنق في الكتابة الفاسدة، ولا يحصل المقصود في البيع الفاسد وأيضاً الثمن مقصود في البيع وليس بمقصود في الكتابة فافترا ولهذا قال ابن أبي هيريرة والاصطخري والقاضي الطبرى . وقال ابن سريج فيما ، قوله . قال أبو حامد والمذهب هذا ، لأن الشافعى نص في الكتابة على قولين وهي مثل البيع سواء في باب العوض صحة وفساداً .

فإذا تقرر هذا فإذا قلنا : تصح الكتابة ، وبه قال مالك ، وأبو حنيفة ، قال الشافعى : المائة مقصومة على قيمهم لا على رؤوسهم لأن المعقود عليه رقابهم وقيمها مختلفة فهي بمنزلة أعيان السلع في البيوع يوزع الثمن على قيمها وتعتبر قيمتهم يوم عقد الكتابة لأنه وقت زوال سلطان السيد عنهم .

وأيهم أدى حضرته عنت وأيهم عجز رق وهذا كما يقول لكل واحد من النساء أن يطالب الزوج بما يصيّبها من المستحق دون ما يصيّب صاحبها إذا جمع بينهن بنكاح واحد على صداق واحد ، ولذلك إذا باع عبدين فمات أحدهما قبل التسليم يجب للبائع مطالبة المشتري بشمن العبد الذي سلمه إليه فثبت أنه لا يتعلّق أداء واحد منهم بأداء صاحبه ولا عجزه بعجزه فإن قيل : الكتابة [٥٣/أ] عند الشافعى عنت بصفة والمكاتب يعتق بقوله : فإذا أديت إلى كذا فأنت حرّ ، فإذا قال لهم السيد : إذا أديتم إلى كذا في نجمين فأنتم أحرار فأدى واحد منهم بعضه وجب أن لا يعتق لأن الصفة لم توجد ، قلنا : هذا فيما إذا كان عتقاً بصفة فأما إذا كان معاوضة وهو الكتابة فحكمه حكم المعاوضات وإن كان فيه عنت بصفة ، ألا ترى أنه لو كاتبه ثم أبدأه من مال الكتابة عنت ! ولو مات السيد فأداء إلى وارثه عنت ولم توجد الصفة في هذين الموضعين فدل على ما قلناه ، وقال بعض السلف يتوقف عنت أولهم على آخرهم . وحکى عن أبي حنيفة أنه قال : لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي كل المال فيصير بعضهم ضامناً عن بعض من غير ضمان ولا يحدهم أن يؤدي جميع النجوم بل عليه ذلك ، فإذا طالبه السيد بالجميع ليعتق هو وأصحابه ثم يرجع على أصحابه بحصتهم وبه قال مالك ، وقال بعض أصحابنا بخراسان : فيه قول آخر يوزع عليهم النجوم بالسوية على عدد الرؤوس ، وهذا غريب ، قال الشافعى وإن مات أحدهم قبل أن يؤدي مات ريقاً كان له ولد أولم يكن وفصد به الرد على مالك حيث قال : يقوم ولده مقامه في الأداء وعند أبي حنيفة لا تبطل الكتابة بالموت إذا كان له وفاء سواء كان هناك ولد أم لا ، وهذا لا يصح لأن العقد مع الوالد لا مع الوليد وقد مات مقصود الصدقة بموته ، وهو العنت وإذا قلنا : الكتابة فاسدة فقد بطل حكم المعاوضة وبقي حكم الصفة ، [٥٣/ب] فإن الكتابة مشتملة على معاوضة وصفة ، فإذا بطل أحدهما بقي الآخر ول السيد إبطال الصفة هناك والرجوع فيها لأن التزمها على أن يحصل له العوض الذي سمأه ، فإذا لم يسلم له ذلك كان له الرجوع .

ثم ينظر فإن رجع فيها وأبطلها بطلت وإن لم يرجع حتى أدى المال عتقوا لوجود الصفة، ويستحق السيد عليهم قيمتهم لأنه أزال ملكه بشرط أن يحصل له العوض، فإذا لم يحصل استرجاع الرقة فإذا تذر استرجاعها لتلفها يستحق السيد قيمتها كما لو باعه شيئاً بيعاً فاسداً وسلمه وتلف عند المشتري يجب عليه قيمته ويحتسب له بما أدى ويتراجعان.

الفصل

وإذا أدى واحدٌ من العبيد حصتهُ ظاهرُ كلام الشافعى ه هنا ونص عليه في الإملاء أنه يعنى لأن الكتابة الفاسدة محمولة على الكتابة الصحيحة، والصحيحُ لو أدى أحدهم نصيحة عتق، ومن أصحابنا من قال: لا يعنى لأن المعاوضة بطلت لفسادها وتجزء الصفة فلا يعنى حتى توجد كمال الصفة وهذا اختيار القفال، فإن قلنا: بالأول حصل التراجع بينه وبين سيده بما أدى من النجوم وبجميع قيمته وبقي الآخر على كتابته الفاسدة بحصته من النجم إلا أن يفسخ السيد كتابته، فتفسخ.

وإن أدى الورثُ بعد موت السيد أو أبناء السيد، أو أدى الغير عنه متبرعاً [٤٥/١] أو أدى غير جنس نجم الكتابة لا يعنى لأنه لم توجد الصفة إذا كانت الكتابة فاسدة، وقال أبو حنيفة: يعنى بكل ذلك كما في الكتابة الصحيحة، فإن قيل: العتق المطلق بصفة لا يمكن إبطاله بقوله: أبطلت فلم قلتم ه هنا إذا أبطلها السيد بطلت، قلنا لأن هذه ليست بصفة مجردة بل بناها على المعاوضة، فإذا لم يسلم العوض لم يلزم حكم الصفة.

مسأله: قال: ولو أدوا فقال: من قلْت قيمة أدينا على العدد.

الفصل

معنى هذه المسألة أنه كاتبهم على مائة دينار، وقلنا: يصح وكانت قيمة أحدهم خمسين وقيمة الآخر ثلاثين، وقيمة الآخر عشرين، فأحضروا ستين ديناراً وزنوها، فقال من قيمة عشرون أنا عتقت لأنني قد أديت عشرين وهي حصتي لأن الستين التي أدينا هي بيننا أثلاثاً، وقال الآخرون: إنما أدينا على قيمنا فلم يعنى واحدٌ منا، قال الشافعى، فالقول قول من قال: أدينا بالسوية لأن الظاهر أنه في أيديهم أثلاثاً حين وزنوه وسلموه، فإن قيل: إذا كان المال الذي حملوه سبعين ديناراً يجب أن لا يقبلوا قول من قلت قيمة أنه على عدد الرؤوس لأنه حصته أكثر مما عليه، قلنا: قال أبو إسحق: يجوز أن يكون حمله ليؤدي الزيادة على أصحابه، وقال الماسرجى يجوز أن يكون حمل أكثر مما عليه حتى إن زيف

شيء منها بدلَهُ، [٥٤/ب] ولا ينصرفُ إلَّا حِرَاءً. ومن أصحابنا من قال: صورة المسألة أنه كاتبهم على مائة وقيمة أحدهم مائة وقيمة كل واحدٍ من الآخرين خمسون فأدوا مائة، ثم اختلفوا، فقال من كثُرت قيمة أدinyaها على قدر ما علينا فأدِيتُ أنا النصف وأنتما النصف فعتقدنا، وقال: من قلت قيمته بل أدinyaها أثلاثاً فأدinyaها بأكثَر مما علينا لترجع بها عليك أو وديعة عند سيدنا، قال الشافعِي: هنا القول قول من قلت قيمته، وقال في موضع آخر القول من كثُرت قيمة، واختلف أصحابنا فيه على طريقين، أحدهما: المسألة على قولين: أحدهما: القول قول من كثُرت قيمة لأن الظاهر معه لأن من عليه قدر من المال لا يؤدي إلى سيده أكثر منه فرجحت بذلك دعواه، والثاني: القول قول من قلت قيمته لأن يد كل واحدٍ منهم على ثلثة فكان القول قوله فيه.

قال أبو إسحق: وهذا كما أن ثلاثة اشتروا من رجلٍ عبداً بمائة دينارٍ، اشتري أحدهما نصفه والآخر نصفه وسلموا إليه مائة دينار، وقالوا: هذه وديعة عندك لتدفع إليك الثمن منها، ثم اختلفوا فقال: من قال ما عليه هي بينما أثلاثاً كان القول قوله. وقال الشيخ أبو حامد: هذا ضعيف لأن هذه وديعة وهبها دفعوه بما عليهم. قال: وأما ما احتاج به القائل الأول، فلا يصح لأن اليَد أقوى من هذا الظاهر، ألا ترى أنه لو اختلف العطار والدجاج في آلة العطِّر وهي في يد الدجاج كان القول قوله [٥٥/أ].

والطريق الثاني: المسألتان على اختلاف حالين، فالموقع الذي قال القول قول من قلت قيمة إذا كان المدفوع دون ما عليهم يشتركون في أدائه لأن الشافعِي فرضها في «الأم» إذا أدوا ستين ديناراً.

والموقع الذي قال القول قول من كثُرت قيمة أراد إذا كان المدفوع جميع ما عليهم لأن الظاهر أنهم أدوا ما عليهم، قال أبو حامد: هذا تخرِيج ملِيج إلا أنه مخالف لنص الشافعِي لأنَّه نص على أن القول قول من قلت قيمة إذا أدوا مائة دينار أو ستين، قال أصحابنا: وهكذا الحكم في كل شريكتين اشتريا جمِيعاً وثبت الثمن عليهم على الاختلاف فأدِيتا ما عليهما، ثم اختلفا، فقال أحدهما: أدِيتا على التفاضل، وقال الآخر: أدِيتا على العدد، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إن كان الاختلاف في نجم سوي النجم الأخير، فالقول قول من يقول: أدِيتا على العدد فإنه قد يؤدي زيادة ليحتسب به في النجم الثاني، وكذا في النجم الأخير إذا أدى الذي قال: أدِيتا على العدد قدرأ يتم به نجمة، ولا يبقى زيادة، والآخر يقول: أدِيتا على القيمة، فالقول قول من يقول: أدِيتا على العدد وإن أدوا في النجم الأخير، وقال الذي قال: أدِيتا على العدد، إني أديت أكثر مما على لا يسترد البعض، وقال الآخرون: بل أدِيتا على القيمة وكل واحدٍ من أدى القدر الذي عليه، فالظاهر

مع هؤلاء الذين يقولون: أدينا على القيمة، فالقول قولهم.

مسائلة: قال: ولو أدى أحدهم عن غيره [٥٥/ب] كان له الرجوع.

الفصل

جملةً هذا أنه إذا أدى مكاتب عن مكاتب فلا يخلو، إما أن يكونا مكاتبِيَّاً رجل أو مكاتبِيَّاً رجلاً، فإن كانا لرجل واحد لم يدخل إما أن يؤدي عنه قبل العتق أو بعده، فإن كان قبل العتق، فإن كان ذلك بغير علم السيد لم يصح الأداء لأنَّه إن فعل ذلك بغير إذن المؤدي عنه فهو هبة وإن كان فعله بإذنه، فهو قرض، والمكاتب لا يملك هبة المال ولا الإفراط بغير إذن السيد، وإن أدى بعلم السيد فعمله يجري مجرى إذنه ففيه قولان، كما لو ذهب شيئاً بإذن سيده إذا أقرضه بإذنه، فإن قلنا: لا يصح، قال الشافعي كان له الرجوع وأراد به أنَّ له أن يرجع على السيد بذلك فيسترجعه. قال أبو إسحق: ولو سأَلَ السيد أن يحتسب له من نجومه كان عليه أن يفعله ثم يطالب السيد المؤدي عنه، وإن لم يسأل السيد ذلك، ولكن عليه النجم احتسب السيد منه.

وإن لم يسترجع ذلك حتى أدى ما عليه وعُنق فهل له أن يسترجع؟ ظاهر كلام الشافعى أنه لا يسترجع لأنه لم تصح هبته وإقراره لنقصانه، فلما عُنق وصار حراً كاملاً صح ذلك منه، وقال أبو إسحق: العلة فيه أنه إذا عُنق وهو كاف عن المطالبة فقد صح الأداء عن من أدى عنه من الآن، وكانت الاستدامة في ذلك بمنزلة ابتداء الأداء، ومن أصحابنا من قال: له الاسترجاع أيضاً لأن ذلك وقع فاسداً في الأصل فلا يصح بعد ذلك. وقال القفال: فيه وجهان، أصلهما: أن تصرف الممحور عليه لحق الغير [١/٥٦] باطل أو موقف كتصرف المقلisy حتى إذا أطلق الحجر ينفذ؟ فيه قولان. وقيل: نص الشافعى ههنا أنه لا يسترجع ونص إذا عفا المكاتب سيده عن أرش الجنابة عليه لا يصح وله الرجوع عليه وإن عُنق نفذ، ولا فرق بينهما على قولين، فإذا قلنا: بالأول ينظر فيه، فإن كان أدى عنهم على أن يرجع عليهم كان له الرجوع بما أدى عنهم، فإن كانوا قد عتقوا طالبهم كما يطالب الأحرار بما عليهم من الديون، وإن كانوا لم يعتقوا، فهو بمنزلة الدين الذي يجب على المكاتب، فيقال له: إن عليك ديناً كهذا ونجمون الكتابة للسيد فإن أمكنك أداهـما جـمـيـعاً، فـأـدـ كـلـيـهـما، وإن لم يـمـكـنـكـ ذلكـ، فالـدـيـنـ مـقـدـمـ عـلـىـ النـجـومـ لـأـنـ الدـيـنـ لـازـمـ وـالـكـتـابـ لـيـسـ بـلـازـمـةـ، وـيـمـكـنـ السـيـدـ الرـجـوعـ إـلـىـ رـقـبـتـهـ مـنـ حـقـهـ بـخـلـافـ صـاحـبـ الدـيـنـ، فيـقـالـ لـلـسـيـدـ: إـنـ رـضـيـتـ الصـبـرـ حـتـىـ يـقـضـيـ الدـيـنـ ثـمـ يـكـتـبـ لـكـ، إـلـاـ عـجـزـنـاـهـ لـصـاحـبـ الدـيـنـ، فـإـذـاـ عـجـزـ دـفـعـ إـلـىـ مـنـ أـدـىـ عـنـهـ مـاـ وـجـدـ فـيـ يـدـوـيـ ثـمـ يـبـاعـ مـنـ رـقـبـتـهـ بـقـدـرـ مـاـ بـقـىـ، هـكـذـاـ ذـكـرـهـ الـقـاضـيـ الطـبـرـيـ وـرـبـماـ أـرـادـ بـهـ إـذـاـ

كان الدين دين الجنائية ولا يتحمل غيره.

وإن كان الأداء عنهم بعد عتقه فالأداء يصح لأنه حر يصح منه قضاء دين الغير، ثم ينظر فإن كان أدى بغير إذنه لم يرجع وإن كان بإذنه، فالحكم على ما ذكرنا.

وإن كان المكاتبان رجلين فأدى أحدهما عن الآخر فإن كان ذلك بعد العتق صح الأداء والحكم فيه على ما مضى، وإن كان قبل العتق لم يصح سواه كان بإذن المكاتب الآخر، أو بغير إذنه لأنه يكون هبة وقرضا [٥٦/ب] لا بإذن السيد، فلم يصح، ولا فرق بين أن يكون بعلم السيد أو بغير علمه، ويفارق هذا إذا كانا لواحد لأن المال إذا حصل في يد السيد وعلم به قام بذلك مقام إذنه وهما يحصل المال في يد غير السيد فيكون هبة وقرضا بغير إذنه، وإن كان ذلك الأداء بإذن سيده فيه قوله، وقال القفال: إن أدى بإذن السيد والمؤدي عنه فجائز لأن إقراضه بإذن السيد جائز قوله واحداً، وإن كان بإذن السيد لا بإذن المؤدي عنه، ففيه قوله، لأن هبة بإذن السيد، وهذا أحسن، ولكن ما تقدم أصح عندي، وقال في «الحاوي»: الصورة الأولى إذا أدى أحدهم عن صاحبه بإذنه ليرجع به كالقرض، وجوزنا لم يخل حال المؤدي، والمؤدي عنه من أربعة أحوال، أحدها: أن يعجز فريا فلا رجوع للمؤدي بما أدى لا على سيدو، ولا على المؤدي عنه لأنه لا يثبت للسيد على عبده مال، ولا لعده على سيده، والثانية: أن يؤديه فيعتقا فللمؤدي أن يرجع على المؤدي عنه بعد عتقه بما أداه. والثالثة: أن يعتق المؤدي عنه ويبقى المؤدي على الرق، فينظر في عتق المؤدي عنه فإن كان بغير ما افترضه المؤدي نفذ عتقه، وكان المال المؤدي عنه ديناً للسيد عليه وإن كان عتقه بما افترضه المؤدي فيه وجهان خرجهما صاحب «الإفصاح» أحدهما: أن عتق المؤدي عنه قد نفذ ورق المؤدي قد استر ويكون الأداء ديناً للسيد يرجع به على المعتق اعتباراً بحكم الأداء والعجز، والثاني: [٥٧/أ] لا يعتق المؤدي عنه بذلك ويحتسب به للمؤدي فإن كان بقدر الباقى عليه من كتابته عتق به وأعيد المؤدي عنه إلى رقه وإن كان أهلاً أعيداً معه إلى الرق اعتباراً بحال الكسب، والرابعة: أن يعتق المؤدي عنه وهو على رقه فللمؤدي عنه ثلاثة أحوال، أحدها: أن يكون في يده ما يفي بمال الكتابة وبدل ما افترض فيؤديهما ويتحرر، والثاني: أن يعجز عن باقي الكتابة وعن القرض جمياً فللسيده أن يعيده إلى رقه ويكون قرض المؤدي في ذمة العبد إذا عتق وأيسر رجع به عليه، والثالثة: أن يكون في يده ما يصرف في أحدهما: إما في عتقه أو في قرضيه فيقال للمؤدي انتظره بفرضك حتى يؤدي ما بيده في قرضه فإن أجاب فعل ذلك وإن امتنع قبل للسيده: انتظره بنفسه حتى يؤدي ما بيده في قرضه فإن أجاب فعل ذلك، وإن امتنع وتنازعاً فالمؤدي للقرض أولى به على ما ذكرنا وهذا ترتيب حسن.

مَسْأَلَةٌ: قَالَ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَحَمَّلَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ.

يعني إذا كاتب ثلاثة عبد على ما ذكرنا لا يصير بعضهم ضامناً عن بعض خلافاً لمالك وأبي حنيفة، فانفرد مالك بأن قال: إذا قعد بعض العبيد عن الاكتساب والأداء كان للثاني: إجباره على ذلك وإلزامه للاكتساب والأداء وقال أيضاً: إذا أعتق السيد واحداً منهم نظر فإن أعتق من لا كسب له جاز لأنه لا يضر على الباقيين وإن أعتق من له كسب لم يجز لأن على الباقيين ضرراً فيه وهذا غلط لأنها معاوضة مطلقة، فلم يلزم كل واحد منهم إلا قدر ما يخصه من العوض كما في البيع، ولو شرط عليهم في العقد [٥٧/ب] أن كُلَّ واحد منهم ضامن عن الباقيين كانت الكتابة فاسدةً خلافاً لمالك وأبي حنيفة، وهذا ليس بلازم ولا إلى التزوم، فلا يصح ضمانه وأيضاً لا يجوز لضمان من المكاتب لأنه لا يصح أن يضمن عن حر ولا عن مكاتب ليس معه في عقد كتابته، فلا يصح هذا الضمان أيضاً، ثم قال الشافعى رضي الله عنه ولا يجوز أن يتحمل مال الكتابة حر لأن الضمان لا يجوز إلا في اللازم، وقال الكتابة غير لازم لأن له أن يزيله عن نفسه، أي وقت شاء ولو شرط ذلك في عقد الكتابة فسد لأن الكتابة تفسد إذا شرط فيها شرط فاسد، قال أبو إسحاق: وكذلك لو كاتب عبد على أن يضمن عنه رجل بعينه حر كانت الكتابة فاسدة.

مَسْأَلَةٌ: قَالَ: وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدًا كِتَابَةً فَاسِدَةً.

الفَضْلُ

اعلم أن العتق المعلق بالصفات على ثلاثة أضرب عتق معلق بصفة مخصوصة لا مدخل للعوض فيها، كقوله: إن دخلت الدار فأنت حر، وإن كلمت زيداً فأنت حر ونحو ذلك. وفي هذا المعنى إذا قال: إن أعطيني فأنت حر فإن هذا وإن دخله عوض إلا أن المغلب فيه حكم الصفة فلهذه الصفة ستة أحكام، أحدها: أن تقع لازمة لا سبيل للعبد ولا للسيد إلى فسخها بحال ولا أن يتفقا على فسخها لأنها عقدت وعلق بها العتق، وهو حق الله تعالى فلزمت.

والثاني: أن السيد لو أبدأه عن المال الذي علق عتقه به لم يعتق لأنه علق بأداء المال، وفي الإبراء لم يوجد الأداء.

والثالث: [٥٨/أ] إذا مات السيد بطلت الصفة لأن إطلاق الصفات يقتضي وجودها في حال الحياة.

والرابع: إن كسب العبد قبل أداء المال يكون لسيده لأنه باقى على ملكه، ولم يوجد ما

يقطع تصرفه.

والخامس: أنه إذا أدى المال عتق لوجود الصفة وما في يده من فضل الكسب لسيده كما أن لمثل الكسب كان لسيده.

والسادس: لا يثبت بين سيده وبينه تراجع لأنه لم يثبت جهته يثبت بينهما التراجع.

والضرب الثاني: عتق معلم بصفة وعوض والمغلب فيه حكم العوض وهو الكتابة الصحيحة، فالمعاوضة لا بد من ذكرها، وهو قوله: كاتبتك على كذا أو الصفة لا بد من ذكرها باللسان أو ينويها يقلبه على ما ذكرنا. وإنما علينا حكم العوض هنا لأنه لو كان المغلب للصفة لاحتاج إلى ذكرها كما في القسم قبله ولا يعتبر ذلك بل تكفي النية بالقلب، ويتعلق بهذا أيضاً ستة أحكام، أحدها: أنها تقع لازمة من جهة السيد لا سبيل له إلى فسخها لأنها معاوضة كالبيع، فاما العبد فليس له فسخ العقد ولكن له أن يمتنع من الأداء متى شاء ثم يكون للسيد الفسخ، وإن اتفق السيد والعبد على فسخ الكتابة جاز، ويكون ذلك بمنزلة الإقالة في البيع ويلزم ذلك.

والثاني: أن السيد لو أبراً من مال الكتابة عتق كالبائع إذا أبراً المشتري عن الثمن صح ويرثت ذمته وملك المبيع تماماً.

والثالث: إذا مات السيد لا تبطل بل يؤدي المال إلى ورثته ويعتق كالبيع.

والرابع: إن كسب العبد قبل الأداء يكون له لا لسيده لأن عقد مع سيده عن التصرفات فيه وأخذ كسبه فهو كما لو باع العبد، كان الكسب للمشتري [٥٨/ب].

والخامس: أن المكاتب إذا أدى المال عتق ولا تراجع.

والسادس: إذا أدى ما عليه وعتق ويقي فضل الكسب في يده فهو له ملكاً تماماً.

والضرب الثالث: عتق معلم بصفة وعوض والمغلب فيه حكم الصفة، وهو الكتابة الفاسدة ولهذه الصفة ستة أحكام ستة، أحدها: أنها تقع غير لازمة من جهة السيد، وله أن يرجع فيها متى شاء لأن التزمها بشرط أن يحصل له العوض المشروط، فإذا لم يحصل كان له الرجوع ويفارق الصفة الأولى لأنها صفة محضة التزمها بمجردتها فلزمته، ثم إذا ثبت أن الصفة لا تلزم له أن يفسخها بنفسه وله أن يرفعها إلى الحاكم حتى يفسخ الحاكم كما لو وجد عيباً بما اشتري له الفسخ بنفسه وله المراجعة إلى الحاكم حتى يفسخ. قال الشافعى: وأشهد على ذلك ولم يرد به أن الشهادة شرط وإنما أراد أنه يشهد عليه حتى يثبت أنه قد رجع فلا يمكن العبد جحود ذلك لأنهما لو اختلفا في الرجوع، ولم يكن مع السيد بيته كان

القول قول العبد لأن الأصل أن لا رجوع.

فرع

إذا قال أبطلْت كتابة عبدي أو فسختها يجوز بمشهد العَبْد وغيبته ولو نوى إبطالها لا بطل، وإذا رفعها إلى الحاكم لم يكن له إبطالها إلا بعد ثبوت فسادها ومَسَأَلَةُ السيد، فإذا سأَلَ له إبطالها عليه، ولو سأَلَ المكاتب من الحاكم الإبطال لم يكن للحاكم إجابة إليه لأنَّه حق مختص بالسيد لا يملكه المكاتب وإنما يملك هو الامتناع من الأداء على ما ذكرنا [١/٥٩].

والثاني: أن السيد إذا أبْرَأَه لم يعتق.

والثالث: إذا مات السيد بطلت هذه الكتابة على ما ذكرنا خلافاً لأبي حنيفة وأحمد.

والرابع: أن الكسب للمكاتب لأن الكتابة الفاسدة كالصحيحة في وقوع العتق فيها بالأداء، فحصل له المعقود عليه وهو العتق فتبعه ملك الكسب.

والخامس: أن العَبْد إذا أدى المُشَرَّط عتق لوجود الصفة وإن فضل في يديه كسبٌ كان له لأن الأصل الكسب له ولا فرق بين أن يكون فساد الكتابة بشرط مجهول أو بعوضٍ فاسدٍ من الخمر والخنزير والميّة والدم. وقال أبو حنيفة: إن كانت بالميّة أو الدم لا يحصل العتق بالأداء لأنهما ليسا بمالٍ يخالف الخمر والخنزير فإنهما مالاً لأهل الذمة. وهذا على أصله أن البيع بالميّة والدم باطل وبالخمر والخنزير فاسد يحصل الملك فيه عند القبض.

والسادس: أنه يثبت الترَاجُعُ فيها بين العَبْد وبين السيد فيستحق السيد على عنده قيمة رقبته وتجب القيمة من غالبٍ نقد البلد ويستحق العَبْد على السيد ما دفعه إليه من الكسب، ثم إن كان أحد الحقين من غير جنس الآخر لم يتناصا بل يقبض كل واحدٍ منهما من صاحبه ما له عليه لأن التناص لا يثبت في الجنسين كالحالة لا تكون في الجنسين وإن كان أحدهما من جنس الآخر، فإن كان غير الدرهم والدنانير لم يحصل فيه التناص وإن كان من الدرهم أو الدنانير فهل يتناصان فيه؟ أربعة أقوال، وهكذا الحكم في دينين من جنس واحد هل يحصل بينهما التناص فيه هذه الأقوال؟ أحدها: يتناصان [٥٩/ب] من غير تراضٍ.

والثاني: لا يتناصان إلا بالتراضي.

والثالث: يتناصان إذا رضي أحدهما.

والرابع: لا يحصل التناص بذلك وإن تراضياً لأنَّه يكون بيع دين بدين، ولأنَّه لما لم

يُصْحِح ذلك في غير النقود من العروض كذلك في النقود، فإذا قلنا: يحصل التناص لهما بالتراصي أو غير التراصي فإن تساوي الحقان سقط أحدهما بالآخر وإن تفاضلا سقط بقدر ما يتساوبان فيه، ويرجع صاحب الفضل بالفضل، وإن قلنا: لا يحصل التناص فلا يحتاج إلى القبض من الجانبين معاً بل يكفي أن يقبض أحدهما، ثم يرد ما قبضه إلى صاحبه، فإن قيل: ما الفرق بين الحقيقين من جنس الأثمان وغير الأثمان في حكم التناص؟ قلنا: قال أبو حامد: الفرق أن ما عدا الأثمان يطلب فيه المعاينة لوجود الاختلاف فيها وقل ما يتساوبا والأثمان متساوية يُطلب فيها المعاينة.

ومن أحكام الكتابة الفاسدة أن تسقط بها نفقة عن السيد وتكون الجنائية مضمونة على السيد في كسبه.

والتفوييم فيه يكون حين وقوع العتق بخلاف التقويم في الكتابة الصحيحة إذا احتجنا إلى قسم العوض بين العبيد فإننا نقومهم حين العقد لأنه وقت الحيلولة بينهم وبين السيد، وهنالك الحيلولة حصلت بالعتق، وقيل: لهذه الصفة ثمانية أحكام وعد هذه الأحكام فيها.

فرع آخر

لو أخذ المكاتب في الكتابة الفاسدة من سهم الزكاة وأدأ عتق، وقال في «الأم»: استرجع من السيد ولم يعتق به لأن فسادها [٦٠/١] يخرجه من حكم الرقاب، قال صاحب «الحاوي»: والذي أداء أنه لا يسترجع منه لأنه يجري على حكم فسادها في ملك الاكتساب ووقوع العتق به حكم الصحة فكذلك في سهم الرقاب.

مَسَالَة: قال: ولَوْ لَمْ يَمِتْ السَّيْدُ، وَلَكُنْ حَجَرًا عَلَيْهِ أَوْ غَلَبًا عَلَى عَقْلِهِ فَأَدَاهَا مِنْهُ قُبْلَتْ وَلَمْ يَعْتَقْ.

وقد ذكرنا أن الكتابة الفاسدة تبطل بموت السيد ولو لم يمت ولكنه جن أو حجر عليه بطلت الكتابة أيضاً لأن عقد جائز في حقه والعقود الجائزة تبطل بالجنون والحجر كالوكالة وغيرها، معنى قولنا: عقد جائز أن له أن يفسخه.

ولأن قبضه ليس ب صحيح، فلا يحصل الوصف، ولو جن العبد لا تبطل هذه الكتابة لأن الجنون كالحجر فإن كل ما يبطل بالجنون يبطل بالحجر وما لا يبطل الجنون لا يبطل بالحجر والعبد محجور عليه أبداً، فلو بطلت الكتابة بالجنون لوجب أن لا تصح كتابة العبد أبداً، وهذا ضعيف لأن قوله صحيح قبل الجنون والعلة الصحيحة فيه أن العبد لا يملك إبطال الصفة وإنما له أن يعجز نفسه، فيفسخ السيد إن اختار كما في الكتابة الصحيحة، وإذا

كان لا يملك الفسخ لا يفسخ بجنونه، وقيل: لا تبطل بالحجر فإذا أدى إلى وليه عتق.

مسئلة: قال: ولو كان العبد مخولاً عتق بأداء مال الكتابة، ولا يرجع أحدهما على الآخر بشيء^(١).

في هذا الفصل مسائل، إحداها: أن يكاتبه كتابة صحيحة، وهو عاقل ثم جن المكاتب فلم تبطل الكتابة، فإذا أدى المال إلى سيده عتق لا لأن الأداء يصح منه ولكن لأن السيد لم يستحق المال، فإذا حصل في يده ما يستحقه كان له أخذة بحقه، فإذا أخذه بزئنة العبد من المال [٦٠/ب] وعنت، ولا تراجع لأن الكتابة الصحيحة لا تقتضي ثبوت التراجع.

والثانية: أن يكتب عبداً عاقلاً كتابة فاسدة ثم جن العبد فلم تبطل بجنونه أيضاً، فإذا أدى المال عتق بوجود الصفة وثبت لهما التراجع لأن عقد الكتابة اقتضى لزوم الضمان للعبد وثبوت التراجع بينه وبين السيد فلم يبطل ذلك بالجنون كما لو أدى المال في حال إفاقته.

والثالثة: إذا كاتب عبداً مجنوناً، فالكتابة فاسدة فإن أدى المال عتق بوجود الصفة وهل يثبت بينهما التراجع؟ نقل المزني أنه لا يثبت ونقل الريبي عن «الأم» أنهم يتراجعون. واختلف أصحابنا في المسألة على طريق، أحدها: قال ابن سريج: الصحيح ما نقله الريبي لأنه يعتق بكتابه فاسدة، فلا بد من التراجع، وما نقله المزني كان في الأصل ويرجع أحدهما على الآخر فزاد الناقل لا بالغلط، وقال أبو إسحاق: الصحيح ما نقله المزني أنه لا تراجع لأن التراجع إنما يكون في عقد فاسد يقتضي الضمان والعقد مع المجنون ليس بعقد، ولا هو من أهل الضمان فصار كما لو كاتب شيئاً فادى المال وعنت لا يثبت التراجع وأما التأويل الذي ذكره ابن سريج، فلا يصح لمعنى، أحدهما: أنه لو أراد التراجع لقال، ولا يتراجعون ولا يحتاج إلى أن يقولوا ويرجع كل واحداً منهم، والثاني: أنه قال بشيء ولا يصح أن يقول ويرجع كل واحداً منهم على صاحبه بشيء، وقيل: قال أبو إسحاق: ما نقل الريبي أراد إذا عقد معه وهو عاقل ثم جن ولفظه في «الأم»، ولو خبل المكاتب فأدّها إلى سيده عتق ونصب الحاكم أميناً، [٦١/أ] ويتراجعون كما لو كان العقد صحيحاً يرجع لأن كتابة المخرب كتابة فاسدة، ولم يرد به أنه يثبت له أحكام الفاسد مع العاقل في التراجع إذا كاتبه وهو مجنون، والذي نقل المزني أراد الله إذا كاتبه وهو مجنون. والفرق ما ذكرنا، وهذه الطريقة أصح، وقال القاضي أبو حامد من أصحابنا من قال: فيه قولان. قال القفال:

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/١٧٣).

والفرق بينه وبين الصبي أن المجنون عارض فهو كعارض شرط فاسد بخلاف الصبي، ومن أصحابنا من سوّى بين الصبي والمجنون في التراجع.

فرعٌ

لو دفع المال إلى سيدة في حال جنون السيد في الكتابة الصحيحة لا يعتق به لأنه لا حكم لقبضه، ثم إذا دفع مرّة أخرى إلى الولي عتق ثم إن وجد عين ماله في يد السيد استرد، وإن كان قد أتلف لا يرجع عليه بضمائه أبداً ذكره الفقائق.

مَسَأَلَة: قال: ولو كاتبَة كتابة صحيحة، فمات السيد ولو وارثان.

الفصلُ

قال أصحابنا: قال الشافعي: ولو كاتبه كتابة صحيحة إذ لو عرفنا ذلك ما قبلنا قول من يقول لم يكتب، وإنما قال لو ماتَ رجل وخلف ابنيْن وعبداً فادعى العبد أن أبياهما كاتبه فصدقه أحد الابنِيْن.

واعلم أن الشافعي ذكر في «الأم» مسألتين، نقل المزني الثانية، وترك الأولى لسهولتها فالأولى ما ذكرنا من الصورة، ولكن الاثنان كلاهما، فالقول قولهما لأن الأصل عدم الكتابة ويكون يمينهما على نفي العلم لأنه يمين على فعل الغير فإن حلفاً براء وإن نكلاً عن اليمين ردت اليمين على العبد، فإذا حلف بحكم بصحّة الكتابة [٦١/ب].

والثانية: أن يصدقه أحدهما وينكر الآخر فإن قرار المقر مقبول ويصير نصيحة مكاتبًا لأنه أقرّ بما يضره فقبل إقراره فيه ثم ينظر فإن كان عدلاً وشهادـ مع شاهد آخر عدل حكم بشهادتهما وثبتت الكتابة، وإن لم يكن عدلاً ولم يشهد شاهد آخر لا يجوز أن يحلـ العبد معه لأنه لا يدخل فيها الشاهـد واليمين لأن المقصود العتق دون المال ويكون القول قول الابن المنكر، فيحلف أنه لم يعلم ذلك فإن حلف بريء وإن نكل عن اليمين ردت اليمين، فإن حلف العبد ثبتت الكتابة، فإن نكل بطلت الكتابة في حقه وثبتت في حق المقرـ.

فإن قيل: جعلتم نصفه مكاتبـاً بغير إذن شريـكه وذلك خلاف قول الشافعي رضي الله عنه، قلنا: هنا لم تقع الكتابة في الأصل مُحضـة بل أقرـ أن أبياه كاتبه جملـة، ولكن بطلت في نصفه لإنكار الابن الآخر، فلم يوجب ذلك بطلانها في الباقي، فهو بخلاف ما لو كاتب نصفـه ابـداءً قصـداً إلى الإـضرار بـشـريكـه.

وأيـضاً فإنـ هنا ضـرورة فـهـو كما لو أوصـى أنـ يـكـاتـب عـبـده عـنـه فـلـم يـخـرـج مـنـ الثـلـثـ

كتابنا بعضه للضرورة.

فإذا تقرر هذا نظر فيه فإن اتفقا على المهايأة خدمة يوماً، واكتسب نفسه يوماً، وإن لم يتفقا على المهايأة لا يجبر عندهما عليها خلافاً لأبي حنيفة.

ثم ينظر فإن عجز نفسه استرقه السيد وما في يده من الكسب يكون له لأن السيد الآخر كان يأخذ كسبه في كل يوم فهذا الباقي حق لهذا الشريك.

وفرع الشافعي على هذا، فقال: إذا وجد في يد المكاتب كسبٌ فاختلَفَ السيدانُ فيه، [٦٢/أ] فقال المكذبُ: كان اكتسبَه قبل عقد الكتابة فهيمَوَيْنَا، وقال الآخرُ: بل اكتسبَه بعد عقد الكتابة، فهو لي، فالقول قولُ المصدق لأنهما يختلفان في حدوث الكسب قبل الكتابة والأصل أن لا حدوث حتى يعلم ذلك وإن أدى المكاتب ذلك عتق بالأداء وما فضل من الكسب، فهو له ولا يقوم باقيه على الابن المصدق ولا على الميت. أما الابن فلأن التقويم إنما يكون على من باشر العتق أو تسبب إليه وهذا أخبر أن أباه كاتبه وأنه تسبب إلى عتقه، وأما الميت فقد زال ملكه بالموت فهو بمنزلة المُعسَر وهذا كما نقول إذا ترك ابني وعبداً فادعى العبد أن أباهما عتقه فأقر أحد الابنين وأنكر الآخر عتق نصيب أحدهما، وكان ولاءه لأبيه، ولا يقوم عليه.

ولو بادر المصدق فأعْتَقَ نصيبيه أو أبْرَأَهُ ثُمَّ نجومه فعُتِقَ فهل يقوم عليه نصيب أخيه فيه وجهان، أحدهما: لا يقوم لأنَّه يعْتَقُ على أبيه دونه ولهذا نقول الولاء يثبت له، والثاني: يقوم عليه لأنَّه يضرُّ بشريكه بتقديمه العتق، والأول أصلح فإذا عتق هذا النصف بالأداء وثبت عليه الولاء ولمن يكون هذا الولاء فيه وجهان، أحدهما: يثبت للميت ويتَّقدِّل إلى ابنيه لأنَّه عتق بسبِّيْبَ كَانَ مِنْهُ وَهُوَ عَقْدُ الْكِتَابَةِ . والثاني: يثبت للابن المصدق لأنَّ المثكَرَ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ مِنَ الْعَتْقِ وَالْوَلَاءِ، فإذا قلنا: الولاء بينهما فمات دفع إلى الابن المصدق نصف المال ويُرْفَقُ نصيبيُّ المكذب إلى أن يقرَّ به، [٦٢/ب] فيدفعُ إليه، ولو شهدَ مع المصدق شاهدٌ آخرٌ وهو عدلان وحكمنا بكتابه جميعه خلينا كسبهُ فيؤدي إلى الابن المقرَّ نصف مال الكتابة وفي النصف الآخر وجهان، أحدهما: يدفعُ إلى الابن المثكَر، والثاني: يكون بمنزلة ما لو أقرَّ لإنسانٍ وهو يجحدُ.

مَسْأَلَةٌ: قال: ولو ورثا مكاتبَا، فأعْتَقَ أحدهُمَا نصيبيَّه فهو بريءٌ من نصيبيه من الكتابة.

الفَصْلُ

جُملةُ هذا إذا كاتب عبداً ثم مات السيدُ وتركَ ابنيَن لا تنفسخ الكتابة بموته لأنَّها لازمةٌ

من جهة السيد ويقوم ابناؤ مقامه كما يقومان في سائر حقوقه فإذا أدى المكاتب المال إليهما عتق، وكذلك إذا أعتقاه أو أبناءه معاً يعتق ويثبت الولاء عليه للسيد ينتقل إلى عصبه وهم إبناء وإن عجز نفسه استرقاء وما أخذاه من الكسب وما يجداه في يده يكون لهما، فإن أدى فهل يعتق فعلى ما سنبين إن شاء الله تعالى، وإن أعتقه أحدهما عتق أحدهما بلا خلاف وكذلك لو أبناء أحدهما عن نفسه من المال عتق نصيبيه عندنا. وقال أبو حنيفة لا يعتق حتى يبرأة الآخر، أو يستوفي نصيبيه، واحتج بما لو أبناء السيد عن نصف النجوم لا يعتق منه شيء، وهذا لا يصح لأنه أبناء من جميع ما استحقه عليه من مال الكتابة فوجب أن يلحقه العتق كما لو أبناء سيده من كل النجوم وبهذا فارق ما احتجوا به. وأيضاً فإن اعتقه إيه إبراء عن المال الذي له في ذمته، فإنه لا يستحق عليه غير ذلك والحرية تقع من جهة الأب، ولو أعتق نصيبيه عتق وكذلك إذا أبناء عن قدر نصيبيه [٦٣/أ].

إذا تقرر هذا وعтик نصيبيه فهل يقوم عليه نصيب شريكه؟ فيه قولان، أحدهما: لا يقوم نقله المزنئ في «جامعه الكبير» واختاره، ونقله إلى «المختصر» في آخر الباب الذي بعد هذا الباب ونصره بأن قال: العتق عن أبيه بدليل أن الولاء له. قال أبو إسحق لا يختلف قول الشافعى في الولاء لأنه لأبيهما فوجب أن لا يقوم عليه، والقول الثاني يقوم عليه إن كان موسراً، قال أبو حامد: وهذا أصح لأنه كان يمكنه أن لا يبرأ، ولا يعتق حتى يعتق الجميع أو يعجز الجميع، فلما عجل العتق قبل الأداء إلى شريكه كان ذلك منه جنائية أدت إلى تبعيض حريته فوجب التقويم عليه. وأما فصل الولاء فلا يدل على عدم التقويم لأنه قد يقع العتق والولاء لشخص ويكون التقويم على غيره لأن أحد الشركين لو قال لصاحبه أعتق نصيبيك على أقرب، فأعتقه فإنه يسري إلى نصيب شريكه ويكون العتق عن السائل والولاء له والتقويم على المبادر للعтик، وكذلك لو قال أجنبي لأحدهما: أعتق نصيبيك عنى على ألف، فأعتقه فإنه يكون ولاءه للأجنبي، ويقوم على الشريك المعتق لأنه أعتقه.

وقال بعض أصحابنا: في الولاء وجهان ذكره الفقائِل وغيره. وقال ابن أبي أحمد في «المفتاح» فيه قولان، أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: أنه لمن أعتق على حكم الكتابة وما ذكره أبو إسحق أصح، فإذا قلنا: يقوم. قال في «المختصر»: يقوم عليه إن عجز إذا كان موسراً، أو هذا يقتضي أن لا يقوم في الحال. وهذا اختيار أبي إسحق لأن عقد الكتابة تقدم [٦٣/ب] على السراية وفي التقويم فسخ العقد وإسقاط حق الأب من الولاء فلم يقوم ما دام العبد مقيماً على عقده، فإذا عجز نفسه ورجع إلى ملك صاحبه سرت الحرية حينئذ ويقوم على المعتق، ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر يقوم في الحال عليه ولا يتطرق عجزه لأنه إذا اجتمع للعبد الحرية من جهتين بُدئ بـأجلهما، والأول أشبأ بالذهب وهذا القولان

مبنيان على أصلٍ، وهو أن العبد بين شريكين إذا كاتباه، ثم أعتق أحدهما نصيبيه، أو أبرأه بقومٍ عليه نصيب شريكه قولهً واحداً لأن الذي أعتق هو المعتق لا محالة إما بعقد كتابته، أو باعتاقه بخلاف أحد الوارثين في أحد القولين، ولكن متى يقُولُ؟ فيه قولان، أحدهما: يقوم في الحال، والثاني: ينتظر تقويمه إلى حال الأداء فإن استغنى عن التقويم بأن التقويم بأن أدى والإقام حيئته، ومن أصحابنا من قال: يقوم هنا عاجلاً قولهً واحداً، ومن أصحابنا من قال: يقوم هنا بعد العجز قولهً واحداً بخلاف مسألة الشريكين لأن أحد الوارثين ليس بمعتق فلا يبطل عقد الكتابة وأحد الشريكين معتق فحصل ثلاثة طرق. والصحيح الطريقة الأولى، والطريقة الثالثة أقرب من الطريقة الثانية، وكلاهما لا يصح، فإذا قلنا: لا يقوم عليه أصلاً ينظر فإن أدى ما عليه من مال الكتابة عتق الولاء بينهما، وكذلك إن أعتقه الآخر أو أبرأه أيضاً، وإن عجز نفسه استرقة وأعاده إلى ملكه فيكون نصفه مملوكاً لهذا الابن الآخر والنصف الآخر قد عتق باعتاق الابن الآخر فلم يكُن الولاء وجهان على ما ذكرنا، [٦٤/١٢] وإذا قلنا: يقوم عليه في الحال قوم وتنفسخ الكتابة بالتقويم، ويعود هذا النصف مملوكاً له لأنه عتق في ملكه ومتى يحكم بنفاذ العتق فيه ثلاثة أقوال على ما ذكرنا في أحد الشريكين إذا أعتق متى يسري إلى نصيب الشريك وولاء هذا النصف له وولاء النصف الأول على ما ذكرنا من الخلاف، فمن قال: الولاء للمعتق احتاج بظاهر لفظ الشافعى وعنت إن كان موسراً، وولاؤه له ومن قال: إنه للميته، قال: أراد به ولاء ذلك النصف الذي قوم عليه. وفي مسألة الشريكين في المكاتب إذا أعتقه أحدهما وقومنا عليه الولاء كله للمقوم عليه بلا إشكال، وهكذا إذا قلنا: يقوم بعد العجز في مسألتنا ولاء النصف الذي قومنا عليه له بلا إشكال.

مسألة: قال: والمكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم.

اعلم أنه إذا كاتب عبداً لا يعتق بأداء بعض مال الكتابة حتى يؤدي جميعه، قال في «الأم»، وهو عبدٌ في شهادته وميراثه وحدوده والجناية عليه وجنايته بأن لا يعقلها عاقلة مولاه ولا قرابة العبد وبه قال عمرٌ وابن عمرٌ وزيدٌ وعائشةً وأم سلمة رضي الله عنهم وسعيد بن المسيب وسليمان بن يساز والحسنُ البصريُّ والزهريُّ ومالكُ والثوريُّ وأبو حتيفة. وقال ابن مسعود رضي الله عنه: إذا أدى قدر قيمته عتق ويؤدي الباقى في حال الحرية، فالخلافُ بيننا وبينه إذا كوتب على أكثر من قيمته، وعن علي رضي الله عنه روايتان، أحدهما: أنه إذا أدى نصف مال الكتابة عتق، ويؤدي الباقى في حال الحرية وبه قال عروة [٦٤/٢] بن الزبير، والثانية: أنه كلما أدى جزءاً عتق بأدائه جزء منه وهو قول داود، وروي عن شريح أنه قال: إذا أدى ثلث كتابته عتق، وكان غريماً بما فضل عنها. وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: إذا كتبت صحيفة المكاتب عتق بها، وكان

غريماً بما عليه، وقد روى عكرمة عن علي وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي ﷺ قال: «يؤدي المكاتب بقدر ما أدى ديه حرّ ما بقي ديه عبد»^(١). وروي عن عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه»^(٢)، وأقيم الحد بحساب ما عتق منه، ودليلنا ما ذكرنا من الخبر الصحيح المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وما ذكروه، قال أصحابنا: الحديث لا يصح مرفوعاً، وإنما روى مرسلاً أو موقوفاً على علي رضي الله عنه وأنه جعل دينه بقدر ما عتق منه، ولم يقل إنه يعتق بقدر ما أدى ولا حجة لهم فيه أو نحمله على أحد الروايتين إذ أعتقه بعد موت السيد. وقد روى يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم أنه قال: لا يقام على المكاتب إلا حد العبد، وأيضاً فهذا لا يخلو، أما أن يجري مجري المعاوضات فلا يجب على البائع تسليم شيء من المثمن إلا بعد تسليم تمام الثمن أو يجري مجرى العتق المتعلق بالصفات فلا يعتق حتى توجد جميع الصفة، فإن قيل: أليس قلت لو أن أحد البنين أبراًه عن نصيبه عتق نصيبيه. وكان يجب أن يعتق على مولاه بقدر ما نقص [٦٥/١] ثلثا ابن أبراًه عن جميع حقه فعتق عليه والسيد لم يسقط جميع حقه فوازان الابن أن يستوفي السيد جميع حقه فيعتق عليه.

مَسَأَلَة: قال: وإن مات وله مالٌ حاضرٌ وولدٌ مات عبداً^(٣).

الفَصْلُ

هذه المسألة مبنية على أن عقد الكتابة جائز أم لازم فعندها أنه لازم من جهة السيد لا يفسخه ما لم يعجز المكاتب من الأداء وغير لازم من جهة العبد فله أن يعجز نفسه متى شاء. وقال مالك وأبو حنيفة هو لازم من جهة العبد أيضاً، فإذا كان له مالٌ يفي بما عليه أجبر على أدائه وليس له الامتناع وإن لم يكن له مالٌ قد ذكرنا أن عند أبي حنيفة لا يجرئ على الاكتساب خلافاً لمالك وهذا لا يصح لأن مالاً يجبر العبد على فعله إذا لم يحصل شرطاً لعتقه لم يجر عليه، وإن جعل شرطاً لعتقه، كدخول الدار إذا قال: إن دخلت الدار فأنك حرّ، فإذا تقرر هذا الكلام الآن في الموت هل تفسخ به الكتابة؟ ولا خلاف أنه لا يفسخ بموت السيد على ما ذكرنا، فإذا مات المكاتب فعندها تفسخ به الكتابة ويكون ما في يده لسيده، ومات رفيقاً وبه قال أحمد في زواية، وروى هذا عن عمر وزيد رضي الله عنهمما

(١) أخرجه الترمذى في البيع عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدى (١٢٥٩).

(٢) وهو جزء من الحديث السابق.

(٣) انظر الحاوي الكبير (١٨١/١٨).

وعمر بن عبد العزيز والزهري وقناة ولفظ ابن عمر: إذا مات المكاتب وقد أدى طائفه من كتابته وترك مالاً كل ما ترك لسيده ليس لورثته من ماله شيء^(١)، وروي عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا: إذا ترك المكاتب وفاة بما بقي عليه من الكتابة عتق، وإن ترك [٦٥/ب] زيادة كانت لولده الأحرار^(٢) وبه قال عطاء وطاوس والثخني والحسن وأبو حنيفة ومالك والثوري. وقد قال أبو حنيفة: إن لم يخلف وفاة انفسكت الكتابة، ومات عبداً أو إن لم يخلف وفاة لم تنفسخ ويؤدي عنه ويحكم بأنه عتق في آخر جزء من أجزاء حياته، ويكون ماله لورثته المناسبين فإن لم يكن كان لمولاه. وقال مالك: إن لم يخلف ولداً أو خلف ولداً حراً أو مملاكاً ولد قبل عقد الكتابة لا تنفسخ بل يكلف الولد أن يؤدي المال الذي على أبيه، فيعتق ويتبعه الولد في الحرية، وإن لم يكن أجبر هذا الولد على الاتساب والأداء، وقد ذكرنا عن مالك خلاف هذا على ما ذكره القفال، وهذا الذي ذكرناه أصح من مذهبنا، ودليلنا ما روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده، أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يخطب يقول: «من كاتب عبد على مائة أوقية فبقي عليه عشر أواق أو عشرة دراهم فمات فهو رقيق»^(٣)، ولأنه مات قبل أداء مال الكتابة فوجب أن تنفسخ الكتابة كما لم يخلف وفاة، وأيضاً فالعقد عقد العتق لأنه يقصد به العتق حقيقة، ومحل العتق قد فات فيستحيل بقاء عقد العقد مع فوت المحتل.

فرعٌ

قال في «الأم»: لو قال سيده بعد موته قد وضعت الكتابة عنه أو وهبها له أو أعتقته لم يكن حراً، وكان المال ماله بحاله لأنما وهب لميت ماله نفسه.

فرع آخر

قال: إذا مات المكاتب فعلى سيده كفنه ومؤنة قبره لأنه عبد، وكذلك لو كان أحضر المال ليدفعه [٦٦/أ] إلى سيده، فلم يقبضه سيده حتى مات، مات عبداً.

فرع آخر

لو قتله سيده قبل أن يقبضه كان ظالماً ومات عبداً، وللسيد ماله ويعذر سيده في قتله.

(١) آخرجه البهقي في الكبير عن عمر بن الخطاب (٣٢٢/١٠).

(٢) ذكره ابن حزم في المحتل (٢٢٨/٩).

(٣) تقدم تخریجه.

فرع آخر

قال: ولو وكل المكاتب من يدفع إلى سيده آخر نجومه ومات المكاتب، فقال: ولد المكاتب الحر قد دفعها إليك الوكيل وأبى حي، وقال السيد: مادفعها إلا بعد موت أبيك، فالقول قول السيد لأنه ماله.

فرع آخر

لو أقاموا بينة على أنه دفعها إليه يوم الاثنين ومات أبوهم يوم الاثنين كان القول قول السيد حتى تقطع البينة على أنه دفعها إليه قبل موت المكاتب، أو توقف؟، فنقول دفعها إليه قبل طلوع الشمس يوم الاثنين ويقر السيد بأن العبد مات يوم الاثنين بعد طلوع الشمس من يوم الاثنين أو تقوم بينة بذلك، فيكون قد عتق.

فرع آخر

لو شهد وكيل المكاتب بأنه دفع لك إلى سيده قبل موت المكاتب لم تقبل شهادته وكذلك لو وكل السيد رجلا يقبض من المكاتب آخر نجومه، فشهد وكيل المكاتب عليه وحلف ورثة المكاتب مع شهادته وكان أبوهم حر وورثة ورثة الأحرار، ومن يعتق بعتقه هكذا نص عليه، ومعناه أن وكيل السيد شهد أنه قبضه من المكاتب، فتقبل شهادته لأنه يشهد على موكله فكان متهم فيه، ويخالف وكيل المكاتب إذا شهد أن المكاتب دفعه إلى سيده لأنه يشهد لموكله فكان متهمًا فيه، وإنما حلف الوارث مع الشاهد الواحد على قبضه لأن ذلك شهادة على قبض مال.

فرع آخر

قال في «الأم» [٦٦/ب]: وكل ما اكتسبه المكاتب بعد الكتابة أو ملكه بوجوه من الوجوه كذلك له وكل ما كان في يده قبل عقد الكتابة فهو لسيده، ولو اختلف العبد والسيد في مال في يد العبد بعد الكتابة، فقال العبد: أخذته بعد الكتابة، وقال السيد: قبلها، فالقول قول العبد مع يمينه وعلى السيد البينة، فإن أقام شاهدين أو شاهدًا وامرأتين أو شاهدًا، وحلف معه أنه كان في يده قبل عقد الكتابة، فهو لسيده وكذلك ما أقر العبد أنه كان في يده قبل الكتابة، ولو شهد الشهود على شيء كان في يد العبد، ولم يجد واحدا يدله على أن ذلك كان في يده قبل الكتابة كان القول قول العبد حتى يجدوا وقتا يعلم به أن المال كان في يد العبد قبل الكتابة، وكذلك لو كان في يده يوم الاثنين لفترة شهر كذا فالكتابة كانت في ذلك اليوم. كان القول قول العبد حتى تحدّي البينة حدا يعلم أن المال كان في يده قبل الكتابة.

ولو شهدوا أنه إن كان في يده في رجب فشهدوا على الكتابة في شعبان من سنة واحدة، فقال العبد: كاتبني بلا بينة قبل رجب أو في رجب قبل الوقت الذي شهدت عليه البينة فيه كان القول قول السيد.

فرع آخر

لو قال السيد في كتابته كما أدى منها نجماً عتق بقدرها كانت كتابة فاسدةٌ ويعتبر بقسطه لوجود الصفةٍ ويسري العتق إلى باقيه وبماذا يرجع السيد على مكتابه وجهان، أحدهما: بجميع القيمة لأن الكتابة أفضت إلى عتق جميعه ورجع بما أداه إليه، والثاني: يرجع عليه [٦٧/أ] بقيمة البعض الذي عتق منه بالصفةٍ ولا يرجع عليه بقيمة ما عتق بالسرابة لاختصاص العتق في الكتابة بالصفات دون السرابة.

فرع آخر

إذا مات وبقي عليه شيء يسير من آخر النجوم بقدر ما يجب عليه إيتاؤه إليه لم يعتق فإن قيل: أليس هذا القدر واجباً عليه أن يؤتى به، فينبع أن يعتق ويتقاضاً، قيل: الإيتاء غير معلوم، فلا يسقط عليه شيء معلوم ولا يقع به المقاضة لأن على السيد أن يفعله وما عليه أن يفعله لا يقع بنفسه كما لو أوصى بأن يعتق عنه عبد لم يعتق إلا باعتاق الورثة.

فرع آخر

إذا قال لعبد: إن كنت ملكي فقد كاتبتك على كذا فإن كان بشك في ملكه لم يجز وإن علمه ملكاً، فهذا القول تأكيد لم يضره.

فرع آخر

إذا قال: إن ملكت عبداً فللّه علىي أن أكتبه وكان بالغاً عاقلاً فملكه يلزمك عرض الكتابة عليه.

فرع آخر

لو قال لعبد: إن كنت مأموناً قادراً على الكسب فقد كاتبتك بطلت الكتابة للمتعلق.

فرع آخر

لو قال: كاتبوا أحد عبدي ولم يكن له إلا واحد كوب.

مَسَأَلَةٌ: قَالَ: وَلَوْ جَاءَ بِنْجَمٍ، فَقَالَ السَّيِّدُ: هُوَ حَرَامٌ.

الفَضْلُ

ينظر في هذا فإنَّ كَانَ مَعَ السَّيِّدِ بَيْنَ بَذَلْكَ لَمْ يَجْبَرْ عَلَى أَخْذِهِ، بَلْ يُقَالُ لِلْمَكَاتِبِ: إِنْ جَئْتُ بِمَالٍ آخَرَ وَلَا عَجَزْتُ لَأَنَّمَا كَاتَبَهُ عَلَى شَيْءٍ يَسْلِمُ لَهُ أَوْ يَمْكُنُهُ التَّصْرِفُ فِيهِ وَلَا يُحْكَمُ بِهَذِهِ الْبَيْنَةِ لَمَنْ أَقَامَ لَهُ مَغْصُوبٌ مِنْهُ لَأَنَّ ذَلِكَ لَا يَدْعُونَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ بَيْنَ يَحْلُفُ الْمَكَاتِبُ، فَإِنْ لَمْ يَحْلُفْ رُدُّتُ الْيَمِينِ عَلَى السَّيِّدِ فِي حِلْفَتِ [٦٧/ب] وَيُحْكَمُ بِأَنَّهُ مَغْصُوبٌ أَوْ حَرَامٌ، وَلَا يَجْبَرُ عَلَى أَخْذِهِ، وَإِذَا حَلَّفَ الْمَكَاتِبُ يُقَالُ لِسَيِّدِهِ: هَذَا مَا لَمْ يَحْكُمْ لَهُ بِهِ فَإِنَّمَا أَنْ تَقْبِضَهُ أَوْ تَرْيَئِهِ، فَإِنْ أَبْرَأَهُ سَقْطُ الْيَمِينِ عَنْهُ وَعَنْقُهُ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ قَبْضُهُ الْحَاكِمُ وَعَنْقُ الْمَكَاتِبُ، وَلَوْ أَخْذَهُ هُوَ عَنْقُ الْمَكَاتِبُ ثُمَّ يَنْظُرُ فَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ: هُوَ حَرَامٌ، وَلَمْ يَعْنِ صَاحِبَهُ يُقَالُ لَهُ: أَمْسَكَهُ فِي يَدِكَ إِلَى أَنْ يَتَبَيَّنَ صَاحِبُهُ وَيَمْنَعَ مِنَ التَّصْرِفِ فِيهِ، وَإِنْ قَالَ: هُوَ مَغْصُوبٌ مِنْ فَلَانٍ يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ، قَالَ: الْقَفَالُ وَشَهَادَةُ السَّيِّدِ أَنَّهُ مَغْصُوبٌ لِفَلَانٍ لَا يَقْبِلُ بَعْدَمَا عَرَضَ عَلَيْهِ وَأَنْ تَقْبِلُ شَهَادَتِهِ ابْتِدَاءً عَلَى مَكَاتِبَهُ بِأَنَّهُ غَصَبَ مِنْ فَلَانٍ كَذَا، فَإِنْ قَيلَ: أَلَيْسَ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي كِتَابِ «الْتَّفْلِيسِ» لَوْ أَخْتَلَفَ الْبَاعِثُ وَالْمَفْلِسُ، فَقَالَ الْبَاعِثُ اخْتَرَتْ عَيْنَ مَالِيِّ قَبْلَ الْإِبَارَ وَالثَّمَرَةِ لِي، فَقَالَ الْمَفْلِسُ: بَلْ بَعْدَ الْإِبَارَ فَالثَّمَرَةُ لِلْغَرَمَاءِ فَصَدَقَ بَعْضُ الْغَرَمَاءِ الْبَاعِثِ فِي دُعَوَّاهُ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَفْلِسِ وَيَأْخُذُ الثَّمَرَةَ مِنْ لَمْ يَصْدِقْ الْبَاعِثَ دُونَ مِنْ صَدَقَ، فَمَا الْفَرْقُ بَيْنَ الْمَوْضِعَيْنِ؟ قَلْنَا: قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: إِنَّمَا أَرَادَ الشَّافِعِيُّ إِذَا اخْتَارَ الْمَفْلِسُ ذَلِكَ لَأَنَّهُ أَنْ يَعْنِ قَضَاءَ الدِّينِ مِنْ أَيِّ الْمَالِ شَاءَ، فَأَمَّا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَعْطِيَ مِنْ كَذِبَهُ أَجْبَرَ عَلَيْهِ، وَقَيْلَ: فِيهِمَا قَوْلَانِ، وَالصَّحِيحُ الْفَرْقُ وَهُوَ أَنْ هَنَا إِذَا لَمْ يَجْبَرْ السَّيِّدُ عَلَى أَخْذِهِ كَانَ لَهُ مَطَالِبَتِهِ بِمَالٍ آخَرَ ثُمَّ يَمْكُنُهُ أَنْ يَقُولَ فِي كُلِّ مَالٍ نَحْمَلُهُ إِلَيْهِ مَثْلَ ذَلِكَ حَتَّى يَؤْدِي إِلَى عَجَزِهِ وَرْقَهُ، فَأَجْبَرْنَاهُ عَلَيْهِ وَلَيْسَ [٦٨/أ] كَذِبَكَ الْغَرَمَاءُ، فَإِنَّهُمْ إِذَا لَمْ يَجْبَرُوا عَلَى أَخْذِ مَا صَدَقُوا الْبَاعِثُ عَلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ مَطَالِبَةُ أُخْرَى بِمَالٍ آخَرَ فَلَا يَؤْدِي إِلَى الْإِضَارَ بِأَحَدٍ فَافْتَرَقَا.

فَرْعَ

قَالَ فِي «الْأَمِّ»: وَلَا يَجْبَرُ السَّيِّدُ إِلَّا عَلَى أَحَدٍ مَا كَاتَبَهُ عَلَيْهِ فَإِنْ كَاتَبَهُ عَلَى دَنَانِيرِ لَمْ يَجْبَرْ عَلَى أَخْذِ الدِّرَاهِمِ وَكَذَلِكَ إِنْ كَاتَبَهُ عَلَى دِرَاهِمِ لَمْ يَجْبَرْ عَلَى أَخْذِ الدَّنَانِيرِ بَدْلَهَا وَإِنْ كَاتَبَ عَلَى سَلْعَةٍ لَمْ يَجْبَرْ عَلَى أَخْذِ قِيمَتِهِ.

فرع آخر

قال: وإن جاءه بأجود من ذهبه أو ورقه أو سلطته كان عليه أخذه، بعد أن يجمع ذلك صفة واحدة ويفيده جودة ولو أعطاه مكان عجوة من التمر صبحاً نি�ناً لم يكن عليه أخذه وإن كان خيراً من العجوة، فإن كاتبه على دنانير حدد جيداً من ضرب سنة كذا فأدليه من ضرب غير تلك السنة كان عليه أخذه وإن كان الذي كاتبه عليها ينفق في بلد ولا ينفق بالذي أعطاه بذلك البلد لم يجبر على أخذو وإن كان خيراً.

فرع آخر

لو كان السيد غائباً فجاء بالنجم إلى الحاكم يوم المثل يقبله منه ليعتق، ولا يقبل قبل المثل إلا أن يعرف أنه لا ضرر من السيد في أخذه نص عليه، ولو كان على حُرُّ دين لرجل غائب، فأنت به الحاكم، فهل يقبله على الغائب؟ فيه وجهان، أحدهما: يقبله، والثاني: لا يقبله لأنه ليس للمؤدي فيه غرض إلا سقوط الدين عنه، والنظر للغائب ترك المال في ذمة الملي وربما يتلف في يد الحاكم أمانة بلا ضمان، ويفارق مال الكتابة لأنه يتعلّق به العتق بخلاف ذلك.

مسألة: قال: وليس له أن يتزوج [٦٨/ب] إلا بإذن سيدٍ^(١).

اعلم أنه إذا تزوج المكاتب فإن كان من غير إذن سيده لا يجوز، فإن تزوج كان باطلًا كالعبد، وقد روى أن النبي ﷺ قال: «أيما عبد نكح بغير إذن سيده فنكاحه باطل»^(٢) والمكاتب عبد.

ولأن في يده إتلاف ما في يده بالمهرب والنفقة، ولا يجوز للمكاتب وإن أذن له السيد جاز قوله واحداً لا يختلف أصحابنا فيه لأن المكاتب أحسن حالاً من العبد ولو أنه أذن للعبد في النكاح جاز، فالكاتب أولى ولأن المكاتب حاجة إلى النكاح ليحصل فرجه ويحصل له الاستمتاع الذي جبل عليه الأديم فلو منعناه بإذنه أضررنا به وبهذا يخالف العتق والهبة لا يجوزان من المكاتب مع الأذن في أحد القولين لأنه لا حاجة بالكاتب إليهما، وأيضاً فالهبة والعتق استهلاك مال عاجل والنكاح قد يفضي إلى الاستهلاك وقد لا يفضي، ومن أصحابنا من قال في نكاحه بإذن السيد قولان كما في تبرعاته لأنه إخراج مال لا بإزاء مال ذكره القفال، وهذا غير صحيح لما ذكرنا من الفرق، وقال ابن أبي ليلى أن شرط السيد

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨٤/١٨).

(٢) أخرجه ابن عبد البر في التمهيد (١٠٧/١٩).

على مكاتبه أن لا يتزوج إلا بأمره وجب أن يستأمره وإن لم يشترط جاز أن يتزوج بغير أمره وهذا غلط لما ذكرنا.

فرز

قال في «الأم»: وإن تزوج بإذن سيده لزمه نفقة زوجته وإن كان له ولد صغير أو كبير زمن يحتاج لم تلزمه نفقةه وأولاده من المنكوحه حكمهم حكم أمهم، فإن كانت أمهم حرة فهم أحراز، [٦٩/١] وإن كانت مملوكةً لهم مماليك لسيد أمهم وإن كانت مكتابة لغير سيد، فليس للأب سبيل عليهم وكانوا موقوفين على حكم أمهم، أو أرقاء لسيدها على أحد القولين، وإن كانت مكتابة لسيده كانت معه في الكتابة، أو لم يكن فسواه فالأولاد موقوفون على حكم أمهم أو أرقاء على ما ذكرنا.

مَسَأَلَةُ: قال: ولا يشتري بحالٍ.

للمكاتب أن يشتري الإمام للفائدة والربح، ولكن لا يجوز أن يطأ أمةً بغير إذن سيده لأنه ربما يحبها فنمورت في الأداء فيكون فيه تغیر بالمال، وإن أذن له السيد في الوطء، فإن قلنا: العبد إذا ملِكَ يملِك فملكه، وأذن له في الوطء يحل له الوطء وإن قلنا: لا يملك لا يحل له الوطء وهو الصحيح، وقال ابن أبي هريرة يحتمل أن يجوز له ذلك قوله واحداً لأن إذن السيد للمكاتب لا يكمل ملكه. وقال القفال: هل يحل الوطء بالإذن؟ قولهن كما في الهبة بإذن السيد، وإن قلنا: إنه يملك بالتمليك، وهذا لا يصح على ما ذكرنا في النكاح، وإذا قلنا: لا يحل الوطء على قوله الحديد فخالفت ووطئه لم يجب الحد للشبهة فإن ولدت منه، قال الشافعي: فإن كان لستة أشهر بعد العتق صارت أم ولد له قوله واحداً، قال أبو إسحاق بجواز علقت منه بعد العتق، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر من حين العتق، قال الشافعي: لا تصير أم ولد له لأنها علقت به في ملك ناقص هذا هو المشهور من قول الشافعي. وقال أبو إسحاق: على القول الذي نقول إذا وطئها بشبهة فأجلها [٦٩/ب] ثم ملكها تصير أم ولد له، فكذلك هنا تصير أم ولد ونص على هذا في كتاب العدة، ذكره القاضي أبو حامد، أعني هذا النص، وهذا الذي ذكره أبو إسحاق فيه نظر لأن في تلك، المسألة علقت بحر ومهنا علقت بمملوك والنص الذي حكاه أبو حامد غير مشهور، وقيل: في المسألة وجهان، لأن هذا الولد حرمه الحرية وإن كان مملوكاً لأنه لا يجوز بيعه، وقال القفال إن ولدت لستة أشهر، وكان وطئها بعد العتق صارت أم ولد، وإن لم يكن وطئها واستبرأها، ثم جاءت بولد لستة أشهر لا تصير أم ولد له ولا يلحقه الولد، وإن لم يستبرأها وجاءت من يوم العتق لستة أشهر، فهو كما لو كان لأقل من ستة أشهر لأن

العلوق كان قبل عتقه، ومن أصحابنا من قال: تصير أم ولد له ههنا كما لو أقر بوطئها بعد العتق ولا يستند علوق الولد إلى حالة الرق.

قال: ومتى حكمنا بالعلوق قبل العتق هل تصير الجارية أم ولد؟ فيه قولان، أحدهما: تصير أم ولد له فلا يتبعها، وإذا عتق استقر أمر الاستيلاد فيها وإن رق لأنها ملكه وثبت لولده منها حكم نفسه كالحر يسأله، والثاني: لا تصير أم ولد في الحال لتعلق حق السيد بها، فإذا قلنا: بهذا فلو عتق هل تصير أم ولد فيه قولان كمن استولد جارية غيره فولد حر ثم ملكها إذا لا تكون جارية المكاتب بأبعد من أن تصير أم ولد من جارية الأجنبي، والصحيح الطريقة الأولى، وأما الولد فثبت النسب ولا مهر عليه لأن [٧٠/أ] الوطء صادف ملكه وإن كان ناقصاً ولا يعتق عليه الولد، ولكنه ينكاتب عليه ومعنى التكابر أنه لا يبيعه ولا يتصرف فيه بما يؤدي إلى إزالة الملك، وهكذا لو وهب له ولد ولا يثبت للولد من أحكام الكتابة شيء إلا هذا الحكم الواحد الذي ذكرنا.

مَسَأَلَهُ قَالَ: وَيَجْرِي السَّيْدُ أَنْ يَضْعَفَ مِنْ كِتَابِتِهِ شَيْئاً^(١).

الإيتاء في الكتابة واجب عندنا وهو أن يحط السيد من مكاتبته شيئاً من مال الكتابة أورد عليه منه، وقال أبو حنيفة ومالك والثوري هو مستحب غير واجب ودليلنا قوله تعالى: **﴿وَمَأْوَاهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي مَاتَنَّكُمْ﴾** [النور: ٣٣] الآية. فأمر بالإيتاء وظاهره الوجوب، وروى عن علي رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً عن النبي ﷺ أنه قال في هذه الآية ينزل للمكاتب ويحط به ربع الكتابة^(٢)، وروينا عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كاتب عبداً لخمسة وثلاثين ألفاً ووضع عنه خمسة آلاف. قال الشافعي أحسبه قال: من آخر نجومه، وروى عن ابن عباس أن عمر رضي الله عنهم كاتب عبداً فجاءه بنجمه، فقال: اذهب فاستعن به في كتابتك، فقال: لو تركت حتى يكون آخر نجم، قال: إني أخاف أن لا أدرك ذلك ثم قرأ قوله تعالى: **﴿وَمَأْوَاهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي مَاتَنَّكُمْ﴾** [النور: ٣٣]، وروى عن ابن عمر أنه قال في هذه الآية، يقول الله تعالى: «ضعوا عنهم من مكاتبتهم»، وروي عن فضالة، قال: كاتبني عمر رضي الله عنه فاستقرض من حفصة ماتتني درهم فأعانتي بها، فذكرت ذلك لعكرمة، فقال: هو قوله تعالى: **﴿وَمَأْوَاهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ [٧٠/ب] الَّذِي مَاتَنَّكُمْ﴾** [النور: ٣٣]^(٣)، فإذا ثبت هذا فالكلام

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨٦/١٨).

(٢) المرفوع أخرجه الطبراني في الأوسط (٢٠٠١)، (٢٢٩/٣)، والموقوف أخرجه البيهقي في الكبير (٢١٤٥٧)، (٣٢٩/١٠).

(٣) أخرج نحوه الطبراني في تفسيره (١٣٠/١٨).

في الإيتاء في ثلاثة فصول في وقته وجنسه وقدره، فأما وقته فله وقتان وقت جواز وقت وجوب، فأما وقت الجواز فهو بعد عقد الكتابة إلى وقت الأداء، وبعد الأداء والعتق لأن القصد منه منفعة العبد، وهذا يحصل في جميع هذه الأوقات.

وأما وقت الوجوب فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: وقته بعد العتق كوقت المتعة في النكاح بعد الطلاق. والمذهب وهو اختيار أبي إسحاق وجماعة أن وقته قبل العتق لأن الله تعالى فرض للمكاتب سهماً من الصدقات، وليس للسيد دفع صدقته إلى مكاتبته فوجوب عليه بإزاء الإيتاء والصدقات تدفع إليه قبل العتق فكذلك الإيتاء قبل العتق أيضاً، ويفارق المتعة في الطلاق لأن الغرض بها أن لا يخلو العقد من عوض، وذلك يحصل بالإيجاب بعد الطلاق، والغرض بالإيتاء المعونة حتى يحصل له العتق ولا يحتاج إليها بعد العتق ومن أصحابنا من قال: يجب بالعقد ويتضيق وجوبه عند آخر نجومه، قال أبو إسحاق: وإنما يتسع عليه إذا بقي عليه من مال الكتابة قد ما يلزمها أن يدفعه إليه، وقيل: ذلك لا يتسع عليه ومنهم من قال: يجب إذا استأدى منه شيئاً بعد العقد وجوياً موسعاً ويتضيق عند آخر نجومه لأن الله تعالى قال: **﴿وَأَتُؤْمِنُ مِنْ مَالَ اللَّهِ الَّذِي أَنْتُمْ كُمْ﴾** [النور: ٢٢]، فلا بد من أن يحصل من جهة المكاتب إيتاء شيء حتى يتناوله الأمر بذلك. وحكي القفال عن بعض أصحابنا [٧١/أ] أنه قال: إذا حط أو أتاه ماء قبل آخر النجوم لا يجوز بل أن يحصل العتق بحطه أو يؤتى به بعد العتق ليحصل فيه كمال التملك.

وأما جنسه فالسيد بالختار بين أن يحط بعض ما عليه وبين أن يدفع إليه من عنده، فأما الدفع من عنده ثابت بعض الكتاب والحط ثابت بالسنة بدليل ما ذكرنا من الأخبار والحط أولى من الإيتاء لأنه ربا يصرفه في مال الكتابة، وربما لا يصرفه وإذا حط تحقق نفعه به فكان الحط أولى، وقال الشافعي رضي الله عنه في «الأم»: ويجب سيد العبد على أن يضع عنه مما عقد عليه الكتابة شيئاً ومهما وضع منه لم يجبر على أكثر منه وهذا يدل على أن الحط هو الواجب، وقال بعض أصحابنا الأصل هو الإيتاء أم الحط فيه وجهان، أحدهما: الأصل هو إيتاء، ومعنىه إذا أدى جميع النجوم يؤتى به السيد مالاً يعيش به أياماً ليهياه أمر نفسه والحط يقوم مقام الإيتاء، والثاني: الحط هو الأصل، والإيتاء يقوم مقامه لأنه لا معنى للأخذ منه والرد عليه، وهذا خلاف النص الذي ذكرنا، فإذا تقرر هذا فالحط لا يتصور إلا من مال الكتابة وفي الإيتاء مسائل، أحدها: أن يدفع إليه من نفس المال الذي أعطاه فيجوز ذلك، والثانية: أن يعطيه من عين الجنس الذي كتبه عليه لا يجوز بلا خلاف لأن الله تعالى أمر أن يعطى من مال الله يعني مما كوب عليه، وليس هذا منه نص على هذا في «الأم»، وقال: إلا أن يشاء العبد أن يأخذه، والثالثة: أن العطية من غير المال الذي أعطاه، إلا أنه

من جنسه، فالمذهب أن ذلك لا يجوز [٧١/ب].

ومن أصحابنا من قال: يجوز لأنه ليس بأكمل من الزكاة لو عدل عن العين إلى جنسه جاز، فهذا أولى وهذا غلط لظاهر الآية، وهي قوله تعالى: «وَمَا تُؤْتُهُم مِّنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي أَنْتُمْ كُمْ» [النور: ٣٣]، وهذا غير ذلك هذا ذكره بعض أصحابنا، وقال القاضي الطبرى: المشهور أنه يجوز ذلك. ومن أصحابنا من غلط، فقال: لا يجوز لأن الشافعى قال: ويعطيه مما أخذه. والجواب عنه أن الشافعى أراد من جنسه لا من عينه، وهذا أصبح عندي ومعنى قوله: لا يجوز، أي لا يجب على قبوله فإن رضي المكاتب فلا شك في جوازه.

وأما قدر الإيتاء فليس بمحدوود بل للسيد أن يدفع إليه ما شاء مما يقع عليه اسم المال وإن كان حبة نص عليه في «الأم». وقال أبو إسحاق: يعتبر بمال الكتابة فيضع على حسب قدره وكتره، فإن تراضى العبد والسيد على شيء منه، ولا رفع إلى الحاكم حتى يجتهد فيه فيوضع عنه ما يؤدي إليه اجتهاده كما نقول في المتعة على الموسوع قدره على المقتدر قدره، وهذا له وجه، ولكن خلاف نص الشافعى رضي الله عنه. والمستحب أن يضع ربع الكتابة للخبر الذي ذكرنا، ومن أصحابنا من قال: الثالث وليس بشيء.

فرع

لو أدى جميع مال الكتابة وامتنع السيد من الإيتاء، فللمكاتب أن يطالبه به متى شاء فإن مات قبل أن يعطيه أو يضع عنه، قال في «الأم»: تجبر ورثته على ذلك ولا يسقط الدين بموته، بل يتعلّق ذلك بتركه كدين الحر سواء.

مَسَأَلَة: قال في «الأم»: فإن كان ورثته [٧٢/أ] صغاراً وضع الحاكم عنه أول ما يقع عليه اسم الشيء وما زاد سيد المكاتب أو ورثته إذا كانت أمورهم جائزة فهم متطوعون به، وإن كان هناك وصي الورثة فعل الموصى ذلك، ويجبر الحاكم أن يعطيه أقل الأشياء، فإن كان على الميت دين أو وصية جعل للمكاتب أدنى الأشياء يحاصصهم فإن مات السيد فأعطى وارثه المكاتب أكثر مما يقع عليه اسم الشيء كان لمن يجيء من الورثة رده، وكذلك لأهل الدين والوصية، وهكذا سيده إذا أفلس كان للغرماء رد الفضل، والشيء كل ماله ثمن وإن قل وكان أقل من درهم فإن كاتب على دنانير فأعطيه حبة ذهب أو أقل ما له ثمن جاز، وهذا كله نص على أنه غير مقتدر.

مَسَأَلَة: قال: فإن مات السيد بعد قبض جميع الكتابة خاص بالذى له أهل الدين والوجاية.

قال المزنئ: يلزمه أن يقدمه على الوصايا على أصل قوله، وهذا كما قال: قال أصحابنا: معنى قول الشافعي أن الذي للمكاتب مقدم على الميراث ولم يرد به أنه يساوي الوصية ولو جاز أن يحمل على ذلك لوجب أن يكون الدين مساوياً للوصايا لأن الشافعي سوى هنا بين الجميع وقيل: أراد الشافعي بقوله: حاص أهل الوصايا أي سواهم في وجوب حقه لا في التقديم والتأخير، وقال القاضي الطبرى هذا اللفظ نقله المزنئ على المعنى وليس هو من كلام الشافعي، وإنما قال الشافعي في «الأم»، فإن كان على الميت دين أو وصية يجعل للمكاتب أذن الأشياء يخاصمهم به، [٧٢/ب] وإنما أراد به يخاصص أهل الدين فنقل المزنئ هذا الكلام على المعنى، وجعله صريحاً فيه ليعترض عليه، وقيل: غلط الكاتب وإنما هو حاص أهل الدين دون الوصايا وفي هذا نظر، وقال أبو إسحاق من أصحابنا من قال: إنما أجرأ الشافعي مجرى الوصايا لأنه ليس بشيء محدود، فيضرب به مع الغرماء وإنما يمكنه أن يضرب به مع الغرماء إذا كان له حد معلوم. قال أبو إسحاق: والأول أشبه بمذهبه ومن أصحابنا من علل لهذا الوجه بأن هذا الدين ضعيف لأنه غير مقدر، فسوى بيته وبين الوصايا لضعفه، وهذا ليس بشيء لأنه لو كان كذلك لما جاز أن يُسوى بيته وبين الديون الواجبة، ومن أصحابنا من قال: أراد بأهل الوصايا أهل الديون الذين ثبت ديونهم بالإقرار في حال المرض. ومن أصحابنا من قال: أراد إذا كان السيد أوصي عند موته بأن يدفع إلى مكتبة أكثر من القدر الذي يستحقه فيكون، القدر الذي يستحقه من الإيتاء ديناراً واجباً يخاصص به أهل الديون وما زاد على ذلك يخاصص به أهل الوصايا.

أو أراد أن القاضي فرض له شيئاً باجتهاده ورضي به الوراث، فهو زيادة على ما يلزمه ورضي به أهل الوصايا دون أهل الديون فبالأقل يخاصص أهل الدين وبالزيادة يخاصص أهل الوصايا وهذا ضعيف، وقيل: أراد ديوناً موصى بقضائها فيحاصصها وسائر الديون بالقدر الذي قدر الحاكم له. قال الفقىل: وهذا كله إذا كان قد استهلك السيد ما قضى، [٧٣/أ] فإن كان العين باقية أو بعضه باقية، فما قدره الحاكم يؤخذ من تلك العين من غير مزاحمة.

مَسَالَةٌ: قال: وليس لولي أن يكاتب عبداً.

كل من يلي مال الطفل أو المجنون من أب أو جد أو وصي أو حاكم أو قيم من جهة الحاكم لا يكاتب عبداً، وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد: يجوز، وزاد أحمد، فقال: يجوز عتقه على المال أيضاً، وهذا لا يصح لما قال الشافعي: إنه لا نظر له فيه، وأراد أن الكتابة عتق العبد بكسبه وكسبه لسيده لو لم يكتبه فلا يكون للبيت فيه حظ ولا نظر، فإن قيل قد يكتبه على أكثر من ثمنه أضعافاً ويدفع إليه من صدقات المسلمين ولو تركه وكسبه لم يره إلا

شيء يسير، قلنا: قد يكسب ويتلف ثم يعود إلى الرق فلا يحصل في يد السيد إلا رقبته بعد تلف كسيه مدة كتابته فإذا تقرر هذا فإن كاتب واحد منهم، فالكتابية فاسدة فإن أدى العبد المال لم يعتق لأن المعاوضة باطلة والعتق بالصفة إنما يقع، فمن يملك إيقاعه والولي لا يقدر على إعناق عبد الطفل بصفة ثم المال الذي أدى منه حلال لسيده، وإن أعطى من سهم الرقاب رجع الوالي عليه فأخذه من صار إليه، لأنه ليس من الرقاب.

فرعٌ

قال الشافعي رضي الله عنه: ولو كان العبد بين محجور عليه بايع أو صبي وبين رجلٍ يلي نفسه لم تجز كتابته أذن فيها المحجور عليه ووليه أو لم يأذن فإن أدى عتق نصيب غير المحجور عليه وتراجع هو والعبد [٧٣/ب] بنصف قيمة العبد وعتق كله عليه إن كان موسراً وضمن المحجور عليه نصف قيمته مملوكاً، ولا يرجع على المحجور عليه بشيء أخذه منه لأنه أخذه من عبده، وأزام به ما أخذه في حال كتابته.

فرعٌ آخرٌ

قال في «الأم»: لو كاتب الصبي عبده لم تجز كتابته سواءً أذن أبوه في ذلك القاضي أو نائبه وكذلك لو أعتقته على مالي يأخذه منه لأن الصبي من لا يجوز عتقه وعند أبي حنيفة تجوز كتابته بإذن السيد.

فرعٌ آخرٌ

قال: ولو كاتب محجور عليه عبده لم يجز ولو أدى إليه لم يعتق سواءً أدى إليه قبل أن يطلق الحجر عنه أو بعدهما أطلق. وهكذا لو قال له إن دخلت الدار فانت حرج، ثم أطلق عنه الحجر، ثم دخل الدار لم يعتق يحدُّ يميناً أو عتقاً بعد إطلاق الحجر.

فرعٌ آخرٌ

قال: لو ادعى عبد على سيده أنه كاتبه، فقال: كاتبتك، وأنا محجور، وقال العبد: كاتبتي وأنت غير محجور عليك، ثم حجر عليك، فالقول قول العبد، وعلى السيد البيينة. قال القاضي أبو حامد وإن كان السيد في حرج أطلق عنه، أو كان به جنون، فالقول قوله مع يمينه، وما ادعى من الكتابة باطل.

فرعٌ آخرٌ

قال في «الأم»: ولو كاتب السيد عبده، وهو غير محجور عليه ثم حجر على السيد

ادعته كانت الكتابة ثابتة ويستأدي ولية الكتابة، فإذا أدى العبد فهو حرّ، ولو دفع إلى المحجور عليه لا يعتق لأن قبضه لا يصح ذكره أصحابنا وإن أطلق عنه الحجر بعد ذلك لا يعتق أيضاً. وقال بعض أصحابنا بخراسان [٤/٧٤] إذا دفع إليه وقلنا: لا يعتق ثم أطلق الحجر عنه من بعد هل يعتق بالإيتاء السابق قد قيل: قوله، وقيل: قوله واحداً لا يعتق لأن الحجر عليه لا لغيره.

مسألة: قال: ولِيَ اخْتَلَفَ السَّيْدُ وَالْمَكَاتِبُ تَحَالِفًا وَتَرَادًا.

هكذا نقل المزني وقال في «الأم» إذا تصدق السيد والعبد على أن كاتبه كتابة صحيحة واحتلوا في الكتابة، فقال السيد: كاتبتك على ألفين، وقال العبد: على ألف تحالفوا كما يتحالف المتبايعان ويترادان فمن أصحابنا من قال: لفظ الترداد غلطٌ من الكاتب في هذه المسألة لأن العتق لا يرد إذا وقع وهذا يتبيّن من كلام الشافعي في «الأم» لأن ذكر الترداد فيما شبه الكتابة به من اختلاف المتبايعين لا في الكتابة ومن أصحابنا من قال: المراد به فسخ الكتابة وهو صحيحٌ وحملته أنه إذا اختلفا في مقدار الكتابة أو في مقدار النجوم، أو في مقدار الأجل، أو في جنس مال الكتابة فإنهما يتحالفان، وبه قال أبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: القول قول المكاتب وعن أحمد ثلث روايات: أحدهما كقولنا، والثانية: كقول أبي حنيفة، والثالثة: القول قول السيد، ودليلنا أنهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما، وليس مع أحدهما بينة فيتحالفان كما في المتبايعين إذا اختلفا في الثمن.

فإن قيل: القياسُ أن لا تحالف، ولكن أثبتناه في البيع للخبر، قيل: القياسُ هو للتحالف لأن كلَّ واحدٍ منهما مدعى عليه ولأن في الإجارة يثبت التحالف، [٤/٧٤] ب] ولم يرد فيها الخبر، فلم يصح ما قاله، فإذا تقرر هذا وتحالفاً انفسخ عقد الكتابة فإن كانَ قبل العتق عاد العبدُ رقيقاً كما كان وهذا إذا قلنا: ينفسخ البيع بالتحالف من غير حكم الحاكم فاما إذا قلنا: في التحالف لا ينفسخ البيع ما لم يفسخ الحاكم بعد التحالف لا يعود العبد رقيقاً ه هنا بنفس التحالف بل إذا تراضياً على شيء بعد التحالف أقرَا عليه وعتق العبد بادئه، وإن لم يتراسياً فسخها الحاكم ثم يعود العبدُ رقيقاً، وإن كانَ بعد الأداء ووقوع العتق لم يرد العتق ولكنهما يتراجعان بالقيمة لأن العقد ينفسخ ويسقط المسمى فيكون بمتركة الأداء في الكتابة الفاسدة فيثبت التراجع، فإن قيل: كيف يتصور اختلافهما بعد عتقه، قيل: ذكر الشافعي في الإملاء وحرملة صورة ذلك، فقال: قال الشافعي: لو أن رجلاً جاء إلى الحاكم ومهما عبد له، فقال: كاتبْ عبدي هذا كتابة صحيحة على ألفي درهم وقبضها منه فعتق، وقال العبد: صدق في كل ما قال إلا في الألفين فإنه ما كاتبني إلا على ألفي درهم وأعطيته ألفين على أن يكون لي عنده ألف، وليس لواحدٍ منهم بينة تحالفوا كما يتحالف

المتباعان الحران، وكان للسيد على العبد من الألفين قدر قيمته، فإن كانت قيمته أكثر من ألفين رجع السيد بالفضل عليه فإن أقاما جميعاً البينة، فقال بينه العبد كاتبه في شهر رمضان من سنة كذا على ألفي، وقال: بينه السيد كاتبه في شوال من تلك السنة على ألفين، [١٧٥/أ] واتفقا على أن الكتابة كانت واحدة، قال الشافعي: كان هذا إكذاباً من كل واحدة من البيتين للأخرى وتحالفاً وهو مملوك بحاله وإن لم يتفقا على أن الكتابة كانت واحدة، قال الشافعي: البينة المتأخرة أولى لأنهما قد يكونان صادقين فتكون كتابته في شهر رمضان ثم انقضت الكتابة وأحدثت له كتابة أخرى، قال الشافعي: إلا أن تكون البينة الأولى أنه أدى وعنته، فتكون البيتان متعارضتين لأنه لا يمكن أن يكون مكتاباً بعد العتق.

فرع

قال في «الأم»: ولو شهدت بيته المكاتب أنه كاتبه على ألف وأداهما السيد ألفاً وشهدت بيته سيده أنه كاتبه على ألفين فأدأى ألفاً ولم يوقت البيتان لم يعتق المكاتب وتحالفاً وتراد الكتابة من قبل أن كل واحدة من البيتين تكذب الأخرى فليست إداهما بأولى أن تقبل من الأخرى، يجعل الشافعي البيتين المطلقتين في التعارض مثل البيتين المؤرختين.

وقول الشافعي: تحالفاً وتراداً دليلاً على صحة لفظ التراد في المسألة الأولى، وإن المراد به فسخ العقد.

فرع آخر

قال في «الأم»: ولو شهدا معاً بهذه الشهادة واجتمعا على أن السيد عجله العتق، وقالت: بينه السيد جعل الألف ديناً عليه وأخر ذلك أنفذت له العتق لاجتماعهما عليه، واختلف كل واحداً منهما لصالبه ثم جعلت على المكاتب قيمته لسيده كانت أكثر من ألفين أو أقل من ألفي.

ولو تصادقا على أن الكتابة بالف في كل سنة منها كذا فمرت سنون، فقال السيد: لم يؤد إلى شيئاً، وقال العيد: [١٧٥/ب] أديت إليه جميع النجوم كان القول قول السيد مع يمينه، وعلى المكاتب البينة فإن لم يقم بينه وحلف السيد، قيل للنكاتب: إن أديت جميع ما مضى من نجومك الآن وإنما فليسدك تعجر بك.

فرع آخر

قال: ولو قال السيد: قد عجزته وفسخت كتابته وأنكر المكاتب أن يكون فسخ كتابته

كان القول قول المكاتب مع يمينه، ولا يصدق السيد على تعجيزه إلا ببينة تقوم على حلول نجم أو نجوم على المكاتب، فيقول: ليس عندي أداء ويشهد السيد أنه فسح كتابته، فيكون كتابة مفسوخة سواء كان هذا عند حاكم أو غير حاكم.

فرع آخر

قال: ولو ادعى على سيده أنه كاتبه وأقام بينة بكتابته ولم تقل البينة إلى وقت كذا لم تجز الشهادة وكذلك لو قال: كاتبه على مائة دينار، ولم يثبت في كم يؤديها وكذلك لو قال: مائة دينار منجمة في ثلاثة سنين، ولم تقل في كل سنة ثلثها، أو أقل أو أكثر لا تجوز الشهادة حتى يوقنا المال، والسنين وما يؤدي في كل سنة، فإذا انقضت البينة من هذا شيئاً سقطت وحلف السيد وكان مملوكاً وإن نكل حلف العبد وكان مكتوباً على ما حلف عليه.

فرع آخر

قال: ولو أقام بينة على أنه كاتبه وأدى إليه فعتق، أو أقام بينة على أن سيده أفرأ أنه كاتبه على أنه إذا أدى فهو حر، وأنه أدى إليه وجحد السيد وادعى أن الكتابة كانت فاسدة أعتقدت عليه وأحلفت العبد على صحة الكتابة، فإن حلف يرى ولا حلف السيد وترادا القيمة.

مسألة: قال: ولو مات العبد المكاتب وكان له ولد من امرأة معتقة.

الفصل

صورة المسألة [٧٦/أ] أن يكاتب عبداً فتزوج بحرة معتقة فأدت بولده يكون الولد حرراً وولاءه إلى الأم لأنه عتق بعثتها، فإن أدى الأب مال الكتابة عتق وجر ولاء ولده عن موالي الأم إلى موالي نفسه.

ولو قال السيد في حال حياة المكاتب قد أدى إلى كتابته عتق بقوله وانجر الولاء إليه، وإن لم يكن صادقاً لأنه يجعل هذا الكلام منه ابتداء إعناق وإبراء.

وإن مات العبد فقامت البينة أن السيد أفرأ بقبض النجوم في حياته وكذلك الحكم، وإن لم تقم البينة ولكنه يقر بعد موته بأنه كان قد أدى المال وعتق ويدعى ذلك بجر الولاء. وقال موالي الأم مات قبل الأداء، فالولاء لنا، فالقول قول موالي الأم لأن الأصل بقاء الولاء لهم، فلا ينتقل عنهم لا يبيقين ويحلف موالي الأم على العلم أنه لا يعلم ذلك. قال في «الأم»: ودفع مال المكاتب إلى ورثته الأحرار ياقرار سيده أنه مات حرراً وهذه الصورة مسألة

الكتاب.

فرع

لو أقرَ السيدُ في مرضه أنه قبضَ ما على مكاتبَه حالاً كان على المكاتب أو مؤخلاً صدق، وليس هذا بوصية وإنما هو أقرَ ببراءةِ دينِ كان عليه، فهو كما يصدقُ على إقراره لحر ببراءةِ دينِ له عليه.

مَسَأَلَةً: قال: ولو قال: استوفيتَ مَا على مكاتبِي أقرَ بِنَهْمَامَا^(١).

صُورَةُ المسَأَلَةِ أن يكون مكاتبَان فاقرَ أنه استوفى ما له على أحدهما وكانت كتابتهما سواه أو أقرَ أنه أبراً أحدهما ما عليه، وإنما أشكل عليه عينه، قال الشافعِي: يقرع بينهما ولا خلاف أنه لا يقرع ما دام السيدُ حياً بل يرجع إليه، [٧٦/ب] فيقالُ له: تذكر، وأخبر به، فإن الظاهرَ من حال الإنسانِ أنه إذا نسي شيئاً تذكره وأخبر عنه، فإن تذكر وأخبر به يعتق الذي أخبر به، فإن ادعى الآخر أنه هو الذي عتق، فالقولُ قول السيدِ فيحلف له وتسقطُ دعوته، فإن نكل عن اليمين حلفَ العبدُ وعنتُ أيضاً وإن لم يتذكر حلفَ لهما إذا تداعياه.

ثم الحكمُ فيما بعد اليمين اختلافُ أصحابينا فيه على وجهين، أحدهما: أن يكون كل واحدٍ منهما على كتابته، ولا يعتق واحدٌ منهما إلا بأداءِ جميعِ المالِ وحكي عن الشافعِي هذا الوجه لأن كل واحدٍ منهما لم يستقر له الأداءُ، والثاني: أن الدعوى ترد على المكاتبَين حتى يتحالفا على الأداءِ، فإن حلفاً أو نكلاً كاتباً على الكتابة لا يعتقان إلا بالأداء وإن حلفَ أحدهما ونكل الآخر قضي الأداء للحالفِ منهما دون الناكل وعنتُ، وكان الناكلُ على كتابته، وإن مات السيدُ قبل البيانِ، ففيه قولان، أحدهما: يقرع بينهما لأن الحرية قد تعينت في أحدهما لا بعينه فوجب تمييز ذلك بالقرعة، ولأن معنى ذلك أن أحدهما حرُّ والآخر مملوكٌ فهو كما لو قال أحدهما: حرُّ، ولم يبين ومات وأرادَ واحداً بعينه لأن العنت قد تعين في الذي أدى الكتابة والسيدُ مخبر عنه، والثاني: لا يقرع بينهما لأن أحدهما قد عنتُ، فلو أقرْ عنا أدى إلى نقل الحرية من شخصٍ إلى شخصٍ ولا سبيل إلى ذلك.

وإذا قلنا: بهذا رجعنا إلى الورثة، فإن ذكروا أنهم يعرفون ذلك حكمنا بحرية المعين بإقرارهم فإن ادعى الآخر ذلك يحلفون لهُ، فإن نكلاً عن اليمين حلفَ العبدُ [٧٧/أ] أن

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/١٩٣).

الأول بالإقرار، والثاني: يرد اليمين وإن ذكروا أنهم لا يعرفون ذلك حلفوا للكل واحدٍ منها ويستوفون المالَ منها جميعاً كرجل له دينٌ على رجلين أقرَ أن أحدهما بريءٌ مما عليه ولم يعینه ومات فالورثة يحلفون للكل واحدٍ منها ويستوفون الدينين معاً كذلك هُنَّا.

ومن أصحابنا من قال: بيان الورثة مقدمٌ على الإقرار في العتق المعين وهذا عتقٌ معين، فإن قال الوارث: لا أعلم يقرع حينئذٍ على ما ذكره الشافعي ذكرها القاضي الطبراني وهذا أصبح عندي، وقال صاحب «الشامل»: عندي أنه إذا حلف الوارث لهما أنه لا يعلم عين المؤدي منها، وقلنا: لا يقرع فقاً: نؤدي على أحدنا إن كانت الكتاباتان سواء، وإن اختلف الملاآن، فقاً: نؤدي الأكثر منها ليعتق. كان لهما ذلك لأنه إذا أدى ذلك فقد ثبت أداءُ جميع ما عليهم بحكم الإقرار السابق، وهذا حسنٌ عندي.

فإن قيل: أليسَ لو قالَ: استوفيت ديني من أحد الغريمين ولم يبين، ومات لا يقرعُ بينهما فما الفرق؟ قيل: الفرقُ أن هنَّا في ضمن الاستيفاء عتقاً والإقرار لحق العتق لا لتبين الاستيفاء، وهناك استيفاءٌ محسُّ، فلا تشرع القرعة ونظيره لو قالَ: استوفيت بعضَ نجوم، أحدهما ولم يبين لا يقرع لأن العتق لا يحصلُ به، بل الأمرُ موقوفٌ.

فإن قيل: هلا اعتبرتم ظاهرَ اللفظ وهو الاستيفاء حتى لا يقرعُ كما قلتم لو علق عتق المكاتب بدخول الدارِ صَحَّ وإن علق الإبراء به لا يصحُّ، قلنا: لأنه إخبارٌ وليس بإنشاءٍ، وفي ذلك المخبر عن الاستيفاء، وعْتَقُ، والعْتَقُ مُغلَّبٌ [٧٧/ب].

وإذا أقرعنا، فخرجت القرعةُ لأحدِهما عتق، وقد حصلت البراءةُ تبعاً للعْتَق وبقي الآخر مكتاباً. وإن أدعى أحدهما على الورثة فأنكر له حصل بإنكاره الإقرار للآخر.

ثم رجع الشافعي رضي الله عنه إلى مسألةِ الخلافِ، فقال: والمكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهمٌ، قال: وكيف يموت عبداً ثم يصير حراً بالأداء بعد الموت؟، وإذا كان لا يعْتَق في حياةِ السيد إلا بعد الأداءِ فكيف يَصْحُ عْتَقَه إذا ماتَ قبل الأداءِ؟ وهذا ذكره دليلاً على أبي حنيفة رحمة الله.

مَسَأَلَة: قالَ: ولو أدى كِتابَه فعْتَقَ وكانَ عَرَضاً فأصابَ السيدَ به عَيْناً فرَدَّه.

الفَصْلُ

جملةً هذا أن الكتابةَ على العرض جائزةٌ كما تجوز على النقود لأنَّه ثبت في الذمة سلماً، فإذا كاتب على عرضين موصوفين إلى أحدين معلومين، فأدَّاهما على صفتها، فإنه يعْتَق في الظاهر لأنَّه أدى المالَ الذي وقعت الكتابة عليه، فإنَّ أصابَ السيدَ بالعرض عَيْناً

فله ردُهُ، وإنماكه لأنَّ ملكه بمعاوضةٍ ولا فرق عندنا بين العيب اليسير والكثير. وقال أبو حنيفة لا يرد بالعيبة اليسير، فإنَّ اختيار الإمساك سقط حكم الرد واستقر ملكه على المأمور واستقر العتق، وإنَّ اختيار الرد فرده وعجز ارتفاع العقد، وارتفاع العتق الواقع له كالمشتري إذا رد المبيع بالعيب ويفارق هذا إذا قال لأمرأته: إنَّ أعطيتني ثوباً فأنت طالق وأعطيته ثوباً فإنها تطلق فلو وجد به عيباً، فرده لم يرتفع الطلاق لأنَّ المغلب هناك حكم الصفة وهبنا المغلب حكم المعاوضة، [٧٨/أ] فإذا ردَه ارتفع حكمه كالبيع، وقال أَحْمَد: لا يرتفع العتق الواقع به إذا رد لأنَّ المآل فيها غير مقصود كما في الخلع وهذا غلطٌ لما ذكرنا، فإنَّ قيل: إذا اختار الإمساك ينبغي أن لا يتعنَّ لأنَّه لم يعطِه جميع ما وقع عليه العقدُ كما لو كاتبه على عشرة فأعطيه خمسة أو تسعة لا يتعنَّ، قيلنا: إذا أمسكَ المعيَّب فقد رضي بإسقاط حقه منه فجرى مجرى ما لو أبرأه مما بقي من مال الكتابة، ولأنَّ سلامَةَ الصفة اقتضاهَا العقدُ والقدر منصوص عليه فنطق العتق به لأنَّ حكم الصفة أخف وكفى في سقوط حقه منها إمساكه، وقال أبو إسحق: العتق قد وقع بقبضه معيَّباً لأنَّ كونه معيَّباً لا يمنع كونه ملكاً للقابض إلى يفسخ ذلك، وإذا كانَ ملكه وجَبَ أن يتعنَّ المكاتب لأنَّه لا يجوز أن يجتمع في ملكه البذر والمبدل، ويقال للسيد إنَّ رضيَّت به فالعتق نافذٌ من يوم قبضت، وإنَّ لم ترض به فرده بالعيب فإذا ردَه عاد مكاتبًا، وقيل له: إنَّ أعطيتَه سليماً من العيب فليس له تعجيزك، فإذا عجزت عن ذلك، فليس عليه الصبر وله تعجيزك ورد الكتابة.

قال الماسرجي، وبعض أصحابنا إذا وجد العيب تبيَّنَ أنَّ العتق لم يقع فانَّ أمضاه ورضي به عتق من وقت الرضا وإنَّ ردَه لم يقع العتق. وقول الشافعي ورد العتق ليس على ظاهره لأنَّ العتق لا يرد بعد وقوعه، وإنما لم يقع العتق لأنَّه إذا وجد به عيباً تبيَّنَ أنه لم يأت بالعوض الذي وصفه كالMuslim إليه إذا أتى بالMuslim فيه بغير صفتة، فإنَّ المعقود عليه [٧٨/ب] لم يسلمه والذي يدلُّ عليه أنَّ الشافعي شبهه بدفع دنانير بقص، ولا شكَّ أنَّ العتق لا يقع بدفع دنانيرنا فضة. قال: وقد قال الشافعي في كتاب الخلع: إذا خالع بعده بعنه فوجد به عيباً ردَه، وكانَ له عليها مهرٌ مثلها، وإنما أوقع الطلاق لأنَّ العقد وقع على عوض موصوف، فإنَّ كانَ به عيب لم يسلم ما وقع العقد عليه، قال: والدليل على أنَّ العتق إذا وقع لا يُرفع أنَّ الشافعي، قال: ولو قال: أنا عبدٌ فلان، فأنكره وقال: ليس لي عتق، فإنَّ أقرَّ بعده لغيره لم يقبل منه ولا يرفع عتق واقع.

ولأنَّ الشافعي قال: إذا اختلفا في مقدار مال الكتابة بعد قبضه تحالفاً ويرجع إلى قيمته، ولا يرفع العتق فصح أنَّ العتق لم يصح في هذه المسألة، وهذا إذا كانت السلعة فائمة، فأما إذا كانت فائمة، قال أبو إسحق: عاد إلى الكتابة من يوم المعيَّب لأنَّه بالتلف

وجب للسيد أرشه فكانه من ذلك اليوم قد بقي من الكتابة مقدار أرش العيب، فيكون مكتاباً من ذلك الوقت، فيقال له: إن أعطيته نقصان العيب من وقتك وإنما فليس بذلك تعجيزك، ولم يقل: يرد العتق، فلو كان العتق باقياً مع تلف السلعة كبقائه إذا كانت باقية لاحتاج أن يرد العتق أولاً ثم يعجز، وقال القفال: لورضي بالعيب بعدهما علم به، وفاتت السلعة ففي وقت العتق وجهان، أحدهما: من يوم الدفع، والثاني: من يوم الرضا، قال وإذا أراد الأرشن فإن كان العيب ينقص عشر قيمة العوض فعلى العبد أن يغرم عشر قيمة [٧٩/أ] نفسه كما لو أسلم ثواباً في حنطة، فأخذ الحنطة وأتلفها ثم وجد بها عيباً ينقص عشر قيمتها فعلى البائع أن يرد عشر الثوب وهنالا لا يمكن أن يرد عشر نفسه للفوت بالعتق فيرد عشر قيمة نفسه ومن أصحابنا من قال: يلزمك عشر قيمة العوض، وهذا غلط وهكذا الحكم لو كانت السلعة باقية ولكن حدث فيها عيب آخر، فلم يرض به لا يقع العتق حتى يدفع الأرشن.

وإن وجد ما أخذ مستحقاً بان أنه لم يعتق بلا إشكال.

فرع

قال الشافعي رضي الله عنه لو قبضه، وقال له: أنت حرّ ثم بان استحقاقه، فاختلفا، فقال السيد: أردت أنه حرّ على حكم الكتابة بقبض ما فيقبض. وقال المكاتب: بل ردت إنشاء الحرية، فالقول قول السيد مع يمينه ثم هو على كتابته إلى أن يؤدي وعلى هذا لو قيل له: طلقت امرأتك، فقال: نعم، طلقتها، ثم اختلفا، قالت المرأة: أردت إنشاء الطلاق أو إقراراً بطلاق آخر وقال الزوج: أنا قلت ذلك على ظن أن اللفظ الذي كان جرى بيننا وقع به الطلاق، وقد أفتى العلامة بأن ذلك اللفظ ليس بطلاق، فالقول قوله، ذكره القفال، وهو غريب ولو بان استحقاق العرض، ثم قال: أنت حرّ يعتق الآن بلا إشكال.

مسألة: قال: ولو ادعى أنه دفع مال الكتابة انظر يوماً.

اعلم أنه إذا اختلف السيد والمكاتب، فقال: أديت المال وأنكر السيد، فإن لم يكن معه بيته، فالقول قول السيد لأن الأصل بقاء الحق في ذاته، وإن كان معه بيته تشهد له فإن كانت حاضرة أقامها، [٧٩/ب] قال: فإن جاء بشاهد حلف معه ويريء. وهذا نص على أنه يقبل فيه شاهد ويمين ولا فرق بين النجم الأول، والثاني وقد ذكرنا وجهاً آخر أنه لا يقبل في النجم الثاني، وهو خلاف النص وإطلاق الوجهين خطأ وإن ادعى أن له بيته غائبة لا يؤجل أكثر من ثلاثة أيام لأنها آخر حد القلة وأول حد الكثرة، فإن أحضر شاهداً واستنظر بالثاني، ينظر ثلاثة أيام أخرى، ولو أحضر شاهدين انظر لإثبات عدالتهما ثلاثة.

مسألة: قال: ولو عجز أو مات وعليه ديون بديع بها على السيد.

الفَصْلُ

قد ذكرنا فيما تقدم أنه إذا مات سقط دين السيد وبقيت ديون الناس، فيقضى مما في بيده، فإن بقي شيء لا يلزم سيده قضاءه، وإن لم يمت ولكنه أفلس يبدأ بديون الناس على نجومه. وقال بعض أصحابنا بخراسان: لو كان لسيده عليه دين من معاملة لا من نجوم الكتابة فهو أخذهم في ذلك، وإنما تقدم الديون على نجوم الكتابة فقط، وإن كان فيهم مجيئه عليه، ففيه وجهان أحدهما: يشاركهم، والثاني: يصرف ما في يده إلى الغرماء ويعجز ثم تبع رقبته للمجني عليه لأنه يمكن استيفاء حقه من رقبته ولا يمكن استيفاء حق الغرماء من رقبته فكانوا أحق بما في يده، وهذا أصلٌ وهو اختيار القفال وغيره. قال القفال: فإن مات رقيقاً، وهناك ديون جنائية ومعاملة، ففيه وجهان أحدهما: يقدم دين المعاملة كما في حال الحياة، والثاني هما سواه [٨٠/١] لأن دين المعاملة كان في المال والأرض كان في الرقبة فلما مات انتقل إلى المال وعندي أن أرشن الجنائية سقط بموته لفوات محله، وهو الرقبة وليس له تعلق بالذمة.

فَرْعُ

قال في «الحاوي»: إذا عجز وكانت الجنائية أقل من ثمنه بيع منه بقدرها، وكان الباقي منه على رق سيده، فإن أراد السيد أن يستبقي الباقي على الكتابة جاز له لأنه لم يبتدئها في بعضه فيمنع منها، وإنما بطلت الكتابة في بعضه فجاز أن يصفع الباقي منها، فإذا أدى كتابة باقية عتق، وفي تقويم باقيه على السيد إن كان موسراً وجهان، أحدهما: لا يقوم عليه لتقديم سبب العتق قبل التبعيض، والثاني: يقوم الباقي ويسري العتق في جميعه لأن اختياره للإنكار كابدأ العتق.

فَرْعُ آخرٌ

قال: لو بيع بعضاً في جنايته قبل أن تحل عليه مال الكتابة لزم السيد أن يقيم على الكتابة في باقيه لأنها إذا لزمت في جميعه لزمت في بعضه ولا يقوم عليه باقيه إن عتق بالأداء وجهاً واحداً لأن عتقه لم يقف على خياره بعد التبعيض.

فَرْعُ آخرٌ

لو استسخر السيد مكاتبه فحبسه عن العمل واستخدمه، فهو مضموم عليه، فيؤخذ من السيد ثم هل يستأنف له ما فات من زمان الأجل؟ قوله أحدهما: لا يستأنف لأنه قد أخذ أجر المتلف، والثاني: يستأنف إذ لا سبيل إلى تعجيزه، وقد أبطل عليه مذته، فإذا قلنا: لا

يستأنفُ فإن وقت أجرة المثل بمالي الكتابة عتق، وإن كان فيه فضل بقي له الفضل، [٨٠/ ب] وإن نقص بذلك الث Hasan تَعْجِزه السيدة إن كان قد حلَ النجم.

باب كتابة بعض عبد، والشريكين في العبد يُكتابانِ

مَسَأَةُ: قَالَ: وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَ بَعْضُ عَبْدٍ.

الفَحْصُ

إذا كاتب بعض العبد لا يخلو ما أن يكون باقيه حراً أو مملوكاً للغير فإن كان باقيه حراً صحت الكتابة لأنه يتوفّر عليه جميع مقاصد الكتابة ويعطى من سهم الرقاب، وإن كان الباقي مملوكاً له نصّ على أنه لا يجوز لأنّه يملك به كمال التكسب والتصرف فإن له منعه من السفر والغيبة ولا يجوز له أن يأخذ سهم الرقاب لأنّ السيد يأخذ نصفه لحق الملك وذلك لا يجوز، فصار كما لو كاتب عبداً بشرط أن لا يسافر ولا يأخذ من الصدقة لا يجوز، وقال بعض أصحابنا: فيه قولٌ مخرج أنه يجوز لأن الشافعي، قال في العبد المشترك: إذا كاتبه أحدهما بإذن شريكه فيه قوله، لأنّه شريكه، وهو قدر رضي، ومن قال بالأول فرقٌ بأنهُ أمكنه هناك أن يكتاب كله ليكون العقد مصوناً عما ذكر وأحد الشريكين لا يمكنه أن يكتاب أكثر من نصبيه، فإذا قلنا: لا يجوز فادي ما سمي عتق بالصفة نصفه والنصف الثاني يعتق بالسرaya، ويتراجعان بنصف القيمة، وهو أن يؤذى العبد إلى سيده نصف قيمته ويسترد ما أعطيه وإنما قومنا عليه الباقي لأن نصفه عتق بسبب كان منه، ولا يجب على العبد قيمة نصفه الذي سوى العتق إليه كما لو قال: [٨١/أ] إن دخلت الدار فنصفك حرّ، فدخل عتق نصفه وسرى إلى باقيه، ولا يقوم على العبد النصف الباقي، وقال ابن سريج هذا إذا أدى ما سمي بعد أداء حق سيدو من كسبه، فإن أدى قبل أداء حق سيده منه، ففيه وجهان، أحدهما: لا يعتق كمافي الكتابة الصحيحة لاستحقاقه لبعضه بحكم الملك فلم يكمل به الأداء، والثاني: يعتق لأن في الفاسد يغلب حكم العتق بالصفة، وقد وحدت الصفة وإن لم يملك كما لو قال: إن أعطيني هذا الثوب فأنت حرّ فأعطيه وكان مغصوباً عتق.

ومن أصحابنا من قال: فيما يرجع به السيد على مكاتبه وجهان، أحدهما: ما ذكرنا، والثاني: يرجع بجميع قيمته لوقوع عتقه عن كتابة فاسدة ذكره في «الحاوي» وإذا قلنا: بالقول المخرج فإن ها يأهـ السيد فكان يكسب يوماً ويُخـدم يوماً للسيد فأدى النجوم من نصبيه عتق النصف بالكتابة والنصف بالسرaya، وإن لم يكن مهـا يأهـ بل اكتسب لنفسه كل يوم ووفر على السيد ضعـف نجومه عتق أيضاً كما ذكرنا نصفه بالكتابة ونصفه بالسرaya وإن لم يدفع إلا

مقدار النجوم، فهل يعتق أم لا؟ فيه وجهان على ما ذكرنا.
وهو مخير يجوز أن يهابه ويجوز أن لا يهابه بلا خلاف.

وإن كان الباقي مملوكاً لغيره فإن كاتبه بغير إذن شريكه لا يجوز وبه قال مالك وأبو حنيفة وجماعة، وقال الحكم وعبد الله الغبرى وابن أبي ليلى والحسن بن صالح بن حى وأحمد: يجوز وهذا لا يصح لأنه إذا كان باقىه مملوكاً فالسيد لا يُمكّنه من الاتّساب والسفر لا يدفع إليه شيء [٨١/ب] من الصدقات، فلا يحصل له الأداء الذي هو المقصود لحصول العتق، وحكم الكتابة أن يكون عقداً لا يكون المكاتب فيه ممنوعاً من جميع وجوه الاتّساب، وإن قلنا: لا يُمكّنه أخذ الصدقات لأن ذلك يؤدي إلى مقاومة الشريك فتضير نصف الزكاة إلى سيده الذي لم يكتبه فإذا ثبت أنه لا يجوز فقد اشتملت على معاوضة وصفة وبطلت المعاوضة فتجردت الصفة وللسيد إبطالها فإن أبطالها صار كأنه لم يكتبه، وإن لم يبطالها حتى أدى مال الكتابة عتق وثبت بينه وبين السيد التراجع على ما ذكرنا وسري العتق إلى نصيب شريكه إن كان موسراً ويلزمه قيمته، وإن جمع الكسب وأداء إلى السيد الذي كاتبه، فهل يعتق به وجهان على ما ذكرنا، والظاهر أنه لا يعتق لأن يقتضي إعطاء ما يملّكه ويستفغ به وذلك لا يحصل بمال شريكه، وقال بعض أصحابنا بخراسان نقل الربيع: أنه لا يعتق ونص في كتاب ابن أبي ليلى: أنه يعتق فحصل قولان، قال: ولذا لو قال العبد: إن أعطيتني عبداً، فأنت حرّ فأعطيه عبداً مستحفاً فهل يعتق؟ قولان، وهذا غريب، فإن قلنا: لا يعتق، فالسيد الذي لم يكتبه يرجع على شريكه بنصف الكسب الذي أخذه من العبد فإن الكسب مشترك بينهما.

ثم إن كان مع العبد ما يؤدي إلى شريكه تمام ما عليه من كسبه وثبت بين المكاتب وبين سيده التراجع على ما ذكرنا في القسم قبله ويسري العتق إلى باقى العبد إن كان موسراً، ويقوم عليه نصيب شريكه ولا يلزم العبد شيء، لأن [٨٢/أ] لم يدخل في عقد الكتابة على ضمانه.

وإن كانت الكتابة بإذن شريكه فحصل، تصح الكتابة فيه قولان نقلها المزنى، أحدهما يصح، وبه قال أبو حنيفة ومالك لأنه منع من ذلك لحق شريكه، فإذا رضي به بإسقاط حقه وإدخال الفدر على نفسه يصح ونص على هذا في الإملاء على مسائل محمد بن الحسن.

وحكى عن أبي حنيفة أنه قال: إذنه في ذلك يقتضي أن يؤدي العبد مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الإذن بشيء منه وطلب أبو يوسف ومحمد يصر جميعه مكتاباً لأن التدبير والكتابة يسريان وهذا لا يصح لأنه عقد معاوضة فلا يسرى كالبيع، والثاني نص عليه

في «الأم»: أنه لا تصح الكتابة وهو اختيار المزني لما ذكرنا من العلة لأنه لا يكون ممكناً من جميع وجوه التكبس والتصرف، فإذا قلنا: أنها باطلة فالحكم كما لو كاتبه بغير إذن شريكه سواء، وإذا قلنا: تصح الكتابة فنصف العبد يكون مكتاباً ونصفه يكون مملاً للشريك، ويكون الكسبُ بينهما والنفقة عليهما، ثم يتظر فإن دفع إلى الشريك الذي لم يكاتب نصف الكسبِ وجميع النصف الآخر ودفعه إلى السيد الذي كاتبه عتق ولا تراجع لأنه عتق بكتابه صحيحة ولكن يسري إلى الباقى إن كان موسراً على ما ذكرنا، وإن جمع الكسب كله وأدأه إلى المكاتب فهل يعتق من أصحابنا من قال: فيه وجهان، أو قولان كما ذكرنا في المسألة قبلها، وهذا خطأً بل لا يعتق قولهً واحداً والفرق أن الكتابة ها هنا صحيحة والمغلب فيها حكم المعاوضة وفي المعاوضة إذا دفع شيئاً غير مملوكٍ كان بمترزله ما لم يدفع [٨٢/ب] كما في البيع وفي المسألة قبلها الكتابة فاسدة والمغلب حكم الصفة وقد وجدت الصفة فعتق، وقد ذكرنا أن كسبه مشتركٌ بين المكاتب وبين الشريك، فإن لم يكن مهاباً لا يجوز أن يأخذ من سهم الصدقات وإن كان بينهما مهاباً يجوز أن يأخذ من سهم الصدقات للرقاب في أيام نفسه خاصة ذكره في «الحاوي». وقال الصيمرى: إذا جوز كتابته هل يأخذ من الزكاة قولان، وهل تجب المهاباً إذا طلب أحدهما قال في «الحاوي»: فيه وجهان، أحدهما: تجب كالقسمة وأصلُ هذا أن النبي ﷺ قسمَ بين نسائه^(١) وهذا مهاباً قد أوجبها لنفسه وعليها، والثاني: لا تلزم لأنها لا تفضي إلى تأخير حق مُعجل وتعجيل حق مؤخر بخلاف القسمة، وفي قسم الزوجات لا يمكن الجمع بينهن فلا بد من إفراد كل واحدة بحقها فلزمت المهاباً، واحتاج المزني على ما اختاره، فقال: زعم الشافعى أنه لو كانت كتابتهما فيه سواء فعجزه أحدهما وانظره الآخر فسخت الكتابة بعد ثبوتها حتى يجتمعوا على الأفامة عليها فالابتداء بذلك أولى.

ثم قال: ولا يخلو إما أن تكون كتابته جائزة كبيعه إياه فلا معنى لإذن شريكه أو لا يجوز فلم نجوزه بإذن من لا يملكه، وهذا اعتراف على القولين وجوابه عن الفصل الأول أن يقال للمزني: هذا جواب على القول الذي لا يجوز الكتابة، فأما على القول الذي يجوز الكتابة فلا تفسخ الكتابة في نصيب من أنظرة، وقال القفال: من أصحابنا من سلم هذه

(١) أخرجه البخاري في الهيئة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج (٢٥٩٤)، والترمذى في النكاح عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر (١١٤٠)، والنسائى في عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض (٣٩٤٣)، وأبو دارد في النكاح، باب في القسم بين النساء (٢١٣٨).

المسألة أنه لا يجوز، لأنه بغير إذن الشريك، وإنما تراضيا في الابتداء ليكتاباه معاً، [١٨٣/أ]

فإذا اختلفا في التعجيز والإنكار حصل استبقاء الكتابة في النصف بغير إذن الشريك حتى لو قال للذى عجزه: رضيتك بأن ينظره صاحبى جاز قولاً واحداً.

وأما الفصل الثاني: إذا باع نصيحة ترك منزلته فلا يحتاج إلى إذن الشريك في بيعه كما لا يحتاج إلى إذنه في استبقاء ملكه، وأما إذا أراد أن يكتابه، فالكتابه ضرر على شريكه من وجوه شتى بخلاف إعتاق نصيحة إذ لا يجد المكاتب بذاته من التغلب للتحمل فإذا إذن فقد رضي بالتزام الضرر فجاز، فإذا تقرر هذا ذكر الشافعى في هذا الفصل أن المكاتب لا يمنع من السفر والاكتساب، والمزنى نقل هذا من «الأم»، وحکى المزنى في «الجامع الكبير» عن الشافعى أنه قال في «الإملاء»، وليس للمكاتب أن يسافر بغير إذن سيده، واختلف أصحابنا في المسألة على طريقين فمنهم من قال: المسألة على اختلاف حالين، فالموقع الذي قال له أن يسافر إذا كان سفراً قصيراً لا تتعسر فيه الصلاة، فيكون ذلك بمنزلة الحضر، والموضع الذي قال: لا يسافر إذا كان السفر طويلاً لأن فيه تغيراً، ومن أصحابنا من قال: فيه قولهان، أحدهما: لا يجوز له أن يسافر إلا بإذن السيد وبه قال مالك: لأنه ممنوع من إتلاف ما في يده فليس له أن يغيب المال عن سيده لأنه لا يؤمن أن يتلفه من حيث لا يقف عليه سيده ولا يمكنه منعه منه ولأن للمرتهن منع الراهن من السفر بالمرهون فالسيد أولى لأن حق السيد فيما في يد [٨٣/ب] المكاتب أكثر، فإنه قد يعجز أو يموت فيأخذ السيد جميده، والثاني: يجوز ذلك ولا يمنع منه السيد وبه قال أبو حنيفة وأحمد حتى قال أبو حنيفة: لو شرط عليه سيده في الكتابة أن لا يسافر سقط الشرط وكان له أن يسافر ووجه هذا أن المكاتب في يد نفسه، وإنما للسيد عليه دين والدين لا يمنع السفر كالدين على الحر إذا كان موجلاً، وقال المزنى: هذا أليس على أصله لأنه إذا كان على كتابته فهو مالك لنفسه ولتصرفه إلى أن يعجز فليس له أن يمنعه منه لا سيما وفي السفر منفعة تؤدي إلى حريته، قلت: وقد روى عن النبي ﷺ إن شاء الله أنه قال: مكتوب في التوراة. قال الله تعالى: «أحدث سفراً أحدث لك رزقاً»^(١).

مسألة: قال: ولا يجوز أن يكتابه حتى يكونا فيه سواه^(٢)

قال أصحابنا لم يرد بهذا أنه لا يجوز أن يكتاباه معاً حتى يكونا في قدر الملك سواه بل يجوز أن يكتاباه معاً قولًا واحدًا سواه تساويا في الملك أو تفاضلاً لأن كل عقدٍ صح مع

(١) ذكره القرطبي في تفسيره (٥١/٥).

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٨/٢٠٢).

التساوي صحي في الملك مع التفاضل كالبيع، وإنما أراد به، لا يجوز أن يكتابه حتى يكوننا في اعتبار مال الكتابة بقدر الملك سواء، فلا يجوز أن يكون العبد بينهما نصفين ويكون مال الكتابة بينهما ثلثاً وثلثين، ولا يجوز أن يكون العبد بينهما ثلثاً، ويكون مال الكتابة بينهما نصفين، وإن رضيا لا يجدر بدأ من أن يدفع حق أحدهما إلى الثاني لأنه ربما يدفع إلى أحد السيدين مائتين، [٨٤/أ] وإلى آخر مائة ثم يفسخان الكتابة فيحتاج أن يرجع السيد الذي حصل معه مائة على الآخر بخمسين فيكون قد انتفع شريكه بهذه الخمسين مدة بقائهما بغير حق ولا سبيل إلى ذلك، ويفارق هذا إذا باعه من نفسه أحدهما بأكثر من الآخر جاز لأن ذلك لا يتعلّق بالكسب والكتابة تتعلق بالكسب وكذلك إذا أجراه بأجرتين مختلفتين لما ذكرنا من الفرق، وهو أنه لا يفضي إلى أن ينتفع أحدهما بملك شريكه، وهذا يؤدي إلى ذلك واختلف أصحابنا في هذه المسألة هل هي أصل بنفسها أم مبنية على غيرها؟ فمنهم من قال: هي مبنية على أصل، وهو أن أحد الشريكين إذا كاتب بإذن شريكه هل يصح؟ فيه قولان، فإذا قلنا: يصح لم يجز ذلك، وعلى هذا يدل كلام الشافعي، فإنه ذكر هذه المسألة في «الأم»، وذكر أنه لا يجوز ثم قال: ولو أجزت هذا أجزت أن ينفرد بكتابة بحصته فثبت أنا إذا جوزنا ذلك جازت هذه الكتابة، وهذا لأن العقد يتعدد بتنوع العاقد فصار كما لو أفرد كل واحداً منهما كتابة نصيبه وهذا اختيار القفال، ومن أصحابنا من قال: هذه المسألة أصل بنفسها ولا تجوز هذه الكتابة بحال مع التفاضل لأن المعنى الذي ذكرنا موجود على القولين جميعاً وهذا اختيار القاضي الطبرى وأجري على القياس وتلك الطريقة أشبه بكلام الشافعى، ومن أصحابنا من قال قوله حتى يكوننا فيه سواء أراد به: تساويهما في ملكه، فإن تفاضلاً وكان لأحدهما ثلثه ولآخر ثلثاه [٨٤/ب] لم يصح لقوّة أحدهما فيصير التساوي بينهما معدوماً، ولهذا قيل: فيه سواء، يعني في العبد، ولو أراد الكتابة لقال: حتى يكونا فيها سواء، وعلى هذا يجوز على مال يتفاضلان فيه، وبه قال أبو حنيفة ذكره في «الحاوى»، ومن أصحابنا من قال: إذا كاتباً معاً فيه طريقان، أحدهما: هل يجوز ذلك فيه قولان، لأن العقد إذا اجتمع في أحد طرفيه عاقدان جرى عليه حكم العقددين فصار كأن كل واحد انفرد به، وفيه قولان، والطريقة الثانية: أنه يجوز قوله واحداً وهذا التخريج خطأ لأنه يكمل تصرفه إذا اجتمعوا ويجوز أخذه من الصدقات بخلاف ما لو كاتبه أحدهما، فقولاً واحداً يجوز.

إذا قلنا: لا يجوز حتى يتساويان في النجم على قدر الملك لا يجوز أن يشترط أحدهما أن يحل نجمة قبل نجم صاحبه أو يحل لأحدهما في النجم الأول أكثر مما يحل للأخر أن يختلفا في جنس المال بل يجب أن يتساوا في جميع ذلك للمعنى الذي ذكرنا.

مَسَالَةٌ: قَالَ: وَلَوْ كَاتَبْنَاهُ جَمِيعاً بِمَا يَجُوزُ، فَقَالَ: قَدْ دَفَعْتُ إِلَيْكُمَا مَكَاتِبَتِي.

الفَصْلُ

في هذا الفصل مسائل إحداها: أن يدعى أنه دفع إلى كل واحدٍ منهما من المال حقه وأنه عتق فلا يخلو حال الشركين من ثلاثة أحوال، إما أن يصدقه أو يكذبه أو يصدقه أحدهما ويكذبه الآخر فإن صدقة عتق لأنهما أقرَا ببراءة دمته، وإن كذباه فالقول قولهما لأن الأصل أن لا قبض فيختلفان ويكون المال لهما عليه، وإن صدقة أحدهما يعترض نصيبيه باقراره [٨٥/أ] بقبض المال، وأما المكذب فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم القبض فيختلف ويكون حقه باقياً على المكاتب ولا تقبل شهادة شريكه عليه، وإن كان عدلاً لأنه يدفع بذلك ضرراً عن نفسه فإنه إذا لم يثبت أن شريكه قبض شيئاً من المال استحق أن يرجع عليه ويأخذ منه نصف ما دفعه إليه فهو بشهادته يسقط عن نفسه حق الرجوع فلم تقبل شهادته، فإذا ثبت هذا فإن نصف العبد قد عتق وهو نصيب المصدق ونصفه باقي على الكتابة وهو نصيب المكذب، والمكذب بال الخيار إن شاء طلب المكاتب بالخمس مائة التي كاتبه عليها بكمالها وإن شاء رجع على شريكه بمائتين وخمسين، وعلى المكاتب مائتان وخمسون لأن الكسب الذي حصل مع الشريك مستحق لهما، فلا يجوز لأحد الشركين أن يأخذ شيئاً منه دون صاحبه، فإذا أخذه يصير ضامناً لنصيبي صاحبه منه، وإنما يعترض نصيبيه باقراره بأنه لا حق له عليه فيكون ذلك بمنزلة الإبراء، فإن اختار الرجوع على المكاتب ومطالبه بالخمس مائة، وأخذها منه، وإن اختار مطالبة كل واحدٍ منهما بما يلزمها ففعلن عتق لأنه أدى جميع المال ولا يستحق المكاتب أن يرجع على الشريك المصدق بشيء ولا الشريك يستحق الرجوع على المكاتب بشيء فإنه يقول: أديت ما عليَّ من مال الكتابة والشريك ظالم فيما يرجع عليَّ به، فإنه قد استوفى حقه، ومن أقرَّ أنه مفهوم لا يستحق الرجوع على غيره بما ظلم به وهكذا الشريك المصدق لا يستحق الرجوع على المكاتب بشيء، فإنه يقول [٨٥/ب] شريكي: قد استوفى حقه من المكاتب، وهو ظالم فيما يرجع به عليَّ، وإن اختار السيد أن يرجع على المكاتب بخمس مائة فطالبه بها فعجز فله أن يسترقة لأنه قد عجز عن أداء ما عليه، فإذا استرقة حصل نصفه حراً، ونصفه مملوكاً وكسبه في المستقبل بينه وبين السيد نصفين، وأما الكسب الذي وجده في يده فنصفه يكون لسيده الذي استرقة ونصفه يترك عليه لأن نصفه قد عتق بعقد الكتابة، فكان كسب ذلك النصف له كما لو عتق جميعه.

قال الشافعى رضى الله عنه، ولا يقوم باقي العبد على الشريك المصدق، والتعليق الصحيح فيه أن التقويم إنما يراد لحرمة العبد وتمكيل أحکامه والعبد يقول: أنا عتقت فلا

أحتاج إلى التقويم، وإنما غصبني الشريك المنكر على نصفي فسقط التقويم في حقه لأن المغصوب لا يقوم على أحدٍ، قال القاضي الطبرى وهذا لا يختلف فيه قول الشافعى ولم يحک أبو إسحق ولا صاحب «الإفصاح» غير هذا القول، وذكر المزني هذه المسألة في «الجامع الكبير» عن الشافعى هكذا، ثم قال: وهذه المسألة الثانية، وإن ادعى أنه دفع جميع مال الكتابة إلى أحدهما فقال المدعى عليه، بل دفعه إلينا جميعاً رجع عليه شريكه بنصف ما أقر بقبضه وعتق نصبيه وقوم عليه نصبي شريكه إن كان موسراً، قال أبو إسحق: وإذا وجب تقويمه فهو على قولين أحدهما تبطل الكتابة في نصبيه ويقوم على شريكه في الحال كما لو أعتق نصبيه، والثانى: يكون نصبيه [٨٦/أ] على كتابته فإن عجز حينئذ قوم على شريكه، والفرق بين هذه المسألة، والمسألة التي قبلها أن العبد في هذه المسألة لا يدعى حرية جميعه لأنه لا يعتق بدفع جميع مال الكتابة إلى أحدهما، فلهذا قومنا على المقر نصبي شريكه، وفي هذه المسألة التي قبلها ادعى دفع نصبي كل واحد منهما إليه وحرية جميعه فلم يجز تقويمه وهو يزعم أنه حر وقال القاضي الطبرى من أصحابنا من قال يقوم نصبيه على شريكه وهذا له وجه ولكن خلاف النص، وقال في «الحاوى» نص الشافعى أنه لا يقوم وعلل بأن العبد يبرئه من ذلك، وفي هذا التعليل نظر لأن في تكميل العتق من حقوق الله تعالى ما لا يعتبر في الإبراء، ولا فرق بين المسألتين عندي على وجه يصح الفرق، وقال بعض أصحابنا ينقل جواب إحدى المسألتين إلى الأخرى، وهل يقوم فيهما على الشريك؟، فيه قولان، وقال بعض أصحابنا بخراسان قولاً واحداً يقوم فيهما لأن حصل عتق نصبي الواحد، إما باقراره أو باتفاق الكل، وله الولاء فيقوم عليه نصبي الشريك وهذا الذي قبله ليس بشيء، والفرق ظاهر، وفي هذه المسألة الثانية القول قول المدعى عليه: أنه لم يقبضخمس مائة الأخرى لأن الأصل أنه ما قبض وإذا حلف برئت ذمته من دعوى المكاب عليه، ولا تقبل شهادة الشريك على الشريك الآخر لما ذكرنا والقول قول الشريك المنكر أنه ما قبض حقه، ولا يمين عليه لأنه لم يدع واحداً منهما عليه أنه أقبضه وهو بعد إنكاره مخير بين أن يرجع على المكاب بجميع حقه وبين أن يرجع على المقر بنصفه وعلى المكاب بنصبه على ما ذكرنا في المسألة قبلها، ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء لما ذكرنا من العلة.

والمسألة الثالثة: أن يكاتب رجال [٨٦/ب] عبداً لهما على ألف كل على واحدٍ منهمما على خمس مائة ثم إن المكاب ادعى أنه أدى الألف إلى أحد السيدين على أن يأخذ منهما خمس مائة، ويدفع إلى شريكه خمس مائة وصدقه السيد، وقال: قبضت منك الألف وأخذت منها خمس مائة، ودفعت إلى شريكك خمس مائة، وأنكر الشريك ذلك، وقال ما

دفع إلى شيناً فنصيب المقر يعتق بإقراره بقبض نصيبه ولا تقبل شهادته على شريكه بأنه دفع إليه حقه لأنه يدفع بذلك ضرراً عن نفسه ويكون القول قول المنكر مع يمينه، فإذا حلف يكون نصيبيه مكتاباً ونصيب شريكه قد عتق، وللسيد أن يطالب بخمس مائة على الكمال من شاء منها فله أن يطالب المكاتب لأنه كاتبه عليها، ولم يثبت أنه دفع إليه ولو أنه يطالب الشريك لأنه أقر بقبضها ولم يثبت أنه دفعها إلى الشريك، فإن رجع على المكاتب، وأخذ منه خمس مائة كان للمكاتب أن يرجع على السيد، فأخذ منه الخمس مائة التي دفعها إليه سواء صدقه في أنه دفعها إلى شريكه أو كذبه لأنه إن كذبه فهو يقول: ما دفعت، ما قبضت وإن صدقه، فهو يقول: أنت متوفٌ كأنه كان من سبilk أن تدفع دفعاً يبرئني وهو بالشهادة، وإن رجع على شريكه، فأخذ منه خمس مائة لم يكن للشريك أن يرجع على المكاتب لأنه يقول: هو ظالم فيما يرجع به، فلا يستحق الرجوع بما ظلم به فإذا حصل للشريك الخمس مائة، إما من [٨٧/أ] المكاتب، أو من شريكه عتق العبد كلّه، وإن تعذر ذلك فإن اختيار الرجوع على المكاتب فعجز عن الأداء، وهذا بعيدٌ فإنه إذا رجع على المكاتب فيمكن للمكاتب مطالبة شريكه وأخذ خمس مائة منه فلا يتذرع عليه الأداء، اللهم إلا أن لا يختار الرجوع على شريكه الذي هو سيده ويختار التعجيز، فلا يجبر على الرجوع عليه ومطالبه لأن ذلك يمتزلة الالكتساب، فلا يجبر عليه المكاتب، فإذا تعذر حصول المال من المكاتب فالسيد يعجزه ويسترقه فإذا فعل ذلك عاد نصفه رقيقاً ويقوم على الشريك المقر بالقبض لأنه عتق بسبب كان منه وهو الكتابة، فإذا قوم لزمه نصف قيمته ويرجع عليه الشريك المكذب بخمس مائة لأنه لما استرق العبد استحق نصفه ونصيف كسبه، وهو الخمس مائة التي هي كسبه للنصف الذي استرقه فاستحق أخذها فيصير المقر بحد التعجيز غارماً لكتابه الحصة، وهي خمس مائة ولقيمتها ولو دفع ذلك قبل التعجيز لم يلزم إلا مال الكتابة وحدها دون القيمة وإن حصل الأداء من جهة المكاتب وعتق باقيه يرجع على سيده المقر بالقبض الخمس مائة التي قبضها منه لأنه عتق بكتابه صحيحة، وقال القاضي الطبرى: هذا التقويم على المقر إذا لم يصدق سيده في دفع خمس مائة إلى شريكه وإن كان قد صدقه لم يقوم لأنه يعترف بأنه حُر وإن حكمه قد كملت.

مسألة: قال: ولو أذن أحدهما لشريكه أن يقبض نصيبيه فقبضه ثم عجز.

الفَصْلُ

جملة هذا أن الرجلين إذا كاتبا عبداً لهما على ألف درهم فلا يجوز للمكاتب [٨٧/ب] أن يفضل أحدهما على الآخر فيما يدفعه، ولا أن يقدم أحدهما على صاحبه، بل يدفع

إليهما شيئاً واحداً على السواء في وقت واحد، فإن أذن أحدهما للمكاتب أن يدفع ما حصل له من الكسب إلى شريكه ويقدمه عليه فهل يصح هذا الأذن؟، ويصح قبض الشريك لما يأخذه قولهان منصوصان، أحدهما: لا يصح لأن السيد لا يملك ما في يد المكاتب حتى يقبضه فإذا ذهنه فيما لا يملكه لا حكم له وعني به أنه لا يملكه ملكاً كاملاً فإنه مال مكتبه وعنته معلم بـه، وهذا قول أبي حنيفة واعتاره المزنبي، فقال: هذا أشبه بقوله: أداء المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وما في يده موقوف ما بقي عليه درهم، فليس معناه فيما أذن له بقبضه إلا بمعنى استغنى بوزن النصف حتى استوفى فليس يستحق بالسبق ما ليس له كأنه وزن لأحدهما قبل الآخر وصورة هذه المسألة التي استشهد بها المزنبي: أن يأتي المكاتب بالمال ليعطيهما حقهما فيقول أحدهما لصاحبه اسبقني بوزن نصيبي فسبقه ووزن لأحدهما نصيبي فإذا ذهنه لم يعتن نصيبي حتى يزن للآخر مثله قولهاً واحداً حتى لو تلف الباقي قبل أن يسلمه إلى الشريك الآخر كان له أن يرجع على القابض بنصف ما قبضه.

والقول الثاني: يصح ويحکي ذلك عن قول أبي حنيفة وعلى هذا يعتن نصيبي بقبض قسطه ووجه هذا أننا إنما معناه من الانفراط ببعضه لحق شريكه، فإذا رضي بتقدمه عليه جاز ومن قال بهذا أجاب بما ذكر المزنبي بأن في هذه المسألة التي استشهد بها لم يرض بحقيقة السبق لكن إذا أراد أن يوفيهما حقهما منفردين لم يمكنه إلا هذا فهما في الحقيقة قابضان معاً، وهنـا قد تطاول [٨٨/أ] زمان السـبق، وخرج عن عادة إيفائهما معاً، فوجب أن يتم حكم القبض المتقدم بعتن ذلك النصف، وقال الفقـالـ: من أصحابنا من بنى القولـين على جواز كتابة أحد الشـريكـينـ بإذن صاحـبهـ لأنـ فيـ كلـ واحدـ منـ المـوضـعـينـ يـؤـديـ الـأـمـرـ إـلـىـ كتابـةـ يـكـونـ فـيـ أحـدـ النـصـفـينـ، وـمـنـهـ مـنـ قـالـ: بلـ يـبـنـيـ هـذـاـ عـلـىـ أـنـ تـبـرـعـاتـ المـكـاتـبـ هـلـ تـجـوزـ بإـذـنـ السـيـدـ لـأـنـ هـذـاـ التـعـجـيلـ وـالتـخـصـيـصـ تـبـرـعـ لـأـحـدـهـماـ، فـإـذـاـ قـلـنـاـ: لـاـ يـصـحـ التـعـجـيلـ فـلـلـشـرـيكـ الرـجـوعـ بـمـثـلـ ماـ يـعـجلـهـ شـرـيكـهـ، فـإـنـ كـانـ كـانـ مـعـ المـكـاتـبـ مـثـلـهـ فـدـفـعـهـ إـلـيـهـ اـسـتـقـرـ التـعـجـيلـ الأـوـلـ وـعـنـ كـلـهـ وـإـنـ لـمـ يـكـنـ بـيـدـهـ غـيـرـ مـاـ عـجـلـهـ كـانـ لـلـإـذـنـ الرـجـوعـ عـلـىـ المـتـعـجـلـ بـنـصـفـ ماـ فـيـ يـدـهـ، فـإـذـاـ رـجـعـ لـمـ يـعـتـنـ شـيـئـاـ مـنـهـ، وـإـنـ قـلـنـاـ: يـصـحـ التـعـجـيلـ، وـهـوـ الـأـصـحـ عـنـ نـصـيـبـهـ. قالـ أبوـ إـسـحـاقـ: فـإـنـ كـانـ مـعـهـ وـفـاءـ بـنـصـيـبـ الـآـخـرـ أـدـأـهـ وـعـتـنـ عـلـيـهـماـ، فـإـنـ لـمـ يـكـنـ مـعـهـ وـفـاءـ بـهـ فـلـاـ يـخـتـلـفـ الـمـذـهـبـ أـنـ يـقـومـ عـلـىـ شـرـيكـهـ، وـقـالـ فـيـ «ـالـحـاوـيـ»ـ: هـلـ يـقـومـ عـلـىـ شـرـيكـهـ فـيـ قـولـانـ، أحـدـهـماـ: يـقـومـ فـيـ الـحـالـ، وـالـكـاتـبـ تـنـفـسـخـ فـيـ نـصـيـبـ شـرـيكـهـ فـيـ الـحـالـ، وـيـقـومـ عـلـيـهـ أـخـتـارـ الشـرـيكـ تـعـجـيـزـةـ، أـوـ لـمـ يـخـتـرـ لـأـنـ إـذـاـ تـعـلـقـ العـتـنـ بـسـبـبـيـنـ روـعـيـ أـعـجـلـهـماـ، وـالـقـولـ الثانيـ: قـالـ فـيـ «ـالـإـلـمـاءـ»ـ عـلـىـ كـاتـبـ مـالـكـ لـاـ تـنـفـسـخـ الـكـاتـبـ فـيـ الـحـالـ، فـإـنـ أـدـىـ الـمـكـاتـبـ حـصـةـ الشـرـيكـ الـآـخـرـ عـتـنـ وـكـانـ الـوـلـاءـ بـيـنـهـماـ، وـإـنـ عـجـزـ قـوـمـ نـصـيـبـهـ عـلـىـ شـرـيكـ الـقـابـضـ

نصيبيه إن كان موسراً وإن كان معسراً فقد عتن نصفه ورق نصفه. قال المزني: قد قال: لو أعتقه أحدهما قوم عليه الباقي إن كان موسراً وعتر كله ولم يؤخر التقويم إلى حالة العجز وإلا كان الباقي مكتاباً، ولذلك لو أبرأه، [٨٨/ب] فهو كاعتقة إباه، قال المزني: هذا أشبه بقوله: يعني أن تعجيل التقويم في الحال أولى بأصله لهذه المسألة، قلنا: هذا على أحد القولين، فأما على القول الآخر، فلا يقوم في الحال حتى يعجز في المسألة التي أوردها المزني أيضاً، على ما تقدم بيانه فإذا قلنا: تقوم في الحال، فإن جميع ما في يد العبد يكون للشريك لأن التقويم يفسخ الكتابة، والشريك قد استوفى نصيبيه، فيكون ما بقي له وهذا إذا كان هذا الذي بقي مثل ما يعجله، فإن كان أكثر من المعجل كانت الزيادة بين الشريك الإذن بحق رقه وبين المكاتب بحق عتره، وإذا قلنا: يقوم إذا عجز فإن كل ما يكتبه إلى أن عتن نصفه، فهو لسيده الذي لم يقبض نصيبيه وما كسب بعده إلى أن قوم يكون بينه وبين السيد الذي لم يقبض نصيبيه نصفين لأنه كسب بمنصفه الحر ونصفه المكاتب، وقال في الكتاب في أثناء الفصول فإن مات بعد العجز فما في يديه بينهما نصفان يرث أحدهما بقدر الحرية وهذا على أحد القولين والآخر بقدر العبودية وتسميته الآخر وارثاً عبارة مجاز وقد ذكرنا هذا في كتاب الفرائض. وهذا إذا استعجل ما عتن نصيبيه به فأما إذا استعجل نصيبيه من النجم الأول بإذن الشريك ففيه القولان في صحة الإذن وإذا قبض هل يخلص له أم يشاركه فيه صاحبه؟ كما ذكرنا فإن قلنا: صح الإذن أدى العبد مثل ذلك إلى الآخر، فإن لم يبق عنده مال، وعجز فلا شك أن عليه أن ينافق صاحبها ما قبض لأنه كسب عبدهما، فلا يخلص له بأن يقول له شريكه: أذنت لك في أخذه بل ينافقه ويأخذ [٨٩/أ] مثل ما أخذتم الباقي بينهما وأختار ابن سريج أنه لا يأخذنه مثل ما أخذ لأنه يقول: لما أذنت لي في الأخذ رضي بوقوع حرقك في ذمته ثم لما عاد رقيقاً سقط دينك عن ذمته بالعجز.

مسألة: قال: ولو مات سيد المكاتب فأبرأه بعض الورثة من حصته عتن نصيبيه.

قد ذكرنا هذه المسألة، وقال: ه هنا ولاعه للذى كاتبه يعني الميت لأن العقد له، ولا أقوم عليه، والولاة لغيره، وهذا أحد القولين اللذين ذكرناهما فيما تقدم، ثم قال: وأعتقه عليه بسبب رقه فيه لأنه لو لم يكن فيه رق فعجز لمن يكن له. وهذا اللفظ لإيجازه مشكل، وهو جواب سؤال لا يصح إلا بذكر السؤال كأنه يقول: إن قال قائل: إذا لم يقُوم على هذا الوارث الذي قد أعتق نصيبيه بالإبراء، فلم أعتق بقوله ذلك التصيبي؟ وإذا نفذ العتق فيه بقوله: وجب التقويم عليه، قلنا: إنما يعتق عليه ذلك التصيبي بسبب رقه فيه، لأنه لو لم يكن فيه رق لم يكن له إذا عجز وعلمون أنه إذا عجز كان ذلك النصف له، فإذا لم يعجز فالولاة لمن كاتبه، وإذا كان الولاة لغير هذا الوارث المعتق أو المبرء لم يجز التقويم

عليه. وحكي المزني في موضع آخر هذين القولين في أصل التقويم على هذا الوارث، وقال في موضع فيها قولان، أحدهما: لا يقوم عليه، والثاني: يقوم عليه إذا عجز وكان له ولاءً كله لأن الكتابة الأولى بطلت، وأعتقد هذا ملكه. وقال الإمام أبو محمد الجوني: هنا نكتة وذلك أنه إذا أعتقد أحد الوارثين نصبيه من المكاتب [٨٩/ب] الموروث. وقلنا: بالتفوييم وانتظرنا العجز فعجز النصف الثاني فقونا، قد ذكرنا أن الكتابة انتقضت في النصف المقوم بالعجز فاما النصف الأول الذي أعتقد الوارث فهل يحكم الآن بإبطال الكتابة؟ فيه اختلاف أصحابنا فيه فمنهم من لم يبطل الكتابة فيه، وعليه الأكثرون، ومنهم من أبطل الكتابة فيه وعلل، فقال: العقد عقد واحد فإذا انفسخ بعضه في الانتهاء انفسخ جميعه وكنت استضعفت هذا الوجه حتى دل النص عليه في هذا الموضع حيث حكى المزني القولين في أصل التقويم، وقال في القول الثاني لأن الكتابة الأولى بطلت وأعتقد هذا ملكه فوجدناه قوله منصوصاً، وقال القاضي الطبرى معناه ولاء هذا النصف له لا الكتابة إنما بطلت فيه دون نصيبي المجرى، قال المزني: الأول أشبه بمعناه يعني أن لا يقوم عليه، واحتج بأنه زعم أنه إذا أبرأه من قدر حقه من مال الكتابة عتق نصبيه، بمعنى عقد الأب فلم يجز أن يزيل ما ثبت يعني إذا ثبت أن العقد حصل على عقد الأب لم يجز أن يقوم عليه هذا الوارث ثم قال المزني: وإذا زعم أنه إن عجز فقد بطلت الكتابة الأولى فينبغي أن يبطل عتق النصيب بالإبراء من قدر النصيب لأن الأب لم يعتقد إلا بأداء الجميع فكان الأب أبرأ من بعض مال الكتابة، فلا عتق بإبرائه من بعض مال الكتابة، قلنا: قال أصحابنا لم يرد الشافعى بقوله: بطلت الكتابة في الجميع وإنما أراد في النصيب الذي يقوم على الابن فلم يحب رد العتق، وقال الجوني: رحمة الله اعترض المزني بهذا [٩٠/أ] على القول الذي استضعفناه ووجدناه نصاً، فقال: إذا حكمنا في الانتهاء بإبطال جميع الكتابة وجب أن يبطل عتق النصف الأول الذي أعتقدناه بلفظ الإبراء ويكون كالسيد لوابرأه من بعض مال الكتابة.

والجواب: أن الوارث يومئذ كان كالسيد إذا أبرأه عن جميع مال الكتابة لأن الوارث أبرأ عن جميع حصته فلهذا حكم بعتق ذلك النصف، فإذا حكمنا اليوم بإبطال الكتابة فكيف يلزمنا أن نعرض على ذلك العتق؟ قال: ويحتمل أن يكون جميع كلام المزني من قوله: الأول أشبه بمعناه إلى آخر الباب اعترضاً واحداً على هذا القول الذي نصرناه وأجبنا عنه المزني رحمة الله، والله أعلم.

باب ولد المكاتب

مسئلة: قال: ولد المكاتب موقف.

الفَصْلُ

جملةً هذا أنه إذا كاتب أمّةً فأنت بولد لا يخلو إما أن تأتي به من السيد، أو من غيره، فإن أنت به من السيد انعقد حراً وتصير له أم ولد لأن له فيها ملكاً، وإن كان ضعيفاً، وتكون الكتابة باقيةً فيها، لأنّه عتق بصفةٍ، فلا ينافيه الاستيلاد كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حرّةً ثم استولدها تكون أم ولد ومحنتها بصفةٍ، فإن أدى مال الكتابة عتق ويطلّ حكم الاستيلاد وإن عجزت بطلت الكتابة ويكون الاستيلاد باقياً فيها فتعتق بموت السيد وإن مات السيد قبل الأداء عتق بموته ويطلّ الكتابة وإن أنت بولد من غير السيد، إما من زوج، وإنما من زنا يكون ممولاً لأن الأم مملوكة، [٩٠/ب]. ولا يصير مكتاباً لأن الكتابة عقد معاوضة يفتقر إلى إيجاب وقبول ورضى فلا يلزم حكمه إلا لمن عقد معه ويفارق ولد المدبرة يشبعها في التدبير في أحد القولين لأن التدبير يحصل بقبول السيد وحده ومن الفرق أن المكتابة متى عجزت أو ماتت بطلت الكتابة وكان ولدها ريقاً، وإذا مات المدبر قبل موته يبطل تدبيره ولم يبطل في ولده فثبت أن الولد دخل في التدبير، ولم يدخل في الكتابة، فإن قيل: ولد المبيعة يدخل في حكم المبيع، وإن كان المبيع يفتقر إلى الإيجاب والقبول، قلنا: لا يدخل في البيع وإنما يتبع في الملك لأن المبيعة صارت ملكاً للمشتري وهنّا الملك للمكاتب فلو تبع في العقد دون الملك، وقال أبو حنيفة يسري إلى الولد لأنها سبب ثابت للعتق فسرى إلى الولد كالاستيلاد، وهذا خطأ لما ذكرناه.

فإذا ثبت أنه لا يدخل في الكتابة فما حكمه؟ فيه قولان، أحدهما: أنه ممولاً للسيد لأنّه عقد يلحقه الفسخ فلا يثبت حكمه في الولد كالرهن، والثاني: أنه موقوف على حكم الأم، فإن رقت رق الولد، وإن عتق عتق الولد، قال الشافعي رضي الله عنه. وهذا القول أحب إلىي، وقال أبو إسحاق: إذا اختار الشافعي هذا القول وجب أن يكون القول الآخر ساقطاً ووجه هذا القول أن الولد يتبع الأم في سبب الحرية كما يتبعها في الحرية كولي أم الولد، ولأن الولد من كسبها فيقف على عتقها كمالها، فإذا قلنا: الولد يكون ممولاً للسيد فله أن يتصرف فيه كيف شاء، ولو قيل: كانت قيمته له، وإذا قلنا: إنه موقوف فالكلام على هذا القول [٩١/أ] في خمسة أحكام، أحدهما: في الجنائية عليه، والثاني: في نفقة، والثالث: في كسبه، والرابع: في عتقه، والخامس: في وطئها إذا كانت ثيّاً.

فأثنا في الجنائية عليه، فضربيان جنائية على نفسه وجنائية على طرفه فإن كانت الجنائية على نفسه وكانت خطأً يوجب المال فعليه قيمتها لأنّه ممولاً، فيتضمن بالقيمة ولمن تكون القيمة فيه قولان، أحدهما: أنها للسيد، وهو اختيار الشافعي رضي الله عنه لأنّه تابع لأمه، والأم لو قتلت كانت قيمتها للسيد فكذلك قيمة الولد للسيد وعلل أبو إسحاق فقال: لأن

الولد لم يجز عليه العتق، ولا هو ملك الأم، وإنما هو ملك لسيده، وإنما وقف على الحرية والرق، فإذا قتل فقيمه للسيد.

وأيضاً لرأعتق السيد الولد عتق فلو كان كسباً لأمه تستعين به في كتابتها لما جاز أن يعتقه السيد لأنه يتلف على الأم بعتقه كسبه، قال أبو إسحق: ويخالف هذا ولد المكاتب الذي أوصى له به فقبله أو وطئه جاريته في حال كتابته فولدت منه، فإنه يملك ولده ويصيর موقوفاً من أجل ملكه إياه، ولو كان يجري عليه رق على الدوام لكان يستديم لملكه كسائر عبيده ولكن لا يستقر له ملكه على ولده فيعتق عليه إذا كان حراً ويصيير موقوفاً على حريته إذا كان مكتوباً، فإذا كان كذلك يكون السيد ممنوعاً من ولده، ولا ينفذ فيه عتقه فلما نفذ دل على ما قلنا، والقول الثاني: أن قيمته للمكاتب تستعين بها في مال الكتابة لأن المقصود من الكتابة طلب حضها، وهذا [٩١/ب] من حضها ولأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه قنناً فلا يستحق قيمته، وإذا لم يستحقها السيد كانت لأمه لأنها لا فائدة في إيقاف القيمة بخلاف الولد لأنه يوقف ليعتق، وإذا كانت الجنابة عليه عمداً فإن جعلنا قيمته في الخطأ للسيد، فالقود في العمد مردود إلى خيار السيد، فإن اقتضى أو عفا فلا اعتراض للأم عليه وإن جعلنا قيمته للأم، فإن اقتضت كان لها ولم يكن للسيد معها وإن عفت إلى المال كان لها وإن عفت عنهم، ففي صحة عفوها قولان، فإن قلنا: موجب العمد القصاص وحده يجوز ذلك أذن السيد أو لا لأنه لا حق للسيد في القصاص والمال لا يجب إلا باختيار الأم وليس للسيد أن يجبرها على تملكه، وإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين. أما القصاص أو المال لا يجوز ذلك لأن فيه إتلاف المال، وهل يجوز بإذن السيد قولان كالهبة.

وإذا كانت الجنابة على الطرف فإن كانت خطأ توجب المال فيه ثلاثة أقوال، أحدها: الأرش للسيد لأنه ملكه، والثاني: الأرش للأم لأن الولد تابع لها، والثالث: أنه موقوف على الولد، فإن عتق الأم كان الأرش له وإن رق برقصها كان للسيد وإن كانت عمداً، فإن قلنا: الأرش للسيد كان القود في طرفة مستحقة للسيد وإن جعلناه للأم كان القود في طرفة مستحقة للسيد، وإن جعلناه موقوفاً على عتق الولد ورقه، فلا حق للأم في القود، وهو موقوف بين الولد والسيد فإن اجتمعا عليه جاز أن يستوفياه وإن تفرد به أحدهما، لم يجز لأنه إن تفرد به الولد جاز أن يكون للسيد [٩٢/أ] أن يرق، وإن تفرد به السيد جاز أن يكون للولد إن عتق فلذلك منع أحدهما من التفرد حتى يجتمعا، أو يستقر أمر الولد على عتق فيكون القود له أو على رق فيكون لسيده، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا: ولد المكاتب يتبعها في الحرية فحق الملك للسيد في الولد أو للمكاتب قولان، وفائدة هذا أنه لو جنى على طرف الولد فالأرش لمن يكون؟ فإن قلنا: للسيد حق الملك فيه، فالأرش

موقوف، فإن عتق الولد فذلك له وإن رق برق الأم كان للسيد، وإن قلنا: حق الملك للمكاتبية فالأرش للمكاتبية تستعين به في كتابتها وإن قتل، فإن قلنا: حق الملك للسيد فأولى أن تكون القيمة له، وإن قلنا: حق الملك للأم، فيه وجهان أحدهما: للأم، والثاني: للسيد أيضاً لأن حكمه إذا مات مات رقيقاً وما تقدم أصح على ما فسره في «الأم».

وأما الكلام في كسبه فلن يكون فيه طريقان، أحدهما: فيه ثلاثة أقوال أحدها: للسيد، والثاني: للأم، والثالث: موقوف، والطريق الثاني فيه قولان: أحدهما: للأم، والثاني موقوف وفيه قول ثالث مخرج أنه للسيد، وهو مخرج من كون القيمة للسيد وهذا ليس شيء، والقولان منصوصان. و قال أبو إسحاق ما دام الولد حياً لا تأخذ الأم كسبه وما في يده ويكون موقوفاً لا يختلف فيه قول الشافعي رضي الله عنه وزعم بعض أصحابنا: أنه في حياته قولان، أحدهما: وهم، والثاني: موقوف ولا نص فيه للشافعي نعلم، قال الشافعي: والأول: أشبههما يعني أنه موقوف، [٩٢/ب] وإذا مات يكون للسيد، وقال المزني، بل الآخر أشبههما إذا كانوا يعتقدون بعنتها، فهي أولى بها وما يدلُّ على ذلك قوله، ولو وطء الله مكاتبته أو أمةٌ كان عليه مهر مثلها وهذا يقتضي ما وصفتُ من معنى ولدها، قال أبو إسحاق: هذا ليس بالزام صحيح لأن في حياة الولد لا يختلف قوله في الكسب أنه موقوف ولا تأخذ الأم، وإنما اختلف قوله بعد موته الولد، وقال غيره من أصحابنا: فيه قولان، وإن كان حياً على ما ذكرنا ولا فرق بين المهر والكسب، فسقط السؤال هذا في مهر ابنته، فأماماً في مهر امته يكون لها لا يختلف القول فيه، وقيل: يقال للمزني: كيف يقال القول الآخر أشبههما، وعلة القول الأول أظهر، وهي قوله لأن المكاتبية لا تملك ولدها.

وأما إيجاب مهر المثل في وطء ابنة المكاتبية وأمها فللتحليلة ورجاء العتق، ألا ترى أنها إذا لم تعتق كان ذلك المهر للسيد، فإذا قلنا: الكسب للمكاتبية، فإنها تأخذه يوماً بيوم وتستعين به في مال الكتابة، وإذا قلنا للسيد يأخذه يوماً بيوم ويتصرف فيه، وإذا قلنا: إنه موقوف فإنه يجمع ثم ينظر فإن عجزت الأم واسترق الولد دفع الكسب إلى السيد، وإن عنت وعتق الولد دفع الكسب إلى الولد، وإن أشرفت المكاتبية على العجز، فإن لم يكن في كسب الولد وفاء لأداء مال الكتابة لا يدفع إليها لأنها لا تستفيد به وإن كان فيه وفاء بمال الكتابة فهل يدفع إليها لستعين به في مال الكتابة وتعتق، فيه قولان: لا يدفع إليها لأنها غير [٩٣/أ] مستحقة له على هذا القول، وكان موقوفاً بين الولد والسيد فلم يكن كلام فيه حق، والثاني: يدفع إليها لأنه وقف طلباً لحظ الولد إن عنت فإذا أخذته الأم فعتق بعنتها كان أحط للولد من أن يأخذ السيد فريق، ولو مات هذا الولد وكتبه موقوف، فيه قولان بناءً على قيمته لو قتل أحدهما لها والثاني لسيده، وأما الكلام في نفقته فإن كان مكتسباً ففي

كسبه وإن لم يكن مكتسباً، فإن قلنا: كسبه للأم فالنفقة عليها، وإن قلنا: كسبه للسيد فنفقة عليه وإن قلنا: موقف، ففيه وجهان: أحدهما على سيده لأنه على ملكه، والثاني في بيت المال من سهم المصالح لأنه محتاج، وليس له من ينفق عليه لأن السيد لا يملكه والأم لا تستفيد بالإنفاق عليه.

وأما الكلام في عتقه فإن قلنا: كسبه له أو هو موقف، والمكاتبة إذا أشرفت على العجز لم يدفع إليها ينفذ عتقه لأنه تعجل الحرية من غير أن يكون على المكاتبة فيه ضرر، وإن قلنا: كسبه للمكاتبة أو قلنا: موقف ولكن أشرف المكاتبة على العجز دفع إليها لم ينفذ عتقه لأن في هذا إضراراً بالمكاتبة وتعطيلاً للكسب عليها.

وقال أبو إسحق: يعتق الولد قولًا واحدًا. وذكره الشافعي في «الأم»، ومن أصحابنا من قال: لا ينفذ عتقه فيه. إذا قلنا: ما في يد الولد للأم، وليس بصحيح وهذه الطريقة أصح، وقال في «الحاوي»: إن قلنا: كسبه للأم لا ينفذ عتقه، وإن قلنا: كسبه للسيد نفذ عتقه فيه، وإن قلنا: موقف، ففيه وجهان مخرجان من القولين في عجز الأم هل تتم كتابتها بكتابتها، [٩٣/ب] فإن قلنا: تتم لم ينفذ عتقه، وإن قلنا: لا تتم، نفذ فيه عتقه وهكذا لو كاتبه السيد، فهو مبني على نفوذ عتقه فإن قلنا: يصح عتق بأسبق الأمرين من أداءه وأداء أمه لأنه إذا عتق بانفراد كل واحدٍ منهما وجب أن يتحرر عتقه إذا اجتمعوا بوجود أسبقيهما فإن سبق أداءه عتق عن كتابته، وإذا سبق أداء الأم عتق بأداء الأم تبعاً وبطلت كتابته بعتقه.

وأما الكلام في وطنها إذا كانت ثياباً، فإن قلنا: إنها مملوكة له؛ حل له وطنها، وإن قلنا: موقوفة على الأم لحل ذلك لأنه لا يملكها ملكاً تماماً فإن وطئه فلا حد لأن له فيها شبهة الملك وفي المهر ثلاثة أقوالٍ بناءً على الكسب أحدهما: لا مهر إذا قلنا: الكسب للسيد، والثاني: يلزم المهر للأم، إذا قلنا: الكسب لها، والثالث: أنه موقوف كالكسب، فإن قلنا: بالوقف ففي كيفية وقفه وجهان: أحدهما: يوقف بعد قبضه من السيد، والثاني: يوقف في ذمة السيد وعلى حال يحرم الوطئ، فإن أحبلها انعقد الولد حراً لشبهة الملك وتصير الجارية أم ولده لأنها علقت بحري في ملك وإن كان ضعيفاً، ولا يلزمها قيمتها لأن القيمة إنما تجب لمن يملكها، والمكاتبة لا تملك ابنتها ولا يلزمها قيمة الولد أيضاً لأنها وضعته، وهي أم ولد له، هكذا قال جميع أصحابنا المتقدمين، وقال بعض المتأخرین من أصحابنا: هل يلزم قيمتها؟ ينبغي أن يكون فيه قولان كمَا إذا قلت ففي قيمتها قولان: أحدهما أنه له، والثاني: أنها لأمها تستعين به على كتابتها [٩٤/أ].

فروع

كيف الحكم في ولد ولدتها؟، قال الشافعي رضي الله عنه: ولد البنات كالبنات وولد البنين كالأمهات وأراد به أن ولد الابن يكون حكمها حكم أمها دون ابنته لأن ولد البنات تبع لها في الرق وولد الابن تبع لأمه في الحرية والرق فصار ولد البنات كالبنات وولد البنين كالأمهات. وقال أبو يوسف ومحمد: ولد البنات يكون داخلًا في كتابة جدته، كأمها وهذا نحو ما ذكره الشافعي، وقال أبو حنيفة: يدخل في كتابة أمها دون جدته واحتاج بأن الحقوق التي تسرى إنما تسرى مع الاتصال، فأمًا الولد المنفصل فلا يسري إليه وهذا الولد اتصل بأمه دون جدته، وهذه لا يصح لأن الولد من كسب أمها والأم هبنا تابعة للمكاتبة فكذلك ولدتها كسائر كسبها، ونحن نقول بالسراية على ما ذكرنا فيما تقدم فلا يلزمها ما ذكروا.

مسألة: قال: وهو من نوع من وطء مكاتبه.

إعلم أنه إذا كاتب أمته فليس له أن يطأها لأن الوطء إنما يستباح في زوجته أو ملك تام وليس هنا واحد منها، فإن وطئها فلا حدّ وبه قال جماعة العلماء. وحكي عن الحسن البصري أنه قال: يجب عليه الحدّ لأنّه عقد عليها عقد معاوضة كما لو باعها وهذا لا يصح لأنّه فيها ملكاً وإنّ كان ضعيفاً بدليل أنه لو أعتقها نفذ عتقه، ولو زوج ابنته من مكاتبه ثم مات وورثته البنّت انفسخ نكاحها، لأنّها ملكت جزءاً من زوجها فصار ذلك شبهة في سقوط الحدّ ولو شرط [٩٤/ب] في عقد الكتابة عليها أن يطأها كان الشرط والعقد باطلين وحكي عن مالك أنه قال: يصح العقد ويبيطل الشرط، وقال أحمّد: يصح العقد والشرط لأنّه شرط عليه منفعتها فوجب أن يصح كما لو شرط الاستخدام، ودليلنا أنه لا يملك وطئها مع الإطلاق للعقد فلا يملكه بالشرط كما لو زوجها واشترط لنفسه الوطء، ويفارق الاستخدام لأنّه يجوز أن يملك بما لا يملك به الوطء من الإعارة والإباحة، والدليل على بطلان قول مالك أن الشرط الفاسد يوجب فساد العقد كما لو شرط في الكتابة عوضاً فاسداً، فإذا ثبت هذا فإنّ كانا عالمين بتحريم الوطء عزراً وإنّ كانوا جاهلين لم يعزرا، وإنّ كان أحدهما جاهلاً والآخر عالماً لما عزرا العالم دون الجاهل.

وأما المهر، فنقل المزني عن الشافعي أنه قال: إن أكرهها فلها مهر مثلها، قال أبو إسحق: ظاهر هذا أنه إذا وطئها طائعة لا مهر لها ولا نعلم أن الشافعي قال ذلك بل نص أن لها مهر مثلها طائعة وطئها أو كارهة لأنّه لا حدّ في هذا الوطء فهو كما لو وطء طائعة بنكاح فاسدٍ فلها المهر، لأنّه لا حدّ عليها وهذا هو الصحيح، وإنما يختلف الإكراه وغيره في الموضع الذي لو لم يكرهها لكان عليها الحدّ، ومن أصحابنا من قال: ما حكاه المزني

فَرْعَأْ

لو أتت هذه المكاتبة بعد الاستيلاد بولد من زوج أو زنا فهذا ولد أم ولد وولد مكاتبية

فيتبعها في الاستيلاد قوله واحداً، وهل يتبعها في الكتابة قوله، فإذا قلنا: لا يتبعها فليس له إلا سبب واحد وهو الاستيلاد فيعتق بموت السيد، وإذا قلنا: يتبعها فقد اجتمع لها سببان أيهما سبق عتق به، والحكم فيه كالحكم في الأم على ما ذكرنا.

فرع آخر

لو اشتري المكاتب أمة للتجارة لا يحل للسيد وطئها، فإن وطئها قد ذكرنا أنه لا حد ويلزم المهر هنا للمكاتب بلا خلاف، [١٠/٩٦] فإن جبلت انعقد الولد حراً لشبيه الملك وتصير أم ولده لأنها عتقت بحر في ملكه، ويلزمه قيمتها لأنها مملوكة للمكاتب وقد أتلفها عليه بالإحجال، ويفارق للثبت على ما ذكرنا لأنها ليست بملوكة له بل هي موقوفة معها أو مملوكة للسيد. وأمّا الولد فلا تجبر قيمته لأنّه قد ملك الأم بالتفوييم، فإذا أتت بوليد بعدها صارت أم ولده لم يلزمها قيمته. وأمّا إذا أحيل المكاتب يلزمها قيمة ولدها إذا قلنا: ولدها موقوف لأنها مكاتب كما كانت وقد أتلف ولدها عليها فلزمته قيمة لها ويدفع إليها أو تستعين بها أو يجعلها قصاصاً، وإذا قلنا: قيمته لو قتل تكون لسيدها فلا قيمة عليه.

مسألة: قال: ولو اختلفا في ولديها.

الفصل

إنما تتصور هذه المسألة على القول الذي يقول: ولد المكاتب موقوف على كتابتها وصورتها أن يقول: المكاتب ولدته بعد المكاتب. وقال السيد: ولدته قبل الكتابة فهو ملكي فقد ذكرنا من قبل أن القول قول السيد لأنّه اختلاف في التحقيق في وقت الكتابة، فإنها تقول عقدت مع الكتابة ثم أتيت بالوليد، وهو يقول: لا بل أتيت به ثم عقدت معك الكتابة، والأصل أن لا عقد ولدها نقول: لو اختلفا في أصل العقد، فالقول قوله أيضاً، وإذا قلنا: ولدها للسيد لا يتتصور الاختلاف، فإنها سواء أتت به قبل الكتابة أو بعدها، فهو للسيد فإن نكل السيد عن اليمين ترد عليها اليمين، فإن نكلت ففي ردها على الولد بعد البلوغ، وجهان.

مسألة: قال: ولو اختلفا في [٩٦/ب] ولد المكاتب من أمته، فالقول قول المكاتب.

في صورة هذه المسألة مضمر محنوف، ولا يمكن حمل اختلافهما على ظاهره لأنّه ولد المكاتب من حرة حر لا يصح فيه الاختلاف، والمسألة مصورة فيمن كاتب عبده ثم زوجه أمته، فالتزويج صحيح ثم اشتري المكاتب من السيد زوجته فينفسخ النكاح عندنا خلافاً لأبي حنيفة رحمة الله وضارط مملوكة له فأتت بوليد فاختلف هو السيد، فقال السيد:

أنت به من قبل أن يعتكها، فهو مملوکٌ لي، وقال: بل أنت به بعدها ابتعتها فهو لي يعتق
يعتقى وأمکن ما قالاه، فالقول قول المكاتب لأنهما اختلوا في ملك الولد ويد المكاتب ثابتة
على الولد فضمار يده أقوى من السيد.

فِرْعَوْن

قال بعض أصحابنا بخراسان: ذكر الشافعي رضي الله عنه: أنها لو أنت بولددين، أحدهما قبل الكتابة، والآخر بعدها، فهما للسيد لأنهما حمل واحد وهذا لو أنت بأحد هما في يوم ملك الأم بأقل من ستة أشهر والآخر بأكثر فهما للسيد، وكذا أفتى الشيخ أبو زيد وليس بصحيح لأن الحمل يتبع الأم في البيع، وإذا وضعت ولدًا وفي بطنه ولد آخر فيبيع فالولد الثاني مبيع معها، وقد نص الشافعي كما قال الشيخ أبو زيد، فنقول: مراد الشافعي رضي الله عنه أنه يحكم بأن الولدين حصلان في ملك السيد ثم معقول أن الذي في البطن يصير مبيعاً يتبع الأم أو نقول صورة المسألة: [١/٩٧] أنها أنت بالولد الثاني مع البيع لا بعده فيكونان للسيد.

بيان المكاتب بين اثنين يطأها أحدهما أو كلاهما

مسألة: قال: إذا وطئها أحدهما فلم تحل فلهما مهر المثل.

اعلم أنه إذا كانت أمةٌ بينَ رجُلين فكتابتها لا يحلّ لأحدهما وطئها لأنَّه قبل الكتابة كان يملك بضعاً ملكاً تاماً، ولم يكن يحل الوطىءُ بعد الكتابة أولى أن يحل وطئها فإنَّها توجب تحريمَ لو كانَ الوطىءُ حلالاً من قبل، فإنَّ وطىءَ أحدَهما فلا حَد لشَبهة الملكِ ثم ينظر فإنَّ كاتنا عالَمين عزرا وإنَّ كاتنا جاهلين لم يعزرا، وإنَّ كاتنَ أحدَهما جاهلاً لم يعزز الجاهل ويجبُ المهرُ لأنَّه وطىء شَبهة ويكونُ للمكابِة لأنَّه كسبها ثم ينظر فإنَّ لم يكن قد حلَّ عليها نجمٌ من مال الكتابة، فإنَّ كاتنَ المهرُ من جنسِ مال الكتابة، فإنَّ كاتنَ معها بقدر ما يدفعُ إلى السيدِ الذي لم يطأها مثلَ المهر فعلت ذلكَ وسلمت، وللسيدِ الذي وطىءَ عليها قدر المهر فإنَّ المهر يكُونُ بينَ السيدَين لأنَّ الكسبَ بينَهما والمهرُ من جملةِ الكسبِ، فيرجعُ الذي لم يطأَ على الذي وطىءَ فيأخذُ منه نصفَ المهر فيحصل المهر بينَهما نصفين ثم ينظر، فإنَّ فضلَ باقيِ مال الكتابة فادته إلىهما عتقَ وإنَّ لم يكن معها شيءٌ فللسيدين أن يعْجزاها ويسترقاها، فإنَّ فعلاً عادت مملوكةً لهما وكسبُها بينَهما والمهرُ من جملةِ الكسبِ، فإنَّ كانت قبضَت المهرَ من الواطئِ فقد بُرئت ذمته منه، [٩٧/ب] فإنَّ كاتنَ باقياً بحالِه اقتسمَة بينَهما، وإنَّ كاتنَ قد أتَلَف فقد تلفَ من ملكِهما معاً، وإنَّ لم تكن قبضَت المهرَ فإنَّ ذلكَ يكونَ كسبَ السيدَين ثم ينظر فإنَّ كاتنَ في يدها شيءٌ يدفعُ للسيدِ الذي لم يطأها بإزاءِ المهر ويحصل المهر

لمن هو عليه فعل ذلك، وإن لم يكن معها شيء آخر، فإنهما يقتسمان المهر بينهما نصفين ويسقط ما بقي من حقهما، وإذا اقتسمَا نصفين دفع الواطيء إلى صاحبِ نصف المهر وسقط نصفه عن ذمته، فإن أتت هذه المكابحة بولدٍ نظر فإن كان السيد قد استبرأها بعد الواطيء وأتت بولدٍ بعد الاستبراء لستة أشهر فصاعداً لم يلحق بالسيد بل يحكم بأنه ولد مكابنته من شبهة أو نكاح أو زناً فيه قوله على ما ذكرنا، وإن لم يكن استبرأها أو كان قد استبرأها إلا أنها أتت بالولد لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء فإنه يلحق بالوطيء، فإنه واطيء بشبهة وينعقد الولد حراً ويصير نصف الجارية أم ولده لأنها علقت بحرٍ في ملكٍ، وإن كان ضعيفاً وجميعها يكون مكابتاً لهما ثم ينظر في الواطيء فإن كان مُسراً فلا يسري إلى نصيب شريكه وإن كان موسراً فيسري لأنَّه كالعتق، وهل يقرؤه عليه في الحال، أو فيما بعد، على ما ذكرنا من القولين أحدهما: يقوم في الحال تغليباً للإيلاد على الكتابة للزوم حكمه والثاني: يتوقف تقويمه على العجز تغليباً لحكم الكتابة على الإيلاد لتقديمه، وقال أبو علي ابن أبي هريرة: يقوم عند العجز هنَا قوله واحداً وإنما القولان في عتق أحد الشريكين، [٩٨/١] والفرقُ أن السراية هنَا إذا كانت في الحال استفادت العتق في الحال فلا ضرر على المعتقة، وهنَا يضر التقويم والسراءة لا تنفسخ فيما قومنا، وثبت لها حكم الاستيلاد فيقف عتقها على الموت، وإذا كانت مكابتاً يعتق بالأداء في الحال، وقال أبو إسحق: الطريقة الأولى أصح، وما قاله أبو علي خطأ لأن الإيجاب أقوى من العتق، والعتق إذا أوجب التقويم في الحال فالإيجاب أولى، والذي قاله من الضرر لا يصح لأنَّا إذا قومنا في الحال تنفسخ الكتابة في نصيب الشريك وتبقى في نصيب المحبيل، فإذا أدت إلى مولاها المحبيل نصيبيه من المال عتقت وسرى العتق إلى الباقي فالتفوييم أحظ لها، وقال بعض أصحابنا بخراسان: كلام الشافعى هنَا يدل على أنه لا يقوم في الحال في الإيجاب وإنما يقوم يوم العجز قوله واحداً، وذلك أنه أجاب هنَا في الإعتاق بأنه يقوم في الحال، فقال: إذا مات الواطيء وعنت نصفها قوم النصف الثاني في الحال، ولم يقل إذا عجزت، وكذلك إذا أعتق أحدهما نصيبيه وأجاب في الإيجاب بأنه لا يقوم في الحال، فقال: فاختارت العجز أو مات الواطيء، فإن للذى لم يطأها نصف المهر، ونصف قيمتها على الواطيء فدل ذلك على أن قوله لم يختلف في الإيجاب أن التقويم فيه يوم العجز لما تقدم من العلة وقد بينا خلاف هذا.

فإن قلنا: يقوم في الحال تنفسخ الكتابة في نصيب شريكه بالتفوييم وتصير أم ولد الواطيء ويكون النصف الآخر مكابتاً وهي أم ولد له ثم ينظر فإن أدت مال الكتابة عتق نصفها وسرى العتق [٩٨/ب] إلى باقيها ويبطل حكم الإيجاب والعتق بها، وإن قلنا: لا يقوم في الحال ينظر فإن أدت مال الكتابة إليهما عتقت ويكون الولاء بينهما ويبطل حكم الإيجاب،

وإن عجزت نفسها استرقاها وبطلت الكتابة فتقوم حبنتاً على الشريك الوطيء ويصير جميعها أم ولد يعتق بموته فهذا الحكم في الأم، وأما الولد فقد حكمنا بحرفيته فهل يجب على الواطيء شيءٌ من قيمته لشريكه؟ الحكم في ذلك أن كل موضع أنت به وجميعها أم ولد للوطيء لا يلزمها شيءٌ من قيمة الولد لأنها وضعته في ملكه وكل موضع أنت به ونصفها مكاتب لغيره يلزمها نصف قيمته لشريكه لأنه كان من سبيله أن يكون نصبيه من الولد مملوكاً له فلما صار حراً باعتقاده وفعله صار متفاً لذلك النصف عليه فيلزمها قيمته.

وإن مات السيد قبل أن يعجز أو يؤدي فقد عتق نصفها بموته وانفسخت الكتابة فيه، فعلى هذا إن أدت إلى الشريك نصفه عنتق وإن لم تؤدْ قوم على الميت في تركته لأنه قد وجب بسببه كان منه في حال حياته.

وكل موضع حكمنا بأنها أم ولده والكتابه باقية فمات السيد سبق عتق الاستيلاد على الكتابة فعنتق بموته واستتبع الاكتساب بخلاف العتق بالصفة والعتق بمجرد الإيلاد هذا كله إذا اختارت المقام على الكتابة، فاما إذا اختارت العجز في الحال فالحكم فيها كالحكم في الجارية بين الشركين إذا أحبلها أحدهما، وحكمه أنه إن كان موسراً عليه نصف مهرها ويقوم عليه نصيب شريكه، وهل يسري الإحصال في الحال أو بأداء القيمة؟، فعلى ما ذكرنا [٩٩/١] فيما تقدم وفي نصف قيمة الولد قولان بناء على القولين في إحصاله، فإن قلنا: يسري في الحال فليس عليه نصف قيمة الولد، وإن كان موسراً فقيمة نصف المهر في ذمته ولا يقوم عليه نصيب شريكه وفي الولد وجهان. قال ابن أبي هريرة: الولد حُر كله ويكون عليه نصف قيمته لشريكه لأنه وطيء شبهة كما لو وطيء أمّة غيره بشبهة. وقال أبو إسحاق يكون الولد نصفه حراً ونصفه مملوكاً لشريكه لأن الولد تابع للأم في الحرية، فهو بمنزلة ما لو ولدت جارية نصفها حُر ونصفها مملوك من زوج أو زنا كان الولد نصفه حراً ونصفه مملوكاً، وقيل: إن ابن أبي هريرة علل الوجه الأول أنه يستحيل أن ينعقد الولد ابتدأً ببعضه ريقاً وببعضه حراً، فلازم عليه إذا كانت الجارية نصفها حراً ونصفها مملوكاً فلم يسلم هذه المسألة، وقال: الخلاف واحد.

ويمكن أن يقال: علة ابن أبي هريرة أن الحرية الصادرة عن الملك لا تتبعض، وهذا العتق ليس بسراية ولهذا لا يقف عتق الباقي على أداء القيمة قولاً واحداً، فإذا قلنا: لا يقوم، ففيه وجهان: أحدهما: يكون موقوفاً لشريك، والثاني: يكون تبعاً لأمه يعتق إن عنتق، وإذا قلنا: تقويم الأم موقف وعجزت عن أداء مال الكتابة. فلها وللمحيل حالتان: أحدهما: أن يتتفقا على الإنظار بالكتابه في حقه فيجوز ذلك لهما إذا تراضياً به، لأنه لا يتعلق بالكتابه حق لغيرهما بخلاف الشريك غير المحيل، والثانية: أن لا يتتفقا على الإنظار

بل يختلفان فيه فالكتاب تنفسخ بينهما لأن المكاتب لا يلزمها المقام على العقد، [٩٩/ب] والسيد يلزم الإنتظار بالمال.

مَسَأَةُ: قَالَ: فَإِنْ وَطَأَهَا فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَهْرٌ مِثْلُهَا^(١).

جملة هذا أن السيدين إذا كاتبا جارية ثم وطتها كل واحدٍ منها فإن لم تحل فلا حد على واحدٍ منها وعذر العالم منها والمكاتب أيضاً إن كانت عالمة وعلى كل واحدٍ منها كمالٍ مهيرٍ مثلها ثم ينظر فإن عجزت نفسها، وفسخت الكتابة فقد سقط عن كل واحدٍ منها نصف ما عليه من المهر ولزمه النصف الآخر لشريكه فإن كانا سواءً تقاضاها وإن كان أحدهما أكثر من الآخر. قال الشافعي بأن يطأ أحدهما وهي بكر ويطأ الآخر ثياباً أو تكون في وطاء أحدهما صحيحةً وفي وطاء الآخر مريضةً، ونحو ذلك فإن التقاض يحصل في المقدار الذي اتفقا فيه ولصاحب الفضل أن يطالبه وإن كانت قد قبضت المهران فقد برئت ذمة السيدين ملتهما ثم ينظر فإن كانا باقيين اقتسماهما وإن كانا تالفين فقد تلفا من ملكيهما وضمانهما، قال في «الأم»: فإن وطتها أحدهما وهي بكر وجب عليه أرشُ البكرة لأن ذلك لا يدخل في المهرٍ فسقط عنه النصف ويجب النصف لشريكه، وإذا وجدت الجارية مفضأةً، فقال كل واحدٍ منها: أنت أفضيتها حلف كل واحدٍ منها لصاحبٍ ويسقط حكم الإفشاء وهكذا إذا اختلفا في الوطءٍ فكل واحدٍ منها يقول لصاحبٍ: أنت وطئت حلف كل واحدٍ منها لصاحبٍ ويسقط المهرٍ هذا كله إذا لم تحل الجارية فإن حبت الجارية، فالحكم في الحدٍ والمهرٍ على ما مضى. وأما الولدُ فينظر فإن ادعى كل واحدٍ من الشريكين أنه استبرأها بعدما وطتها وأتت بالولد بعد الاستبراء [١٠٠/١] لستة أشهرٍ فصاعداً لا يلحق بواحدٍ منها ويحكم أنها أتت به من زنا وقد ذكرنا فيه قولين: كيف يكون حكمه وإن لم يدع أحدهما: الاستبراء لا يخلو حال الوليد من أربعة أحوالٍ. إما أن لا يمكن أن يكون من واحدٍ منها أو يمكن أن يكون من الأول دون الثاني أو من الثاني دون الأول أو يمكن أن يكون من كل واحدٍ منها فإن لم يمكن أن يكون من كل واحدٍ منها باتفاقٍ بينهما باتفاقٍ تأتي به لأكثر من أربع سنين من وقت الوطء الأول ولأقل من ستة أشهر من وقت الوطء الثاني، فإنه ينتفي عنهم ويصير كالولد الذي يتوئي به من زنا فيه قوله على ما ذكرنا وإن يمكن أن يكون من الأول دون الثاني باتفاقٍ به لأكثر من ستة أشهرٍ من وقت وطء الثاني يلحق بالأول لأنه يمكن أن يكون منه وينتفى عن الثاني لأن لا يمكن أن يكون منه، ثم لا يخلو، إما أن يكون الأول موسراً أو معسراً فإن كان موسراً فالولد يلحقه ويكون حراً لشبهة الملك ويصير نصيحة من الجارية أم

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/٢٢٠).

ولده لأنها علقت بحِر في ملکه ويستحق عليه تقویم نصیب شریکه كما يستحق ذلك بالعتق وهل يقوم في الحال أم عند التعجیز؟ فعلى ما ذكرنا من القولین فإن قلنا: يقوم في الحال فقوم فإن الكتابة تنفسخ في نصیب الشریک الذي لم یحبل لأن التقویم ینفسخ بالكتابه ويعود نصیبی إلى ملکه ثم یقوم على شریکه وتبقى الكتابة في النصف الذي لشریکه فيكون نصف الجاریة مکاتباً للشريك المحبل وجمیعها أم ولد له.

وإن اختار السيد المحبل أن ینظرهما بما یعليهما، فإن نصیب شریکه یقوم عليه، [١٠٠/ب] وتنفسخ الكتابة فيه وتبقى الكتابة في نصیبی، فيكون جمیعها أم ولد له ونصفها مکاتب له، والحكم فيها إذا أدت وعنت بالإداء، ولم تود فعنت بالموت على ما ذكرنا في المسألة قبلها.

فإذا ثبت هذا الكلامُ بعده فيما یستحقه المحبل على لم یحبل وما یستحقُ الذي لم یحبل عليه، فاما الذي لم یحبل فيستحق على شریکه ثلاثة أشياء: المهر وقيمة نصیبی من الجاریة وقيمة نصیبی من الولد، فاما المهرُ فإنه یستحق عليه نصفه لأنها لما قومت انفسخت الكتابة في نصفها، وعاد إلى ملکه وكان كسب هذا النصف له من المهر من جملة الكسب هكذا ذکر أبو حامد، وقال الفاضی الطبری: هكذا ذکر الشافعی أنه يلزم مهر مثلها ولكنه أراد إذا عجزت نفسها، فاما إذا أقامت على الكتابة فإن نصیب الأول صار أم ولد له وهل يقوم في الحال أم إذا عجزت؟ فيه قولان: أحدهما، يقوم في الحال فتنفسخ بالتقویم الكتابة في نصیب شریکه لأن الأول يملك نصیب شریکه إذا قوم عليه وإذا انفسخت الكتابة في نصیب شریکه يكون جمیعها أم ولد للأول، ونصفها مکاتب له ونصفها غير مکاتب ويلزمها جميع مهر مثلها، فيكون نصفه للجاریة لأن مکاتب للأول ونصفه للشريك لأنه وطثها، ونصفها مکاتب له، ثم فسخت الكتابة فيه فصار إليه ما كان في يدها، أو استحقته قبضته، أو لم تكن قبضته، وقيل: أراد الشافعی بقوله: ونصف مهرها ذکر النصف الذي لزمه بسبب الملك نفسه.

فإن قيل: [١٠١/أ] المکاتب لا يملک، فكيف ملک ها هنا قلنا: يملک حکماً كما بالإرث.

واما قيمة نصیبی من الجاریة، فيستحقه عليه لأنه أملکه بالإحباب، وأما قيمة نصف الولد، قال الشافعی: وفي نصف قيمة ولدها قولان: أحدهما، يغرمُه، والثاني، لا يغرمُه، وهذا القولان مبنيان على أصلٍ، وهو أن وقت نقل ملک النصف إليه بالتسريعة متى يكون، وفيه قولان: أحدهما، أنه ینتقل إليه عقیب العلوق من غير فصلٍ فعلى هذا يغرم نصف قيمة

الولد لأن العلوق حصل في ملك الغير والثاني أن العلوق حصل في ملكه، وقال أصحابنا بالعراق: وهو مبني على أصلٍ، وهو أن كل موضعٍ وضعَتِ الولد، وهو ملكه لا يلزمُه شيءٌ من قيمته وكل موضعٍ وضعَتِ قبل أن يصير جميعها أم ولدٍ وهو إذا قلنا: إنها لا تقوم في الحال، وإنما تقوم بعد العجز فوضعَتِه قبل العجز، وقلنا: الإحجاز إنما يسري بعد دفع القيمة، فوضعت قبل دفع القيمة يلزمُه نصف قيمته لأنها وضعَتِه ونصفها مملوكةً لغيره وكان من سببه أن يكون مملوكاً له، فصار حراً بفعله واعتقاده. قال المزني: القياس على مذهبه أن ليس عليه نصف قيمة الولد لأنها بالحبل صارت أم ولدٍ، قال أصحابنا: هذه العلة لا بيانَ فيها حتى يقال: لأنها بالحبل صارت أم ولدٍ، وانتقل الملك قبل الحبل.

وأمّا ما يستحق المحبيل على الذي لم يحبيل، قال في «المختصر»: وفي الواطئ الآخر قولان: أحدهما، يغُرم نصف مهرها لأنها لا تكون أم ولد للمحبيل إلا بعد أداء نصف القيمة والأخر، يغُرم جميع مهر مثلاً، وهذا القولان [١٠١/ ب] مبنيان على القولين في وقت التسريعة، فإن قلنا: بتأخير السريعة إلى وقت الأداء فليس على الثاني بالوطء إلا نصف المهر لأن الجارية مشتركةٌ بعد، وإذا قلنا: بتعجيل السريعة فعليه جميع المهر لأن وطئها، والملك خالص للأول ولا شك أنه لا يلزمُه غير المهر شيءٌ آخر، واختار المزني إيجاب جميع مهر المثل، وقال: لأنه وطئ أم ولد لصاحبها، وهذا التطيل دعوى لأن من قال بالقول الثاني: لا يجعلها أم ولد لصاحبها إلا بعد أداء القيمة، وقال أبو إسحق: الصحيح ما اختار المزني أنها تصير أم ولد له في الحال دون أداء القيمة وهو الذي اختار الشافعى، فعلى هذا يلزم على الثاني جميع مهر المثل ولا يجب على الأول نصف قيمة الولد كما ذكرنا عن المزني، فإذا قلنا: عليه جميع المهر وعلى الأول جميع المهر، وقد عجزت انتقال نصف المهر الواجب على الأول إلى الثاني فيصير النصف بالنصف قصاصاً إن استوياً، وببقى للأول على الثاني نصف مهر مثلاً، وإذا قلنا: عليه نصف المهر وقد عجزت فلأول على الثاني نصف المهر، وللثاني على الأول نصف المهر أيضاً، فيقادان إن استوياً، ولا يبقى شيءٌ إذا كان المحبيل موسراً، فإن نصيب الأول يصير أم ولدٍ ولا يقوم نصيب شريكه عليه، فيكون نصيب أم ولدٍ وجميعها مكتابةٌ بينه وبين شريكه، ثم ينظر فإن اختارت المقام على الكتابة وأدى مال الكتابة، وعنتقت استحقت على كل واحدٍ منها كمال مهرها، وإن عجزت كان نصفها مملوكاً للواطئ الثاني ونصفها أم ولد للمواطئ الأول، [١٠٢/ أ] ويكون لكل واحدٍ منها على صاحبه نصف مهر مثلاً فيقادان على ما ذكرنا.

وأمّا الولد فهل يتعدى كله حراً أو نصفه حراً، ونصفه مملوكاً فعلى ما ذكرنا من الاختلاف بين ابن أبي هريرة وبين أبي إسحق. قال القاضي الطبرى: ما قاله ابن أبي هريرة

أصح لما احتاج به أنه وطىء شبهة، ولو وطىء جارية غيره بشبهة كان الولد حراً، ويلزمه قيمته في ذمته إذا كان مُعسراً إلى أن يوسر فكذلك ه هنا، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان، وهذا غريبٌ.

والحالـةـ الـثـالـثـةـ:ـ إـذـاـ أـمـكـنـ أـنـ يـكـونـ الـوـلـدـ مـنـ الـثـانـيـ ذـوـ الـأـوـلـ بـأـنـ تـأـتـيـ بـهـ لـأـكـثـرـ مـنـ أـرـبـعـ سـنـينـ مـنـ وـقـتـ وـطـيـءـ الـأـوـلـ وـلـأـكـثـرـ مـنـ سـتـةـ أـشـهـرـ،ـ وـأـقـلـ مـنـ أـرـبـعـ سـنـينـ مـنـ وـقـتـ وـطـيـءـ الـثـانـيـ،ـ فـهـذـاـ الفـصـلـ لـمـ يـنـقـلـهـ المـزـنـيـ إـلـىـ «ـالـمـخـتـصـ»ـ وـحـكـمـهـ:ـ أـنـ يـنـتـفـيـ الـوـلـدـ عـنـ الـأـوـلـ وـيـلـحـقـ بـالـثـانـيـ،ـ وـيـصـيـرـ الـثـانـيـ فـيـ هـذـاـ القـسـمـ كـالـأـوـلـ فـيـ القـسـمـ الـأـوـلـ وـالـأـوـلـ هـاـ هـنـاـ كـالـثـانـيـ هـنـاـكـ إـلـاـ فـيـ الـمـهـرـ،ـ فـلـاـ يـخـلـوـ حـالـ الـثـانـيـ،ـ إـمـاـ أـنـ يـكـونـ مـوـسـرـاـ أـوـ مـعـسـرـاـ،ـ فـإـنـ كـانـ مـوـسـرـاـ،ـ فـالـوـلـدـ حـرـ وـنـصـيـبـهـ مـنـ الـجـارـيـةـ أـمـ وـلـدـهـ،ـ وـيـسـرـيـ إـلـىـ نـصـيـبـ شـرـيـكـهـ وـيـقـومـ فـيـ حـقـهـ وـمـتـيـ يـقـومـ فـعـلـيـ مـاـ ذـكـرـنـاـ مـنـ الـقـوـلـيـنـ،ـ فـإـذـاـ قـلـنـاـ:ـ يـقـومـ فـيـ الـحـالـ،ـ أـوـ بـعـدـ الـعـجـزـ،ـ فـعـجـزـتـ وـقـومـتـ،ـ فـبـالـتـقـوـيـمـ تـنـفـسـخـ الـكـتـابـةـ فـيـ نـصـيـبـ شـرـيـكـهـ وـيـعـودـ رـقـيـقاـ وـيـكـونـ كـسـبـهـ لـلـشـرـيـكـ،ـ وـالـنـصـفـ الـأـخـرـ يـقـيـ عـلـىـ الـكـتـابـةـ وـالـحـكـمـ فـيـهـ،ـ إـذـاـ أـدـتـ أـوـ عـجـزـتـ،ـ فـاـسـتـرـقـتـ عـلـىـ مـاـ ذـكـرـنـاـ مـنـ الـقـسـمـ قـبـلـهـ.

وأمّا الذي يجب على الثاني والذى يجب على الأول، [١٠٢/ب] فإنّ الثاني يجب عليه نصف المهر قيمة نصف الجارية، وأمّا قيمة نصف الوليد، فإنّها إنّ وضعته قبل أنّ صار جميعها أمّ ولد يلزم ذلك وإلا فلا يلزم، وأمّا الأول فلا يجب عليه قيمة الجارية ولا قيمة الوليد، وإنّما يجب عليه نصف المهر فقط لا يزيد ولا ينقص وهذا هو الذي يخالف القسم قبله، فإنّ هناك يجب على الثاني الذي لم يحصل كمال المهر في حالة، ونصفه في حالة أخرى وها هنا يجب على الأول الذي لم يحصل نصف المهر بكل حال، والفرق أنّ وطى الجارية في الأول صادف الجارية بعدما صارت أمّ ولد للأول، فيلزم كمال المهر ووطى الأول هنا لم يصادف، وهي أمّ ولد للثاني، فإنّ وطنه سبق وطى الثاني بل صادفها ونصفها مكاتب له والكتابة تنفسخ في ذلك النصف، فيعود كسبه إليه، فلا يلزم أكثر من نصف المهر وإنّ كان الثاني مُسراً، فإنّ نصيبه يصير أمّ ولده ولا يسرى ذلك إلى نصيب الشريك ويلزم نصف مهر المثل والحكم فيها إذا ردت، أو عجزت على ما ذكرنا وهل ينعقد كلّ حراً، أو نصفه حراً على ما ذكرنا من الاختلاف.

أنفته عنهم ترك حتى يبلغ فينسب إلى أحدهما، وهذا لأن الأنساب تتعاطف، قال رسول الله ﷺ: «إن الرحم إذا تماست تعاطفت»^(١) وتعلق بزمان الوقف، ثلاثة أحكام أحدها في كتابه «الأم»، وذلك معتبر بحال الواطئين، فإن كانا موسرين كانت كتابتهما على قولين: أحدهما: باقية بحالها في جميعها ويملك جميع كسبها، ويؤخذ كل واحد منها بجميع مهرها، إذا أدت عنت، وإن عجزت كانت أم ولد لأحدهما يوقف على البيان ولا تعنت إلا بآخرهما موتاً، وإن ماتا قبل البيان، والثاني: أن الكتابة قد بطلت في نصفها وبقيت في النصف الآخر، وبقي نصف كسبها موقوفاً على من تصرير له أم ولد، والنصف الآخر لها تستعين به في كتابتها، فإن أدت تحرر عنت جميعها نصفها بالكتابه ونصفها بالسردية، وإن عجزت كانت أم ولد لأحدهما لا بعينه فيوقف عليها فيه، وفي الفاضل من كسبها بعد العجز، وفي النصف الموقف من الكسب على ما يتجدد من البيان فيما بعد وإن كانا موسرين، فنصفها يكون في حكم أم الولد والكتابه في جميعها باقية والأداء يكون إليهما، فإن عنت به، بطل حكم الإيلاد، وإن عجزت كان نصفها أم ولد ونصفها موقوفاً ويوقف على البيان، وإن كان أحدهما موسراً والآخر موسراً، فلا يقوم على الموسر لجواز أن يكون الولد من المعتبر فتكون الكتابة بحالها كما لو كانا موسرين لأنها على الصحة، فلا تفسخ بالجواز.

والحكم الثاني في الولد، وهو يعتبر [١٠٣/ب] بحالها في اليسار والإعسار، ولا يخلو من الأحوال الثلاثة أن يكونا موسرين، فيكون جميع الولد حراً وإن كانا موسرين فنصفها يكون في حكم أم الولد والكتابه في جميعها باقية، والأداء يكون إليهما، وإن كانا موسرين فنصفه حرّ، وفي نصفهباقي وجهان: أحدهما، يكون حراً، والثاني، يكون مملوكاً، فإن اجتمع الواطئان على بيع نصفه الرقيق جاز ووقف ثمنه على مستحقه منهما وإن تفرد أحدهما ببيع نصفه لم يجز لجواز أن يكون أباً وإن كان أحدهما موسراً، والآخر معتبراً، فنصفه حرّ، وفيباقي وجهان: أحدهما، يكون حراً، والثاني، يوقف فإن الحق بالموسِر كان حراً وإن لحق بالموسِر كان مملوكاً، ولو اجتمعا على بيعه لم يجز لترددِه بين الرق والحرية.

والحكم الثالث: في النفقة، وهو نفقتان، نفقة الولد ونفقة الأم، فاما نفقة الولد فتعتبر بأحواله الثلاث، فإن حكم بحرية كلٍّ يؤخذان جميعاً بنتقته، فإذا لحق بأحدهما رجع الآخر عليه بما أنفق وإن حكم بحرية نصفه ورق نصفه يؤخذان بها ولا رجوع لأحدهما على

صاحب إذا لحق به لأن الآخر يصير مالكاً لرقه، وإن حكم بحرية نصفه ووقف نصفه يؤخذان بنتفته، فإذا لحق بالموسر وبان باقيه حراً رد على صاحبها ما أتفق وإن لحق بالمعسر وبان باقيه مملوكاً، فلا تراجع بينهما.

وأما نفقتها تعتبر بحالها وهي تنقسم ثلاثة أقسام: أحدها: أن يتحرر عتق جميعها بالأداء فنفقتها ساقطة عنهم، فلا يؤخذ واحدٌ منها بها، والثاني: أن يكون جميعها صار أم ولد لعجزها ويسار الواطئين فنفقتها واجبةً [٤٠/أ] ويوقف جميعها بها، فإذا بان أنها أم ولد لأحدهما بعينه رجع الآخر عليه بما أتفق، والثالث: أن يكون نصفها أم ولد ونصفها مملوكاً لعجزها، وإعسار الواطئين فنفقتها واجبةً عليها ومستقرة بينهما ولا رجوع لواحدٍ منها على صاحبها بعد البيان لأنه إذا صار نصفها أم ولد لأحدهما فقد صار نصفها الباقي موقعاً للأخر فاستريا في التزامه.

وقول الشافعي هنا: فإذا لحق بأحدهما، أو انتسب إلى أحدهما، وهو معسر فنصفها لشريكه بحاله والصداقان ساقطان عنهم يعني: إذا كانا متساوين في الحال، والحال حال عجزها يدل على أحد الأقوال في التفاصي.

مسألة: قال: ولو جاءت من كلٍّ واحدٍ منهمما بولدٍ يدعى ولم يدعه صاحبه.

الفصلُ

جملةً هذا أن المكاتبة إذا كانت بين اثنين، فوطتها كلٌّ واحدٍ منها فأنت بولدين وكلٌّ واحدٍ منها لا يدعى الاستبراء، ولا يدعى أنه شارك صاحبه في الوطء في ظهرٍ واحدٍ، وكان كلٌّ واحدٍ منها يعرفُ ولده بعينه، والشافعيٌ فرض المسألة فيه إذا عجزت المكاتبة نفسها، فاسترقها السيدان، فالحكم فيها وفي الأمةُ القرن إذا كانت بين شريكين فوطئها، وأنت من كلٍّ واحدٍ منها بولدٍ حكم واحدٌ ففيه مسألتان إحديهما: أن يكون قد عرف الذي وطئها أولاً والذى وطئها ثانياً، والثانية: أن لا يعرف الأول منها من الثاني بل كلٌّ واحدٍ منها يدعى أنه لأول وأن الآخر الثاني، فإن تعين الأول منها من الثاني وادعى كلٌّ واحدٍ منها ولدًا غير الولد الذي يدعى صاحبه فلا يخلو حالها من أربعة أحوالٍ، [٤٠/ب] إنما أن يكونا موسرين أو كان الأول موسراً، والثاني، معسراً، أو كانا مُعسرين أو كان الأول معسراً، والثاني، موسراً، فإن كانا موسرين فالكلامُ في الحدّ والتعزير على ما مضى، وأما المهر وكون الجارية أم ولد ووجوب قيمتها وقيمة الولد، فإن الأولُ لما وطئه وجب عليه نصف المهر لأن نصفها مملوكٌ له ونصفها لغيره ويصير نصيبيه منها أم ولد ويفترم عليه نصيبي شريكه بالسرابة ومتى يسري فيه ثلاثة أقوالٍ: كالعتق سواه، وينعقد الولد حراً، وهل تجب

قيمتُه ينظر فإن وضعته بعدها دفع قيمة نصيب شريكه لم تلزمه قيمته لأننا إن قلنا: يسري بالإحتجال فقد صار جميعها أم ولد له بنفس الإحتجال، وإن قلنا: يسري بالإحتجال ودفع القيمة، أو قلنا: هو مراعي، فقد دفع القيمة وصارت أم ولد له فلم يلزمها قيمة الولد الذي نصفه في ملكه، وإن وضعت قبل دفع القيمة، فإن قلنا: يسري الإحتجال بنفسه أو هو مراعي ودفع القيمة لا يلزمها، وإن قلنا: بالأخر فقد وضعته ونصفها أم ولد له ونصفها مملوك لغيره، فيلزمها نصف قيمة الولد لشريكه فهذا الحكم فيما يجب على الأول، وأماما الثاني، فلا يلزم قيمة شيء من الجارية لأنه لا يتصور أن يكون شيء منها أم ولد على ما بيته، وإنما يلزم في حقه المهر وقيمة الولد فأما المهر فإنه ينظر فإن وطتها، بعدها صار جميعها أم ولد له فعليه كمال مهر المثل للأول لأنه وطهه أم ولد غيره، وإن وطتها قبل أن صار جميعها أم ولد له فعليه نصف المهر لأنه وطتها ونصفها أم ولد للأول ونصفها مملوك له، وأماما الولد فينعقد حرا [١٠٥/أ] لشيء الملك ثم ينظر فإن وضعته وقد صار جميعها أم ولد للأول فعليه كمال قيمته، وإن وضعته قبل أن صار جميعها أم ولد له فعليه نصف قيمته، ولا يصير نصبيه من الجارية أم ولد له في الحال سواء أحبلها بعد ما صار جميعها أم ولد للثاني، أو قبله لأنه وإن لم تصر باقية أم ولد للأول، فقد استحق أن تصير أم ولد له وتقوم في حقه فلو جعلناها أم ولد للثاني لأبطلنا حق الأول من التقويم في حقوق وسرامة الإحتجال، ولا سبيل إلى ذلك، وقال القفال في نفوذ الاستيلاد من الثاني في نصبيه على القول الذي نقول: لا يصير جميعها أم ولد للأول في الحال وجهان كما قلنا: إذا أعتق الثاني نصبيه بعدها أعتق الأول نصبيه، وهو موسر، وقلنا: السراية يوم أداء القيمة هل ينفذ وجهان.

إذا استقر ما يجب لكل واحدٍ منهما على صاحبه فإنهما يتخاصمان ما يتساويان فيه على اختلاف الأحوال في المقاضة ثم يرجع صاحب الفضل على صاحبه بما بقي له.

إن كان الأول موسراً والثاني مسراً، فال الأول لما وطه لزمه نصف مهر المثل ويصير نصبيه أم ولد، ويسري إلى نصيب شريكه ويقوم عليه، ومتى يسري فعلى الأقوال الثلاثة، وينعقد الولد حراً وهل يلزمها قيمته؟ ينظر، فإن كانت وضعته بعد دفع القيمة لم يلزمها، وإن كان قبل دفع القيمة، فإن قلنا: الإحتجال يسري بنفسه، أو قلنا: مراعي - دفع القيمة لم يلزمها، وإن قلنا: يسري بعد دفع القيمة لزمه نصف قيمته، فيكون حكم الموسر ههنا بحكمه في القسم الأول سواء [١٠٥/ب].

وأماما الثاني، الموسر إذا وطه فإن وطه بعدها صارت الجارية أم ولد له يلزمها كمال المهر وإن وطه قبل أن يصير جميعها أم ولد له يلزمها نصف المهر على ما ذكرنا، وهل يصير نصبيه أم ولد، فعلى ما ذكرنا، وأماما الولد إن وطتها بعد ما صارت أم ولد الأول، قال

أبو إسحاق: ينعقد مملوكاً لأن وطنه صادف أمة لا ملك له فيها ولا يلزمها قيمة الولد، وإن وطنهما قبل أن صارت أم ولد الأول، فقد وطنهما ونصفها مملوك له ونصفها أم ولد الأول فيه وجهان على قول أبي إسحق ويكون نصفه حراً ونصفه مملوكاً وعلى قول ابن أبي هريرة ينعقد حراً ويجب على هذا الشريك نصف قيمته في ذمته، فيكون الحكم في هذا القسم كالحكم فيه إن كانا موسرين إلا في هذا الولد في حق الثاني.

وإن كانا موسرين فال الأول لما وطئ يلزم نصف مهر المثل، وصار نصبيه منها أم ولده ولا يسري إلى الباقي، وفي الولد وجهان، فيستوي في هذه المسألة حكم الأول، والثاني في جميع الأحكام وتصير الجارية أم ولدهما.

وإن كان الأول معسراً، والثاني موسراً فال الأول لما وطئ يلزم نصف المهر وتصير نصبيه من الجارية أم ولده، فلا يسري، وفي الولد وجهان، وأمّا الثاني لما وطئ لزمه نصف المهر لأن نصفها له ونصفها أم ولد لشريكه وتصير نصبيه أم ولده ولا يسري إلى نصيب شريكه لأنّه قد صار أم ولد للأول، ولا يمكن أن يصير أم ولد للثاني، وينعقد ولده حراً ويجب عليه نصف قيمته [١٠٦/أ] لشريكه فيكون الحكم في هذا القسم كالحكم فيه، إذا كانا موسرين إلا في الولد على ما بيناه، والكلام في المقاضة بينهما على ما مضى قال المزنئ لمن فرغ من ذكر هذه المسألة: قد مضى قوله في هذه المسألة بما قلت لأنها لو لم تكن للأول أم ولد إلا بعد أداء نصف القيمة لما كان على المحبّل الثاني جميع مهرها ولا قيمة ولده منها. قلنا: جواب الشافعي هنا صدر على قول تعجيل السراية وعليه فرع حكم المهر والقيمة، ولا يحتاج بفرع قول على إبطال قول يرد ذلك الفرع.

والمسألة الثانية: وهي إذا لم يعلم الأول منهما بل كل واحد منهما يدعي أنه هو الأول والمسألة مفروضة فيما فرضنا المسألة قبلها، وهو إذا كان كل واحد منهما لا يدعي الاستثناء ولا يدعي مشاركة صاحبه في الوطئ في طهير واحد، فلا يخلو حالهما من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكونا موسرين أو موسرين أو أحدهما، موسراً والآخر، معسراً، فإنّ كانا موسرين، وكل واحد منهما يقول: أنا الذي وطئت أولاً فعليّ نصف المهر، وقد صار نصبيه أم ولد وسري ذلك إلى نصيب شريكي فصارت الجارية كلها أم ولد لي وعلى قيمة نصيب شريكي، والولد حرّ وعلى نصف قيمته إن كان وضعته قبل دفع القيمة وقلنا: الإحجال لا يسري إلا بعد دفع القيمة، ولا شيء على إذا وضعته بعد دفع القيمة وأنت إليها الشريك، وطئت بعدي فعليك نصف المهر في حالة وكمال المهر في حالة أخرى على ما بيناه في المسألة قبلها ولا يجب عليك شيء من قيمة الجارية وعليك [١٠٦/ب] كمال قيمة الولد في حالة، ونصف قيمته في حالة أخرى، فإذا ثبت هذا فإن كل واحد منهما يقرّ لصاحبه بنصف

قيمة الجارية وصاحبها لا يدعى ذلك فسقط إقرارهما فيه، ويقى الاختلاف بينهما في المهر وقيمة الوليد، فإن قلنا: يجب على الأولى نصف المهر وعلى الثاني النصف لا يفيد الاختلاف، وإن قلنا: يجب على الأولى نصف المهر وعلى الثاني كمال المهر وهي إذا وطتها بعدها صارت أم ولد الأولى فهنا يفيد الاختلاف، فإن كل واحدٍ منها يدعى على صاحبه نصف المهر، فيحلف كل واحدٍ منها للآخر على نفي ما يدعى عليه عليه ويسقط التداعي. وأما قيمة الوليد فإنه إن كان للأول يجب عليه نصف قيمة الوليد، وعلى الثاني نصف قيمة الولد، فلا يفيد الاختلاف شيئاً بل يتقادسان، وإن كان الثاني يجب عليه كمال قيمة الولد والأول لا يجب عليه شيءٌ أو يجب عليه نصف القيمة فالاختلاف بينهما يفيد فيحلف كل واحدٍ منها على نفي ما يدعى عليه صاحبه عليه ويسقط التداعي، فإذا تقرر هذا، فنقول: قال الشافعى رضى الله عنه في زمان الإشكال: وفتها وأخذتهما بتفقتهما فإذا مات واحدٍ منها عتق نصيبه وأخذ الآخر بنفقة نصيبه نفسه، فإذا مات عتق وولأها موقف. وقال القاضى الطبرى: هكذا ذكر الشافعى في «الأم»، قال عامة أصحابنا: إنما قال الشافعى يعتقد نصيبي من مات منها لأن الظاهر أنه ولدها وأنها كانت ملكاً له وشككنا في إيجاب شريكه [١٠٧/أ] قد انتشر إلى نصيبي أم لا فأعتقدنا نصيبي بالظاهر لأن العتق مبني على الغلبة والسرaya، وإذا مات الآخر عتق الباقي ويكون ولائها موقوفاً لأننا لم نتيقن أن الولاء لأحدهما. وبه قال ابن أبي هيريرة وصاحب «الإفصاح»، وقال أبو حامد وأكثر أصحابنا: إذا مات أحدهما لا يعتقد منها شيءٌ لأنه يحتمل أن تكون أم ولد للحي خاصةً فلا ثيق العتق بالشك. وهكذا قال صاحب «الحاوى»، فإن ماتا عتق الأن لأنها أم ولد لأحدهما وإن لم يتعين، قال صاحب «المنهج»: هذا مشكل لأننا لا نعلم المستولد الأول منها ونعلم أن أحدهما إذا سبق بالاستيلاد وهو موسرٌ فعتق جميعها معلق بموته، ولا يتعلق بموت أحدهما وإزالة هذا الإشكال بأن يقال: لا يستقيم هذا الجواب إلا على أحد القولين وأحد الوجهين، أما أحد القولين، فالقول الذى يقول بتأخير السرaya إلى وقت الإداء، والأداء لم يحصل لأن الطالب لم يتميز من المطلوب، وأما أحد الوجهين هو الوجه الذى يقول: إذا أعتقد الموسر نصيبي وأخرنا السرaya إلى الأداء، فأعتقد الثاني نصيبي قبل قبض القيمة نفذ عتقه وكذلك في الاستيلاد ينفذ استيلاداً فنصيبي أم ولد باستيلاده، وإن كان الثاني فنصيبي أم لأن الميت إذا كان أولهما استيلاداً فنصيبي أم ولد باستيلاده، وإن كان الثاني فنصيبي أم ولد يترافق بقبض القيمة. وإن كاتنا معسرين فلا يفيد اختلافهما شيئاً لأن كل واحدٍ منها يقول: على نصف المهر، وقد صار [١٠٧/ب] نصيبي أم ولد، ولم يسر ذلك إلى نصيبي شريكى وفي ولدي وجهان فيتقادسان بنصف المهر ويتقادسان بنصف قيمة الولد إذا أوجبنا

ذلك، وتكون الجارية أم ولد لها معاً، فإن مات أحدهما عتق نصيه منها وثبت الولاء عليه لعصبته، ونقل الريبع: أن الولاء موقوف إذا كانا معاشرين أيضاً ونص في «الأم» عليه، فقال: وولاءها موقوف بكل حال، وإن كانوا معاشرين أو أحدهما معسر، والآخر موسر، قال أبو إسحق: هذا سهو منه في النقل، والصحيح ما رواه المزنبي وهو أنه قيد، فقال: وولاءها موقوف بكل حال إذا كانوا معاشرين فدل على أنهما إذا كانوا معاشرين لا يتوقف الولاء بل يكون الولاء بينهما، ويشبه أن يكون الذي في «الأم» شيئاً جرى به القلم، وهكذا قال الماسرجي والقفاف، وهذا لأن الولاء في اليسار مشكل متوقف، وفي الإعسار غير مشكل فلم يجز أن يوقف، وقال ابن أبي هريرة وصاحب «الإفصاح»: أراد به إذا كانوا معاشرين وقت التنازع والحكم لا في وقت الإحجال، وفي ذلك الوقت كانوا معاشرين.

إن كان أحدهما موسراً، والآخر معسراً، فالموسر يقول: أنا وطئت أولاً فعلى نصف المهر وقد صار نصبي أم ولدي وسري إلى نصيب شريكه، وعلى قيمته ولدي حُرْ وعلى نصف قيمته في حالة ولا شيء على في حالة أخرى، وأنت أيها المعسر وطئت بعد ذلك، فعليك كمال المهر في حالة ونصفة في حالة أخرى، وولدك أن يكون مملوكاً أو نصفه حُرْ أو جميعه حُرْ، وعليك نصف قيمة الجارية لم يصر شيء منها أم ولد لك والمعسر يقول: أنا وطئت [١٠٨/١] أولاً فعلى نصف المهر وقد صار نصبي من الجارية أم ولد ولم يسر ذلك إلى نصيب شريكه وفي ولدي وجهان، وأنت وطئت بعد ذلك، فعليك نصف المهر وصار نصبيك من الجارية أم ولد وولدك حُرْ وعليك نصف قيمته: فأما الاختلاف في المهر وقيمة الولد فإنهما يتحالفان عليه ويسقط ما يدعى كل واحد منهما على صاحبه منه.

وأما الجارية فقد أقرنا أن نصفها أم ولد للموسير ونصفها الباقى يدعى هو والمعسر، فيكون موقوفاً بينهما، فإذا مات الموسير عتق عليه نصفها وثبت الولاء في هذا النصف لعصبته، والنصف الآخر يوقف، فإذا مات المعسر عتق، ويكون ولاء نصيه موقوفاً بين ورثة السيدين على ما ينكشف فيما بعد.

ونقل المزنبي: أن جميع ولاءها موقوف إذا كانوا معاشرين أو أحدهما، وهذا الجواب راجع إلى المعاشرين، وقيل: لم يقل المزنبي جميع الولاء بل قال: وولاءها موقوف إذا كانوا معاشرين، أو أحدهما، وأراد نصف الولاء إذا كان أحدهما موسراً.

وقال القفال: هذا إذا قلنا بنفس العلوق تصير أم ولد للموسير، فأما إذا قلنا: يأخذ القيمة، وقلنا: ينفذ استيلاد الشريك في نصبيه، فه هنا لم يكن أخذ القيمة فتكون الجارية أم ولد لهم بينهما نصفين وإذا عتق، فالولاء بينهما نصفين ولا حاجة إلى الوقف.

فرع

إذا كاتب اثنان عبدهما فجني العبد عليهم موضعه لزمه لكل واحد الأقل من أرش الجنائية أو القيمة، أو الأرش بالغاً ما بلغ، فلم يؤد إليهما حتى عجز [١٠٨/ب] سقط من كل واحد منهما نصفها، فلو قال قبل عجزه: لا أؤدي إلى كل واحد إلا النصف خوفاً من عجزي، قيل: ليس لك ذلك قبله.

باب تعجيز الكتابة^(١)

مسألة: قال: ويجب على قبول النجم إذا عجله.

الفصل

اعلم أنه إذا كاتب على مال ثم إن المكاتب عجل للسيد المال قبل محله ينظر، فإن كان من الأشياء التي تتلف ولا تبقى على الدوام كالطعام الرطب ونحو ذلك لم يجبر على قبوله لأن له غرضاً في أن يحصل له هذا المال حين يحل الأجل، وإن كان مما يبقى إلا أنه يلزم في حفظه مؤنة ككراء البيت مثل القطن ونحوه، لا يجبر عليه وكذلك إذا كان حيواناً في موضعه، يعني في موضعه من الزمان وموضعه من المكان، وإن لم يكن في حفظه مؤنة نظر، فإن كان هناك خوف فلا يخلو، إما أن يكون الخوف حال العقد موجوداً، أو لم يكن، فإن كان موجوداً حال العقد، فهل يجبر على قبوله، فيه وجهان: أخذهما، وهو الأصح لا يجبر لأنه يخاف عليه في حال القبض قبل حلوله فأشبه إذا كان البلد آمناً حال العقد، ولأن اعتبار حالة الحلول أولى من اعتبار حالة العقد لأنه وقت الاستحقاق، ولا يعلم بقاء خوف في تلك الحالة فلا يلزم التسليم، في حالة الخوف، والثاني: يجبر على قبوله لتماثل الزمانين في الخوف نصاً كما لو عقد والبلد خراب وأقبحه المال، والبلد خراب يجبر على قبوله بلا خلاف. وقيل: هذا ظاهر مذهب الشافعى رضي الله عنه، وهو اختيار ابن أبي هريرة، [١٠٩/أ] وإن كان هذا الخوف معهوداً لا يرجى زواله يلزم قبوله وجهاً واحداً ذكره في «الحاوى»، وإن لم يكن في البلد خوف وقتته يجبر عليه، فإن أخذه، وإنما أخذه الحاكم عنه، وحكم بعتق العبد، واحتى في ذلك بعمر بن الخطاب رضي الله عنه وفسره في «الأم»، فقال: روى أن مكتاباً لأنس رضي الله عنه جاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقال: إني أتيت بمكتابتي إلى أنس بن مالك، فأبي أن يقبلها، فقال: إنَّ أنساً يريد الميراث ثم أمر أنساً

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/٢٣١).

أن يقبلها أحسبه، قال: فأبى فأراد أن يأخذها ويضعها في بيت المال، فقبلها أنسٌ، وعنت^(١) هكذا ذكر القاضي الطبرىٌ، وروى ابن سيرين عن أبيه، قال: كاتبني أنسٌ بن مالك على عشرين ألف درهم، فكنت فيمن فتح تستر فاشترت رثة، فربحت فيها، فأتتني أنسٌ بن مالك بكتابته، فأبى أن يقبلها مني إلا نجوماً فأتتني عمرٌ بن الخطابٍ رضي الله عنه فذكرت ذلك له، فقال: أراد أنسٌ الميراث وكتب إلى أنسٌ أن أقبلها من الرجل قبلها^(٢)، وروى بعض أصحابنا أن عمرَ أخذ ذلك، وقال لأنسٌ: قد أعتنته، فإن شئت أخذتها، وإن شئت وضعتها في بيت المال، وروي أنه قال لعمر: إنه يريد أن أموت فياخذ مالي وولدي، فقال له عمر: تأخذه، أو أضعه في بيت المال، فأخذه أنسٌ وعنت سيرين^(٣). ومعنى قول عمر أضعه في بيت المال، أي أحفظه عليك، ولم يرد أنه يصير مالاً للمسلمين أنفقه عليهم وكانت صورة الحال أنه لم يكن في تعجيله ضررٌ عليه، وفي هذا دليل على أن المكاتب إذا مات مات رفقاء، وإن حلف وفاء لأن سيرين قال: يريد أن أموت فياخذ أموالي وأولادي، ولم ينكر عليه عمرٌ رضي الله عنه، [١٠٩/ب] وروى سعيد المقبرى عن أبيه: أن امرأة استرقته من سوق ذي المجاز وقدمت مكة فكتابته على أربعين ألفاً، فأدى عامةُ المال، ثم أتى بباقيه، فقالت: لا، والله حتى تأتي سنةً بعد سنةً وشهرًا بعد شهرٍ فخرج بالمال إلى عمرٌ رضي الله عنه فأخبره بذلك، فقال: ضعه في بيت المال وراسلها أنه قد أخذ المال وعنت أبو سعيد، فإن اخترت أخذته شهراً بشهرٍ وسنةً بسنةٍ، فاعلني فأرسلت وأخذت المال^(٤). وروي معنى هذا عن عثمان رضي الله عنه، فإن قيل: إذا حصل القبض قبل حلول الأجل يجب أن لا يعتق لأن الصفة لم تحصل فإن السيد، قال: إذا أديت إلى في وقت كذا، فإذا قدمه عليه لم توجد الصفة فلا يعتق.

فُلنا: المغلب في الكتابة الصحيحة حكم المعاوضة دون العتق بالصفة، فإذا كان كذلك وبقى بريء المكاتب منه، فإن بريء مما عليه عنت كما لو أبرأه مولاً من غير قبضٍ ويفارق هذا إذا قال: إن أديت إلى ألفاً في رمضان، فأنت حرٌ، ثم أطعأه في شعبان لا يعتق لأن المغلب هناك حكم الصفة.

(١) أخرجه الشافعى في الأم (٨/٦٢).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٢١٤٩٦)، (١٠/٣٣٤).

(٣) لم أغير عليه.

(٤) أخرجه الدارقطنى في سنته (٤/١٢٢)، والبيهقي في الكبرى (٢١٤٩٧)، (١٠/٣٣٤).

١٣٦

فَرْعَأُ آخِنْ

قال في «الأم»: ولا يكلف المكاتب أن يعطيه ذلك بغير البلد الذي كاتبه فيه فنص على أن المكاتب لا يجب على دفع ما عليه في غير البلد الذي كاتبه فيه، وهو صحيح.

فرعٌ آخر

قال: وإذا حل على المكاتب شيء فتأخر سنة أو أكثر ولم يعجزه سيده، ثم قال سيده: لا أقبضه لأنه في غير وقته أجبر على قبضه إلا أن يبرأ منه لأنه حال.

فرع آخر

قال: فإذا تدارك على مكابنه نجمان أو أكثر ولم يعجزه السيد، ثم قال: أنا أعجزه، لم يكن له ذلك ويقال للمكابن: أذ جمیع ما عليك قدیماً وحدیثاً فیإن فعل، فهو على الكتابة، وإن عجز عن شيءٍ من ذلك، فهو عاجزٌ.

آخر

قال: فإن كان في طريق خربة وهي للتتصص أو بلد فيه يهب لم يلزمها قبولة إلا أن يكون في ذلك الموضع كاتبه فيلزمها قبولة لأن موضع العقد موضع التسليم إذا لم يذكر للتسليم موضعاً وهذا عند الحلول، فأماماً إذا أتى به في حال الخوف قبل الحلول فقد ذكرنا.

فَنْعَمْ آخِرٌ

ولو عجل له بعض الكتابة على أن يترئه.

الفَضْلُ

إذا كاتب عبداً على ألف درهم فجاء بخمسة مائة قبل الأجل، وقال: خذ هذه على أن تبرئني من الباقي لم يصح ذلك فإنه مضارع لربا الجاهلية، وذلك أن من كان له الدين إلى أجل إذا حل دينه يقول تقضى أو تربى، فإن قضى... وإن قال: أربى، زاد في الدين وفسح له في الأجل، وهذا المعنى موجود هنا لأنه يسقط الحق في مقابلة نقصان الأجل [١١٠/ ب] كما كانوا يزيدون في الدين في مقابلة الزيادة في الأجل وهذا لأن الأجال لا يجري عليها المعاوضات، فإذا ثبت هذا لم يصح القبض يسترجع المكاتب ما دفع إليه ويؤديه إذا حل الأجل ويرجع السيد إلى ما أسقط من المال.

فَرْعُ آخرُ

قال الشافعي رضي الله عنه: فإن أحب أن يصح هذا فليفرض المكاتب بالعجز، ويرضى السيد بشيء يأخذه قبل أن يعتقه، فيجوز فإن قال قائل: فإذا فعل هكذا ارتفعت الكتابة، وإذا ارتفعت فالسيد بال الخيار إن شاء أعتقه وإن شاء لم يعتقه، قلنا: كذلك الأمر وما علينا من ذلك، وإنما أراد الشافعي: حالة تراضيهما ليحصل العتق بقبض صحيح، ويكون كالعتق على مال معلوم لما عجز عن مثل ذلك في الكتابة وبه قال صاحب «الإفصاح» وغيره الاحتياط للعبد أن يقول السيد: إذا عجزت نفسك وأديت خمس مائة، فأنت حر، فإذا عجز نفسه وأعطي ذلك فهو حر، ولا يمكن السيد الرجوع عنه وهذا أحوط مما ذكره الشافعي، وقيل: مراد الشافعي ما ذكر صاحب «الإفصاح»، وقال أبو حنيفة: يصح هذا الشرط والبراءة وعقد العبد إذا فعل السيد ما قال العبد وهذا لأن مال الكتابة غير مستقر فلا يكون ديناً صحيحاً، ولا يكون هذا معاوضة عن الأجل، فيحمل على أنه أخذ بعضاً وأسقط بعضاً وخالفة أبو يوسف وزفر، وهذا غلط لأن هذا ربا لأنه بيع ألف بخمسة مائة على ما ذكرنا ولا شك أن هذا عوض في العقد وعدم الاستقرار لا يدل على أنه ليس بدين صحيح كالثمن قبل تسليم المبيع، فإذا تقرر هذا وفعل العبد ذلك وعقد يثبت بين السيد وبينه التراجع، فيحتسب له ما دفع من قيمته ويتراجعان الفضل لأنه جعل بدل العتق [١١١/أ] الخمسة، والتعجيز، فلا يجوز أن يكون التعجيز بدلاً عن العتق فكانه أوقع العتق على بدلٍ فاسدٍ، فيسقط المسمى وثبت التراجع بينهما.

واعلم أن المزني قال: قال الشافعي في هذا الموضوع: إن وضع وتعجل لا يجوز، وقال في موضع آخر: إن وضع وتعجل جاز فأجازه في الدين، قال المزني: يجوز أحب إلىي، قال أصحابنا: ليس ذلك على قولين، وإنما هو على اختلاف حالين فالموضوع الذي

قال: يجوز في الدين على ما حكاه المزنٌ هو أن يتعدل ويضع ولا يجعل شرطاً، فإذا كان كذلك فهو جائز، والذي قال: لا يجوز إذا جعله شرطاً وهذا كما قال في كتاب الصلح: إذا كان له على آخر ألف درهم فاعطاه خمسمائة على أن يبرئه من الباقي لم يجز، وإن أخذ خمسمائة، وأبرأه من الباقي من غير شرط جاز وبرئ، وقيل: أشار المزنٌ إلى قولين، وهو غلط منه وهذا لا يصح لأن المزنٌ لم يعتقد إلا ما ذكرنا من غير إشكال.

فرع آخر

لو قال لمكاتبٍ إن أعطيتني ديناراً، فانت حُرّ، فأعطيه ديناراً أعتق بدفعه ويغلب حكم الكتابة به فصار العتق فيها على عوضٍ فاسدٍ فيلزم المكاتب فيها قيمةٍ ويرجع بما أداه من قبل مع الدينار الذي عتق به من العبد ويتقاصان مع اتفاق الجنسين ويتراجعان الفضل إن كان فيه وهذا لا يصح لأنه لا تصح المعاوضة على المكاتب.

باب بيع المكاتب وشراؤه^(١)

مسألة: قال: وبيع المكاتب وشراؤه في الشفعة له وعليه فيما بيته وبين سيده والأجنبي سواه.

جملةً هذا أن المكاتب يصح بيعه وشراؤه من سيده وغيره لأن المقصود من الكتابة حصول العتق، [١١١/ ب] وإنما يحصل العتق بالأداء والتصرف فوجب أن يمكن من ذلك ليحصل له المال فيؤديه به ويعتق فإن بيع شخصٍ في شركته جاز له أخذه بالشفعة لأنه قد يكون له حظٌ في ذلك فوجب تمكينه من ذلك وله أن يأخذه من سيده بالشفعة ويأخذ السيد منه بالشفعة لأن السيد ممنوع من التصرف في المال الذي في يده كما هو ممنوع من التصرف في مال الأجنبي، وقال أبو إسحاق في علته: لأن المكاتب مالكٌ لما في يده دون سيده غير أنه ممنوع من إتلاف ما في يده خوفاً من عجزه، وإن فلا ملك للسيد في ذلك ما دام مكاتبًا وقد يمنع الإنسان أن يتلف ملكه أو يفسده فلا يكون ذلك دليلاً على أن لا ملك له فكتلك المكاتب وإن كان ملكه ناقصاً، فهو المالك والمتصف ولو كان السيد هو المالك لتصرف هو فيه، وقام بتنميته دون المكاتب فلما كان التصرف إلى المكاتب علم أنه هو المالك ولكن لم يكمل ملكه فلم يكمل تصرفه، وعلى هذا لو كاتب امرأةً عبداً فوطئها بشبهة استحقت عليه مهرُ المثل، وإن كانا عالمين خداً فإنه لا شبهة بينها وبين عبدها فكيفَ بينها وبين مكاتبها، وقد قال الشافعي في «القديم»: يملك المكاتب ما في يده.

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٣٥/ ١٨).

مَسَأَةُ: قَالَ: إِلَّا أَنَّ الْمَكَاتِبَ مَمْنُوعٌ مِّنْ اسْتَهْلَاكٍ مَالِهِ، وَأَنْ يَبْيَعَ بِمَا لَا يُتَغَابِنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ.

جملة هذا أن المكاتب لا يهب ماله ولا يباعه بالمحاباة ولا يفرض بغير إذن السيد؟ لأنَّ ممْنوعَ من هذه الأشياء قبل عقد الكتابة وإنما استفادَ بالكتابة التصرف الذي فيه خطأ ويتوصل به إلى تحصيل المقصود من العتق وهذه الأمور إتلاف للمال لا حظ له فيها فيمنع منها كما منع منها قبل عقد الكتابة، [١١٢/أ] وإنما استفاد بالكتابة التصرف ولا فرق في الهبة بين أن يكونَ على مكافأة أو غير مكافأة لأنَّه لا حظ له في ذلك، لأنَّ أكثر ما يجب من المكافأة على قول من يعبر ذلك قيمة الشيء الموهوب ويحتاج إلى تسليمه أو لا يطالبه بذلك، فلا حظ له فيها، قوله: إنه ممْنوعَ من استهلاك طلبه أراد بما ذكر من المحاباة أو الهبة، ولم يرد به الإتلاف المحسض لأنَّ سائر الناس ممْنوعون من ذلك أيضاً، وحكي عن أبي حنيفة أنه قال: للمكاتب والمأذون أن يباع ما عزَّ وهان من الثمن كالوكليل المطلق بالبيع وكلامنا ههنا أظهر لأنَّ هناك لفظاً عاماً وهو قوله بع و لم يوجد ذلك ها هنا كالقولي في مال الصبي، فإنَّ فعل شيئاً مما ذكرنا بإذن سيده نصَّ في «الأم» ونقله المزني: أنه يجوز، وقال الريبي: فيه قولٌ آخر لا يجوز، ونصَّ في الخلع على المكاتب إذا اختلفت بإذن السيد على مال بذلك لم يجز، والخلع قريب من الهبة، فإنه إخراج المال بغير عرض، واختلف أصحابنا في المسألة على طريقتين: إحدهما: أنه ينقل جواب كل واحدة من المسئلين ويخرج كلاهما على قولين: أحدهما، لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة، لأنَّ هذا المال غير مملوِّك لسيد المكاتب، وملك المكاتب عليه ناقصٌ، فإذا وهبَ أحدهما وأجازه الآخر لم يجز كما لو زوج الآخر أخته الصغيرة بإذنها لم يجز لأنَّ ولايته عليها ناقصة، ولهذا لو أذن له السيد في وطئه جاريته، لم يجز له وطئها، والثاني، وهو الأصح يجوز لأنَّ المال لم يخرج من بينهما كالشريكين، في المال إذا وهبَ أحدهما بأنَّ صاحبه جاز، ومن أصحابنا من حمل المسئلين على ظاهرهما، وهي الطريقة الثانية، فقال: [١١٢/ب] الهبة تجوز بإذن السيد والخلع لا يجوز، والفرق أنَّ بالهبة يحصل الثوابُ، إما من جهة الله تعالى أو من جهة الأديم بالكافأة، ولا يحصل لها بالخلع في مقابلة المال الذي يخرجه من يدها عرض بحالٍ، فلا يصح ولهذا ينذر إلى الهبة دون الخلع. وهذا ليس بشيءٍ والاعتماد على الطريقة الأولى.

فَرْعَ

لو وهبَ المكاتب لسيده شيئاً فقبله فهمَا كإذنه فيها فيكون على قولين ونصَّ في «الأم»: أنه يجوز، فإذا قلنا: يصح، فإنَّ قلنا: تجب المكافأة في الهبة المطلقة يجب على السيد أن يكافئه فيدفعه إلى مكاتبته أو يحتسب بها من مال كتابته، وإن قلنا: لا تجب

المكافأة ورودي حال المكاتب، فإن أدى مال كتابته من غيره استقر ملك السيد على الهبة، وإن عجز وكان في الهبة وفاة بما عليه ففي رجوع المكاتب بها لبيدها في كتابته فيتحقق به وجهان: أحدهما: لا يرجع كالهبة للأجنبي، والثاني: يرجع لأن مال الكتابة مستحق للسيد في كتابته فبأي وجه صار إليه استحق به العتق، ولو وهب لولد سيد، فإن كان صغيراً فالسيد قابلها، فيصير قبوله لها كإذنه فيها، فيكون على قولين، ولا يرجع بها المكاتب إن عجز ذكره في «الحاوي».

فَرْعَةَ آخَرُ

قد ذكرنا أن نكاح المكاتب يجوز بإذن السيد وكذلك نكاح المكاتب، وقال القفال: لا يصح نكاحها بحال، وإن زوجها سيدها بإذنها قولًا واحدًا لأن ملك السيد فيها ناقص، وهي في نفسها ناقصة. وقال بعض أصحابنا بخراسان: [١١٣/أ] المشهور أنه لا يجوز وفيه وجه آخر أنه يجوز وكأنهما يتبنيان على تبرعات المكاتب، وهذا غير صحيح عند أصحابنا بالعراق. قال القفال: ولا يجوز أيضاً تزويج أمة المكاتب وإن كان بإذن المكاتب، ولا يجوز للسيد أن يتزوج بأمة مكاتبه ولو تزوج بأمة ثم كاتب عبداً، ثم اشتري المكاتب تلك الأمة لم يبطل النكاح، وكذلك لا تتزوج المرأة بعد مكاتبها ولو تزوجت بعد فاشتراكه مكاتبها أو مكاتبها لم تبطل كما لو اشتري لابنه زوجة ابنه لا يبطل، وقد ذكرنا فيما مضى وجه آخر أنه يبطل النكاح كما لا يجوز ابتداء النكاح وهو الأقى.

مَسَالَةٌ: قَالَ: وَلَا يَكُفُرُ فِي شَيْءٍ مِّنَ الْكُفَّارِ إِلَّا بِالصَّوْمِ.

قد ذكرنا هذا فيما تقدم لأن له غنية عن التكبير بالمال بأن يكفر بالصوم فلا يجوز له إتلاف المال بغير إذن سيده فيما لا حاجة له فيه، فإن أذن له السيد في التكبير بالمال، فإن كان بالإطعام، أو الكسوة، وقد ذكرنا قولين بناءً على أن العبد يملك بالتمليك أم لا، وقيل: إنهم مبنيان على القولين في تبرعاته بإذن سيد، ولو أذن له في التكبير بالإعناق لا يجوز.

مَسَالَةٌ: قَالَ: وَلَمْ يَبَعِ وَلَمْ يَتَفَرَّقَا حَتَّى مَاتَ الْمَكَاتِبُ وَجَبَ الْبَيْعُ.

ظاهر هذا أن خيار المجلس ينقطع بالموت، وقد ذكرنا ما فيه من الطرق في كتاب البيع، واختار ابن أبي هريرة أنه يقوم السيد مقامه. قوله: وجوب البيع أراد لا يبطل البيع بموته، ويقوم السيد مقامه فيه. [١١٣/ب] قال: وهذا أصح التأويلات، وقال القاضي الطبرى: هذا مخالف لكلام الشافعى في «الأم»، وذلك أنه قال: لو باع المكاتب، أو اشتري شراءً جائزًا على أن المكاتب بال الخيار ثلاثة، أو أقل فلم تمض أيام الخيار حتى مات المكاتب قام السيد في الخيار مقام المكاتب في رد البيع وإمضائه، ولو باع أو اشتري شراءً

جائزًا بلا شرط خيار، فلم يفترقا عن مقامهما الذي تباعا فيه حتى مات المكاتب وجب البيع لأنه لم يختر الرد حتى مات، فالبيع جائز بالعقد الأول ففرق الشافعي بين خيار الشرط وخيار المجلس، فلم يصح ما قاله هذا القائل، والظاهر منه قول آخر وأن المسألة على قولين، وأما خيار الشرط، فالفرق بينه وبين خيار المجلس أنه يختص بالعقد ولا يتعداه وخيار الشرط لا يختص بالعقد فإنه يجوز شرطه لغير العاقد فجاز أن يقوم السيد فيه مقام المكاتب.

مَسَأَلَةٌ: قَالَ: وَلَا يَبْيَعُ بَدِينٍ.

اعلم أنه لا يجوز للمكاتب أن يبيع شيئاً يشتمل مؤجل لأن فيه تغريباً بالمال إذ يخرج السلعة من يده ويستبدل مكانها ما لا يمكنه التصرف فيه، وقال في «الأم»: ولا يبيع بدین، وإن كثر فضلته فيه بحال، وإن رهن عبده وأخذ حملاً لأن الرهن يهلك والغريم والحميل يفلس فلا يجوز فإن كان بإذن سيده، قال في «الأم»: يجوز وفيه قول آخر على ما ذكرنا في التبرعات، وقال بعض أصحابنا: يجوز أن يبيع ما يساوي مائة بمائة وعشرين، ويقبض المائة وتبقى العشرون إلى مدة وللمكاتب أن يشتري بالدين لأنه ليس فيه تغريب عليه، وإنما التغريب على البائع، وهذا إذا لم يطلب منه الرهن به، [١١٤/أ] وبيع منه ما يساوي بيع مثل الأجل لأنه لا يكون غبناً.

وإن بيع منه مؤجلاً، فأولى وأجوز وهكذا له أن يستسلم في ذمته لأن له فيه خطأ إلا أنه لا يجوز أن يدفع بذلك رهناً لأن الرهن أمانة في يده فربما يتلف ولا يضمن ذلك، ويبقى الدين في ذمته على حالته وله أن يستخلف يعني يستقر بين من ليس له أن يرهن في القرض، ولا يجوز أن يقرض ماله، ولا أن يسلف في طعام لأن ذلك دين قد يتلف، وقال في «الأم»: ليس له أن يضارب أحداً، وإن كان أمنينا لأنه يخرج من يده إلى غيره مالاً ربما لا يصل إليه بآن يموت الرجل أو يجحد أو يفلس. قال أصحابنا: وله أن يأخذ المال من غيره قرضاً.

قال الشافعي: قوله أن يبيع بخيار الثلاث إذا قبض الثمن لأن البيع مضمون على قابضه، إنما بالثمن أو بالقيمة، وهذه إشارة إلى قول الملك إن قلنا: إن الملك للمشتري فمضمون بالثمن، وإن قلنا: للبائع فمضمون بالقيمة.

وقال القفال: لو اشتري أو باع شيئاً لم يسلم ما في يده حتى يتسلم العوض إلا أن يسلم المسلم العوض في الحال أو المجلس فذلك القدر لا يمكن الاحتراز عنه، وعلى هذا قال بعض أصحابنا بخراسان: يصح منه السلم الحال فيتسلم العوض في الحال، وهذا بعيد.

مَسَأَلَة: قَالَ: وَلَا يَهُبُ ثَوَابَ.

وقد ذكرنا ذلك ووجهه أن الهبة في الأصل عقد تبرع، ومذاهب العلماء مختلفة في الشواب ومقداره إذا لم يكن مسمى أحدهما ما يليق به، وهو الأظهر، ولا فائدة فيه ويتناهى ذلك عن الهبة كما ذكرنا.

والوجه الثاني: أنه يكفي ما يقع عليه الاسم وهذا إضرار به، وفي أصل الهبة بشرط الشواب قول آخر [١١٤/ب] إنه باطل ولهذا لا يجوز لولي البيت أن يهُب بشرط الشواب، وقال بعض أصحابنا: نص الشافعية رضي الله عنه أنه تجوز تبرعاته بإذن السيد ونص أنه لا تجوز هبته بشرط الشواب أصلًا، وهذا لأنه إن كان الشواب مجده لا ربما يرى بعض القضاة أنه يكفي في الشواب ما يقع عليه الاسم، وبه قال أبو حنيفة، وإن كان الشواب معلومًا، فهو يسلم قبل قبض الشواب، وهذا غير صحيح بل كلاهما على قولين إذا وجد إذن السيد.

مَسَأَلَة: قَالَ: وَإِقْرَارُهُ فِي الْبَيْعِ جَائزٌ.

إنما جاز إقراره لأنه من أهل ابتدائه فكان من أهل الإقرار به كالحرر. قال أصحابنا: وإنما يجوز ذلك ما دام مكتاباً، فإذا خرج من الكتابة لا يقبل إقراره كما لا يقبل قول الحاكم إذا عزل فيما حكم به، وليس هذا كإقراره الجنائية لا يقبل لحق السيد إذا تعلق بالمال لأن السيد لم يسلط عليه بعقد الكتابة، وإن أقر السيد عليه بالجنائية لا يقبل أيضاً لأنه لا سيل له على ماله غير أنه إن أعجزه يوماً أخذ بإقراره ليقضي دين الجنائية من ماله، أو من رقبته.

فَرْعُ

لو أقر المكاتب بالشراء بعد العجز فإن كان برىء من الثمن بدفع أو إبراء يقبل بخلاف ما لو أقر بالبيع لا يقبل لأن فيه إزالة الملك، وفي الشراء إثبات الملك، وإن كان الثمن باقياً، فإن كان بقدر قيمة السلعة نفذ وإن كان أكثر فإن كان لمعاينة فيه عند الشراء نفذ والشراء مردود، وإن كان بسبب حادث من نقص سعر أو حدوث عيب ينفذ الإقرار ويلزم الشراء لأن زيادة الثمن إذا عجز عنها تعلقت بذمته.

وكذلك إقراره بالدين مقبول لأنه بالكتاب سلطه على ما أفضى إليه، فإن عجز [١١٥/أ] بيده عن آدائه كان في ذمته يؤديه بعد عتقه.

مَسَأَلَة: قَالَ: وَلَوْ كَانَ عَلَى مُولَاهُ دَنَانِيرَ وَلِمُولَاهُ عَلَيْهِ دَنَانِيرَ فَجَعَلَ ذَلِكَ قِصَاصًا جَازَ.

اعلم أنه إذا حل للسيد على مكتابه نجم من مال الكتابة وكان له على سيده من جهة

المعاملة دين لم يخل من أن يكون أحد الدينين من جنس الآخر، أو من غير جنسه، فإن كان من جنسه ففيه أقوالٌ والمنصوص في التصرف أنهم لا يتقاضان، وإن تراضياً به، وإن كانا من جنسين مختلفين لا يسقط أحدهما بالأخر قولاً واحداً لأن الجنسين لا يتقاضان، ولهذا لا يجوز أن يحيل بغير جنس ما عليه من الدين.

ولأنه كما يكون ديناً بدين فلم يجز.

إذا ثبت هذا فلا يخلو من ثلاثة أحوالٍ، إما أن يكونا جمِيعاً نقدين كالدرهم والدنانير، أو يكونا عرضين، أو أحدهما نقداً، والأخر عرضاً، فإن كانا نقدين لا يحتاج إلى قرض الحفين معاً، بل يقبض أحدهما من صاحبه ثم يرده عما له في ذمته لأن دفع العرض عن الدرهم والدنانير التي في ذمته يجوز.

وإن كانا عرضين لا يجوز حتى يقبض كل واحدٍ منهما ماله على صاحبه، فإن أخذ أحدهما من صاحبه ما عليه لم يجز أن يرده عليه بالجنس الذي له عليه لأن بيع العرض قبل القبض إلا أن يكون ذلك من جهة العرض، فيجوز، وهذا ليس بفرض لأنه لا يجوز ذلك من المكاتب فيشه ذلك المسلم فيه.

وإن كان أحدهما نقداً، والأخر عرضاً فإن أحضر الذي عليه العرض وسلمه إلى صاحبه، فقبضه جاز له أن يرده عليه بماله في ذمته من النقد، وإن أحضر الذي عليه التقدّم [١١٥/ب] وسلمه إلى صاحبه لم يجز له أن يرد عليه بالعرض الذي له في ذمته إلا أن يكون العرض عليه من جهة القرض على ما ذكرنا.

فَرْعَ

قال في «الأم»: ولو كانت لمكاتبته على رجلٍ مائة دينار فحلت عليه لسيده مائة دينار فأراد أن يبيعه المائة التي عليه بالمائة التي على الرجل لم يجز، ولكن إن أحاله على الرجل فحضر الرجل ورضي السيد أن يحال عليه بالمائة جاز، وليس هذا بيعاً وإنما هذه حواله، فاجاز الشافعي الحواله بما في ذمة الغير ومنع من بيعه.

وعلى هذا إذا كان له في ذمة رجلٍ طعام، أو ثيابٍ من جهة القرض فباعه من غير من هو عليه لم يجز، وكذلك إذا اشتري من إنسانٍ سلعةً بدين له في ذمة غير البائع لم يجز، وقال في «الإفصاح» في آخر كتاب الحواله: ذهب بعض أصحابنا إلى جواز ذلك وهذا خلاف النصّ، ولأنه لا يقدر على تسليم ما في ذمة غيره.

فرع آخر

قال في «الأم»: ولو حلت على مكاتب نجومه فسأل السيد أن يعتقه ويؤخره بما عليه فأعتقه كان العتق جائزًا، واتبعة بما عليه ديناً وكذلك لو كانت النجوم إلى آجال فسألة أن يعتقه وتكون النجوم ثابتة، فأعتقه جاز ويكون دينه عليه في الكتابة بحاله.

مسألة: قال: وإن أعتق عبده، أو كاتبه بإذنه.

الفصل

جملته أنه إذا كاتب عبداً ثم اشتري المكاتب عبداً وأعتقه بغير إذن السيد لا يجوز بلا خلاف، لأنه إتلاف للمال، وهكذا إن كاتبه بغير إذنه لا يجوز لأنه يجري مجرى الإعتاق بدليل [١١٦/١٠] أنها في حق المريض من الثلث كالإعتاق. وقال أبو حنيفة: تجوز كتابته، وهذا لا يصح لـما ذكرنا، وأما إذا أعتق، أو كاتب بإذن سيده، هل يصح فيه قولان: أحدهما: لا يصح لأن العتق إنما يصح من مالكِ تام الملك، وليس له ذلك لأنه يقتضي الولاء وهو مملوک لا يثبت الولاء له لأنه يجوز أن يعتق فيثبت عليه الولاء ومن كان من يثبت عليه الولاء لا يجوز أن تثبت له الولاء، والثاني: يجوز لأن إيقاع الحرية تملك العبد نفسه فملكه بإذن السيد كالهبة، وهذا القولان من فروع التبرعات. وقال القفال: إن قلنا: تبرعاته لا تجوز بإذن سيده فهو أولى أن لا يجوز، وإن قلنا: ذلك يجوز فهمنا قولان. وحکي المزني عن «الإملاء» على مسائل مالك أنه قال: إذا كاتب المكاتب عبده لا يجوز، وإذا أدى المال لم يعتق كما لو أعتقه لم يعتق، ثم اختار هذا القول، وهذا التشبيه مشكل لأنه يوهم فرقاً بين الكتابة والعتق، وليس كذلك لأن القولين في إعتاقه كالقولين في كاتبه فيحتمل أن يكون مراده بقوله: كما لو أعتقه لم يعتق إذا كان بغير إذن سيده ولا يبعد أن يقيس الكتابة في حال إذن السيد على الكتابة في حالة عدم الإذن أو على الإذن في حالة عدم الإذن يعني: نقصان ملكه في الحالين، وقيل: قصد الشافعي أن يبين أن الكتابة تبرع كالإعتاق، فلا يصح من المكاتب دون إذن سيده كيلا يظن ظان أن الكتابة كالبيع فتصح دون إذن السيد، وقيل: هذا لأن للشافعي قولين في كتابة المكاتب عبده، وفي إعتاقه بإذن السيد قولان ولكن نصه في «الإملاء» يدل [١١٦/٢] على وجوب الترتيب وكيفية الترتيب ما ذكر القفال، والفرق أن بالكتابة يستفيد عوضاً وفي زيادة ماله منفعة سيده ولا يستفيد بالإعتاق عوضاً، فافتقر، وقال أبو إسحاق: القياس ما اختار المزني لولا ما فيه من الشفعة، فإذا قلنا: لا يصح، فالعتق لا ينفذ والكتابة باطلة والعبد باقي على ملكه فإن أدى المال إليه لم يعتق لأنها إنما العتق في الكتابة الفاسدة بأداء المال إذا كان السيد من يملك العتق المباشر وهنـا لا يملك ذلك، وإذا قلنا: يصح العتق والكتابة تصح أيضاً، فـأدى المال وعتق وهو

بعد لم يعتق، فلمن يكون الولاء قوله: أحدهما: إنه موقوف، فإن عجز المكاتب كان للسيد، وإن أدى وعنت كأن له لأن حكم المكاتب في نفسه وماليه موقوف ولأن المكاتب باشر العنت فيستحيل أن يكون الولاء للسيد الذي لم يباشره فيوقف عليه، ثم صور الشافعية رضي الله عنه فائدة الوقف فقال: فإن مات عبد المكاتب المعتق بعدما عنت وفقت من ميراثه في قوله من يقف الميراث لما وصفت، فإن عنت المكاتب الأول فهو له، وإن مات أو عجز فلسيد المكاتب إذا كان حيًّا يوم يموت، وإن كان ميتاً فلورثته من الرجال ميراثه، وإنما قال من الرجال لأن النساء لا يرثن بالولاء إلا في مباشرة العتاق. وقال أبو حامد على هذا القول: في هذه المسألة قوله: أحدهما، ما ذكرنا، والثاني ميراثه لسيده لأن الولاء يجوز أن يتوقف فيثبت لشخص ثم ينجر الولاء إلى غيره والميراث لا يجوز لأن يتوقف فقط، [١١٧] ولأن السيد وارث في الحال، فلم ينتظر في المكاتب أن يصير وارثاً كالحرر إذا مات وخلف أباً ممولاً وجداً حرراً كان ميراثه لجده ولا يوقف على عنت أبيه، وقال أصحابنا: هذا القول بعيد لأنه يؤدي إلى توريث السيد من هذا المعتق بلا نسب ولا ولاء، وهذا لا يجوز، وذكر القفال وجهاً آخر أنه يصرف ماله إلى بيت المال، وهذا الوجه الأول أبعد، والقول الثاني: الولاء لسيد المكاتب وبه قال أبو حنيفة، لأن العنت إذا كان معيناً لم يجز أن يكون الولاء موقوفاً كما لا يجوز أن يكون النسب موقوفاً مع تعين الواطيء، وإذا لم يثبت في الحال بطل النسب وكذلك الولاء والمكاتب في الحال من أهل الولاء والسيد من أهله ثبت له. قال القفال: وعلى هذا يجب أن يجري عن كفارة السيد إذا نوى وأعتقه المكاتب بإذنه، ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن النسب قد يقف على بيان القافة أو على الانساب إذا لم يكن قافة، وكذلك الولاء يجوز أن يوقف لأن الفرق بين النسب والولاء ظاهر لأن الولاء يتقل بالجر من مولى الأم إلى مولى الأب بخلاف النسب، ولو أدى المكاتب الثاني المال بعدما عنت المكاتب الأول، فالولاء للمكاتب الأول إذا جوزنا تلك الكتابة لأنه يوم العنت من أهل الولاء.

فرع

إذا قلنا: الولاء للسيد فلا فرق بين أن يعجز المكاتب بعد ذلك لو أدى المال وعنت فقد استقر الولاء على السيد فلا ينتقل هكذا قال أصحابنا. وقال في «الحاوي»: حكى ابن أبي هريرة أنه إذا عنت المكاتب [١١٧/ب] بعده بالأداء هل يجر ولاء معتقه، وينتقل عن سيده إليه؟ اختلف أصحابنا فيه على وجهين: أحدهما: ما ذكرنا كما لا يجوز أن ينتقل النسب، والثاني: يجره لأنه باشر العنت، وإذا جاز أن ينتقل ههنا، وقد باشر العنت وهناك لم يباشره.

فرع آخر

إذا أعتق المكاتب عبده عن سيده أو عن غير سيده بإذن سيده ففيه قولان: قال أبو حامد: الصحيح هنا أنه يعتق وال الصحيح في عتق المكاتب عن نفسه بإذن سيده أنه لا يعتق لأنه ليس من أهل الولاء.

مسألة: قال: وبيع نجومه مفسوخ.

الفصل

جملة هذا: أنه إذا كاتب عبداً على مال ثم إن السيد باع ذلك المال الذي له في ذمة المكاتب نص الشافعي هنا، وفي «الأم» وعامة كتبه: أنه لا يجوز، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد، وقال مالك: يصح ذلك لأن السيد يملكونها في ذمة المكاتب صار كسائر أمواله وهذا غلط لأن النبي ﷺ «نهى عن بيع ما لم يقبض»^(١) وهذا عوض غير مقبوض، فهو بمنزلة المسلم فيه، ولأنه ليس بلازم ومتى شاء المكاتب أسقط ذلك عن نفسه، وقال أبو إسحاق: أوما الشافعي في «القديم» إلى جوازه أيضاً ولكنه فاسد لا وجه له، وقيل: قال في «القديم» في بيع المكاتب، هل يجوز قولان، فإذا قلنا: يجوز يجوز بيع رقبته أيضاً، وهذا البناء لا يصح لأن الغرر في المال الذي في الذمة أكثر منه في الرقبة فلا يصح بناء إحدى المسلمين على الأخرى [١١٨/أ].

وقيل: قال في بيع الديون وهبها قولان آخر جهمة ابن سريج، فه هنا كذلك وهذا خطأ أيضاً لأن ذلك في الدين المستقر اللازم. وال الصحيح أن المسألة على قول واحد أن البيع باطل.

فرع

إذا قلنا: إن البيع باطل فالمشتري لا يملك مطالبة المكاتب بشيء ولا يجوز للمكاتب أن يدفع إليه أيضاً، فإن جمع مالاً ودفعه إلى المشتري، فهل يعتق؟، قال الشافعي هنا، فإن أدى المال إلى المشتري بأمر سيده عتق كما يؤدي إلى وكيله فيعتق، وقال في «الأم»: لا يعتق لأن أصل البيع باطل، وليس هذا كرجل وكله سيد المكاتب لأنه يأخذه لنفسه دون السيد بدليل أنه يضمن واحتلتف أصحابنا في هذا، فقال ابن سريج: ينبغي أن يخرج على قولين: أحدهما: لا يعتق وإن أدى إلى المشتري بإذن السيد لأنه أذن له أن يقبضه لنفسه لا

(١) تقدم تخريرجه.

للسيد، والذي على المكاتب أن يدفع إلى السيد أو إلى من يقبضه له بإذنه، وهذا لا يصح، والثاني: يعتقد صرح البائع بالإذن، أو لم يصرح لأنه قبضه بإذنه وتسلطيه كالوكيل، فإذا قلنا: يعتقد فقد برئت ذمته من مال الكتابة، لأنه ما عتق إلا بعد براءة ذمته من المال وتبقى المنازعة بين السيد وبين المشتري في المال الذي قبضه من المكاتب وفي الثمن الذي دفعه المكاتب إليه فإن كان المال الذي قبضه المشتري، والثمن الذي دفعه المشتري باقيين يرجع المشتري بما دفع واسترجع منه ما أخذ وإن كانا تالفين حصل التناقض بينهما فيما تساويا فيه [١١٨/ب] ورَجَعَ أحدهما على صاحبه بالفضل الذي بقي له، وإذا قلنا: لا يعتقد فإن ذمته لا تبرأ من مال الكتابة فيستحق السيد مطالبه بمال الكتابة، ويستحق هو مطالبة المشتري بما دفعه إليه ويستحق المشتري مطالبة السيد بالثمن الذي دفعه إليه. وقال أبو إسحاق: المسألة على اختلاف حالين، فالذي قال يعتقد: أراد إذا باع المال منه وأمر المكاتب بدفعه إليه، فيكون قد قبضه بأمره ويعتقد، والذي قال لا يعتقد: أراد به إذا باعه مطلقاً، ولم يأمر المكاتب بالدفع إليه، فلا يعتقد لأنه لم يوجد من السيد صريح الإذن بالدفع، وإنما البيع تضمن ذلك، فإذا بطل البيع بطل ما تضمنه. قال: وهذا هو الظاهر لأن الشافعي في «الأم» لم يشترط إذن السيد في دفعه إلى المشتري وشرط فيما نقل المزني الإذن لأنه قال: فإن أدى إلى المشتري بأمر سيده. قال أبو إسحاق قلت لابن سريح هذا، فقال: ما تبين لي أن يكون بينهما فرق لأنه لا فرق بين أن يأخذ في الدفع أو يلزم بعقد سيده الدفع، ومن لفظ بالعقد فقد أذن في دفعه، فقلت: هذا يمكن أن يقال لأنه إذا لم ينص على الدفع فالدفع لا يلزمه وإنما دفعه متأولاً، وقد كان يمكنه أن يحتزز منه بأن لا يسلمه إليه إلا بإذن ينص له السيد عليه، أو يحكم به عليه حاكم، فلا يعتقد ويدل على هذا أنه لو أعتقد لم ينفذ عنته ولم يجعل بمثله العتق بإذن السيد وإن كان العقد يتضمن تصرفه بالعتق وغيره، واختار القاضي الطبرى طريقة أبي إسحاق.

مَسَأَلَةٌ: قال: وليس للمكاتب أن يشتري من يعتقد عليه.

الفَصْلُ

جملة هذا: أن المكاتب إذا اشتري [١١٩/أ] من يعتقد عليه بحكم القرابة كالآباء والأمهات وغيرهم، فإن كان بغير إذن سيده لا يصح الشراء قولًا واحدًا. وقال أبو حنيفة وأحمد: يصح الشراء، وقال أبو حنيفة: القياس أن له أن يتصرف بعد الشراء ولكنني أمنعه من ذلك استحساناً، وهذا لا يصح لأنه استهلاك وإنلاف إذ يخرج من يده ويجوز له التصرف فيه وأداء نجومه منه ويأخذ عوض ذلك مالاً يمكنه التصرف فيه، وذلك ضربٌ من إنلاف

المال، وإن كان بإذن سيده. قال عامّة أصحابنا: فيه قولان كالتيبرعات بإذن سيده، وقال أبو إسحق: يصح ذلك قولًا واحدًا، والفرق بينه وبين التبرعات في أحد القولين، أن التبرعات لا يحصل لها عوض بوجه فهوي إتلافٌ محضرٌ فلا يصح العوض، وهو أن هذا العبد يصيّر ملكه ويكتسب فيستعين بكتسيه وربما يحق عليه، فإذاً أخذ هو أرش الجنابة ويؤدي ذلك ويعتّق هو معه فتحصل له المنفعة بذلك، فجاز والطريقة الأولى أصح لأن هذا العوض غير مقصود ولا متحقق، ولو كان كما قال أبو إسحق لجاز أن يشتريه بغير إذن السيد وليس هذا بأكثر من الهمة بشرط الثواب وقد نص الشافعى أنه لا يجوز ذلك على القول الذي يقول لا يجوز هبة بإذن السيد. وحكي أن أباً إسحق، قال: وينبغي أن يكون على قول له شراؤه بالإذن لأنهما لو اجتمعا على إتلاف المال جاز فجعله أبو إسحق بمنزلة الإنلاف فيكون مع الإذن كالهمة فلا فرق على هذا بين ما قال أبو إسحق وبين ما قال غيره.

فرع

إذا قلنا: يصح الشراء لم يكن له بيعه وكان موقوفاً على كتابته، فيقف عليه بحكم الملك دون النسب، ولأنه [١١٩/ب] لا يجوز أن يملك ثمن والد، وحكي عن ابن أبي هريرة أنه قال: يجوز بيعه لأنّه يملكه وللسيد فيه حق، وهذا يلزم إذا استولد أمّه، فإنّ ابنه يملكه ولا يجوز له بيعه.

فرع آخر

قال الشافعى رضي الله عنه: ولو أن يقبلهم إإن أوصى لهم به ويكتسبون على أنفسهم وجملته: أنه إذا أوصى له بهم فأراد أن يقبل الوصية ينظر فإن كان ممن يجب عليه نفقته بأن يكون زمناً، أو شيئاً ضعيفاً كهيراً، أو طفلاً صغيراً لم يجز له قبول ذلك لأنّه يستضر بوجوب النفقة عليه ولا ينتفع بشيءٍ ولا فرق بين أن يزن ما فيه يده من ثمنه، وبين أن ينفق عليه منه، وإن كان جلداً مكتسباً يقوم كتبه ب النفقة فله أن يقبل ذلك بل هو مندوب إلى ذلك لأنّه لا يستضر به بل فيه تكسب، لأنّه ينتفع بفضل كتبه، وقد قال الشافعى: يأخذ فضل كتبهم وما أنفدوا يعني: كل مال استفادوه فكالكتاب، وإنما يأخذ ذلك لأنّه يملكه وليس بحر، فإن قيل: يجوز أن يزمن أو يمرض، ولا يكون له كتب، فيكون ضرراً على المكاتب، قلنا: الاعتبار بالحال دون ما يجوز أن يحدث في الثاني من الزمانة والعجز، وقال الصيمرى: إذا أوصى له بابنه الزمن ولا كتب له، له أن يقبل في أصح الوجهين لأنّه يجوز أن يحدث له اكتساب بغير عمل، وربما يصح فيعمل، وهذا ضعيف لأنّ خلاف الظاهر في الحال، وهذا غريب.

فَرْعَّ أَخْرُ

لو قبله وكان له كسبٌ فزمن أو مرضٌ لزمه أن ينفق عليه مما في يده لأنَّه عبده وملكه، فإنْ قيلَ: أليس لا يلزمُه أن ينفق على أقاربه؟، قلنا: الفرقُ أن نفقة الأقارب مواساةٌ بخلافِ هذا [١٢٠/أ].

فَرْعَّ أَخْرُ

لو جنى واحدٌ منهم في يده، قال الشافعي: وإن جنوا لم يكن له أن يفديهم وبيع منهم يقدر جنایاتهم وهذا لأن المفادة بمنزلة الشراء لأنَّه إخراجٌ مالٌ في مقابلتهم فكما لا يجوز ذلك لا يجوز هذا، فإنَّ كان بإذن سيده يكون قوله أيضاً كما في الشراء وهكذا الحكم إذا وهبَ له واحدٌ من هؤلاء، فقبل ذلك.

مَسْأَلَةٌ: قال: ولا يجوز بيع رقبة المكاتب.

اختلف قول الشافعي رضي الله عنه في بيع رقبة المكاتب، فقال في القديم: يجوز ولا أعرفُ لمن منع منه وجهاً، وبه قال عطاء والنخعي وأحمد، وقال في «الجديد»: لا يجوز بيعه، وهو الصحيحُ، وبه قال مالكُ والثوريُّ وأبو حنيفة وأصحابه. وقال الزهري وربيعة: إنَّه باع رقبته بإذنه صاحبُ البيع وإن باع من غير إذنه لم يصحُّ، وروى الطحاويُّ هذا عن ابن أبي عمران عن أبي يوسف، واحتج عطاء بخبرٍ بريرة، ولأنَّه بمنزلة العبدِ القين في عامة أحكامه، فكذلك في جواز البيع وهذا خطأ لأنَّ الكتابة عقدٌ يمنع رجوع أرشِ الجنائية عليه إليه فيمنع كالبيع، وإذا قلنا: يصحُّ يكون مكتاباً كما كان فإنَّ أدى المال إلى المشتري عتقَ والولاء للمشتري بخلافِ وارث المكاتب إذا قبض النجوم، وصار حراً يكون الولاء للمورث، لأنَّ الوارث يقوم مقامه وينبني ملكه على ملكه بخلافِ المشتري، وإنَّ عجزَ كان رقيقاً للمشتري، وقال أبو ثور: يجوز بيعه وولاءه إذا عتق للبائع، وهذا غلطٌ لما ذكرناه ومن أصحابنا من أنكر هذا القول، وذكر أنَّ المسألة على قولٍ واحدٍ إنه لا يجوز وذلك القولُ مرجوعٌ عنه، وذلك لأنَّه قد باعه [١٢٠/ب] بالعقد الذي عقد عليه ومنع من المكاتب ومن كسبه، وقد ملك المكاتب ذلك إلى أن يعجزَ فيعودُ في الرق، فإذا باع رقبته باع ما لا يملكه، فلا يجوز ذلك ولو كان هو مالكاً لرقبته وكانت منافعه له ولكنَّ له وطتها إذا كانت أمة. قال الشافعيُّ: فإنْ قيلَ: بيعت بريرة وقصتها قد ذكرنا، ثم أجاب الشافعي، فقال: لعلها عجزت وهي المساوية بنفسها عائشة رضي الله عنها والمخبيرة بالعجز والراضية بالبيع، وشرح أبو إسحاق هذا، فقال: عائشة رضي الله عنها إنما اشتربت بريرة بعد العجز لأنَّ عقد الكتابة يلزم السيد ولا يلزم المكاتب وله أن يفسخه، أي وقت شاء، فلما كانت بريرة هي التي سفرت بينها

وبين مواليها، وهي المساومة والمطالبة من عائشة أن تشتريها فقد علم أن ذلك رضى منها بفسخ الكتابة، وأنها عجزت نفسها ورغبت في عتق معجل بعينها على التصرف والتكتسب للحرية فكان هذا أحظى لها وأعود عليها، ومن أصحابنا من قال: إنها عجزت عن آداء نجمها وشكك إلى عائشة ذلك، فباعها مواليها، فكان لهم تعجيزها وفسخ كتابتها فكان بيعهم فسخاً للكتابة، كما إذا باع البائع المبيع في مدة الخيار كان فسخاً للبيع الأول.

فإذا تقرر هذا فعلى هذا لو باعه قبل العجز، فأعنته المشتري، قال في «الأم»: كان عنته باطلأ، ولو دفع النجوم إلى المشتري هل يعتقد، فيه قولان على ما ذكرنا في بيع النجوم، ولو باعه قبل أن يرضى بالعجز ثم رضى، قال في «الأم»: كان البيع مفسخاً حتى يحدث له بعراً بعد رضاه بالعجز ولو باعه وماله من رجل نزع مال الكتابة من يد المشتري وكان على كتابته، فإن مات المشتري [١٢١/أ] رجع به المكاتب على سيده في ماله إن لم يكن حلت عليه الكتابة، فإن كانت حلت عليه أو بعضها كان قصاصاً وإن لم يمت ضمن المكاتب أيهما شاء إن شاء الذي استهلك ماله، وإن شاء سيده. وقال في «الأم»: ولو باعه ولا مال للمكاتب، أو له مال قليل، فأقام في يد المشتري سنتين وحل عليه نجمان من نجومه وردد بالبيع فسأل المكاتب أن ينظر سنتين يسعى في نجميه اللذين حللاً عليه، ففيها قولان: أحدهما: لا يكون له ذلك كما لو حبسه سلطان، أو ظالم، أو مرض أو شبي وكان له أن يحسب على سيده قيمة إجارة السنتين من نجومه، فإن أدى عنه كتابته ولا رجع عليه السيد بما بقي، فإن أداه، وإن فهو عاجز، وإن كانت في إجارة السنتين فضل عن كتابته عتق ورجع بالفضل وأخذه وهكذا لو كاتبه السيد ثم عدا عليه، فحبسه سنة، أو أكثر والثاني ينظره بقدر حبس السيد له إن حبسه بنفسه أو حبسه بالبيع، قال أصحابنا: ووجه هذا أنه دخل معه في العقد على أن يمكنه من التصرف في المدة التي شرطها، فإذا حبسه في بعضها لم يف له بالشرط فلزم بحبسه مثل ما حبسه، والأول أصلح.

ثم قال المزن尼: فإن قيل: فما معنى قول النبي ﷺ لعائشة: «اشترطوا لهم الولاء»^(١)، وهذا السؤال لكشف إشكال في الخبر لا لتوجيه القول الجديد والرفع عنه، قال المزن尼: قلت للشافعي جواباً عن هذا السؤال أحدهما يبطل بالشرط، ويجوز العقد وجعله خاصاً. قال أبو إسحاق: تفسير هذا أن النبي ﷺ أدن لعائشة رضي الله عنها في ذلك لأنه تقدم إليهم بأن الولاء للمعتق، فلم ينتهوا [١٢١/ب] عن شرط الولاء لأنفسهم فأمر عائشة بالشراء،

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا تشرط شرطاً في البيع لا تحل [٢١٦٨]، ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق (١٥٠٤)، والثانية في الطلاق، باب خيار الأمة تعنت وزوجها مملوك (٣٤٥١).

وشرط الولاء للبائع ثم أبطل الشرط، وقال: ما بال أقوام، وقال الشافعى: رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله فكان شراء عائشة صحيحاً، والشرط فاسداً، وكان إذن النبي ﷺ في ذلك للبائع في الإنكار عليهم وردعهم عما كانوا عليه، وهذا كما أنهم كانوا يرون العمرة في أشهر الحج من الكبائر، فلما أذن لهم فيها بقوله تعالى: ﴿وَإِذْمَأْتُمُ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [٢١]، توقفوا فأذن النبي ﷺ في الإحرام بالحج، ثم فسخ عليهم إحرامهم بالحج وأمرهم أن يجعلوه عمرة ليكون تغليطاً عليهم في إثبات أوامرها، وقيل: هذا هو القول المنصوص في البيع بشرط العتق، أو بشرط الولاء للبائع أن البيع جائز لا على القياس ولكن بالسنة، وهذا معنى قول المزنى جعله خاصاً. وقيل: لما نهى عن بيع الولاء وهبته ظنوا أن نهيه توجه إلى إفراده باليبيع وأنه إذا كان مشرطًا في بيع جائز صحيحة فأحجب أن يفسخه عليه بعد شرطه ليكون الفسخ، أو كد والنهي أغلط كما قلنا في باب جواز العمرة في أشهر الحج.

وقيل: إنهم كانوا في الجاهلية يتبايعون الولاء ويرونه مالاً فغلط الأمر فيه مع نهيه عن بيعه بأن أبطله عليهم بعد بيته ولذلك غضب وصعد المنبر فخطب، وقال: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله» الخبر إلى آخره.

وقيل: أذن فيه في وقت جوازه ثم نسخ فأظهر نسخه بفسخه كما أمر رسول الله ﷺ سهلة بنت سهلة أن ترضع سالماً وكان كبيراً^(١) ثم نسخ رضاع الكبير، وقال: الرضاعة من المجاعة^(٢).

ثم قال المزنى: [١٢٢/أ] وقال في موضع آخر، وهذا من أشد ما يغلط فيه وإنما جاء به هشام بن عمروة وحده وغيره خالقه وضعفه، وهذا أولى به لأنه لا يجوز في صفة النبي ﷺ في مكانته من الله تعالى ينكر على أناسٍ شرطاً باطلًا، ويأمر أهله بواجبتهم إلى شرط باطل وهو على أهله في الله أشد وعليهم أغلط يريد بهذا أن النبي ﷺ ما أذن لعائشة في اشتراط الولاء للبائع وانفرد بذلك الرواية هشام، وليس بصحيحة لمن ذكره من الدليل.

وقيل: هذه زيادة تفرد بها هشام، وقد روى نافع عن ابن عمر عن عائشة رضي الله عنها هذا الخبر فلم يروها، وكذلك الزهري لم يروها وهو أحفظ من هشام، وكذلك عمرة

(١) أخرجه النسائي في النكاح، باب رضاع الكبير (٣٣٢١)، وأحمد في مسنده (٢٥٧٩٨)، والدارمي في النكاح، باب في رضاعة الكبير (٢٢٥٧).

(٢) أخرجه البخاري في الشهادات: باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت (٢٦٤٧)، ومسلم في الرضاع، باب إنما الرضاعة من المجاعة (١٤٥٥)، والنسائي في النكاح، باب القدر الذي يحرم من الرضاعة (٣٣١٢).

والقاسم بن محمد والأسود بن يزيد وأبو هريرة كلهم روا عن عائشة، ولم يذكروا أنه أمرها باشتراط الولاء لهم ولعل هشاماً أو عروة حين سمع أن النبي ﷺ قال لها: «ما يمنعك ذلك»^(١) رأى أنه أمرها أن تشرط لهم الولاء، فلم يقف من حفظه على ما وقف عليه ابن عمر وجماعة.

فإن قيل: الزيادة أولى في الاخبار قيل: ترك الزيادة في هذا الموضع أولى من الأخذ بها لثلاثة أمور، أحدها: إنكار الرواية لها على ما ذكرنا، والثاني: منع الشرع منها، والثالث: صفة النبي ﷺ على ما ذكرنا فلا يجوز أن يأذن في المحظور والغرور، وقال بعض أصحابنا: هكذا قال الشافعي، ولكن الخبر في «الصحابيين» من طرق شتى سوى طريق هشام، وهذا الشرط مذكور فيه، والأصحُّ الجوابُ الأولُ، [١٢٢/ب] وهو تجويز البيع بالسنة، ثم اشتغل المزنئ بالتأويل، فقال: ويحمل لو صح الحديث أن يكون أراد اشتراطه عليهم أن لِكَ إذا اشترطت، وأعتقدت الولاء أَيْ لَا تعرِيهِمُ اللُّغَةُ تَحْتَمِلُ ذَلِكَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: «وَلَهُمُ اللَّعْنَةُ» [غافر: ٥٢] أَيْ عَلَيْهِمُ اللَّعْنَةُ، وَقَالَ تَعَالَى: «إِنْ أَحْسَنْتُمْ أَحْسَنْتُمْ لِأَنَّهُمْ لَوْلَا أَسَأْتُمْ فَلَهُمَا» [الإسراء: ٧]، يعني فعليهما. وَقَالَ تَعَالَى: «وَلَا تَجْهَرُوا لَمَّا يَأْتُوكُمْ كَهْرِيْبَعْضُكُمْ لِيَعْصِيْنَ» [الحجرات: ٢]، أَيْ عَلَيْهِمْ فَقَامَ لَهُمْ مَقَامُ رَحْمَكَ اللَّهُ.

وأنكر أبو إسحق هذا التأويل على المزنئ على عادته في الرد على المزنئ إذا وجد السبيل إليه، وقال الماسرجسي: سمعت أبا إسحق ينكر ذلك، ويقول: هذا يجوز عند الضرورة، ولو جوزنا إيدال حرف بحرف لغير الحاجة والضرورة بطل التفاهم بالخطاب، وذهبت فائدة الكلام، وقال: لا يجوز أن يقصد منع عائشة من شرطها الولاء للبائع بلفظ لا يبني عنه إلا بقرينة الحال ودلالة وفي موضع لا يشكل ولا يلتبس ولأن خروجه مغبباً، وقوله في خطبته: «ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله». يدل على أن الشرط كان لهم فأبطله عليهم، فلا يصح ما ذكره المزنئ. وقال ابن أبي هريرة: قوله اشتراطه لهم الولاء خارج مخرج الوعيد والتهديد، كقوله تعالى: «فَمَنْ شَاءَ فَيَتَوَلَّ وَمَنْ شَاءَ فَلِيَكْفُرْ» [الكهف: ٢٩]، وهذا بعيد، وقال صاحب «الإضاح»: أراد اشتراطه لهم العتق، فعبر عن العتق بالولاء لخدوته عنه، واستحقاقه به، وهذا أيضاً عدول عن الحقيقة، وقال أبو حامد: اشتراط الولاء تقدم العقد لأنَّه كان وقت المساومة، وإنما يلزم الشرط [١٢٣/أ] إذا اقتنى بالعقد فلذلك بطل، فأعلن النبي ﷺ أيطال حكمه، وهذا ضعيف لأنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أبْطَلَ الشَّرْطَ لِفَسَادِهِ، ولم يبطله لأنَّه كان في غير محله، ولو أراد ذلك لازال اللبس وأبان الحكم المقصود.

(١) نقدم تخرجه.

فَرْعَ

لو كانت الكتابة فباعها للسيد، فإن كان للسيد علماً بفسادها صح البيع وفي ذلك فسخ الكتابة الفاسدة، فلا يعتق بعد ذلك بالدفع وإن لم يعلم أو ظن أن الكتابة صحيحة، فإذا هي فاسدة ففي صحة البيع قولان مخرجان كما قال الشافعي: إذا أوصى برقبته لرجل ظناً أن الكتابة صحيحة وأن الوصية فاسدة هل تصح الوصية، قولان سواء كان عالماً بفسادها أو جاهلاً، ومن أصحابنا من قال: لا يصح البيع قولاً واحداً بخلاف الوصية لأنها تقبل العرر والجهالة والوقف على الشرائط بخلاف البيع.

كتاب كتابة النصراني^(١)

مسألة: قال: ويجوز كتابة النصراني.

الفصل

اعلم أنه إذا كاتب النصراني مملوكه جاز كما تجوز كتابة المسلم، وقال بعض الفقهاء: لا تجوز كتابته لأن الله تعالى ندب المسلمين إليها بقوله تعالى: «وَالَّذِينَ يَنْهَانَ الْكِتَابَ مَا مَلَكَ أَيْنَتُكُمْ فَكُلُّتُوْهُمْ» [النور: ٢٣] الآية. ودليلنا حكم المعاملات والإعتاق يعم الكل، أو نقول: الكتابة تشتمل على المعاوضة والإعتاق بالصفة وكلاهما يجوز منه، وأما قولهم: ندب المسلمين إليها، فلنا: إنما خص المسلمين بالخطاب إكراماً لهم لا تخصيصاً بالحكم.

ثم جواز كتابته [١٢٣/ ب] على الوجه الذي يجوز كتابة المسلم، فإذا كاتب عبده ثم ترافقا إلى حاكم المسلمين نظر بينهما وحكم بحكم الإسلام، فإذا كانت الكتابة مما تجوز بين المسلمين أمضاها وإن كانت مما لا يجوز ردها لأن الحاكم لا يحكم إلا بما يسوغ في دينه.

ثم ذكر الشافعى رضى الله عنه فيما كانت الكتابة فاسدة ثلاثة مسائل: أحدها: أن يتعاقدا فاسداً ويقبض السيد العوض ثم أسلما وترافقا، فالحاكم يقرهما على ذلك لا على معنى أنه يحكم بصحته ولكن على معنى أنه لا يتعرض لهما كما نقول: إذا تزوجها على مهرٍ فاسدٍ وتقابضا العوض ثم أسلما.

والثانية: أن يسلما ثم تقابضا في حال الإسلام فالحكم يبطل ذلك، لأن قبض الفاسد لا يصح في حال الإسلام إلا أن العتق وقع بوجود الصفة وثبتت بين السيد وبين المكاتب التراجع، فإن كان مما دفعه إلى السيد لم يحتسب له بشيء وحسب عليه قيمة رقبته، وإن كان له قيمة احتسب عليه بقيمةه وعلى العبد بقيمة رقبته، ويتراجعان الفضل.

والثالثة: أن يسلما ثم يتراجعا قبل التقابض أو بعد قبض البعض وبقاء البعض يحكم

(١) انظر المحتوى الكبير (١٨/ ٢٥٣).

بفسخ الكتابة وإبطالها لأنَّه ما لم يقبض جميع مال الكتابة فالعتق لا يقع وحكم العقد لم يتنجز، فحكم ببطلاته وارتفاعه إذا كان مما لا يصح مثله في الإسلام، فإنَّ لم يحكم بفسخ الكتابة فأدَى ذلك عتق بالصفة ثبت التراجع، وما أدى في حال الشرك من الحرام فحكمه حكم ما لم يرد شيئاً، فيكون التراجع بجميع القيمة نَصَّ عليه في «المختصر» لأنَّ العتق وقع في حال الإسلام، فلم ينظر إلى ما أدى في حكم الكُفُرِ ويُفارقُ هذا إذا تزوج في حال الشرك [١٢٤/أ] ثم أسلم وقد أسلم إليها بعض الصادق الفاسد في الشرك احتسب عليها بقدر ذلك لما ذكرنا من الفرق في كتاب النكاح، وهو أنَّ الاعتبار في العتق باختصار النجوم لأنَّ العتق يتعلق به دون ما قبله، وفي النكاح لا يعتبر آخره. وقال أبو حنيفة: إذا كاتبه على خمرٍ ثم أسلمًا لا يبطل ويؤدي إليه قيمة الخمر ويعتنى كما قال في النكاح، وهذا لا يصح لأنَّه إذا عقدها ابتداءً بخمرٍ كانت فاسدةً بخلاف ما لو تزوجها على خمرٍ لا يفسد النكاح. وقال القفال: هذا إذا أسلمًا، أو أسلم السيد لأنَّ ذلك لا يبطل الكتابة، فأمَّا إذا أسلم العبد دون السيد، فإنَّ قلنا: إذا اشتري الكافر عبدًا مسلماً فأجبرناه على بيعه فكتابه يسقط الاعتراض عنه، ولا يباع عليه فهو أولى أن لا يُباع، وإنَّ قلنا: هناك لا يسقط الاعتراض ويباع عليه، فهو وجهان، والأصحُّ أنه لا يُباع لأنَّه حين عقد الكتابة لم يكن توجّه عليه المنع منها في بيع وغيره، وفي إبطال الكتابة إبطال للحق الذي ثبت له الموصل إلى العتق، والثاني: بيع عليه كالمسألة الأولى وهو ما على القولين في أنَّ أحد الشريكين في المكاتب إذا أعتق نصيبيه متى يقوم عليه في الحال، أو بعد التمجيز، فإذا قلنا: لا يُباع عليه، هنا فإذا عجز السيد كافرٌ يباع عليه لا محالة.

فرعٌ

إذا عقد الكتابة في الشرك بحرام وحالٍ ثم أسلمًا وتقابضاً الحرام في الشرك، ويقي الحال في الإسلام، ففي الكتابة وجهان: أحدهما: يحكم بصحتها لأنَّ الحرام بقبضه في الشرك صارَ عفواً، والباقي من الحال في الإسلام يجوز أن يكون عوضاً، فعلى هذا يؤدي المكاتب الحال، ويعتق به، ولا تراجع فيه، والثاني: [١٢٤/ب] يحكم بفسادها لأنَّ الحالَ بعض العوض في عقدٍ قد فسد للسيد إبطالها، فإنَّ لم يبطل عتق فيها بالأداء ورجوع السيد بقيمه ورجوع المكاتب بما أداه، وكان قصاصاً إنْ تجанс ذكره في «الحاوي».

مسألة: قال: ولو أنَّ نصريناً اشتري عبدًا مسلماً فكتابه فيها قوله.

الفصلُ

قد ذكرنا في شراء الكافر عبدًا مسلماً هل يصح الشراء؟ فيه قوله، فإذا قلنا: لا يصح

فكتابه، فالكتاب باطلة بلا خلاف، وإذا قلنا: يصح، وهو الذي نصّ عليه هنا فكتاب هل تصح الكتابة؟ فيه قولان: أحدهما: تصح الكتابة، وبه قال أبو حنيفة، ويزول بها الاعتراض، وهو اختيار المزنّي لأن القصد بالبيع عليه إزالة سلطانه عنه وبالكتاب زالت السلطنة ويستفيد العتق بأداء النجوم، والثاني: لا يصح ولا يزول بها الاعتراض لأنه وإن كان ممنوعاً من استخدامه والتصرف فيه فإنه مسلط عليه في منعه من السفر وهبة ما في يديه.. والتصرف فيه على الإطلاق وفي ذلك عليه ذلّ وصغار، وأنه أمراً باخراجه عن ملكه تماماً وليست الكتابة باخراج تامٌ، ويفارق هذا إذا كاتب الكافر عنده الكافر ثم أسلم لا يُباع عليه على المذهب الصحيح المنصوص لأن هناك لم يستحق إزالة ملكه عنه في الأولى على ما ذكرنا. قال المزنّي: تصح الكتابة لأن ممتنع من النصراني بكتابته وعسى أن يؤدي، فيعتق يريد به أن للعبد حظاً في ذلك لأنه يؤدي إلى حرّيته فكان أولى من مطالبته بالبيع وسُمِح بما عليه من الذلّ لما يؤدي إليه العتق به.

قال: وفي تثبيت الكتابة إذا أسلم العبد ومولاه نصراني [١٢٥/أ] على ما قلت دليلاً، وبالله التوفيق. يعني المسألة التي ذكرها في الباب قبله، والجواب أنا لا نسلم ذلك على ما ذكر القفال، وإن سلمنا فالفرق ظاهر على ما ذكرنا، فإذا قلنا: الكتابة صحيحة يقرّ عليها ثم ينظر فإن أدي مال الكتابة عتق، وإن عجز نفسه استرقه السيد، وأزيلا ملكه عنه، وإذا قلنا: الكتابة فاسدة يُباع عليه، فإن بادر العبد قبل أن يبيع عليه فأدي المال عتق عليه لوجود الصفة وثبت التراجع بينه وبين سيده لأنه عتق بكتابه فاسدة، فيثبت بينهما التراجع.

مسألة: قال في «الأم»: ولو أن نصراني كاتب أمّة له كتابة صحيحة ثم أسلمت واختارت المضي على الكتابة فوطّنها السيد فلها مهرٌ مثلها، فإن حملت فالولد حرّ مسلم لا سبيل عليه لأنّه في ملكه، فإن مات النصراني وهي على الكتابة عتق بمותו، وبطّل عنها ما بقي من الكتابة عليها ولها مالها ليس لورثة النصراني منه شيء لأن النصراني كان ممنوعاً من مالها بالكتاب، ثم صارت حرّة بممته، فصارت الورثة ممنوعين منه بحرّيتها، فإن ولدت وعجزت أخذت ببنفتها وحيل بينه وبين إصايتها، فإذا مات فهي حرّة ويعمل ما يُطيق وله ما اكتسب وأرش ما جنى عليها، فإن لم تلد ولم يمت النصراني حتى اختارت العجز، قال الشافعي رضي الله عنه: أجبر على بيعها ما لم تلد، قال القاضي أبو حامد: قد قيل: هذا على القول الذي لا يتحقق الحمل ولا يجوز بيعها إذا كانت حاملاً بوليد حرّ مسلم تُدفع [١٢٥/ب].

باب كتابة الحربي

مَسَأَلَةُ : قال: وإذا كاتب الحربي عبدة في دار الحرب ثم جاء مُسْتَأْمِنِين.

الفَضْلُ

جملةً هذا أن الحربي ملكه ثابتٌ على ماله وتصرّفه كتصرف المسلم في ماله، وإذا كاتب عبده صحت كتابته كما يصح بيعه ويصح عنقه المنجز والمعلق بصفة، وقال مالك: لا ملك له، وقال أبو حنيفة: لا ملك له صحيحًا وكتابته لا تصحُّ، وكذلك اعتقاده، ودليلنا قوله تعالى: **وَلَوْرَثُكُمْ أَرْضُهُمْ وَدِيْرُهُمْ وَأَمْوَالُهُمْ** [الأحزاب: ٢٧]، فأضاف ذلك إليهم وحقيقة ذلك يفيد الملك.

فإذا تقرَّرَ هذا وكتابه في دار الحرب، ثم دخلا دار الإسلام مُسْتَأْمِنِين، أو دخلا دار الإسلام بأمانٍ ثم كاتبه، فإنهما ما لم يترافقا إلى الحاكم ويُتَخَاصِّما إِلَيْهِ لا يتعرضا لهما بل تقرهما على ما فَعَلَاهُ، فإن ترافقا إِلَيْهِ يحكم بينهما بحُكْمِ الْإِسْلَامِ، فإن كانت صحيحةً في الإسلام أعلمهم صحتها، وأقرهم عليها، وإن كانت فاسدةً أعلمهم فسادها، وأنه لا يجوز الإقرار عليها فإن قَهَرَ الْعَبْدُ سَيِّدَهُ على نَفْسِهِ في دار الحرب، ثم دخل دار الإسلام بأمانٍ وعَلَيْهِ السَّيِّدُ فَقَدْ مَلَكَ نَفْسَهُ وانفَسَخَ الْكِتَابَ فِيهِ وَمَلَكَ السَّيِّدُ بِقَهْرِهِ أَيَّاهُ وَيُقْرَأُ عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّ دَارَ الْحَرْبِ دَارَ قَهْرٍ وَغَلْبَةٍ وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ سَيِّدُهُ: لَا أَرْضِي بِالْكِتَابَ وَقَهْرِهِ عَلَى نَفْسِهِ وَاسْتَعْبِدُهُ وَحَمْلَهُ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ كَانَ عَبْدُهُ وَيُطْلَقُ الْكِتَابُ، وَلَوْ دَخَلَ دَارَ الْإِسْلَامِ ثُمَّ قَهَرَ سَيِّدَهُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ قَهَرَهُ السَّيِّدُ لَا حُكْمُ لِهَذَا الْقَهْرِ لِأَنَّ دَارَ الْإِسْلَامِ لَيْسَ بِدَارِ قَهْرٍ [١٢٦/١٠] وَغَلْبَةٌ، بل هي دار حق وإنصافٍ.

مَسَأَلَةُ : قال: ولو كان السيد مسلماً فالكتاب ثابتة.

أراد بهذا أن المسلم لو كاتب عبدَ الكافر في دار الحرب فكتابته ثابتةً ككتابته في دار الإسلام فلو قهره على نفسه، ثم حمله إلى دار الإسلام لم تبطل الكتابةُ بالقهْرِ لأن كتابته له أمانٌ لأن الكتابة عقد يمنع السيد عن نفسه وماله فكان بمنزلة الأمان فلم يجز له استرافقه وقهْرُه، ويخالف الحربي لأن أمانه للكافر لا يصح، وقد فسرَ الشافعي رضي الله عنه في «الأم» ونقله المزني مختصراً.

فإن أدى المال عتق وثبت لل المسلم عليه الولاء، ثم يقال له: إلى الآن كنت تابعاً لسيدي وقد صرت حراً وصار لك حكم نفسك، فإن شئت فاعقد لنفسك عقد الذمة وإن شئت فالحق بدار الحرب، ف تكون حربياً لنا.

فإن لحق بدار الحرب وظهر المسلمين على الدار لم يجز استرقاقه لولاء المسلم عليه، ويفارق هذا إذا كان للمسلم ابن حربيٍ حيث يجوز استرقاقه لأنَّه ليس في ذلك إبطال نسبة، وفي هذا إبطال الولاء، وقد قال الشافعٍ ههنا: فإنَّ سبي لم يكن رقيقاً يعني إنَّ سبي مكاتب المسلم بعد الأداء لأنَّه علل فقال: لأنَّ له أماناً من مُسلم بإعتاقه أيَّاه، وهذا أيضاً اختصره المزني وشرحه في «الأم» هكذا، ثم قال: ولو كانَ أعتقه كافراً بكتابه، أو غير كتابة فسباء المسلمين كانَ رقيقاً لأنَّ لا أمانَ له من مُسلم نفسه يسترق إذا قدر عليه، ففرق الشافعٍ بين أن يعتق المسلم فلا يسترق [١٢٦/ب] وبين أن يعتق الكافر فيسترق، وعلل في المسلم بأنه في أمانٍ منه وفي الكافر أنه ليس بأمانٍ من مُسلم وسيده يسترق لو قدر عليه، وعلل أبو إسحق وابن أبي هريرة وصاحب «الإفصاح» بأنَّ لسيده عليه حق الولاء، فلا يجوز إسقاطه بالاسترقاق، وقال ابن أبي هريرة: هذا مراد الشافعٍ من قوله، لأنَّ له أماناً من مُسلم بإعتاقه أيَّاه، وقال القاضي الطبرى: هذا وإن كانَ تعليلاً صحيحاً، فليس بمراد الشافعٍ، وإنما قصد الشافعٍ به أن نفس الكتابة والعتق عقد أمانٍ له، لأنَّه يمنع نفسه بكلٍّ واحدٍ منها من نفسه وماله يدلُّ على ذلك أنَّ كاتب عبده في دارِ الحرب، ثم قَهْرَهُ على نفسه وحمله إلى دارِ الإسلام. قال الشافعٍ: لا تبطل الكتابة لأنَّه في أمانٍ منه فدلُّ أنَّ المراد بالأمانِ ما ذكرنا، وأما الظاهر فما قاله الشافعٍ في الكافر أنه الكافرُ الحربيُّ لأنَّه قال: ويسترق الذي أعتقه إنْ قدر عليه، فاما إنْ كانَ مكاتبًا لذمي فلحق بدارِ الحرب قد ذكرنا وجهين في جواز استرقاقه فظاهرُ تعليل الشافعٍ يتضمنُ أنَّه يجوز لأنَّه ليس بأمانٍ مسلمٍ.

وأما إذا حارب مكاتب المسلم ومعتق المسلم يجوز قتاله وإنْ منعنا من استرقاقه لا يختلف المذهب فيه.

مَسَالَةٌ: قال: ولو كاتب المستأمنُ عندَنا عبدهُ فأرادَ إخراجهُ.

الفَضْلُ

جملةُ هذا: أنَّ الكافرُ الحربيَّ إذا كاتب عبدهُ ثم دخلَ دارِ الإسلام بأمانٍ، أو دخلَ دارِ الإسلام بأمانٍ، ثم كاتبهُ فقد انقطع سلطانه عنه، فإنَّ أرادَ العبدُ [١٢٧/أ] الرُّجُوعَ إلى دارِ الحرب لم يكن للسيدِ متعهُ منه لأنَّ تصرفه قد انقطع عنه، وإنما يقي له في ذمته دين، وإذا أرادَ السيدُ الرجوعَ إلى دارِ الحرب ينظر في العبد، فإنَّ أرادَ الرجوعَ معه لم يمنع لأنَّ للمستأمنِ أنْ يرجع إلى دارِ الحرب، وإذا رجعا فالكتابة باقية بحالها. وقال أبو حنيفة: إذا رجعا بطلت الكتابة وعتق العبدُ وهو خطأً لأنَّه عقدَ معاوضةً فلا يبطل بمثلِ هذا، ولو امتنع المكاتب من الرجوع مع السيد إلى دارِ الحرب وجاء إلى الحاكم وقال: إنه يقهري على

الحمل معه، ولست آمن أن يغلبني على نفسي، ويبطل كتابتي فالحاكم يمنعه منه ويقول له: إن شئت أقمت حتى تقبض نجومه وإن شئت خرجت ووكلت من يقبضها لك، فإن اختار المقام نظر في النجوم، فإن كانت تحل في أقل من سنة فليس عليه الجزية، وإن لم تحل إلا في سنة، فإنه يمنع من المقام في دار الإسلام سنة إلا بجزية، فإذا خرج ورجل إلى دار الحرب فقد انتقض الأمان في نفسه وفي سائر ماله سوى المكاتب، وما يؤخذ منه، فإن الأمان فيها باق ويجوز أن ينتقض الأمان، فإن أدى المكاتب المال إلى وكيله عنق وبعث الوكيل المال إلى الحربي، وإن عجز المكاتب نفسه رق وعاد ملكاً للحربي كما كان ورد إلى سيده فإن مات سيده قبل أن يرد قال ههنا: يرد إلى ورثته لأنه مال له أمان فوارثه بمثابةه، وقال في كتاب السير: يكون مغنوماً ومعناه يكون فيما لأنه مال حربي، واحتار المزني القول الأول لما ذكرنا من الوجه، فإذا قلنا بالقول الثاني يؤدي مال كتابته إلى بيت المال، فإذا عتق بالأداء يكون ولاءً [١٢٧/ب] لكافة المسلمين، وإن رق كان فيما لأن الأمان بطل على ما ذكرنا. وقال ابن أبي هريرة: إذا نقض السيد الأمان، وخرج إلينا محارباً هل نغم مكاتبته فيه قولان أيضاً: أحدهما: يغم كلامنا في الموت، والثاني: لا يغم ويكون الأمان مُستبقي في حقه لأن يجوز أن يكون للحربى أمان على ماله دون نفسه.

مَسَأَلَةٌ: قال: فإن خرج فسبي فمن عليه، أو فودي به.

الفَصْلُ

عطف الشافعى رضى الله عنه بهذه المسألة عليه إذا مات، وهي إذا خرج السيد إلى دار الحرب وبقي مكاتبته عندها على ما بينه فسبي السيد بالإمام فيه بالختار بين أربعة أشياء أن يمن عليه، أو يقاد به، أو يقتله، أو يسترقه، فإن قتله، فهو كما لو مات، وقد ذكرنا حكمه، وإن أطلقه، أو فاده بمال أو برجالي، فالملك على حالي لأن له أماناً فيه، فإن كل مال تركه في دار الإسلام ولم يحمله مع نفسه فإن له فيه أماناً وما يحمله مع نفسه ينتقض الأمان فيه كما ينتقض في نفسه، فإن قيل: أليس قد صار بالسيبى رقيقاً وزال ملكه، فلم رددتموه إليه؟، قلنا: نص الشافعى ههنا على أنه لا يكون رقيقاً لأنه مال يمن عليه به أو يؤدي، فلم يكن رقيقاً وإنما يصير رقيقاً باسترقاق الإمام إيه، وإن استرقق الإمام زال ملكه عنه بالاسترقاق، ولا ينتقل ماله إلى سيده الذي استرقه لأن السيد إنما يملك إكساب عبده بعد استرقاقه، وذلك مال قد كسبه قبل الاسترقاق، فلم يملك سيده، ولا يكون أيضاً لوارث هذا الأسير المسترق لأنه مملوك حي، ولا يورث مملوك حي، فنقول: كتابته بحالها لا تبطل ولا يجوز أن يؤديها إلى وكيل السيد لأن الاسترقاق أبطل وكالته، ويكون الحاكم هو القاپض [١٢٨/أ]

و الحكم الاسترافق مبني على حكم موت، فإن قلنا: لو مات لا يغنم ماله فهمنا أولى أن لا يغنم ويترك حتى يعتق فيسلم إليه أو يموت ريقاً، فيكون حينئذ مغنوماً لا موروثاً لأن ورثته لا يرثونه إذا مات عبداً، وإن قلنا: إذا مات يغنم ماله، فهمنا قوله: أحدهما: يغنم ويكون فيئاً لأهل الفيء لأن رقه ينافي ملكه كموته ينافي ملكه، والثاني: لا يغنم لأنه يجوز أن يعتق، فيعود مالكاً بخلاف ما لو مات لاستحالة حياته بعد موته وهذا اختيار أبي إسحق، والأول اختيار المزنبي، وقال صاحب «المنهج»: اختيار المزنبي أن يغنم، وهذا اختيار ليس لنفسه وإنما هو للشافعي رضي الله عنه. فأما اختياره لنفسه في المسألة السابقة هو القول الثاني فكذلك ينبغي في هذه المسألة أن يكون ذلك اختياره ولفظه ههنا أنه قال: هذا أشبه بقوله عندي لأن الذي حكم به قبل هذه المسألة يعني مسألة موت العربي في بلاد الحرب قبل أن يسترق، فإن الشافعي في تلك المسألة حكم بهذا القول، وهو أن يكون مغنوماً، وذكر العلة لهذا القول، فقال: لأنه لما أبطل أن يملك يعني بالاسترافق بطل عن ماله ملكه ومن قال بالقول الآخر أجابه بأن حالة الملك مأمولة منه بخلاف الميت على ما ذكرناه.

فإذا قلنا: يكون ماله مكتبه مغنوماً كان ما يؤديه المكاتب فيئاً لبيت المال، فإن عتق بالأداء كان ولاءً لكافة المسلمين وقد قال الشافعي: فإذا استرق فعتق مكتبه بالأداء، ومات العربي ريقاً لم يكن لرقيق ولاء ولا لأحد بسيبه ومعناه وليس لورثة العربي ولاء على هذا المكاتب بسبب العربي والعربي ليس من أهل الولاء [١٢٨/ب] على عبده.

أو معناه: لا ولاء لأحدٍ من المسلمين بعيته لأن ولاءً لجماعتهم، وإن عجز كان مملاً لبيت المال لكافة المسلمين وسواء على هذا القول أن يموت السيد على رقه أو يعتق قبل موته، فإن جعلناه مغنوماً لا يرد إليه، ومن أصحابنا من قال: لا ولاء لأهل الفيء عليه ولكن يبطل ولا يكون لأحدٍ عليه ولاء، وهذا ظاهر ما قاله الشافعي رضي الله عنه ههنا، وهذا لأن الولاء لا يورث، وإنما يخلفه الأقرب من عصباته وأهل الفيء ليسوا بعصبات لهذا الكافر فلم يخالفوه في ولاء مكتابيه، ولأنه لا ولاء له لأنه لا يجوز أن يكون لأحدٍ بسيبه ولاء لأنه خليفته إذا استرافقه عنه وهذا اختيار القاضي الطبرى، وإن قلنا: لا يغنم كان ماله موقفاً على ما يكون من عتيقه أو موته، فله حالتان: أحدهما، أن يعتق قبل موته، والثانية أن يموت قبل رقه فإن عتق قبل موته عاد ماله الموقوف إلى ملكه، وإن كان المكاتب باقياً على كتابته أداها إليه، وكان ولاءً إن عتق له، وإن كان قد أداها إلى الحاكم أخذَ من الحاكم ما قبضه من مكتابته وكان له ولاء مكتابته.

وإن مات على رقه كان ماله مغنوماً لا يرد على سيده ولا على وارثه ويعتبر حال

مكاتبه، فإن عجز ورق كان مغنوّماً وإن أدى وعّت، فإن كان قبل استرقاء سيده ففي ولاءٍ ووجهان: أحدهما، بيت المال كسائر أمواله، والثاني يزول الولاء ويرتفع ويصير المكاتب بعد العّت من لا ولاء عليه، وهذا معنى قول الشافعى، ولا ولاء لأحد بسببه.

وإن كان عّت المكاتب بعد استرقاء سيده وقبل موته فالولاء ثابتٌ، وفي مستحقه قولان: أحدهما، بيت المال، [١٢٩/أ] والثاني، لسيد السيد وهو مبنيان على القولين في مكاتب المكاتب إذا عّت الثاني قبل عّت الأول كان في ولاء، الثاني، قولان: أحدهما، للسيد، والثاني، موقوفٌ على المكاتب الأولى.

وإن كان عّت المكاتب بعد موت سيده يكون ولاءه ثابتٌ لبيت المال قولاً واحداً، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا قلنا في الموت لا يغنم ماله فهو هنا إذا استرق ومات رقيقاً فيه أقوالٌ: أحدها، يكون مغنوّماً، وهو الأصح، والثاني، مخرج أنه للسيد الذي مات هو في ملكه، والثالث، مخرج أيضاً أنه لورثته الحربين فكانه كان موقوفاً بينه وبين ورثته فتبين بموته أنه ورث ذلك يوم استرق وأصل القولين المخرجين ما قال الشافعى في ذمٍّ جرح فلحق بدار الحرب، فاسترق قبل البرء فمات رقيقاً فيه قولان: أحدهما على الجانى الأكثر من أرش جراحته حراً، أو ديته حراً وللسيد منه قدر قيمته، والباقي لورثته ذكره القفال، وفي هذا نظرٌ عندي.

مَسَأَلَةٌ: قال: لو أغار المشركون على مكاتب المسلمين استنقذه المسلمين.

الفَصْلُ

إذا كاتب المسلم عبداً ثم ظهر المشركون على الدار فأسرروا المكاتب وحملوه إلى دار الحرب لا يملكون لحق المسلم، فإذا انفلت المكاتب منهم أو ظهر المسلمين على الدار فأخذوه فهو على كتابته وهكذا إذا دخل الكافر دار الإسلام بأمانٍ فكاتب عبداً ثم ظهر المشركون على الدار فقهروا المكاتب على نفسه، وأحرزوه بدار الحرب ثم انفلت منهم، أو غلبهم المسلمين عليه يكون على كتابته لأنه كان له أمانٌ كما لو أغروا على نصراني فاستبعدوه، ثم [١٢٩/ب] استنقذه المسلمين كان حراً وكذلك لو أغروا على حربى في دار الإسلام، وقد دخل بأمانٍ فسبوه ثم استنقذه المسلمين كان له أمانه، قال الشافعى: فإن أراد أن يصبر حتى يخلص العبد فيؤدي إليه كتابته فعل، وإن أراد أن يعجزه إذا حل عليه نجم وعلم أنه لا مال للمكاتب يؤدي عنه عجزه لأن حقه لا يبطل في تعجيزه بأن أحده المشركون وأسروه، فإن عجزه ثم تخلص من أيدي المشركون وثبت أنه كان له مالٌ في وقت تعجيزه غير أنهم لم يقفوا على موضعه، أو لم يمكنه إيصاله إلى سيده بطل التعجيز وأدى إليه،

وعنق وإن لم يصح ذلك فالتعجيز صحيح وهو عبده ومن أصحابنا من قال: في هذه المدة التي هو في يد الظاهر هل يحتسب من أجله قوله: أحدهما، تتحسب، والثاني: لا تتحسب كما لو حبسه السيد، وهذا كالطبع إذا تلف قبل القبض سقط الثمن سواء كان بتغريف من جهة البائع أولاً وال الصحيح الأول. والفرق أنه إذا حبسه السيد فقد تعددت المنافع بتغريف: من جهة السيد بخلاف ما لو حبسه الكفار، فافترقا ويمكن أن يجادل عن هذا الفرق بأن التسليم والتمكين مستحق على السيد فإذا تعذر لم يفترق الحكم بين أن يكون من جهة أو من جهة غيره، فإذا قلنا: لا تتحسب عليه مدة الحبس، فحلت النجوم فليس للسيد الفسخ لأن الحلول على الحقيقة لم يوجد والمدة ما انقضت في الحكم، وإذا قلنا: يتحسب، ولو أن يفسخ عند العجز وهو المنصوص فهل له أن يفسخ بنفسه، أو يرفعه إلى العاكم وجهان: أحدهما: يفسخه بنفسه كما لو كان المكاتب حاضراً وعجز عن الأداء، والثاني: يرفعه إلى العاكم [١٣٠] ليستكشف من حال المكاتب فإن وجد له مالاً يفي بما عليه أداء، وعنق وإن فسخ حينئذ، ويختلف حاله الحضور فإنه يعترق بالعجز فيغنى عن كشف حاله.

فرع

قال أبو إسحق: لو كان الحربي كاتبه عندنا ثم سبأه وأخرجه من بلادنا كان على كاتبته، فإذا قدرنا على سيده وأعليه فأخذناهما جميعاً استرق السيد ويقي العبد على كاتبته وفي نجومه التي قد حللت وهو في يد سيده مغلوب على كسبه وعلى نفسه قوله على ما ذكرنا إذا حبسه السيد مدة، قال أبو إسحق، فإذا قلنا: لا يتحسب على المكاتب بتلك المدة يحتمل أن لا يتحسب على السيد بقيمة خدمته ولا بما أخذه من كسبه، ويحتمل أن يتحسب به عليه، وإن استوفت الأجل به.

فرع آخر

قال في «الأم»: ولو كان العبد لحق بدار الحرب فلم يحدث له السيد قهراً يسترقه به حتى خرج إلينا بأمان فهو على الكتابة، ولو لحق بدار الحرب وأدى المكاتب بها، ولم يحدث له السيد قهراً، وخرج إلينا كان حراً.

مَسَأَلَةً: قال: ولو كاتبه في بلاد الحرب ثم خرج المكاتب إلينا مُسلماً كان حراً.

أراد إذا كاتب الحربي عبده في دار الحرب ثم خرج المكاتب إلينا مُسلماً مراجعاً سيده من جهة الظاهر حكمنا بحريته لأن الدار دار الظاهر، فإذا قهر سيده على نفسه ملكها أو من ملك نفسه عنق ثم يقال له: أنت بال الخيار بين أن تقييم وتعقد لنفسك ذمة أو تلحق بدار الحرب

فتصرير حرباً لنا، [١٣٠/ب] وإن دخل دار الإسلام بآذن سيده، أما لتجارة أو لحاجة فهو على الكتابة لأنه في يد السيد.

باب كتابة المرتد

مَسَأَلَة: قال: ولو كاتب المرتد عبداً قبل أن يقف الحاكم ماله كان جائزأ.

جملة هذا: أن المسلم إذا ارتد ثم كاتب عبداً، هل تصح كتابة أم لا نص هنا أنه يصح كتابته ونص في المرتد إذا دبر عبده على ثلاثة أقوال، واختلف أصحابنا في هذا على طريقين فمهم من قال: فيها ثلاثة أقوال، ومنهم من قال: في الكتابة قولان: أحدهما، أنها باطلة، والثاني، أنها صحيحة ولا يجيء القول الثالث فيها لأن العقد لا يقف عند الشافعى رضى الله عنه، وأنه لا يجوز عقد الكتابة على غير، ألا ترى أنه لا يجوز تعليقه بالمشينة ولا بمدة مجهولة، فلم يجز أن يكون موقوفاً بخلاف التدبير وهذا اختيار القاضى أبي حامد، وقال: أظهر قوليه، وأولاًهما جواز تصرفه كهو قبل رده، وقال أبو إسحق: الصحيح، الطريقة الأولى لأنه إنما لا يجوز أن يقف العقد من ملك الغير، فأماماً في ملك الإنسان يجوز أن يكون موقوفاً بمعنى حادث فيه كما تقول في المريض إذا وهب أكثر من ثلث ماله وسلمه إلى الموهوب له فالبهة موقوفة، فإن صح من مرضه كانت نافذة وإن مات من مرضه رد منها ما زاد على الثالث، فإذا جاز توقف تصرف المريض على ما يظهر من اتصاله بالموت، أو انتصاله عنه بالبرء فكذلك تصرف المرتد [١٣١/أ] يجب أن يكون موقوفاً إلى اتصاله بقتله، أو انتصاله عنه بالتنوية ولا فرق بينهما، وهذا اختيار أبي حامد، ولأن في الكتابة معنى العتق بالصفة كالتدبير سواءً فيما في جواز الوقف، ومن قال: بالأول فرق بين المريض وبين المرتد بأن المرتد غلظ عليه بما أتى به من الكفر والمريض الجشع له فيها ولا يقدر على إزالته فسومح له في جعل تصرفه موقوفاً، فأماماً إذا وقف الحاكم ماله على توبته أو قتله على الردة، فكاتب عبده لم تجز الكتابة قولًا واحدًا لما أحاط به من الحجر فإذا تقرر هذا، فإن أدى هذا المكاتب المال نظر، فإن أدى قبل أن يحجر عليه، فإن قلنا: الكتابة صحيحة، وهو اختيار المزنى فقد عتق بالأداء ويكون الولاء والمال لسيده لأن ملكه على هذا القول ثابت على ماليه، وإن قلنا: إنها باطلة، فإن أدى لم يعتق لأنه محكوم بزوال ملكه عن ماله ولو أعتق عبده ابتداء لم ينفذ، وإن قلنا: إنها موقوفة نظر، فإن أسلم السيد تبيناً أن الكتابة قد صحت ويصح الأداء ويقع العتق، ويكون الولاء للسيد وإن قتل أو مات على الردة تبيناً أنها باطلة وأن الأداء لم يصح فيكون العبد فينا للمسلمين، وكذلك ما في يده من المال، وإن أدى بعدهما حجر الإمام على المرتد في ماله، فإن قلنا: الكتابة باطلة فليس بينهما عقد والعبد

باقٍ على الرق، فأداؤه كلاً أداء، وإن قلنا: إنها صحيحةٌ أو موقوفةٌ فلا يجوز أن يدفع المال إلى السيد لأنَّ محجوراً عليه لا يصح منه القبض، فإذا دفع إليه لا يعتق وللحاكم مطالبه بالمال، ثم إنَّ كان ما دفعه باقياً بحاله أخذَه [١٣١/ب] ودفعه إلى الأمام وعتق، وإنَّ كان تالفاً فقد هَلَكَ من ضمانه، وإنَّ كان له شيءٌ آخر يدفعه إلى الحاكم، وإنَّ كان له تعجيزه، فإنَّ أسلم السيد، قال الشافعي: كان عليه أن يحتسب له بما دفع ويعتق عليه العبد، لأنَّ لم يصح قبضه لحق المسلمين، فإذا أزال حقهم وصار الحق له صح قبضه ووقع العتق، ويختلف المحجور عليه للتبيذير إذا قبض ديناً له لا يبرأ الدافع، وإنَّ أطلق عبد الحجر لأنَّ لا حجر عليه نظراً له بخلاف المرتد نصٌّ عليه، وقال بعض أصحابنا بخراسان: إذا كاتب بعد الحجر فإنَّ قلنا: الملك باقٍ، هل تصح كتابته؟ فيه قولان: أحدهما، باطل، والثاني، موقوفٌ كالقولين في المحجور عليه بالفلس، وهذا ضعيفٌ، وقال أيضاً: إذا أسلم السيد بعدما قبض المال بعد الحجر فيه قولان: أحدهما: صح ذلك الأداء على ما ذكرنا حتى إذا كان الحاكم أخذَه مرةً أخرى رد عليه، وإنَّ عجزه ألغى تعجيزه، والثاني: أنه باطل لا موقوفٌ ولا ملغى التعجيز فيه، وبناؤه على ما ذكرنا من تصرفات المحجور بالفلس، وهذا ضعيفٌ أيضاً.

فرع

قال أبو إسحاق: وينبغي للحاكم أن يمنع المرتد من ماله نظراً للمسلمين لثلا يتلفه في الأيام التي يتأنى به فإنه قد حصر السبب الذي يستحق المسلمين ماله، والظاهر من حاله أنه لا يقتصر في إتلافه عليهم ما أمكنه.

مَسْأَلَةٌ: قال: ولو ارتد العبد ثم كاتبه جاز.

الفصلُ

إذا كانَ المسلم عبداً فارتدى العبد ثم كاتبه السيد صحت الكتابة لأنَّها تشتمل على معاوضةٍ وصفةٍ، وتصح المعاوضة على المرتدٍ ويصح عتقه بالصفة [١٣٢/أ] ولأنَّ ردَّه لا تزييلٌ ملكٌ سيدٍ عنه ويجوز بيعه أيضاً بعد الردة، فإنَّ أدي الكتابة إلى السيد قبل الحجر عتق، وصار حراً مرتدًا يستتاب فإنَّ تاب وإنَّ قتل وإنَّ عجزَ نفسه استرقه السيد، فإنَّ تاب وإنَّ قتل ويكون ماله لسيده وإنَّ قتل على الردة قبل أن يؤدي وقبل أن يعجز افسخت الكتابة بقتله، ويكون ما في يده من المال لليدي لأنَّه قد عاد إلى ملكه بانفساخ الكتابة ولو تبرع بالاداء عن المكاتب المرتد صح وعتق، وإنَّ اكتسب وأدي عتق أيضاً لأنَّه يملك كسبه في حالة الردة، وإنَّ صار محجوراً بالبيع والشراء على قول، ويملك بالهبة والوصية أيضاً.

فرع

قال في «الأم»: ولا أجيزة كتابة السيد المرتد ولا العبد المرتد عن الإسلام إلا على ما أجيزة كتابة العبد المسلم بخلاف النصراني ومن لم يسلم قط ففيه كان على ما يستحلان في دينهما ما لم يتحاكمما إلينا.

فرع آخر

قال: ولو لحق السيد بدار الحرب بعد أن ارتد يتأدي الحاكم كتابة مكاتبته فمتى عجز يرده الحاكم إلى الرق، وإن عتق فولاءه للذى كاتبه وإن كان مرتدًا، وإذا عجز الحاكم المكاتب فجاء سيده تائباً فالتعجيز ماضٍ على المكاتب إلا أن يشاء السيد والعبد أن يجدها الكتابة.

باب جنائية المكاتب على سيده

سؤال: قال: وإذا جنى المكاتب على سيده عمداً.

الفصل

اعلم أنه إذا جنى المكاتب على سيده نظر، فإن كان على طرفه فالخصم فيه السيد فإن كان عمداً فله القصاص، وإن كان خطأ فله الديمة لأن السيد مع مكاتبته [١٣٢/ب] ويكم يقدبه فعلى ما ذكرنا من القولين، وقال أبو إسحاق: إن كان ما في يد المكاتب لا يفي بالأرش والنجم فقولاً واحداً لا يفدي نفسه إلا بأقل الأمرين، وإن كان ما في يده يفي بهما، ففيه قولان: أحدهما: هذا. والثاني: يفدي بجميع الأرش على ما ذكرنا، والصحيح الطريقة الأولى، وهي النص لأن الزيادة إضرار بالسيد في الجملة فلا تجوز إلا بإذن السيد قولًا واحدًا.

فرع آخر

قال في «الأم»: لو أن مكاتبًا بين رجلين جنى على أحدهما جنائية ضمن الأقل من أرش الجنائية وقيمتها فإذا أدى فهو على الكتابة وإن عجز عن أدائها مع الكتابة فللمنجمي عليه تعجيزه، فإذا عجزه بطل عنه نصف الجنائية لأنه يملك نصفه وكان لشريكه أن يفديها بالأقل من نصف أرش الجنائية، أو نصف قيمته، فإن لم يفعل بيع نصفه في أرش الجنائية.

قال: ولو جنى عليهما معاً كان لكل واحدٍ منها عليه في الجنائية ما للآخر، فإن عجز المكاتب، أو عجزاه، أو أحدهما، فهو عاجزٌ وسقط نصف أرش جنائيته كل واحدٍ منهمما،

ويصوّر إذا جنى كل واحدٍ منها موضحةً وقد ذكرنا فيما تقدم حكمه:

ولو جنى على أحدهما موضحةً، وعلى الآخر مأمومةً كان نصف أرش الموضحة للمنجني عليه فيما يملكه شريكه، ونصف أرش المأمومة للمنجني عليه وعلى هذا الباب.

فرع آخر

إذا جنى المكاتب على أجنبى خطأ فطلب مستحق الجنابة الحجر عليه فقد ذكرنا أنه إن كان الأرش أكثر من قيمته إجبار إلى الحجر عليه لأنه لا يصل إلى الزيادة عليها إلا مما في يده، وإن كان الأرش بقدر قيمته يتحمل وجهين: أحدهما: إجبارًأيضاً لأن أرش الجنابة يتعلق بما في يده فصار كسائر الديون، والثاني: لا إجبارًإليه [١٣٣/أ] لثبوت الأرش في رقبته وأنه يرجع عند إعساره إلى أخذ الأرش منها ذكره في «الحاوي».

باب جنائية المكاتب ورقيقه

مَسَأَلَةً: قال: وإذا جنى عبد المكاتب فعلَ سَيْدِه الأقلُ مِنْ قِيمَةِ عَبْدِه يَوْمَ جَنَى.

الفصلُ

اعلم أنه إذا اشتري المكاتب عبداً للتجارة فجنى هذا العبد على أجنبى إما حر، أو عبدٌ فإن كانت الجنابة عمداً فعليه القصاصُ، فإن عفى عنه فالدية وإن كانت خطأً فعليه الأرشُ، فإن أراد السيدُ أن يفديه كانَ له ذلك لأنَّه سيدُه وبكم يفديه يبني على القولين في الحر في العبد القن، فإن قلنا: يفديه بأقل الأمرين كان للمكاتب أن يفديه بذلك لأنَّها لا تزيد على ثمن المثل، وإن قلنا: يفديه بأرش الجنابة بالغاً ما بلغ أو يسلمه للبيع نظرً في الأرش، فإن كان أقل من قيمته فله أن يفديه بيه، وإن كان أكثر لم يكن له أن يفديه لأنَّه لا يملك ابتعاب هذا العبد أكثر من ثمن مثله ويعتبر قيمة العبد يوم جناته لا يوم الفداء لأن تقويم جناته زمان تعلق الأرش برقبته، وقال القفال: هكذا نص الشافعى وهو مشكل عندي ويجب أن يعتبر قيمته يوم الفداء لأن استدامة ملكه إنما يقع ذلك اليوم ولعل مراد الشافعى إذا تقدم هناك منع من البيع، ثم قال الشافعى: فإن قوي على أدائها مع الكتابة، فهو مكاتب يزيد بيه أنه لا يجوز تعجيزه لأن العجز لم يظهر بعد وإن أذن له سيده أن يفديه بأكثر من قيمته هل يجوز ذلك؟ فيه قولان كالقولين في هبته بإذن سيده.

فإن قيل: أليس لو ملك المكاتب أباً فجني الأب [١٣٣/ب] قلتم: لا يجوز له أن يفديه أصلاً فما الفرق؟ قلنا: الفرق أنه لا يمكن التصرف في أبيه بالبيع، فلم يجز أن

يعاوض عنه بخلاف عبده الأجنبي ولهذا لا يجوز له أن يشتري أباً وله أن يشتري من لا يعنى عليه.

مسألة: قال: وله تعجيل الكتابة قبل الجنائية، وقبل الدين الحال.

الفَضْلُ

إذا كاتب عبداً فاجتمعت عليه حقوق كثيرة مختلفة من دين اقتضاه وثمن مبيع اتباعه وأرش جنائية، فلا يخلو إما أن يكون قد حجر عليه أو لم يكن حجر عليه، فإن لم يكن حجر عليه فلا يخلو إما أن يكون كلها حالاً أو بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً، فإن كان كلها حالاً فله أن يقدم ما شاء منها وإن كان بعضها حالاً وبعضها مؤجلاً كأرش الجنائية لا يكون إلا حالاً ومال الكتابة قد يكون حالاً، وقد يكون مؤجلاً، وكذلك ثمن المبيع، فإن بدأ فقضى الدين الحال جاز ويبقى عليه المؤجل، وإن أراد تعجيل المؤجل نظر، فإن أراد تعجيل الدين الأجنبي لم يكن له ذلك لأنه يجري مجرى التبرع، فهو كالهبة وإن أراد تعجيل مال الكتابة فهو هبة من سيده، فيكون بمنزلة الهبة بإذنه فيه قوله إلا أنه لا يؤدي مال الكتابة من العبد الجناني لأن أرش الجنائية تتعلق برقبته وهو مرتنه، فليس له أن يتصرف فيه حتى يفكه من الجنائية.

وإن كان قد حجر عليه بأن كان المال الذي في يده يضيق عن ديونه فسأل غرماءه الحاكم الحجر عليه فحجر فإن تصرفه ينقطع بذلك كما قلنا في الجر المحجور عليه ويكون الأمر إلى الحاكم. قال الشافعى: فيؤدى الحاكم إلى سيده وإلى الناس [١٣٤/أ] ديونهم شرعاً، وأراد به أن يقسم بينهم بالحصص ولا يقدم بعضهم على بعض، وهذا لأن الكتابة ما دامت باقية فدين سيده لأن لازم كدين الحر سواه وليس مراد الشافعى أن يقضى كل واحد منهم جميع دينه لأنه ربما يحجر عليه إذا لم يكن في يده ما يفي بما عليه وخيف النقصان، وظهرت أماراته، وهذا ظاهر في كلام الشافعى لأنه قال عقيبة: فإن لم يكن عنده ما يؤدى هذا كله عجزه فدل أن ماله لا يفي بديونهم حتى حجر عليه، هكذا ذكره أبو إسحق، وقال ابن أبي هريرة: يبدأ بدين المعاملة على مال الكتابة وأرش الجنائية إذا لم يكن في المال وفاء بالجميع لأن صاحب الدين لا حق له في الرقبة، وكذلك المجنى عليه. وقال القاضي الطبرى: لا يختلف أصحابنا أن مذهب الشافعى هذا وتأويل ظاهر كلام الشافعى أنه أراد إذا كان ماله يفي بقضاء ديونه، وإنما حجر عليه لأنه خيف إفلاسه فيسري حينئذ في القسمة والثاني: أنه أراد به إذا رضى أصحاب الديون بذلك وعلى هذا إذا دفع إلى صاحب الدين حقه نظر، فإن بقي معه شيء دفع إلى المجنى عليه وقدم على السيد لأنه يأخذ بالجنائية

والسيد يأخذ بالملك، وحق الجنائية مقدم على الملك، ثم إذا قضى حق المجنى عليه، فإن بقي معه شيء دفعه إلى السيد وإن عجزه السيد وإن لم يكف بقى بعد قضاء الدين شيء فلكل واحد من السيد والمجنى عليه تعجيزه على ما ذكرنا ثم إذا اختار تعجيزه انفسخت الكتابة ويرثى ذمة المكاتب مما عليه من حق السيد وبقى حق المجنى عليه متعلقاً برقته وإن لم [١٣٤/ب] يختار السيد تعجيزه واختار المجنى عليه ذلك، قيل: للسيد اختار الفداء؟، فإن اختار ذلك بقى على الكتابة وإن لم يختار فللأجنبي أن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يفسخ الكتابة وبيعه في الجنائية، فإن كان ثمنه قدر الأرش أو أقل دفع إليه، وإن كان أكثر فالفضل للسيد وعلى هذا لو أدى أولاً دين السيد لم يتعق إلا بإذن الغرماء وإذا قلنا: يقول أبي إسحاق فأخذ كل واحد منهم بعض حقه للسيد والمجنى عليه تعجيزه إيه لا يفديه شيئاً ويستضر به لأنه ما دام مكتاباً يكتسب يطالبه بما بقى من حقه فإذا صار عبداً فماله في ذمته يطالبه إذا عتق، فإن ينظره السيد والمجنى عليه ترك على الكتابة، فإن رجعاً فيه وأراد تعجيزه كان لهما لأن الإنذار في الدين الحال لا يلزم عند الشافعى خلافاً لأبي حنيفة والمستحب أن لا يرجعاً عن ذلك، وإذا عجزه السيد والمجنى عليه، أو أحدهما عاد ملكاً للسيد. قال الشافعى: ثم خير الحاكم سيده بين أن يفديه بالأقل من أرش الجنائية، أو يُباع فيعطي أهل الجنائية حقوقهم دون من داينه لأن ذلك في ذمته متى عتق اتبع به، فأوجب الشافعى تسليم العبد، أو أقل الأمرين من الأرش أو يسلمه للبيع، وقد ذكرنا ذلك.

وَرَأَيَ أَبُو الْعَبَّاسَ فَقَالَ: إِذَا ماتَ الْمَكَاتِبُ وَفِي يَدِهِ مَا لَا يَفِي بِالْحَقُوقِ فَقَدْ انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ بِالْمَوْتِ وَسَقَطَ حَقُّ الْسَّيِّدِ مِنَ الْمَالِ، وَعَادَ رَبْطَتِهِ إِلَى مَلْكِهِ وَحَقُّ الْمَجْنَى عَلَيْهِ مِنَ الْأَرْشِ يَسْقُطُ أَيْضًا لِفَوَاتِ الرِّقْبَةِ فَيَبْقَى دِينُ الْمُعَامَلَةِ وَيَدْفَعُ ذَلِكَ مِنَ الْمَالِ الَّذِي فِي يَدِهِ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ كَانَ لِلْسَّيِّدِ لَأَنَّهُ كَسَبَ عَبْدَهُ فَهَذَا كَلِمَةُ إِذَا كَانَ [١٣٥/أ] فِي يَدِ الْمَكَاتِبِ مَا لَمْ، قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ شَيْءٌ بِحَالٍ فَلَا يَخْلُو، إِمَّا أَنْ يَنْتَهِ أَصْحَابُ الْحَقُوقِ، أَوْ لَا يَنْتَهُو، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةِ إِذَا عَجَزَهُ السَّيِّدُ وَالْمَجْنَى عَلَيْهِ يَتَعَلَّقُ دِينُ الْمُعَامَلَةِ بِالرِّقْبَةِ كَمَا قَالَ فِي الْمَأْذُونِ إِذَا رَكِبَ الْدِيَوْنَ.

فرزغ

قال بعض أصحابنا بخراسان: إذا حجر عليه بسبب الديون الحالة هل تحل الديون المؤجلة فيه طريقان: أحدهما: قولان كما قلنا في الحر المفلس والثاني: تحل قولًا واحدًا بخلاف الحر لأن هناك اجتماع حجر ورق ولرق تأثير في إبطال الذمة بدليل أن الشافعى قال في الحربي: يسترق وعليه دين مؤجل يحل.

مَسَأَلَةُ: قَالَ: وَسَوْءَةٌ كَانَتِ الْجَنَابَاتُ مُتَفَرِّقَةً أَوْ مَعًا، أَوْ بَعْضُهَا قَبْلَ التَّعْجِيزِ، أَوْ بَعْدَهُ يَتَحَاصَّونَ فِي ثَمَنِهِ مَعًا.

اعلم أنه إذا جنى المكاتب جنابات على جماعةٍ فلزمها بها أرش نظر، فإن كان في يده مال يفي بالأروش كلها دفع منه وبقي الحكم بينه وبين السيد، فإن أدى النجوم عتق وإن لم يؤد كأن له استرقاقه، وإن لم يكن في يده واختاروا تعجيزه والبيع في حقوقهم، فإن كان ثمنه يفي بحقوقهم دفع إلى كل واحدٍ منهم قدر حقه وإن كان لا يفي قسط ثمنه على أروش الجنابات ودفع إلى كل واحدٍ منهم قدر ما يصيبه منه ولا فرق بين أن يكون جنى على جماعتهم دفعه، أو على بعض بعد البعض أو على بعضهم بعد التعجيز وعلى بعضهم قبل التعجيز، وهذا لأنها مزدحمةٌ على رقبته، فلا ترتيب فيها، فإن أبرأه بعضهم عما وجب له من الأرش رجع حقه إلى الباقين فيسقط عنهم ويتوفر ذلك على حقوقهم لأن المزاحمة قد سقطت، [١٣٥/ب] فإن اختار السيد أن ينديه وبقيه على الكتابة فله ذلك على ما ذكرنا.

فإن قال السيد: ضمنت فداء لزمه الأقل، وإن قال: ضمنت أرش جنابته لزمه الأرش بالغاً ما بلغ.

ثم إنه بعد ما قال: اخترت الفداء، والبيع أو باعه بإن المجنى عليه بشرط اختيار الفداء ونحو ذلك، وإنما شرطنا ذلك المجنى عليه في البيع لأن قوله: اخترت الفداء لا يسقط حق المجنى عليه من رقبة العبد ما لم يؤد المال.

فإن جنى هذا العبد بعد اختيار الفداء جنابية أخرى فإن أدى السيد الفداء الأول خلص العبد للجنابية الثانية، فيباع فيها، وإن احتج إلى بيعه في الجنابية الثانية قبل أن يؤدي السيد الفداء فلأول أن يقول: بيعوه في الجنابتين فيقتسمان ثمنه على قدر حقيهما يصرف كل واحدٍ منهما في ثمنه بجميع أرش جنابته، ثم يكون للأول على السيد أن يتم له الأقل من قيمته أو أرش جنابته بحكم اختيار الفداء لأنه في القدر الذي هو النقص الداخل على المجنى عليه الأول كأنه مات العبد بعد اختيار الفداء فيلزم السيد الغرم.

مَسَأَلَةُ: قَالَ: وَلَوْ قَطَعَ يَدَ سَيِّدِهِ فَرِأً وَعَنَّ بِالْأَدَاءِ اتَّبَعَهُ بِأَرْشٍ يَدُوِ.

هذه المسألة مبنيةٌ على مسألةٍ في الحر وهي إذا قطع حرٌ يد حرٌ عمداً فله القصاص قبل الاندماج، فإن عفا فهل له الديمة قبل الاندماج قولان، فإذا ثبتت هذا رجعنا إلى مسألتنا، فإذا قطع المكاتب يد سيده عمداً فقد وجب له القصاص، فإن اختار ذلك كان له استيفاءه في الحال، فإن عفى على مالٍ، أو كانت [١٣٦/أ] الجنابية خطأً، فوجب الأرشُ فهل له المطالبة بالأرش في الحال أم ينتظر الاندماج فيه قولان، فإن قلنا: له المطالبة في الحال

نظر، فإن معاً قدر الأرش دفعه إليه ثم إن كان معه وفاءً بمال الكتابة، وإن كان له تعجيزه، فإن لم يكن معه قدر الأرش كان له تعجيزه للأرش، ولمال الكتابة، فإذا فعل ذلك عاد إلى ملكه وسقط عنه مال الكتابة وفائدة الفسخ عود المكاتب ريقاً قنَا هكذا ذكره أصحابنا بالعراق، وقد ذكرنا قبل هذا أن السيد لا يعجزه من أجل الأرش، وهو اختيار القفال وهوقياس على ما ذكرنا، وإذا قلنا: ليس له المطالبة بالأرش قبل الاندماج وهو القول المشهور نظر فإن اندرمل قبل أداء مال الكتابة والعتق، فله المطالبة بالأرش والحكم فيه كما ذكرنا إذا قلنا: له المطالبة بالأرش في الحال، وقدر الأرش معتبر بجناية المكاتب فيه قوله: أحدهما: أنه مقدر بأقل الأمرين من قيمة المكاتب، أو دية اليد، والثاني: أنه مقدر بدية اليد، وإن كان بإضعاف قيمته، وإن اندرمل بعد عتقه بأداء المال، فإنه يؤدي الأرش في حال الحرية، ومنصوص الشافعي: أنه يلزم أرش اليد، وهو نصف الديمة ومن أصحابنا من قال: هل يعتبر بها جناية العرّام جناية المكاتب فيه وجهان: أحدهما: يعتبر بها جناية الحر اعتباراً بحالة استقرار الأرش بعد حرية المكاتب فيلزم دية اليد، والثاني: يعتبر جناية المكاتب اعتباراً بوقت الجناية لأنّه جناها وهو مكاتب فيكون على قولين: على ما ذكرنا أحدهما: أنه يقدر بأقل الأرش، والثاني: أنه مقدر بدية اليد ما بلغت، [١٣٦/ب] وعرض الشافعي بهذه المسألة أن عتقه بأداء النجوم لا يسقط عنه أرش يده ولم يرد به أن السيد ممنوع من طلب أرش يده أيام كتابته.

فراغ

لو أعتقه السيد بعد جنايته على يده، فإن كانت عمداً لم يسقط القصاص بعتقه وإن كان خطأ، فإن لم يكن بيده مال وقت عتقه برأه من أرش الجنائية بخلاف عتقه بالأداء ولأن عتقه بالأداء كان من غير اختياره، فلم يتضمن الإبراء من الجنائية. قال صاحب «الإفصاح»قياساً على ما قال الشافعي: لو جنى المكاتب على غيره، ثم أعتقه سيده ضمن السيد أقل الأمرين من قيمته، أو الأرش، وإن كان بيده مال حين أعتقه السيد، فهل يتعلق أرش الجنائية بما في يده من المال فيه وجهان: أحدهما: لا يتعلق لأن الأصل في محل الأرش الرقبة والمال الذي في يده تابع لها، وقد أتلف الرقبة باختياره، فسقط حقه بذلك، والثاني: يتعلق بما في يده لأنّه كان له الاستيفاء منه قبل العتق فكان الاستيفاء بعده منه لأن العتق ليس بإبراء فعلى هذا لا يبرأ من أرش الجنائية بالعتق ويستوفى بما في يده، وقال في «الحاوي»: فإن عجز المال عنه نظر فإن علم السيد بعجز المال برأه من الباقي، وإن لم يعلم بعجز المال لم يبرأ من الباقي ويؤخذ به بعد العتق، ثم إذا طاله بالأرش بعد العتق لا تتحمل عاقلته، وإن كانت الجنائية خطأ لأنّه جنى في الرق ولا عاقلة له.

مَسَأَةُ: قَالَ: وَأَيُّ الْمَكَاتِبِ جَنِي وَكَاتِبُهُمْ وَاحِدَةٌ لَزَمَهُ دُونَ أَصْحَابِهِ.

يعني إذا كاتب عبیداً في عقد واحد، وقلنا: يصح فكل واحد منهم يكون مكتاباً بما يخصه [١٣٧/أ] من العوض، ولا يتحمل بعضهم ما يلزم البعض، وقال بعض السلف: هم كالعبد الواحد ويلزم بعضهم جنائية بعض، وحكي هذا عن مالك لأن الأرش في مال الكتابة لا في الرقبة وما لم يؤد جميع النجوم لا يحصل العتق لواحد منهم عنده، وهذا غلط لأن ضمان الجنائية لا يصح بدليل أنه لو تعاقد رجلان على أن يضمن كل واحد منهما ما يجنيه الآخر لا يجوز فلا يتضمنه عقد الكتابة كضمان القصاص.

مَسَأَةُ: قَالَ: وَلَوْ كَانَ هَذَا الْجَانِي وَلْدُ الْمَكَاتِبِ وَهَبَ لَهُ أَوْ وُلَدَ لَهُ مِنْ أَمْتِهِ.

الفَصْلُ

قد ذكرنا أنه إذا جنى ولده أو والده في ملكه لا يجوز له الفداء، بل يباع في الجنائية فإن بيع في الجنائية ثم أبى المجنى عليه من الأرش قبل القبض فكذلك الثمن يبقى للمكاتب، وإن كان هذا ولد المكاتب وهب لها فقبلته فكذلك، وإن كانت ولدته في الكتابة، ففي ثمنه القولان، كما في قيمته لو قتل أحدهما: هو للسيد، والثاني: إنه للأم.

وقوله: هنا لأنني لا أجعل له بيعهم أراد بالبيع الشراء أي: لا يجوز للمكاتب أن يشتريهم فلا يجوز له أن يفديهم، وإن كان أرش الجنائية أقل من قيمته بيع منه بقدر الجنائية كما لا يباع من العبد القرن إلا بقدر الجنائية وما بقي بحاله يعني من هؤلاء يعتقدون بعتق المكاتب، أو المكاتب.

مَسَأَةُ: قَالَ: وَإِنْ جَنِي بَعْضُ عَبِيدِ الْمَكَاتِبِ عَلَى بَعْضٍ عَمْدًا فَلِمَ الْقَصَاصُ.

الفَصْلُ

يعني: أن المكاتب إذا كان له عبید [١٣٧/ب] فجني بعضهم على بعض نظر في الجنائية، فإن كانت موجبة للمال كانت هدرأ، وإن كانت موجبة للقصاص فله أن يقتضي من الجنائي لأنه يتعلق بمصلحة ملكه فإن في القصاص حياة كما قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقَصَاصِ حَيَاةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل له الاقتراض دون إذن السيد فيه قولان، وهذا غريب ثم ينظر، فإن اقتضى جاز، وإن عفا سقط القصاص ولا مال له بحال، وقال أبو حنيفة: لا يلزم القصاص كما قلنا في الحر يقتل بعض عبید بعضًا لا قصاص عنده.

ثم قال الشافعى: إلا أن يكون والداً يعني والد المكاتب إذا جنى على عبد المكاتب، فلا يقتل والده بعده لأنه لا يقتل به فلأن لا يقتل بعده أولى.

ولو كان له ابن مملوك فقتل عبداً له كان له قتله لأن الابن يقتل بالأب فجاز له أن يقتله بعد نفسه إذا كانا مملوكين.

وأمّا إذا كان أحد عيده والداً للأخر فقتله لم يقتل به وكان هدراً.

ولو عجز المكاتب قبل العفو فللسيد القصاص من كان يقتضي المكاتب، ولا يجوز أن يقتضي من لم يكن للمكاتب أن يقتضي منه.

مسألة: قال: ولو أعتقَهُ السيدُ بغيرِ أداءِ ضمَنَ الأقلَّ من قيمَتِهِ أو الجنَايَةِ.

اعلم أنه إذا كاتب عبده ثم جنى المكاتب جنائية خطأً، أو جنائية عمد وعفى عن القصاص فالأرش يتعلق برقيته لأنه بمنزلة العبد القن في الجنائية، فإن كان في يده مال جاز أن يدفع منه الأرش، وقال أبو حنيفة: لا يدفع إلا مما يكتسب من بعد الجنائية، [١٣٨/أ] فإن أعتقَهُ السيدُ نفذ ولزمَهُ ضمَان الجنائية لأنَّه أتَلَفَ محلَّ الأرش، ومنع بيعه فهو كما لو قتل العبد الجنائي على ما ذكرنا، ولو لم يعتقه السيدُ ولكنَّه عتق بالأداء فالضمان على المكاتب فعليه الأقل من قيمة نفسه أو الأرش كما كان ذلك على سيد إذا أنشأ إعتاقه وعمل الشافعى في هذه المسألة، فقال: لأنَّه لم يعجز، معناه لم يعجز حين بيع رقبته في جنائيته، ولكنَّه عتق بالأداء فطالباً في زمان حريرته بجنايته وفي الحقيقة هو المانع من بيع رقبة نفسه وهو المتألف على الجنائي دون السيد.

فإن قيل: أليس قد قبض المال والعتق حصل بالقبض بعد الأداء فلم جعلتموه متلافاً دون السيد قيل: جنوية المكاتب أقوى لأن السيد يجبر على القبض إذا طالب المكاتب به وهو لا يجبر على أداء المال وإن عجز المكاتب عن الأداء ورق فهل تعتبر جنائيته بابتدائها في حال كتابته أو تعتبر بانتهائتها بعد رقه وجهان: أحدهما: يعتبر بابتدائها في الكتابة فعلى هذا يفديه السيد بأقل الأمرين من قيمته، أو أرش الجنائية، والثاني: يعتبر بانتهائتها في حال رقه، فعلى هذا قولان: أحدهما، يفديه بأقل الأمرين، والثاني، يفديه بكل الأرش، وإن كان أضعاف قيمته إلا أن يمكن من بيعه فلا يلزم أكثر من قيمته.

فروع

لو جنى المكاتب على سيده خطأ، وقلنا: لا يستحق الأرش قبل الاندماج في قول وكان المكاتب أدى شيئاً من النجوم فتراضياً على أن يكون الباقي محسوباً من أرش الجنائية

ففي جوازه قولان بناء على [١٣٨/ ب] القولين في تعجيل الدين المؤجل والأصح ه هنا المنع لأنه مع تأجيله مجهول القدر.

مسألة: قال: ولو كان جنى جنائية أخرى.

الفَضْلُ

اعلم أنه إذا جنى المكاتب جنائيات فتعلق أرشها برقبته ثم أعتقه السيد فلزمته ضمان تلك الجنائيات، أو أدى المال فتعتقت فلزمته ضمانها كم القدر الذي لم يضمن قولان: أحدهما: يضمن أقل الأمرين من أرش كل جنائية، أو القيمة لأن المنع من البيع حصل في كل جنائية بالعتق فيلزم أقل الأمرين، لكل جنائية كما لو جنى عبده فداه ثم جنى ثانية يلزمها ثانية، والثاني: وهو الأصح يلزم الأقل من أرش الجنائيات كلها أو القيمة لأن الأروش كلها تعلقت برقبته، والمنع من الإعتاق حصل دفعة واحدة فكان عليه الأقل من الأروش كلها، أو القيمة، كما لو جنى عبده جنائيات كثيرة ثم أعتقه السيد يلزمها مثل ذلك. وهذا اختيار المزنى، واحتاج المزنى بأنه لو عجز وعاد ريقاً بيع وتحاصروا في ثمنه كذلك ه هنا، فإن قيل: إذا عاد ريقاً يمكن أن يباع في حقوقهم فاشتركوا ووهنا المنع حصل من السيد، أو المكاتب بالعتق في كل واحد منهم قلنا: المنع كان مما استحقوه والذي استحقوه المشاركة في الرقبة وبقي ذلك بعد العتق في قدر قيمته وهذا قولان كالقولين في جنائيات أم الولد.

فَزْعٌ

هذه المسألة إذا جنى المكاتب جنائيات خطأ فعجزه السيد ورده إلى الرق فهو بمنزلة العبد القن، فالسيد بال الخيار بين التسليم للبيع وبين الفداء، فإن اختار الفداء [١٣٩/ أ] فقد ذكرنا بكم يفدي فإن جنى جنائيات، وهو مكاتب فاختار الفداء ظاهر ما ذكره الشافعى: أنه يفدي نفسه بأقل الأمرين من أرش كل جنائيته، أو القيمة، واحتلَّ أصحابنا فيه فمنهم من قال: هذه المسألة كالمسألة المتقدمة فيه قولان: لأنه ما دام على الكتابة فيبيعه منع فهر كما لو امتنع بيعه بالعتق، قال أبو إسحاق: ولا يعرف الشافعى إلا أنه قال: يفدي نفسه بأقل الأمرين وهذا النص على ما ذكرنا غير صحيح ومن أصحابنا من قال: يفديه بأقل الأمرين من أرش كل جنائية، أو القيمة على ما نص عليه الشافعى، وحکا أبو حامد، والفرق أن هناك أتفَّ محل الأرش بالإعتاق، وه هنا الرقبة باقية يمكن بيعها في الجنائية فوجب ضمان كل جنائية على الانفراد كالعبد القن سواء وهذا الفرق باطل بما لو عجز المكاتب ففسخ السيد الكتابة واحتار الفداء، فإنه مانع من البيع مع بقاء الرقبة، ولا يضمن لكل واحد أقل الأمرين في أحد القولين، قال المزنى: قد قطع في هذا الباب بأن الجنائيات متفرقة أو معاً سواء،

وهو بالحق عندي أولى، يقال له: إنما قال ذلك في حال التعجيز ومسألة التناهذة في حالة عدم العجز فكيف يتشارهان؟

فرع آخر

لو أقر المكاتب بما يوجب القصاص يقبل وإن أقر بما يوجب المال يقبل أيضاً، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجہ آخر لا يقبل كالعبد القرآن، وهو خلاف النص، فإذا قلنا: يقبل فأقر بجناية أرشها ألف، وقبلنا فعجز بعد ذلك، وعاد رقيقاً فادعى المولى أن الأرش كان خمسماة، ففيه قولان: أحدهما: [١٣٩/ب] لا يقبل من السيد لأننا قبلنا إقرار المكاتب، والثاني: قبل منه كما لو أقر الآن بعد العجز لا يقبل على السيد ويقبل تكذيبه ذكره الفقال:

مسألة: قال: فإن جنى على المكاتب عبده.

الفصل

إذا جنى عبد المكاتب على المكاتب جناية خطأ أو جناية عمد وعفا عن القصاص كانت هدراً على ما ذكرنا ولا يجب على العبد الأرش لأن العبد ملكه، قال: وإن كان هذا العبد ابنه من أمته من أصحابنا من قال: يكون أيضاً هدراً وهو اختيار أبي حامد، وقال القاضي الطبرى: نص عليه في «الأم»: وهذا مملوکه كغيره، وقال صاحب «الإفصاح»: من أصحابنا من قال: يجوز له أن بيع منه بمقدار الأرش لأنه لا يملك بيعه من غير حاجة، فيستفيد بالجناية جواز البيع وهذا لا يصح لأنه لو جاز هذا لجاز إذا جنى عبده المرهون عليه أن يستفيد به بيعه وفائه من الرهن ولا يختلف المذهب فيه أن جنايته هناك هدر ولا يستفيد بيعه، وإخراجه من الرهن، ويمكن أن يحاب بأن الراهن لا يستفيد شيئاً بيعه لأنه يحتاج أن يقضى الدين بثمنه أو يجعله رهناً مكانه، وهنال يستفيد حصول أرش الجناية له، وقيل ما ذكره أبو علي صاحب «الإفصاح» نص عليه في «الكبير» وفيه نظر.

فرع

قال في «الأم»: فإن ملك المكاتب أباه وأمه فجني عليهم جناية فيها قصاص فلهمما القصاص، فإن اختارا المال لم يكن لهما ذلك، وكذلك إن كانت الجناية خطأ لم يكن لهما شيء لأنهما غير خارجين من ملكه وقال القاضي الطبرى: أوجب الشافعى القصاص على المكاتب لمملوکه [١٤٠/أ] لوجود التكافىء بينهما، ولم يجعل الملك شبهة، قلت: سأله كبار أصحابنا عن المكاتب إذا قتل عبده هل يلزمها القصاص، فلم يقطعوا بجواب حتىرأى

هذا عن القاضي الطبرى فذهب إلى وجوب القصاص لأنهما مملوكان للسيد وقد وجد التكاليف بينهما، ثم رأيت أصول الشافعى دالة على أن لا قصاص عليه وهو المذهب لشيبة الملك ونصله في هذا الموضع من أجل أنه لا يجوز له بيع أبيه ولا أمه فجري منه في الجنائية مجرى الأحرار دون العبيد، وثبت القصاص بينهما. قال أصحابنا: ولا نعرف للشافعى مسألة يقتضى من المالك للمملوك إلا هذه المسألة الواحدة، وقال في «الحاوى»: لو جنى المكاتب على ولده في ملكه فلا قصاص لأنه لا يقتل والد بولده وإن كانت على والده، فيه وجهان: أحدهما: لا قصاص أيضاً لأنه عبده والمولى لا يقتضى بعده، والثاني: وقد أومى إليه الشافعى في بعض كتبه أنه يقتضى منه لما ذكرنا من العلة.

مسألة: قال: وللمكاتب أن يؤدب ولا يحدهم.

إذا كان للمكاتب عبيد ففعل بعضهم ما يستحق التعزير فله أن يعزره لأن مملوكت له فيه مصلحته ولو فعل ما يوجب الحد لا يملك هو إقامة الحد لأن طريق إقامة الحد الولاية وليس هو من أهل الولاية، وذكر القفال وجهاً عن أصحابنا: أنه يحد لأن إقامة لاستصلاح الملك وهذا خلاف النص.

باب ما جنى على المكاتب^(١)

مسألة: قال: وأرش ما جنى على المكاتب له [١٤٠/ب].

هذا يدل على أنه لا يملك كسبه وأرش ما يجني عليه، وإن كان لا يتصرف فيه تصرفه مطلقاً، وقال مالك: أرش ما جنى على المكاتب لسيده لأنه ليس من كسبه وهو قيمة ملك مستهلك، وهذا غلط لأن المكاتب خارج عن حكم ملكه، ولهذا مهر المكاتب لها، فأرش الجنائية أولى، فإذا تقرر هذا، نقول: إذا جنى على المكاتب لا يخلو أبداً أن يجني على نفسه أو على طرفه فإن كانت على نفسه فقتل انفسخت الكتابة سواء قتله أجنبي أو سيده، كما لو مات، ثم ينظر، فإن كان القاتل أجنبياً فعليه القيمة للسيد والكافارة لله تعالى وإن كان الجناني سيده فلا قود عليه لأنه عاد إلى ملكه بانفاسخ الكتابة، ولكن تجب الكفارة وقوله: ولو قتله السيد لم يكن عليه شيء يعني سوى الكفارة من القيمة وغيرها ويعزره السلطان، وأبداً ما في يده من الكسب فإنه للسيد في الموضعين، فإن قيل: ورثتم القاتل في هذه المسألة، قيل: هذا ليس بميراث، وإنما يأخذه السيد بالملك لبطلان كتابته ونظيره أم الولد إذا قتلت سيدها

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/٢٧٩).

عنت لأن الحرية ليست بموروثة، وكذلك من له دين مؤجل فقتل من عليه الدين خل وسقط الأجل.

وإن جني على طرفه فإن كان الجنائي سيده فلا قصاص لأنه ملكه، وإن كان ضعيفاً، ولكن يلزمه الأرش، وإن كان الجنائي أجنبياً، فإن كان حراً لا قصاص، وإن كان عبداً يلزم القصاص، وإذا وجب الأرش يكون للمكاتب لأنه من جملة الكسب، وهل له أن يطالب به قبل اندمال الجراح؟ فيه قولان: فإذا قلنا: لا يطالب نظر فإن سرت الجنائية إلى نفسه انفسخت الكتابة، ويعود إلى ملك السيد وما في يده من المال، [١٤١/أ] ثم ينظر في الجنائي فإن كان أجنبياً لزمه قيمة العبد للسيد والكافارة لله تعالى، وإن كان السيد فلا قيمة عليه وتلزم الكفارة، وإن اندمل الجرح فله المطالبة بإرشه. وفرض الشافعي المسألة فيه إذا كان قد قطع يده، فوجب نصف قيمته، فإن كان الجنائي أجنبياً، فالكاتب يأخذ منه الأرش ويتصرف فيه ويؤديه في مال الكتابة، وإن كان الجنائي سيد فإنه يستحق عليه أرش الطرف، والسيد يستحق عليه مال الكتابة و يجب الأرش من غالب نقد البلد لأنه بدل عن متلف، ثم ينظر فإن أحد المحقين من غير جنس الآخر لم يتناصا بل يطالب كل واحد منها صاحبه بحقه فيستوفيه، وإن كان من جنس الآخر نظر، فإن كان قد حل مال فقد تساويا في الحلول والجنس، فهل يصير قصاصاً؟ فيه أقوال، وأجاب الشافعي هنا إن طلب العبد يكفي له هذه المقاومة، فإن قلنا: لا يصير قصاصاً استوفى كل واحد منها ما على صاحبه من الحق، وإن قلنا: يصير قصاصاً، فإن تساوى الحقان برئت ذمة المكاتب من مال الكتابة، وعنت ويكون له مطالبة الأرش أكثر من مال الكتابة برئت ذمة المكاتب من مال الكتابة، وعنت ويكون له مطالبة السيد بفاضل الأرش، وإن كان مال الكتابة أكثر برئت ذمة المكاتب من قدر الأرش ويبقى الباقى فإن أدى ولا فللسيد تعجيزه، وإن لم يكن حل على المكاتب مال الكتابة لا يجير على المقاومة إلا أن يختار ذلك فيصير كما لو عجل مال الكتابة، وإذا قلنا: له المطالبة بالأرش قبل الاندماج فالحكم فيه كما لو اندمل وطالبه بالأرش على ما ذكرنا في المقاومة وغيرها إلا أنه ينظر في الأرش، فإن كان مثل دية حُر أو أقل منها [١٤١/ب] كان له المطالبة بجميعه، وإن كان أكثر لم يكن له أن يأخذ أكثر من الديمة لأنه ربما تسري الجنائية إلى نفسه، فيعود الواجب إلى قدر الديمة.

فإذا أخذ المكاتب من السيد الأرش وأداه وعنت، أو تناصاً وعنت لم يحل، إما أن تندمل الجنائية أو تسري إلى النفس، فإن اندملت استقر حكم ما أخذه من الأرش إلا أن يكون الأرش زائداً على قدر الديمة، فيكون للمكاتب أن يرجع عليه فيطالبه بتمامه وإن سرت الجنائية إلى نفسه، فقد مات حراً وصار الواجب فيه الديمة، فإن كان أخذه من السيد قدر

الدية فقد استوفى حقه، وإن كان أقل وجب للسيد تمامًا، ويكون الفضل موروثاً عن المكاتب لأنه مات حراً، فإن كان له مناسب استحق ذلك، وإن لم يكن له مناسب نقل إلى بيت المال، ولا يرث السيد شيئاً لأنه قاتل، وقول الشافعي هنا: فإن كانت الجنائية غير حالة كان له تعجيل الأرش يعني: إذا كانت النجوم غير حالي كان للمكاتب استعجال الأرض فغير عن الاستعجال بالتعجيل، وإن مات هذا المكاتب قبل قبض الأرض سقط الأرض عن السيد لأنه صار مالاً، وقال القفال: قال أصحابنا: له استيفاء الأرض في الحال هنا قبل الاندماج كما نصّ هنا، وإن في غيره قولان، والفارق أن المكاتب لو لم يفعل ذلك، وقلنا: اصبر فصبر ربما يموت، وهو رقيق، فبطل حكم الجنائية، ويصير هدراً ولا يؤمر أحد بتأخير حقه إلى أن يصير هدراً، بل يستقر وحجب دية النفس، فافترقا، [١٤٢/أ] وقال أبو حنيفة رحمة الله: إذا قتل السيد مكاتبته وكان في الأرض وفاة بالتجمُّم وزيادة حكم بأنه مات حراً، وأخذ من السيد باقي قيمته، ولا تجب الدية، وفي هذا مناقضة لأنه لو مات حراً لوجب الدية دونَ القيمة.

باب الجنائية على المكاتب ورقيمه عمداً

مسألة: قال: وإذا جنى عبد على المكاتب.

الفصل

إذا كاتب عبد كتابة صحيحة ثم جنى عبد السيد عليه، فقطع طرفاً من أطرافه يجب القصاص، فإن أراد المكاتب أن يقتضي ومنعه السيد، وأراد إجباره على العفو على المال فله القصاص، وليس له الإجبار لأن السيد ممنوع من ماله وبذنه، وذكر الربيع هذه المسألة في «الأم»، كما حكاهما المزني، ثم قال: وفيه قولٌ آخر: أنه ليس لهأخذ القصاص لأنه قد يعجز فيعود مقطع اليد إليه، وقال أبو إسحق: هذا الذي قاله الربيع يُشبه أن يكون شيئاً قاله على مذهب الشافعي برأيه غير محفوظ عنه، ولا نعلم قول الشافعي، اختلف في ذلك، قال: ولو منع المكاتب من أجل ذلك لمنع الورثة من أجل الغرماء والموصى له، ولممنع المحجور عليه بالغليس من أجل الغرماء، ولممنع المريض للغرماء والورثة لأنهم ممتوتون من إتلاف المال، وإن أراد العفو على ماله فله ذلك، لأن زبادة في ماله وليس للسيد منع منه، وإن قال: عفوت عن القصاص مطلقاً، فهو على القولين، فإن قلنا: موجب العمد القصاص فحسب لم يجب المال [١٤٢/ب] لأن وجوب المال على هذا القول يفتقر إلى اختيار الدية، ولم يوجد ذلك، وإن قلنا: موجبه أحد الأمرين يتعين الدية بالعفو، ولا يصح الإبراء عنها، ولو قال: عفوت على غير مال فهو كما لو عفا مطلقاً، فإن قلنا: الواجب القصاص فقط لا تجب الدية إلا باختياره ولم يوجد الاختيار، وإن قلنا: يجب أحد الأمرين، فعلى هذا إذا

قال: عفوت عن القوْد وجبت الديَّة، فإذا قال: على غير مالٍ فهو إبراء، والمكاتب لا يملك الإبراء عن المال فتُجب الديَّة ولا تسقط بعفوه وهكذا إذا قال: عفوت عن القصاصِ على نصف الأُرْش، فإن قلنا: الواجب القصاصُ فقط يُجب، ويُسقط الباقي، وإن قلنا: أحد الأمرين فقط وجب الأُرْش بقوله: عفوت، وقوله: على نصف الأُرْش إبراءً عن النصف الآخر، فلا يصح، وهذا كله مثل ما قلنا في المحجور عليه. ثم قال الشافعي رضي الله عنه: لو عفا عن القصاصِ والأُرْش معاً ثم عتقَ كان له أخذ المال لأن ذلك العفو كان في حالة الحجر، وهذا على الصحيح من المذهب ولا قوْد له لأنَّه قد عفا، ويملك العفو ولكن لا يملك إتلاف المال، ولو كان هذا العفو عن القصاصِ والأُرْش بإذن السيد جاز، وهذا على أحد القولين في التبرعات، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولٌ آخر: أن عفوه عن الأُرْش موقوفٌ بعدما قلنا: لا يصح في الحال، فإن عتقَ نفذ ذلك العفو كالقولين في المحجور عليه بالفليس إذا تصرف.

فرعٌ

قال في «الأُم»: ولو جنى على المكاتب جنائية فيها قصاصٌ فبراً منها، [١٤٣/١] وأخذ نصف أرْشَها ثم مات أخذ المولى النصف الباقي كما لو وضع عن إنسانٍ دينًا عليه، ثم مات قبل أن يعتقَ كان لمولاهُ أخذ ذلك.

فرع آخر

قال في «الأُم»: ولو حرق السيد للمكاتب مائة صاع حنطة مثل حنطته التي له على المكاتب كان قصاصاً، فإنَّ الذي أحرقه خيراً من حنطته لم يصر قصاصاً حتى يرضي صاحبه، فجعل الشافعي الجتس الواحد إذا كانَ أحدهما أَجود من الآخر قصاصاً برضي صاحب الجيد، وقال في جنسين مختلفين لا يصير قصاصاً، وإن رضياً حتى يقبض أحدهما ماله ثم يرده إليه.

فرع آخر

قال في «الأُم»: فإنَّ ما على المكاتب حالاً من آخر نجومه فوجب على السيد مثله، ثم عاد السيد فجني على المكاتب جنائية كانت الجنائية جنائية على حُرّ، فإنَّ كانَ في مثلها القصاصُ اقتضى من السيد، فإنَّ قال: لم أعلم أنه عتقَ لما صار للمكاتب على مثل الذي بقي له من كتابته لم يقبل منه كما لو قتل رجلاً كانَ عبداً، فعتقَ ثم قال: لم أعلم بعنته، قال الريبي: وفيه قولٌ آخرٌ أنه يؤخذ منه دية حُرّ، ولا قوْد للشبهة.

فرع آخر

قال في «الأم»: وإن عتق المكاتب، واحتلَّتْ هو والجاني، فقال المكاتب: كانت الجنائية وأنا حرّ، وقال الجناني: بل كنت عبداً مكاتبأً وقت الجنائية، قال قوله قول الجناني، وعلى المكاتب البينة سواه صدقه في ذلك مولى المكاتب أو كذبه، فإن قطع مولاه الشهادة بأن الجنائية كانت على حرّ قبلت الشهادة، لأنَّه لا يجر بها إلى نفسه شيئاً، [١٤٣/ب] وكلفته شاهداً آخر، فإذا أتى به قضيَّتْ له بجنائية حرّ.

باب إعتاق السيد المكاتب في المرض وغيره

مسألة: قال: وإذا وضع السيد عن المكاتب كتابته في المرض.

الفصل

اعلم أنه إذا كاتب عبده في صحته كتابة صحيحة ثم مرض السيد فأعْتَق المكاتب أو أبرأه عن مال الكتابة، أو قال: وضعْتْ عنكَ مال كتابتكَ، فالحكم في الجميع واحد، فإن بريء من مرضه لزمه ذلك من رأس المال، فيعتق المكاتب وتبرأ ذمته مما عليه كما لو وهب في مرضه، ثم بريء، وإن مات اعتبر ذلك في حق ورثته من الثلث لأنَّه وصيَّةٌ فاعتبر خروجها من الثلث ثم ينظر في قيمة العبد، وفي قدر المال الذي كاتبه عليه، فإنَّ كانَ كل واحدٍ منها يخرج من الثلث إذا اعتبر على الانفراد بأنَّ كانت قيمته مائةٌ والمال مائةٌ وخمسونَ والثلث أكثر من مائةٍ وخمسينَ يحكم بعتق العبد وتبرأ ذمته من مال الكتابة لأنَّه ينبع أهلها، فيعتق بـه ويبلغ حكم الآخر، فإنَّ كانَ المال الذي كوبَ عليه مائةٌ وقيمتها مائةٌ وخمسونَ وثلثةٌ مائةٌ اعتبر المال الذي كاتبه عليه فيخرج من الثلث ويعتق، ولا تعتبر قيمته لأنَّ السيد إنما يملك في ذمةٍ مكاتبِ المال الذي عليه ولا حق له في الرقبة، فهو إنما أوصى بالمال الذي له فحسب فلم يعتبر حكم غيره، وإنَّ كانَ المال الذي عليه مائةٌ وخمسونَ وقيمتها مائةٌ وثلثةٌ مائةٌ يعتبر خروج [١٤٤/أ] قيمتها، فيعتق ويبلغ حكم المال لأنَّ المكاتب له أن يعجز نفسه متى شاء، فليس ملكَ السيد على المال الذي عليه مستقرأً وإنما في الرقبة مستقرٌ فاعتبرت قيمتها، وطرح حكم المال، وإنَّ كانَ كل واحدٍ من قيمة المكاتب والمال الذي عليه لا يخرج من الثلث بأنَّ كانت قيمته مائةٌ وخمسونَ والمال مائةٌ والثلث خمسون فإنه يعتبر أهلها فتنفذ الوصية فيه لأنَّ في ذلك مصلحةً للعبد وحظاً له، والمطلوب بالكتابة حظه فتنفذ الوصية فيما يحتمله الثلث منه، وهو قدر نصفه ويبقى النصف، فإنَّ أدى إلى الورثة عتق، وإنَّ كانَ لهم استرفاقة وإنما اعتبرنا الأقل منها لأنَّه لو اعتبر كل واحد منها

بكماله كان الاعتبار بخروج أقلهما من الثالث، كذلك إذا اعتبر خروج البعض منهما وجب أن يعتبر الأقل، وإنما سوى الشافعى بين أن يقول المريض لمكاتبته: أعتقتك، أو أبرأتك مما عليك، لأن العتق إبراء مما عليه، فإن قيل: أليس قلتم لو أدى بعض ما عليه لسيده لم يعتق منه شيء حتى يكمل الأداء فلم أعتقتم هنالك بعضاً، وقد بقي عليه بعض مال الكتابة قيل: المكاتب إذا أدى إلى سيده بعض مال الكتابة، فلم يحصل الصفة ولا حصل الاستيفاء بحق المعاوضة، فلم يستفد بذلك عتقاً وهنالك حكمنا بالعتق في حقه لبرأته من مال الكتابة، وإنما ردنا العتق في بعضه لحق الورثة، فافترقا.

مسألة: قال: ولو أوصى بعتقه عتق بالأقل من قيمته أو بما بقي عليه.

الفصلُ

اعلم أنه إذا كاتب عبداً في صحته ثم أوصى بعتقه، أو أوصى بأن يبرأ من مال الكتابة، أو يوضع مال الكتابة عنه، [١٤٤/ب] فمات نُظر، فإن كان الثالث يتحمل قدر قيمته ويتحمل المال الذي عليه وجب على الورثة تنفيذ الوصية، وإن كان الثالث يتحمل أحدهما دون الآخر اعتبر الأقل منهما ويعتق ويبلغ حكم الآخر، وإن كان الثالث لا يتحمل واحداً منهما اعتبار الأقل منهما فتفقد الوصية فيما يتحمله الثالث منه كما قلنا في المسألة قبلها إلا أن في تلك المسألة إذا احتمل الثالث أحدهما حكم بنفوذ الوصية بفعل الموصي، وفي هذا الموضع لا بد من أن ينفذ الورثة ذلك، فإذا ثبت هذا فإنه إذا احتمل الثالث ثلث المال الذي عليه، فإن ذمته تبرأ من ذلك القدر، وبقي ثلثا المال ثم لا يخلو، إما أن يكون قد حلّ عليه مال الكتابة ظاهراً ما ذكره الشافعى: أن العتق يتتجز للمكاتب في ثلاثة وتبقي الكتابة في ثلاثة إلى وقت حلول المال عليه، ونه قال أبو إسحاق، قال: ومثل هذا أن يكون له على رجل ألف درهم إلى سنة فأبرأه زمن مرضه ولم يخلف غيره ببرأ في الحال من ثلاثة ولا يجوز أن يقال: لا ببرأ حتى يحل الدين عليه ولا أن يعدل الدين قبل محله واجب عليه، وإنما الموضع الذي لا يجوز أن يحصل للموصى له شيء حتى يحصل للورثة مثلاً هو أن يخلف مالاً غائباً، أو ديناً على غير الموصى له، وماً حاضراً، ولا يجوز أن يأخذ واحد إلا بالقسط لأن الغرر فيما أوصى للموصى له كالغرر فيما خلفه على الورثة، فعلى الجميع أن يصبروا وهنالك لا ضرر على الورثة لأنه إن أدى، والإعاد الباقي إلى الورثة ربيعاً، ومن أصحابنا من قال: لا يعتق منه شيء حتى يؤدي إلى الورثة مال الكتابة، ثم يعتق عليه ثلاثة لأن الوصية [١٤٥/أ] لا تنجز للموصى له إلا بعد أن يحصل للورثة مثلاً، وهو اختيار ابن أبي هريرة وصاحب «الإفصاح» والمذهب الأول، ثم قال: و قال في «الإملاء» على

مسائل مالك: لو أعتقه عند الموت ولا مان له غيره عتق ثلاثة لأن الثالث لا يتحمل سوى ثلاثة، فإن أدى ثالثي كتابته عتق كلُّه، وإن عجزه رق ثلاثة.

ثم قال: ولو قال: ضعوا عني كتابته كانت وصية له، فيعتق بالأقل من قيمته، أو كتابته، وهذا قد ذكرنا فيما مضى، قلنا: لا فرق بين أن يقول: أبرؤوه مما عليه أو ضعوا عنه، كل ذلك وصية له بما عليه، ولا فرق بين أن يكون الذي عليه حالاً، أو مؤجلاً يعني صار حالاً بعدما كان مؤجلاً لأن الكتابة الحالة لا تجوز.

مسألة: قال: ولو كاتبَه في مرضه، ولا يخرج من الثالث، فأفاد ما لا قبل الموت يخرج به من الثالث جازت الكتابة على جميعه.

الفصل

المريض إذا كاتب عبده صحت الكتابة لأنَّه مالكٌ ثم ينظر فإنَّه من مرضه لزمت الكتابة في جميعه، وإن مات من مرضه اعتبرت من ثلاثة، وقال أبو حنيفة: يعتبر من رأس المال، وهذا لا يصح لأن الكتابة هبة في الحقيقة لأن الرقة ملك السيد والكسب له، فإذا كاتبه بيع ماله بماله، فصار كما لو وبه، ولا فرق بين أن تكون الكتابة بأضعاف من قيمته، أو أقل، وأن الكتابة أجريت مجرى العتق المجرد لأن الولاء له في الكتابة كما في العتق المجرد، ثم ينظر فإن احتمل ثلاثة [١٤٥/ب] قيمة جميع العبد نفذت الكتابة في جميعه، وإن لم يخلف الميت شيئاً غيره، فإن الكتابة تلزم في ثلاثة، قال الشافعى رضي الله عنه: إذا كاتب كتابة مثله يعني بلا محاباة، ويبقى ثلاثة موقوفاً على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت الكتابة، وإن ردوا بطلت في ثالثه وبقيت في الثالث، فإذا أدى المال عتق، فإن قيل: أصلكم أن كتابة بعض العبد لا تجوز، وقد جوزتم هنا قيل: قال أبو إسحق: لم يختلف قول الشافعى: أنه لا يجوز أن يكتب بعض عبده في حياته ولا يختلف قوله أيضاً في أنه يجوز أن يوصي بكتابه بعض عبده بعد مماته لأن حال الموت مخالف لحال الحياة، ويجوز فيه من التغريب ما لا يجوز في حال الحياة، ألا ترى أنه قال في الورثة: إذا ورثوا مكتاباً، فعجزه أحدهم دون الباقي كان على الكتابة في نصيبيه.

ولأن ما يرثه الوارث فإنما يرثه مستحق الضرر في الثلثين، وليس كذلك الشريك، فإنه لم يستحق عليه الضرر، فلم تجز الكتابة في نصيبيه بغير إذن شريكه، وأيضاً الكتابة هنا وقعت على جميعه وصحت، وإنما فسخت الكتابة في بعضها لموضع الحاجة بخلاف المبتدئ بكتابه البعض، فإن قيل: إذا قلتم بفسخ الكتابة في بعضه وجب أن يفسخ في الباقي كما قلتم: إذا كاتبا عبداً ثم فسخ أحدهما في نصيبيه تفسخ في نصيبي شريكه، قلنا:

إنما فعلنا ذلك في حق الشريك لأنه لو عاد إليه نصيبه وباقيه مكاتب [١٤٦/أ] أضررنا به لأنه يكون ناقص القيمة، فدفعنا ذلك الضرر بفسخ الباقي، وهنـا انتقل العـد إلىـم ناقصـاً بالكتابـة فلا معنى لـإزالـة الكتابـة فيـباقيـه، وـقالـ بعضـ أصحابـنا بـخرـاسـانـ: إـذـا قـلـناـ: لـا تـصـحـ الكتابـةـ إـلاـ فيـ ثـلـيـهـ، فـأـدـىـ ثـلـثـ النـجـومـ هـلـ يـحـكـمـ بـصـحـةـ ثـلـثـ آخـرـ إـلـىـ أـنـ يـتـمـ العـنـقـ فيـ كـلـهـ وجـهـانـ ذـكـرـهـماـ ابنـ سـرـيـخـ: أـحـدـهـماـ: يـفـعـلـ هـكـذـاـ، إـذـاـ أـدـىـ ثـلـثـ الثـانـيـ حـكـمـناـ بـصـحـةـ الـكتـابـةـ فيـ الـثـلـثـ الـثـالـثـ، وـالـثـانـيـ: وـهـوـ الـمـنـصـوـصـ لـاـ يـفـعـلـ ذـلـكـ، إـذـاـ قـلـناـ بـالـقـوـلـ الـأـوـلـ وـكـاتـبـناـ الـثـلـثـ الـثـانـيـ فـهـلـ يـطـالـبـ بـحـصـتـهـ مـنـ النـجـومـ فيـ الـحـالـ وـيـجـعـلـ كـأـنـ مـدـةـ الـكتـابـةـ مـضـتـ أـوـ يـضـرـبـ لـهـ مـدـةـ مـثـلـ الـمـدـةـ الـتـيـ ضـرـبـهـاـ الـمـيـتـ؟ـ وـجـهـانـ: أـحـدـهـماـ: أـنـ الـكتـابـةـ إـنـ كـانـتـ عـلـىـ مـدـةـ سـيـةـ، فـاـسـتـوـفـيـنـاـ ثـلـثـ النـجـومـ عـنـدـ آخـرـ السـيـةـ لـمـ يـطـالـبـ بـثـلـثـ ثـانـيـ مـنـ النـجـومـ إـلـاـ بـعـدـ سـيـةـ أـخـرـ ثـمـ بـثـلـثـ بـعـدـ السـيـةـ الـثـالـثـةـ، وـالـثـانـيـ: يـطـالـبـ فـيـ الـحـالـ ثـمـ إـذـاـ أـدـىـ يـكـاتـبـ الـثـلـثـ الـثـانـيـ، وـيـطـالـبـ بـحـصـتـهـ أـيـضـاـ، إـلـاـ لـلـوـرـثـةـ تـعـجـيـزـهـ لـمـ ذـكـرـنـاـ أـنـ إـذـاـ غـصـبـ الـمـكـاتـبـ عـلـىـ نـفـسـهـ حـتـىـ مـضـتـ الـمـدـةـ هـلـ يـسـتـأـنـفـ لـهـ مـدـةـ، أـوـ يـطـالـبـ فـيـ الـحـالـ بـالـنـجـومـ بـعـدـمـاـ غـرـمـ لـهـ أـجـرـ الـمـثـلـ قـوـلـانـ.

فرع

إـذـاـ كـاتـبـنـاـ ثـلـثـ عـنـقـ الـثـلـثـ، وـلـاـ يـسـرـيـ إـلـىـ الـبـاـقـيـ، وـإـنـ عـجـزـ وـرـقـ هـذـاـ الـثـلـثـ فـيـهـ وـجـهـانـ: أـحـدـهـماـ: يـعـودـ إـلـىـ التـرـكـةـ حـتـىـ يـؤـدـيـ مـنـهـ الـوـصـاـيـاـ لـأـنـهـ إـنـمـاـ اـعـتـبـرـ فـيـ الـثـلـثـ الـيـعـقـ، فـإـذـاـ لـمـ يـعـقـ لـمـ يـعـتـبـرـ كـأـنـهـ تـرـكـةـ، وـالـثـانـيـ: لـاـ يـعـودـ إـلـىـ التـرـكـةـ لـأـنـ اـعـتـبـارـهـ فـيـ الـثـلـثـ لـمـ يـكـنـ مـوـقـوـفـاـ عـلـىـ الـعـنـقـ، إـذـاـ غـادـ بـالـعـجـزـ [١٤٦/بـ] إـلـىـ الـرـقـ صـارـ مـاـلـاـ مـسـتـفـادـاـ لـهـمـ.

مـسـأـلـةـ: قـالـ: وـمـاـ أـفـرـ بـقـبـضـهـ فـيـ مـرـضـهـ، فـهـوـ كـالـدـيـنـ يـقـرـ بـقـبـضـهـ فـيـ صـحـتـهـ.

عـدـنـاـ أـنـ الإـقـرـارـ بـقـبـضـ النـجـومـ وـلـاـ يـعـتـبـرـ مـنـ الـثـلـثـ، بـلـ هـوـ مـنـ رـأـسـ الـمـالـ، وـإـنـمـاـ يـنـصـورـ، فـيـ إـقـرـارـ الـمـرـيـضـ بـقـبـضـ نـجـومـ كـتـابـةـ كـانـتـ فـيـ الصـحـةـ، فـأـمـاـ إـذـاـ كـانـتـ فـيـ الـمـرـضـ فـأـصـلـ الـكتـابـةـ مـنـ الـثـلـثـ، فـلـاـ يـفـيدـ الـكـلـامـ فـيـ أـنـ الإـقـرـارـ كـيـفـ يـقـبـلـ هـلـ يـقـبـلـ فـيـمـاـ صـحـحـنـاـ فـيـ الـكتـابـةـ، وـقـالـ أـبـوـ حـنـيفـةـ: إـنـ كـانـ عـقـدـ الـكتـابـةـ فـيـ الصـحـةـ، فـاـلـإـقـرـارـ بـقـبـضـ النـجـومـ مـنـ رـأـسـ الـمـالـ، وـإـنـ كـانـ الـكتـابـةـ فـيـ الـمـرـضـ، فـاـلـإـقـرـارـ مـنـ الـثـلـثـ. هـكـذـاـ ذـكـرـ بـعـضـ أـصـحـابـنـاـ، وـفـيـهـ نـظرـ، وـالـعـلـةـ فـيـ هـذـهـ مـسـأـلـةـ: أـنـ الـمـرـيـضـ يـمـلـكـ الـقـبـضـ، فـيـمـلـكـ الإـقـرـارـ بـهـ كـالـصـحـيـحـ، وـهـذـاـ لـأـنـ إـقـرـارـ الـمـرـضـ وـإـقـرـارـ الصـحـةـ سـوـاءـ عـنـدـنـاـ.

مـسـأـلـةـ: قـالـ: وـإـذـاـ وـضـعـ عـنـهـ دـنـانـيـرـ وـعـلـيـهـ دـرـاـمـ.

الفصلُ

يعني إذا كاتب عبداً على دراهم ثم أبرأه من دنانير ثم أبرأه عن دراهم لا يصح الإبراء بهذا الإطلاق لأنه أبرأه عما لا يستحقه فصار كما لو كان له على عمرو حق فابرأه زيداً منه، ولو أبرأه من ألف درهم وله عليه دنانير، ثم قال: أردت بذلك دنانير قيمتها ألف درهم قبل ذلك وبرئت ذمته عن القدر الذي أراده لأنه إبراء عما يستحقه كما لو قال: على ألف درهم إلا قفيز حنطة، وقال: أردت إلا دراهم بقيمة قفيز حنطة يقبل ذلك، ويكون مستثنياً القيمة بالقفيز من ألف درهم، كذلك ه هنا [١٤٧/أ] ذكره أبو إسحق.

واعلم أن الشافعي رضي الله عنه علل في مسألة الكتاب، فقال: لم يجز لأنه استيفاء، فهذه العلة مشكلة، وذلك أنه لو استوفى بدل الدنانير دراهم جاز، فكيف من الجواز؟ فقال: لأنه استيفاء، وإزالة هذا الإشكال بأن يقال: أراد لأنه كالاستيفاء، ولو بطل الاستيفاء الذي ظننا أنه استيفاء صحيح لم يعتق كذلك إذا بطل الوضع الذي ظننا أنه أبرأه صحيح لم يعتق.

فَرْعَ

لو اختلفا، فقال السيد في اللفظ المطلق: أردت بو الدرارم، وقال المكاتب: بل أردت قيمة الدرارم من الدنانير، فالقول قول السيد لأنه اختلف في إرادته، وهو أعلم بذلك، وهكذا لو مات السيد، واختلف المكاتب وورثة السيد فيما ذكرنا، فالقول قول الورثة لأنهم يقرون مقامه، فإن لم يحلف السيد أو الورثة على العلم بإرادة الميت ترد اليمين إلى المكاتب، فإذا حلف حكم به، وهكذا لو أوصى أن يوضع عنه كذا، وهو غير ما وجب عليه، فالوصية باطلة إلا أن يريده: ضعوا بقدر هذه الدنانير من الدرارم التي عليه فيصح.

فَرْعَ آخرُ

قال: ولو قال: قد استوفيت آخر كتابتك إن شاء الله أو إن شاء فلان لم يجز.

قد بينا فيما مضى أن الاستثناء يُبطل الأقارب والعقود كلها، وقال ه هنا: إذا قال: استوفيت إن شاء الله، أو إن شاء فلان لم يجز ولم يكن بهذا إقراراً لأنه استثناء، قال أبو إسحق: أما قوله: إن شاء الله استثناء لأنه يستوفي إن شاء الله. [١٤٧/ب] فاما قوله: إن شاء فلان، فليس باستثناء، وإنما هو كلام محال لأن بشيئه زيد لا يصير مستوفياً فلطف الاستثناء في أحد المشيئتين صحيح دون الآخر، وهكذا ذكر صاحب «الإفصاح»، فقال: إن بشيئه الله تعالى فيما يستقبل، فاما ما دفع فقد سبقت المشيئه فمعناه، استوفيه إن شاء الله، فأما بشيئه زيد فلا يتعلّق بها الاستيفاء في الماضي، ولا في المستقبل، وقال القاضي أبو

حامدٌ: كل ذلك ليس باستثناء عند العرب لأن الاستثناء عند العرب لا يجوز فيما مضى من الأفعال، وفي الدائم إنما يجوز في المستقبل، ومعنى قول الشافعي: لأنه استثنى أراد أن هذا التقييد يزيل إطلاق القول بالاستثناء ويقول مقام الاستثناء، وهذا صحيح لأن الشافعي قد جعله استثناءً فيهما، وقول أبي إسحق: يؤدي تخطئة الشافعي في قوله.

فإن قال قائلٌ: هو يرده إلى أحد المماليك، وهي إذا قال: إن شاء الله فلنا؛ قد قال الشافعي في «الأم»: لو قال قد استوفيت آخر كتابتك إن شئت لم يكن استثناءً لأنه استثناء، فدل على أن تقديره: أن هذا التقييد بمنزلة الاستثناء.

فرع

قال في «الأم»: ولو قال: وضعت عنك كتابتي كلها إلا ديناراً، أو عشرة دنانير كان بريئاً من الكتابة إلا ما استثنى ولا يتعذر إلا بالبراءة من آخر الكتابة.

فرع آخر

قال: ولو وضع من كتابته شيئاً ثم اختلف هو والمكاتب فقال السيد: وضع من آخر الكتابة، وقال المكاتب بل مما حل منها، فالقول قول السيد، فإن مات السيد، فالقول قول الورثة، فإن كانوا [١٤٨/أ] صغاراً لا يعرّبون عن أنفسهم أرزاً الحاكم المكاتب أن الموضوع من آخر الكتابة لأنه لا يجوز أن يضع إلا ما يحيط العلم بأنه وضع عنه.

فرع آخر

قال: ولو شهد شاهدان للمكاتب أن سيده قال: قد استوفيت منه، أو قال السيد: أليس قد أستوفيت، فقال: بلّى كان القول قول السيد أنه استوفى منه ما حلّ من نجومه، وإن ادعى المكاتب أنه أراد آخر النجوم فعليه البيئة، فإن قال لم يوفيني إلا درهماً واحداً كان القول قوله مع يمينه، وقول الورثة إن مات لأن المكاتب عبد حتى يشهد الشهود أنه قد أوفاه جميع كتابته.

فرع آخر

لو شهد الشهود أنه قال: قد استوفيت آخر كتابتك ولم يزد على ذلك فالقول قول السيد، فيما بقي من كتابته في حياته وورثته بعده لأنه يحتمل أنه أراد بقوله آخر كتابتك مما حلّ عليك فوجب الرجوع إلى بيانه.

باب الوصية للعبد أن يكاتب

مسألة: قال: ولو أوصى أن يكاتب عبداً له.

الفصل

صورة المسألة: أن يوصي رجل بكتابه عبد له فالوصية تصح، ويعتبر خروج قيمة العبد الموصى بكتابته من الثالث، لأن إخراج الرقبة من ملكه بغير عوضٍ على ما بيناه، ثم ينظر فإن لم يكن أوصى إلا بكتابه وحدها، فالثالث مصروفٌ إليها، فإن كان أوصى بالكتابية وأشياء آخر من هبةٍ ووصيةٍ ومالٍ أو محاباةً، فهل تقدم الكتابة على غيرها أم يسوى بين الجميع لأن المسألة مبنيةٌ على أصلٍ وهي أن الرجل إذا أوصى بوصاية في جملتها عتق هل يسوى الجميع أم يقدم العتق [١٤٨/ب] قوله، فإذا أوصى بكتابه، قال الشافعى: حاصل أهل الوصايا وهذا يقتضي التسوية بين الكتابة وغيرها، وانختلف أصحابنا في المسألة على طريقين، منهم من قال: فيه قوله أىضاً، كالعنت سواء لأن الكتابة تتضمن العتق، والشافعى ذكر هنا أحد القولين، ومنهم من قال: يسوى بين الكتابة وغيرها على ما نصّ عليه قوله واحداً لأن الكتابة معاوضةٌ تجري مجرى المعاوضات، ولو أوصى فيه ببيع فيه محاباةً سوى بيته وبين غيره كذلك الكتابة، ويفارق العتق لأن له مزيةً، وهي السراية، فقدم بخلاف الكتابة.

فإذا تقرر هذا فإذا أوصى بكتابه وحدها، أو بها وبغيرها، وقلنا: أنها تقدم، فإن الثالث كله يتتوفر على الكتابة، فإن احتمل الثالث قيمة العبد كوطب وتجير الورثة على ذلك، ثم ينظر في العبد، فإن لم يختار الكتابة لم يجبر عليها، فإن بعد ذلك بطلت الوصية ولم يجب إليها لأن حقه قد سقط بأمتناعه، وإن اختار الكتابة وطلبتها فبكم يكاتب لا يخلو إما أن يكون الموصي أطلق الوصية ولم يقدر ما يكاتب عليه، أو قدر ذلك، فإن أطلق فإنه يكتب على ما جرت العادة بكتابه مثله عليه، ولا يعتبر قيمته فيه لأن الكتابة لا تصح إلا إلى أجلين، والأجل يأخذ قسطاً من العوض فينقص منه لدخوله ويزاد فيه لسقوطه، وإن قدر ما يكتب عليه كوطب على ذلك القدر لا يزاد عليه، فإن كوطب فأدّي المال فإن ذلك المال لا يحتسب من جملة التركة بل يكون حقاً خالصاً للورثة لأن ذلك نماء الرقبة ليس بملك للموصي، وإنما كان ملكه على الرقبة، فحسب فإن ذلك للورثة خالصاً كما لو أوصى بنخل فأثمرت.

ثم ينظر فإن لم يؤدّ تمام المال، أو عجز نفسه، فالورثة يسترقوه، فإن أدى عتق وثبت الولاء عليه [١٤٩/أ] لسيد المكاتب ينتقل إلى العصبات من ورثته لأنه عتق بسبب كان منه،

وهي وصيّة بكتابته، فهذا الحكم فيه إذا كانت قيمة العبد تخرج من الثالث، فاما إذا لم تخرج قيمة العبد من الثالث يكتب القدر الذي يحتمله الثالث كما إذا أوصى بعتق عبد، فإن كان الثالث احتمل أعتق، وإن لم يحتمل أعتق بقدر ما يحتمله الثالث، فإن قال العبد في مطلق الوصيّة إذا خرجت من الثالث يلزم أن يكون الكتابة بعوض المثل إذ لو عتق ثالث ماله بلا عوض جاز، قلنا: نعم، ولكنه لم يوصي بأن يعتق وإنما أوصى أن يعقد فيحتمل أنه بعوض المثل.

فرع

قال بعض أصحابنا بخراسان: لو أوصى لرجلٍ بثلث ماله، وأمر أن يكتب عبدٍ وهو قدر ثالث ماله أيضاً يدفع نصف الثالث إلى الموصى له ويكتب نصف العبد بخمسيناء إذا كان الثالث الفاً نص عليه ههنا، فإذا دفع النجم فهل يزداد في الكتابة قد ذكرنا وجهين، فإذا قلنا: يزداد دفع ذلك إلى الموصى له ثالث، ويكتب ربع العبد على مائتين وخمسين، فإذا دفع ذلك دفع للموصى له بالثالث نصف ويكتب ثمن العبد على مائة وخمسة وعشرين وعلى هذا يفعل أبداً إلى أن تتم الكتابة كما ذكره الفقّال، وفي هذا التفريع نظر، والثاني: أنه استقر، فلا يزداد في الكتابة، وقيل: إنه يزداد في الكتابة لكن النجوم يكون نماء ملكهم، ولا تجب الزيادة في الوصيّة بسبب ذلك ولا بن سريح في وجه آخر أنه متى لم يخرج جميع الرقبة من الثالث فلا يكتب أصلاً بل يبطل الوصيّة فيه، كما لو أراد أن يكتب بعض عبدٍ، والعبدُ كله له لا يصح.

مسألة: قال: ولو قال: كاتبوا أحد عبدٍ [١٤٩/ب].

الفصل

إذا أوصى فقال: كاتبوا أحد عبدي، فإن الورثة يكتبون أي عبدٍ من عبده شاؤوا، ولا يجوز أن يكتبوا أمّة لأن اسم العبد لا يقع عليها، ولذلك إذا قال: كاتبوا أمّة، فلهم أن يكتبوا أي أمّة شاؤوا ولا يجوز أن يكتبوا عبداً لأنّ الاسم لا يقع عليه، ولو قال: كاتبوا عبداً وكان له ختنى قد حكم بأنه رجل، أو قال: كاتبوا أمّة وكان له ختنى حكم بأنّها امرأة، فهل تجوز كتابته؟ اختلف أصحابنا فيه على طريقتين: أحدهما: يجوز قوله واحداً لا يختلف المذهب فيه اعتباراً بما حكم به، والثانية: فيه وجهان ذكره أبو حامد، أحدهما ما ذكرنا، والثاني لا يجوز لأن إطلاق الاسم لا ينصرف إلى الختنى وإن تبين حاله ولا شك أنه في حالة الإشكال لا يدخل في اسم العبد ولا في اسم الأمّة، وهذا اختيار الربيع، والأول أصحُّ، وهو اختيار المزنّي، ولو قال: كاتبوا أحد رقيقٍ كان لهم الخيار في عبد أو أمّة،

قال المزني: أو ختنى. وروى الربيع في «الأم»: أنه لا يجوز ختنى إذا كان مشكلاً فجعل الشافعى إطلاق **اللفظ** للعبد أو للأمة أو للختن الذى بان أنه امرأة، وصح أنه رجل، أو امرأة بتغلب الدلائل، وإن كان مشكلاً، فهو خارج عن **العرف** لا يقع عليه إطلاق اسم الرجل ولا المرأة، قال أبو إسحق: وأرى الشافعى قد نص في بعض الروايات على ما اختاره المزني على مذهبة من جواز الختنى، فيه قوله، وقال القاضى أبو حامد فيه وجه آخر على ما اختاره المزني، فجعل القول رواية الربيع، وجعل [١٥٠/أ] اختيار المزني وهو الأصح وجهها آخر.

باب موت سيد المكاتب

مَسَأَةُ: قال: ولو نكح ابنته مكاتبه برضاهما فمات.

الفَضْلُ

إذا كاتب عبداً، وكانت له ابنة فزوجها منه برضاهما ولا بد من رضاهما لأنه رقيق ليس بكافٍ لها، ولهذا قيد المسألة ثم مات لم تنسخ الكتابة بموته لأنها عقد لازم، ثم ينظر في البنّى فإذا لم ترث أباهما بأن كان بينهما اختلاف دين، أو كانت قائلة، فالنكاح بحاله لأنها لم تملك من زوجها شيئاً، وإنما انتقل ملكه إلى مالك آخر فلم يؤثر ذلك في النكاح، وإن ورثته، فإنها تملك جزءاً منه، وينفسخ النكاح بينهما، وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ النكاح بينهما، وبينه على أصله أن رقبة المكاتب لا تورث، وإنما يورث المال الذي عليه، وهذا لا يصح لأنه كان ملكاً للسيد وبموته لم يعتق فبقي ملكاً كما كان فورثه ورثته كسائر الأموال، والدليل على هذا أنه لا ينتدأ نكاحها بعد موت السيد بالإجماع.

فَرْعَ

إذا اشتري المكاتب زوجته الأمة من سيده أو من غيره انفسخ النكاح، وكذلك لو اشترب المكتابة زوجها من سيده، وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ النكاح لأن المكاتب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له وطىء امرأته، وهذا لا يصح لأن المكاتب يملك لأنه يثبت له الشفعة على سيده وللسيد عليه الشفعة وإنما لا يجوز له وطىء امرأته لتعلق السيد به كما يمنع الراهن من وطىء المرهونة، وإن كانت ملكه، والدليل على أنه يملكها أنه لا يجوز له أن [١٥٠/ب] يتزوج أمة ابتداء، والملك إذا منع الابتداء منع الاستدامة.

مَسَأَةُ: قال: فإنْ دفعَ مَا عليه من الكتابة إلى أحدِ الوصيَّنْ لم يعُنْ.

اعلم أنه إذا كاتب عبداً ثم مات السيد قد ذكرنا أن الكتابة لا تنسخ، ثم لا يخلو إما

أن يكون المال الذي على المكاتب يصرف إلى وارث، أو موصى له، أو إلى الغرماء، فإن كان ينصرف إلى الورثة، فإن كانوا رشيدين فالمال لهم، ثم ينظر، فإن كان الوارث واحداً دفع المكاتب إليه، وإن كانوا جماعة دفع إلى كل واحد منهم قدر حقه، فإن دفع إلى بعضهم، وأخل بالبعض لم يعتق كما لو كان العبد بين شريكين وكتاباه، ثم دفع المال إلى أحدهما لا يعتق، ولا يجوز في هذا الموضع أن يوصي السيد بالنظر في مال ولده ولا بقراض مال الكتابة، فإن فعل لم تصح الوصية، وإن دفع المال إلى الوصي لم يعتق لأن الوصية لا تصح في حق أهل الرشد، وإن كان الورثة أطفالاً، أو مجانين، فإن لهم جد فهو الناظر في أمرهم، فلا تصح الوصية معه، فإذا دفع المال إليه عتق وذكر الداركي عن بعض أصحابنا: أن وصي الأب أولى من الجد، وهو قول أبي حنيفة، وهذا الوجه غير مشهور عند أصحابنا، وإن لم يكن لهم جد وأوصى الأب إلى من ينظر في أمرهم صحت الوصية ويجب على المكاتب الدفع إلى الوصي، فإن كان واحداً دفع إليه، وإن كانا اثنين نظر فإن أوصى إليهما وإلى كل واحد منهما، على الانفراد جاز للمكاتب أن يدفع إليهما وإلى كل واحد منهما فإن أوصى إليهما ولم يوص إلى كل واحد منهما على الانفراد [١٥١/أ] لم يجز أن يدفع إلى أحدهما بل يجب الدفع إليهما، فإن دفع إلى أحدهما لم يعتق لأن الوصي رضي باجتهادهما معاً، وإن لم يكن الميت أوصى بالنظر في مال الأولاد، فالنظر في أمرهم للحاكم، فيرفع المكاتب الأمر إليه لينصب أبيناً، فيدفع المال إليه ويعتق، وإن كان بعض الورثة كباراً، وبعضهم صغاراً، فالكبار يقتضون حقوقهم والحكم في حقوق الصغار ما ذكرنا إذا كان الميت قد أوصى أو لم يوص، وإن كان مال الكتابة ينصرف إلى الموصى له، فإن كان قد أوصى به لواحد بعينه، فالحق له فإن دفعه إليه جاز لأنَّه مستحقه، وقال صاحب «الإفصاح»: لا يجوز وحکاه القاضي الطبری عنه، وهذا ليس بمذهب، وإن دفعه الوصي ليدفعه إليه جاز أيضاً، وإن كان قد أوصى به لأقوام غير معينين كالقراء والمساكين، فلا يجوز للمكاتب أن يوصل المال إليهم بنفسه، بل عليه أن يدفعه إلى الوصي فإنه موضع اجتهاد، والميت لم يرض باجتهاد المكاتب، وإنما رضي باجتهاد الوصي.

وإن كان مال الكتابة ينصرف إلى الغرماء وقضاء الديون ينظر فإن كان السيد قد أوصى بأن يقضى من مال الكتابة ديونه فالحكم فيه كما لو أوصى به لرجل بعينه فيجوز للمكاتب دفعه إلى أصحاب الديون، ويجوز أن يدفعه إلى الوصي وليس للورثة هنا حق، وإن لم يكن أوصى فالحق للورثة والوصي معاً، فلا يجوز للمكاتب أن يدفعه إلا بحضورهما ورضاهما لأن للورثة في ذلك حقاً، وهو أن لهم أن يأخذوا المال ويقضوا من عندهم.

وإن تلف المال في يد الوصي لا يضر المكاتب لأن القبض قد صحي [١٥١/ب] إذا

كانت الوصاية صحيحة، وقال القاضي الطبرى: إذا كان عليه دين يحيط برకته فدفع المكاتب إلى من له الدين، وقد ثبت دينه فقد برأه لوصوله إلى مستحقه نص عليه في «الأم»، وقال صاحب «الإفصاح»: لا يبرأ وهو خلاف النص، وهذا خلاف ما ذكرنا عن أصحابنا وهذا النص غريب.

ولو دفع المال إلى الوارث في هذا الموضع قال الشافعى: لا يعتق حتى يصل إلى صاحب الدين لأن الوارث إنما يستحق ما يفضل عن الدين.

باب عجز المكاتب

مَسَأَلَهُ: قَالَ: وَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَنْ يَفْسَخَ كِتَابَهُ حَتَّى يَعْجَزَ عَنْ أَدَاءِ نَجْمٍ.

الفصل

إذا كاتب عبده على مالٍ ثم أراد فسخه نظر، فإن لم يكن حلّ عليه نجم لم يكن له الفسخ وكذلك إن حلّ عليه نجم ولكن معه ما يؤديه ولم يمتنع من الأداء لأنه لا ضرر على السيد، ولا تعذر عليه حقه، وإن كان قد حلّ عليه المال، وليس معه ما يؤدي أو كان معه، ولكن امتنع من الأداء، فللسيدي أن يفسخ ولا فرقٌ بين أن يتعذر عليه جميع المال، أو بعده، وبين النجم الأول وبين النجم الثاني، ثم ينظر فإن العبد حاضرًا يفسخه بنفسه، ولا يحتاج إلى حاكم لأنه فسخ مجمع عليه كالردة بالعيوب، وإن كان العبد غائباً فليس للسيدي أن يفسخ، بل يرفع الأمر إلى الحاكم وثبت عند الحاكم أن له على المكاتب مالاً وأنه قد تعذر عليه الأداء، فإذا فعل ذلك استخلفه الحاكم مع البينة على ما تقدم بيان اليمين، وقضى له بالفسخ وهذا لأنه قضاء على الغائب، وقال في «الحاوى»: هكذا قال البغداديون من أصحابنا، [١٥٢/١] وهذه اليمين استظهار عند أكثر أصحابنا لأن اليمين لا تجب إلا بطلب مستحقها، ومن أصحابنا من قال: هذه اليمين واجبة في فسخ الحاكم كيلا يفسخ إلا بحق تزول معه الشبهة، وقال البصريون من أصحابنا: يفرد السيد عند غيابه كما عند حضوره، وقال ابن أبي ليلى: لا يكون عجزه إلا عند الحاكم، وقال أبو يوسف: لا أرده في الرق إلا أن يتولى عليه نجمان، واحتج بما روى عن عليٍّ رضي الله عنه أنه كان يقول: يرد الرجل في الرق حتى يتولى عليه نجمان، ودليلنا ما روى أن ابن عمرَ رضي الله عنهما كاتب عبداً له على ثلثين ألفاً، فقال له: أنا عاجزٌ، فقال له: امتحن كتابتك، فقال: امتحن أنت^(١)، ويحمل قول عليٍّ رضي الله عنه على الاستحباب، ولأنه دخل في الكتابة على أن يسلم له

(١) ذكره ابن قدامة في المغني (١٠/٣٧٢).

المال عند انقضائه كل نجم، فإذا لم يسلم ذلك كان له فسخها كما لو تولى عليه نجمان، وروى عطاء بن رياح أن ابن عمر رضي الله عنهما كاتب عبداً له فأدى تسع مائة وبقيت مائة دينار فعجز فرده في الرق^(١)، وروي أن مكتاباً له عجز فرده مملوكاً، وأمسك ما أخذ منه، وقال: شبيب بن عمر شهدت شريحاً ردة مكتاباً عجز في الرق، ولو كان العبد ملياً فامتنع من أداء النجم الذي حلّ عليه، أو أدى بعضاً، فللسيد فسخ الكتابة ولا يجبر العبد على أداءه خلافاً لأبي حنيفة رحمة الله، ويخالف المشتري إذا امتنع من أداء الثمن يجبر عليه، ولا يكون للبائع فسخ البيع لأن الكتابة جائزة من جهة العبد غير لازمة على ما تقدم بيانه.

فرْعَ

قال في «الأم»: [١٥٢/ب] وإذا كان حاضراً فطالبه فقال: ليس عندي، فقال السيد: أشهدوا أني قد عجزت، أو أبطلت كتابته، أو فسختها ففسخت وسواء كان عند سلطان، أو غيره قال الشافعي: فإن لم يقل شيئاً من هذا فهو على الكتابة، قال أصحابنا: والإشهاد فيه استحبات، فإن قيل: قد قلت في المشتري إذا عجز عن أداء الثمن لا يختار عين ماله إلا أن يفلسه القاضي ويحجر عليه، وه هنا قلت: إذا كان حاضراً لا يحتاج إلى القاضي، قلنا: لأن فسخ البائع بعيب في ذمة المشتري، وذلك العيب مزاحمة الغرماء، ولا يحصل ذلك إلا بالحجر والفلس، وه هنا الفسخ ليس بعيب يظهر بالعبد، ولكن لا عراؤه بالعجز، فإذا حصل ذلك لا يحتاج إلى الحاكم.

فرْعَ آخر

قال: ولو حل عليه فلم يطالبه مدة قصيرة أو طويلة، ثم أحضره لم يكن للسيد الامتناع عن قبضه، قال: فإن سأله أن ينظره مدة يؤدي إليها نجمه وفي نسخه يؤدي إلى نجمه، أي إلى السيد لم يكن عليه أي لم يكن واجباً عليه أن ينظره لأن حقه حال عليه والتأجيل تبرع، فلا يلزم وليس للسلطان أن ينظره أيضاً لأن الحق للسيد، فلا يجبر على ترك حقه، قال الشافعي: إلا أن يحضره ماله بيعه مكانه، فينظره قدر بيعه معناه أنه إذا أحضر المكاتب واستنظر السلطان لبيعها انظره قدر بيعها وهذا واجب بالحكم لأنه عرف الأداء وعادة الإيفاء والاستيفاء كما لو قال: انظري حتى أصير إلى البيت وأحمل المال، أو أفتح الصندوق، [١٥٣/أ] ونحو ذلك قال أصحابنا: ويعتبر فيه قليل الزمان، وهو لا يجاوز ثلاثة أيام.

(١) ذكره ابن قدامة في المغني (١٠/٣٧٢)، من رواية سعيد.

فرع آخر

قال الشافعى رضى الله عنه: وإن حلَّ عليه نجمٌ في غيبته فأشهد سيدةً أن قد عجزه، أو فسخ كتابته فهو عاجزٌ وزاد في «الأم» فقال: فإن جاء في غيبته وأقام بيته على سيده بقبض النجوم الذي عجزه، أو أبراًً منه أو إنتظاره كان على كتابته فدل هذا النص على أن المكاتب إذا قدم ولم يدع ما ذكره أنه يكون عاجزاً وتكون الكتابة منفسخة. وقال أبو إسحق: يحتاج إلى الحاكم على ما ذكرنا من قبل، قال القاضي الطبرى: هذا خلاف ما نقله المزني وبينه الشافعى في «الأم»، ومعناه أن السيد إذا فسخها، وهو غائب فلما قدم لم يدع خلاف ما قاله علم أنه كان عاجزاً وإن أدعى خلاف ما قاله وأقام البيته فهو على الكتابة، ثم قال: وإن رفعها إلى الحاكم حتى يفسخها، فإن الحاكم لا يفسخها حتى يثبتت على ما ذكرنا، وإذا عجزه جعل المكاتب على حجته إن كانت له، وهذا يدل على أن المذهب المنصوص ما قاله البصريون من أصحابنا.

فرع آخر

لو أراد المكاتب فسخ الكتابة فيه وجهان: أحدهما: لا يملك لأنه لا ضرر عليه في بقاء الكتابة، وإنما له أن يمتنع من الأداء، والثاني: يملك لأنه عقد لحقه، فملك أن ينفرد بالفسخ كالمرتهن.

فرع آخر

لو استظره لمال غائب ينكله فإن كان على مسافة لا تقص إلى الصلاة يلزم إنتظاره لأنه في حكم الحاضر، وإن كان على مسافة يقص إلى الصلاة لا يلزم إنتظاره لأنه كالقادم، ذكره في «الحاوى».

فرع آخر

ولو قال: انظرني لأقبض دينًا لي فإن [١٥٣/ب] كان موجلاً لا يلزم إنتظاره، وإن كان حالاً فإن كان على مسيرة يلزم إنتظاره، وإن كان على مسيرة لا يلزم إنتظاره لأنه كالهالك ولهذا لا يلزم فيه الزكاة.

فرع آخر

إذا كان هو غائباً وماله حاضر لا يقضى القاضي عنه النجوم وللسيد حق التعجيز بخلاف ما إذا جن المكاتب وماله حاضر فالحاكم يؤدي عنه النجم، وليس للسيد التعجيز

لأن الغائب لو كان حاضراً لم يلزمُه قضاء النجم بل له أن يعجز نفسه، فالحاكم لا يقوم مقامه وهو من أهل الكتابة ويراده إلى ملكه، وإن كان معه مال، فأداؤه إلى السيد عتق، وإن قال: لي مال أحضره فقد ذكرنا، وإن كان العبد غائباً فليس للسيد أن يفسخ، تولى ذلك بنفسه ولعله فسخ الكتابة في حال غيبته، والمحجون لا يصح منه النظر لنفسه، فالحاكم يقوم مقامه في ذلك ذكرها القفال.

مَسَأَةُ: قال: وإن قال قائل: أنظرته وبذا لي والمكاتبُ غائبٌ لم يجز له تعجيزه.

الفَضْلُ

اعلم أنه إذا كاتب عبداً فعل عليه مال الكتابة، فأظهر أنه عاجز عن أدائه فأنظره السيد وأخره بما عليه، فإن الإنظار يصح، ولا يجبر على اختيار الفسخ، فإن رجع بعد ذلك وطالب بالمال صح رجوعه خلافاً لأبي حنيفة، ثم لا يخلو إما أن يكون العبد حاضراً أو غائباً، فإن كان حاضراً ينظر فإن أظهر العجز كان للسيد أن يفسخ في الحال لأن غيبته لنظرته وتأجيله بل يرفع الأمر إلى الحاكم وثبت عنده الكتابة وحلول المال عليه، وأنه لم يؤد شيئاً ويحلفه الحاكم على ذلك فإن هذا قضاء على الغائب فلا بد من اليمين، فإذا فعل هذا كتب إلى حاكم ذلك البلد بما يثبت عنده، فإذا وصل الكتاب إليه استدعي المكاتب وسأله عن الحال، فإن أظهر العجز كتب إلى حاكم ذلك البلد حتى يخبر السيد بعجز المكاتب [١٥٤] أمّا فيفسخ الكتابة وإن ذكر أن له مالاً، فإن لم يكن له وكيل، فإن الحاكم يكلف المكاتب أن يوصل المال إلى سيده إما بنفسه أو ينفذه مع أمين فإذا فعل ذلك وصار المال إلى السيد عتق، فإن آخر الإنفاذ حتى مضت مدةً لوى أنفذاً المال كان قد وصل كان للسيد أن يفسخ في الحال، وكذلك الوكيل إذا جعل السيد إليه الفسخ فله أن يفسخ في الحال، قال أبو إسحاق: ظاهر ما نقل المزني أنه قد أنظره مسافة الطريق سواه كان للسيد وكيل في ذلك البلد أو لا ولكن الربيع رواه مفصلاً هكذا، وهو الصحيح وعلى هذا لو كان طريقاً لا يمكن أن يسلكه في السنة إلا مرةً أنظره إلى ذلك الوقت الذي يمكنه سلوكه فيه، قال أبو إسحاق: فإن كتب إلى الحاكم بأن يقضيه فليس على الحاكم ذلك ولا أن يكون وكيلاً لغيره لأن الحاكم يكلف الحكم دون قبض المال بالوكالة فإن اختار القاضي القبض كان حكمه حكم الوكيل، فإن جاء وكيل ثابت الوكالة يطالب بالتسليم إليه نظر بينهما ويحكم بما يثبت.

مَسَأَةُ: قال: ولو غلب على عقله.

الفَصْلُ

يعني إذا كاتب عبداً فجن المكاتب لا تنفسح الكتابة بجنونه فإن قيل: هلا قلت تنفسح لأنها جائزة من جهته غير لأنه كما تنفسح الشركة والمضاربة قلنا: العقد الذي ينفسح بالجنون هو الجائز من الطرفين، فأما اللازم من أحد الطرفين لا ينفسح به كما لا ينفسح النكاح بجنون الزوجين لأن جائز من جهة الزوج لازم من جهة الزوجة ولأن بالكتابية يتعلق العتق بالصفة وذلك يمنع من انفساخها بالجنون [١٥٤/ب] ألا ترى مجرد العتق بالصفة لا ينفسح بالجنون فإذا ثبت عند الحاكم ذلك، فإن وجد للمكاتب مالاً قد ذكرنا أنه يدفعه إلى السيد وحكم بعتقه، وإن لم يجد له مالاً جعل للسيد فسخ الكتابة، وليس له فسخها ما لم يأت الحاكم لأن الحاكم قيم المجانين ثم إذا فسخها لزمه نفقة ل أنه عاد إلى ملكه.

فَرْعَ

لو ظهر له بعد الفسخ مال، أو أفاق المكاتب وأظهر لنفسه مالاً نقض الحاكم حكمه، ودفع المال إلى السيد وحكم بعتقه ورجع السيد على المكاتب بما أنفق عليه لأنه أنفق عليه على أنه عبده، فإذا أبان أنه لم يكن عبده وكان مكاتبًا كان له الرجوع بما أنفق.

فَرْعَ آخرُ

لو فسخ الكتابة ثم أفاق العبد وأقام البينة بأنه قد أدى إلى السيد مال الكتابة لم يرجع السيد عليه بما أنفقه لأنه أنفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعاً به.

مَسَالَةُ: قال: ولو ادعى أنه أوصل إلية كتابته وجاء بشاهدٍ أحلفه معاً.

قد ذكرنا هذه المسألة وفسرها في «الأم»، وقال: إذا حل النجم على المكاتب فسأل سيده أدائه، فقال: قد أديت إليك، أو إلى وكيلك وأنكر السيد لم يعجل السلطان في تعجيزه وأنظره يوماً أو أكثر وأكثر ما ينظره ثلاثة أيام، فإن جاء بشاهدٍ أحلفه معه وأبرأه مما شهد شاهده وإن لم يعدل دعاه بغيره، فإن جاء به من يومه أو غدو أو بعده وإلا عجزه، وإن ذكر بينةً غابيةً أشهد أنه ذكر بينةً غابيةً، وأني قد عجزتُ [١٥٥/أ] إلا أن يكون معه بينةً بما يدعى، فإن جاء بها أثبت كتابته وأخذت سيده بما أخذ من خراجه وبقيمة خدمته، وإن لم يأتب بها تم التعجيز، قال أبو إسحق: ولم يذكر المزني إنتظاره ثلاثة حتى يأتي بالبينة، ولا إذا جاء بالبينة فلم يعدل أنظره ثلاثة حتى يأتي بغيرها وهو أولى مما نقل المزني، قال في «الأم»: وإن عجزه على هذا الشرط ثم جاء ببينة بغيرائه من ذلك النجم وهذا آخر نجومه، ومات المكاتب جعل ماله ميراثاً لورثته الأحرار وأخذ السيد بما أخذ منه وبقيمة خدمته، وإن

لم يكن آخر نجومه فقد مات عبداً، فإن قيل: أليس العتق يثبت بهذا الأداء ولا يثبت العتق بشهادة ويمين، قيل: لا يمتنع أن يقبل، وإن جر إلى ما لا يقبل فيه ذلك كشهادة النساء تقبل في الولادة، وإن جر إلى ثبوت النسب الذي لا تقبل فيه شهادة النساء بحالٍ.

فَرْعَ

قال في «الأم»: وإذا عجزه السيد أو السلطان، فقال سيده بعد التعجب قد أقررتك على الكتابة لم يكن عليها حتى يجدد له كتابة غيرها، ولو أدى منه على الكتابة الأولى، وقال: قد أثبتت لك العتق عتق بإثبات العتق وتراجعاً بقيمة المكاتب كما يتراجعان في الكتابة الفاسدة وكذلك لو قال: أثبتت لك الكتابة الأولى ولو يذكر العتق لأن قوله: أثبتت لك الكتابة الأولى إثبات للعтик بها على الأداء ولو عجزه ثم تأدى منه كما كان يساوي ولم يقل: قد أثبتت لك الكتابة لم يكن حراً بالإداء [١٥٥/ب] وكان تأديته إليه كالخروج يأخذه منه.

فَرْعَ آخر

قال في «الأم»: وإن عجز المكاتب عن نجم حل عليه، فقال السيد: أعجز بعضاً وأقر بعضاً لم يكن ذلك له كما لم يكن له أن يكتب بعضاً، فإن فعل وأدى على هذا عتق كله ويرجع السيد عليه بنصف قيمته.

فَرْعَ آخر

قال في «الأم»: ولو كاتب الرجل عبده كتابة صحيحة ثم أفلس السيد فالكتابية بحالها وكان للغرماء أخذ ما عليه من دين الكتابة عند محله.

ولو عجل المكاتب ما عليه قبل محله لم يكن للسيد منعه وكان للغرماء أخذه منه.

قال القاضي أبو حامد: تأويل هذه المسألة أنه أداء إلى الغرماء بإذن السيد، أو بإذن الحاكم فلذلك عتق فأما إذا لم يكن بالإذن، فلا يعتق لأنه لا يبراً إذا عتق إلا بالبراءة مما عليه فإن كاتبه بعد الوقف وأدى إليه مال الكتابة لم يعتق وأخذ منه ما أدى إليه وبيع العبد عليه، ولو اختلف السيد والغرماء، فقالوا: كاتبته بعد الوقف، وقال السيد: بل كاتبه قبل الوقف، فالقول قول السيد وكذلك لو قال السيد: مع الغرماء كانت الكتابة بعد الوقف، وقال العبد: بل كانت قبل الوقف فالقول قول العبد وعليهم البينة، فإن كانت الكتابة صحيحة، فأقر السيد بعد التفليس أنه قبض منه شيئاً قبل الوقف، فالقول قوله: وكذلك كل ما أقر به الغريم له عليه حق.

مسألة: قال: ولو دفع الكتابة وكانت عوضاً بصفة وعتق ثم استحق.

الفصل [١٥٦]

قد ذكرنا هذه المسألة وذكرنا أن قول السيد: أنت حر عقيب أداء المال لا يصير بقوله حرّاً إذا ظهر الاستحقاق وأنهما لو اختلفا، فقال المكاتب: أردت بقولك: أنت حرّ ابتداء الإعتاق، وقال السيد: بل أردت بالعوض الذي أداء، فالقول قول السيد: لأن الظاهر معه، قال أصحابنا: فإن كان ذلك قبل أن أدى إليه العوض ثبت بذلك حرّيته لأنه لم يكن مُضافاً إلى الأداء، ولو قال بعد الاستحقاق: أنت حرّ عتق عليه، ولا يقبل أنني أردت ما ظننته من عتقه بالأداء بخلاف الظاهر ولو قال بعد الأداء والعتق في الظاهر وقبل الاستحقاق أنت حرّ، ثم قال بعد الاستحقاق بالعتق ما كان من ظاهر الأداء، فهل يقبل منه وجهان محتملان أحدهما: تقبل كما يقبل منه عند الأداء لأنه في الحالين على سواء، والثاني: لا يقبل ويكون القول قول المكاتب مع يمينه لأن العتق بالأداء انقضى زمان ظاهره، فصار لما تجدد بعده من لفظ العتق حكم مبتدأ.

واعلم أن الشافعي رضي الله عنه ذكر في «الأم» مسألتين في هذا الفصل، أحدهما: إذا قال لعبد: إن أعطيتني ثوباً من صفتة كذا وكذا، فأنت حرّ، فدفع ثوباً على تلك الصفة إلا أنه مستحق للغير لا يعتق لأن الظاهر إعطاء ثوب يملكه وينتفع به والمستحق لا يملك، ولا ينتفع به، والثانية: قال: وكذلك لو قال لعبد: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت حرّ فغضبه وأعطيه لا يعتق فسوى بين الثوب المطلق وبين الثوب المعين، وقد فصل بينهما في الخلع، فقال: [١٥٦/ب] في الثوب المطلق لا يقع الطلاق وفي المعين، قال: يقع الطلاق فمن أصحابنا من قال: فيما قوله نفلاً وتخريجاً، ومنهم من حمله على ظاهرها وفرق بأن الطلاق له من التغلب ما ليس للحرية ألا ترى أنه لا يجوز أن يقف في بعض الشخص بحال العتق قد يقف في بعض الشخص.

وأيضاً الفرق أن للزوجة مدخلان في رفع النكاح بالفسخ، فكان رفعه بالطلاق أوسع حكماً وليس للعبد مدخل في رفع رقه فكان العتق أضيق حكماً، وقال صاحب «الحاوي»: في هذا الفرق نظر، والذي عندي أن العتق يقع بالمستحق إذا كان معيناً كالطلاق لأن للمغلب فيما مع التعيين حكم الصفة، وإن لم يكن الخلع أقوى لكونه عقد معاوضة لم يكن أضعف من مجرد العتق بالصفة.

باب الوصية بالمكاتب والوصية له^(١)

مسألة: قال: ولو أوصى به لرجلٍ وعجز قبل الموت، أو بعده لم يجز.

اعلم أنه إذا كاتب عبداً ثم أوصى برقبته فإن كانت الكتابة صحيحة لا تصح الوصية لأن للسيد وإن كان يملك المكاتب ملكاً ضعيفاً فإنه يحول بينه وبين التصرف في رقبته ومنفعته ولا فرق بين أن يعجز أو لا يعجز حين يتدبر الوصية بعد الملك بالعجز، فإن قال السيد: إذا عجز المكاتب وبطلت كتابته فقد أوصيتك به لفلان تكون هذه وصية صحيحة إن عجز لأنه وصية بصفة ونظير هذا أنه لو أوصى لرجل بعيد لا يملكه لا يجوز وإن ملكه بعد ذلك حتى يستأنف الوصية [١٥٧/١٥٧] بعد الملك ولو أوصى بعيد لا يملكه إن ملكه صحت الوصية وعلى هذا إذا أوصى بثلث ماله ولا مال له ثم ملكه فالمشهور جوازه لأن تقديره بثلث مالي إن ملكته فتكون هذه الوصية مضافة إلى ملكه فيصبح، وإذا قال: أوصيتك له بثلث ما اكتسيه أو بثلث ما أملكه إلى الموت يصح لأنها مضافة إلى ملكه.

مسألة: قال: ولو أوصى بكتابته جازت في الثلث.

يعني: إذا كاتب عبد كتابة صحيحة ثم أوصى بالمال الذي في ذمته، فإن الوصية تصح لأنه مالك لذللك المال، فصار كما لو أوصى بدين له في ذمة إنسان تصح الوصية، فإذا ثبت هذا فمات الوصي لزمت الوصية بموته من الثلث ثم ينظر في المكاتب فإن أدى المال إلى الموصى له عنق ولا يحتاج في ذلك إلى إذن الورثة ويشتت عليه الولاء للموصى لأنه عنق بسبب منه ويتنتقل ذلك إلى العصبات من ورثته، فإن أظهر العجز فللورثة أن يعجزوه وتبطل الوصية، وإن قال الموصى له: أنا أنظره بالمال وأرآد الورثة تعجيزه لم يكن له متعهم من حقوقهم، وهذا كما لو أرآد السيد أن يقره على الكتابة وأراد المجنى عليه تعجيزه ليبيع رقبته لم يكن للسيد إسقاط حقه من تعجيزه وبيع رقبته وإن عجز المكاتب نفسه بطلت الوصية، قال في «الأم»: وهكذا لو أوصى بكتابته لرجل ويرقبته لآخر إن عجز كان للذى أوصى له أن يعجزه.

ولو أدى المال عنق ويكون ذلك المال للموصى له، وبطلت وصية الآخر، وإن عجز نفسه سلمت الرقبة إلى الموصى له بها وبطلت وصية الآخر بالمال [١٥٧/١٥٧].

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/٣٠٢).

فرع

قال في «الأم»: ولو قال: أوصيتك له بما يعجله مكاتبتي من مال الكتابة صحت الوصية لأن تعليق الوصية بالصفات المجهولة تصح ثم ينظر فإن عجل شيئاً مما عليه دفع ذلك إلى الموصى له وإن لم يعجل بل أدى المال في نجومه بطلت الوصية، ولا يجبر على تعجيله ولا يعجز إذا لم يعجله.

مَسَأَلَة: قال: ولو كانت الكتابة فاسدة بطلت الوصية أراد بهذا الوصية بالنجوم والكتابة فاسدة لا تصح لأنها لا يملك بالكتابة الفاسدة المال في ذمته، وقال أبو إسحق: إلا أن يقول: ما قبضت من نجومه الفاسدة فقد أوصيتك به لفلان فتكون هذه وصية صحيحة كما قلنا في الوصية بملك غيره إذا أضافه إلى ملكه ويحکى هذا عن الشافعی رضي الله عنه، وقال الدارکی: لا أعرف لهذا وجهاً، وقال بعض أصحابنا: أراد به إذا قبضته وعتق بالصفة وما أخذ مثل قيمته، أو أقل فقد ملكه فتصح الوصية به.

مَسَأَلَة: قال: ولو أوصى برقبته وكتابته فاسدة فيها قولان.

إعلم أنه إذا كاتب عبدة كتابة فاسدة ثم أوصى برقبته فيه قولان منصوصان في «المختصر» أحدهما: تصح لأن ملكه لم يزل عن رقبته، والثاني: لا يصح قال المزني: الأشبة بقوله أن يصح لما ذكرنا من العلة، وقال أبو إسحق: يحتمل أن يكون القولان إذا لم يعلم بفساد الكتابة فأمّا إذا علم بفسادها صحت الوصية قولان واحداً، وهكذا إذا باعه بيعاً فاسداً ثم أوصى به فإن لم يعلم بفساد البيع هل تصح الوصية قولان، وإن علم بفساده صحت الوصية [١٥٨/أ] قولان واحداً، قال: ويحتمل أن تكون المسألة على قولين سواء علم السيد أن الكتابة فاسدة، أو لم يعلم لأن الكتابة الفاسدة كالصحيحة في وقوع العتق بالأداء ويخالف هذا إذا باع بيعاً فاسداً ثم أوصى به، وهو يعلم أنه فاسد صحت الوصية قولان واحداً لأن البيع الفاسد ليس بال صحيح.

والصحيح الطريقة الأولى، لأن الشافعی نص في «الأم»، فقال: فيه قولان: أحدهما: الوصية باطلة إلا أن يقول: ليس بمحالٍ لأن كتابته فاسدة، فأمّا إذا أوصى به وهو يراه مكتاباً، فالوصية باطلة لأنه أوصى به وهو يراه لغيره.

والثانية: جائزة في الوجهين جميعاً لأنه ليس بمحالٍ ولا خارج عن ملكه بالبيع الفاسد فقد صرّح الشافعی بأن القولين إذا لم يعلم بفساده ونص أيضاً على أنه إذا أوصى بشيء وهو لا يعلم أنه مالكه ثم علم أنه كان قد ورثه فيه قولان، وهو أيضاً نص صريح على مثل ما ذكرنا.

وأما إذا باع شيئاً وعنه أنه لغيره فإذا هو قد ورثه ولم يعلم نص الشافعي على بطلان البيع، قال أصحابنا: وفيه قول آخر يصح البيع لأنَّه صادف ملكه، ولعلهم أخذوا هذا القول من الوصية ومن أصحابنا من قال: البيع لا يصح قولاً واحداً بخلاف الوصية لأنَّها مبنية على الخطر بخلاف البيع.

مَسَأَلَة: قال: ولو قال: ضَعُوا عَنْ مَكَاتِبِي أَكْثَرَ مَا بَقَى عَلَيْهِ وَبِمِثْلِ نَصِفِهِ.

الفَصْلُ

ذكر الشافعي في هذا الفَصْلِ ثلاث مسائل ترك المزنٰ الأولى منها لسهولتها ونقل [١٥٨/ب] الثانية والثالثة والأولى هي أصل للثانية وصورة الأولى أن يوصي رجل، فيقول: ضعوا عن مكتابي أكثر ما بقي عليه من مال الكتابة فقد أوصى أن يوضع عنه نصف ما بقي عليه وزيادة لأن أكثر الشيء ما زاد على نصفه فيضع عنه الورثة نصف ما بقي عليه وزيادة ما شاءوا من غير تحديد بمقادير.

والثانية التي نقلها المزنٰ وصورتها أن يقول: ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه من مال الكتابة ومثل نصفه فقد أوصى بأن يوضع عنه ثلاثة أرباع مال الكتابة وزيادة شيء لأن أكثر ما بقي هو النصف وزيادة عليه ونصف ذلك يكون الرابع وزيادة شيء، فإذا كان ألف درهم فأكثر ما عليه خمس مائة درهم وزيادة، وإن قلت: فيوضع عنه خمس مائة درهم إن شاء الورثة أن يكون الزيادة درهماً ويوضع عنه مائتان وخمسون ونصف درهم، وهو النصف. جملة الموضوع عنه سبع مائة وخمسون درهم ونصف درهم، والباقي عليه.

ولو زاد على ثلاثة أرباع المال درهماً كفى ولا يلزمُه مثل نصف ذلك الدرهم وصار كأن الزيادة على النصف كانت تلثي درهم والزيادة الثانية بثلث درهم.

والثالثة، أن يقول: ضعوا عنه أكثر ما بقي عليه ومثله فقد أوصى بأن يوضع عنه زيادة على مال الكتابة لأن أكثر ما بقي هو النصف وزيادة ومثل ذلك يكون نصفاً وزيادة، فيكون الجميع أكثر من مال الكتابة فتصح الوصية بمال الكتابة وتبطل في الزيادة لأنها وصية بمال لا يملك ولا يمكن أن يوضع إلا ما عليه [١٥٩/أ].

مَسَأَلَة: قال: ولو قال: ضَعُوا عَنْهُ مَا شَاءَ.

الفَصْلُ

نقل المزنٰ: أنه لا يجوز أن يشاء جميع ما عليه بل يحتاج أن يبقى منه جزءاً، وإن

قل، ونقل الريبع عن «الأم»: أنه إذا قال: ضعوا عنه من كتابته ما شاء فشاء كلها لم يوضع عنه حتى يبقي منها شيئاً، فقيد بقوله من كتابته، وخالف أصحابنا في هذا فمذهبهم من قال: الصحيح ما نقله الريبع، وإنما يوضع البعض إذا قال: ضعوا عنه من كتابته شيئاً لأن «من» تقتضي التبعيض، فأما ما نقله المزن尼، وهو إذا قال: ضعوا عن مكاتبي ما شاء، فإذا شاء الكل وضع عنه لأنه علق ذلك بمشيئته مطلقاً، وقال أبو إسحق: الكلامان معأً صحيحان، أمّا ما نقله الريبع فصحيح على ما ذكرنا، وأمّا ما نقله المزن尼 فله وجه صحيح، وذلك لأنه لو أراد وضع جميع مال الكتابة لقال: ضعوا عنه جميع مال الكتابة فلما قال: ضعوا عنه ما شاء كان معناه ما شاء من كتابته فحمل على ذلك، وقيل: معناه في التقدير: ضعوا عنه ما شاء مما عليه، أو من مال الكتابة، فإنه لا يصح إلا هكذا فكأن كلمة «من» مضمرة فيه، وهكذا قال القاضي الطبراني، وقال صاحب «الإفصاح» إذا قال: من مال كتابته فهو كما قال في «الأم»: وإذا لم يقل ذلك، وأطلق كما نقل المزن尼: فيه وجهاً، وقال القفال: غلط المزن尼 وترك كلمة «من» ولا بد من ذلك ليصح ما ذكر من الجواب.

فرعٌ

قال في «الأم»: ولو قال: ضعوا عن مكاتبي بعض كتابته أو بعض ما عليه وضعوا عنه ما شاؤوا من كتابته، وإن قلّ وإذا وضعوا قدرأ، وإن كثر [١٥٩/ب] يكون ذلك بوصيئته ولا يقال: الزيادة على الواجب تبرّع من جهة الوارث لأن لفظ الموصي يتحمل ذلك ولهم أن يضعوا ذلك عنه من آخر نجومه، أو أولها كما يوصي لرجل بدين عليه من دين حال، أو بأجل وضعوا عنه إن شاء من الحال وإن شاء من المؤجل.

فرع آخر

ولو قال: ضعوا عنه نجماً من نجومه، أو بعض نجومه لم يكن لهم أن يضعوا عنه نجماً، ولهم أن يضعوا عنه أي نجم شاؤوا.

فرع آخر

قال: ولو قال: ضعوا عنه ما يخفف من كتابته، أو ضعوا عنه ما يثقل عليه من كتابته، أو ضعوا عنه جزءاً من كتابته، أو ضعوا عنه كثيراً من كتابته، أو قليلاً من كتابته، أو ذا بالي من كتابته، أو غير ذي بالي كان إليهم أن يضعوا عنه ما شاؤوا لأن القليل يخفف عنه من كتابته، ويثقل عليه مع غيره في كتابته ويكون كثيراً وقليلاً.

فَرْعَّ أَخْرُ

قال: ولو أوصى له بنجم من كتابه وكانت نجمة مختلفة كان ذلك إلى الوراثة يعطونه أي نجم شاؤوا متقدماً، أو متاخراً أقل النجوم مالاً أو أكثرها، ولو قال: ضعوا عنه أكبر نجمة أو أكثر نجمة وضع عنه أكثرها مقداراً لأن الأكبر لا يعبر عنه عن طول الأجل لأنه لا يقال: أجلٌ كبيرٌ وصغيرٌ، وإنما يقال: أجل طويل وقصيرٌ.

فَرْعَّ أَخْرُ

قال: ولو قال: ضعوا عنه أوسط نجمة، فإن كانت ثلاثة وكانت متفقة الأجال والمقدار وضع الثاني، وإن كانت أربعة كانوا بال الخيار بين أن يضعوا الثاني أو الثالث لأنَّه أوسطين، وإن كانت خمسة وضعوا الثالث، وإن كانت مختلفة في [١٦٠/أ] الأجال والمقدار مثل أن يكون أحدهما مائة والآخر مائتين والآخر ثلاثةمائة ويكون أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين والآخر إلى ثلاثة أشهر، كانوا بال الخيار بين أن يضعوا الأوسط من الأجال والمقدار والعدد.

فَرْعَّ أَخْرُ

لو قال المكاتب: أراد السيد في المقدار، قال الوراثة بل أراد في العبد، فالقول قول الوراثة أنهم لا يعلمون ما أراد وال الخيار إليهم وعليهم اليمين، وهكذا الحكم إذا قال: ضعوا عنه نجماً من أوسط نجمة ولا فرق بين العبارتين.

فَرْعَّ أَخْرُ

قال: ولو قال لمكاتب: إذا عجزت بعد موتي فأنت حرٌ عتق بعجزه بعد الموت لأنَّه لا يمتنع أن يكون الموت صفة في وقوع العتق كالتدبر، قال أصحابنا: ويصح مثله في قول السيد لعبد: إذا دخلت بعد موتي الدار فأنت حرٌ أن يعتق بموت السيد بدخولها لأنَّ الصفة المطلقة تقتضي حال الحياة، وإذا قيدها بما بعد الموت تعلقت به، وقال صاحب «الحاوي»: وفي هذا نظرٌ عندي، وفرق بيته وبين مسألة المكاتب لأنَّ العبد موروث فجاز أن يعتق المكاتب بالعجز لبقاءه على حكم ملك السيد، ولم يعتق العبد بدخول الدار لخروجه عن ملك السيد.

فَرْعَّ أَخْرُ

قال: لو ادعى العجز في هذه المسألة فإنَّ كان قبل حلول النجم لم يعتق لأنَّ العجز

وقت الاستحقاق، وإن ادعى بعد حلول النجم أنه عاجزٌ اعتبر ما بيده فإن كان معه مالٌ النجم لم يعتن لأنه ليس بعجز وإن جاز أن يعجز نفسه لأنه عتن عنقه بالعجز لا بالتعجز، وإن لم يكن بيده مالٌ، فالظاهر عجزه، [١٦١/ب] فيكون القول قوله مع يمينه في التعجز إن كذبته الورثة لأنَّه أَمْرٌ يتعلَّق به، فالمرجع إليه، فإذا حلفَ عتن ولو عجز عن آخر النجومِ وقدر على الأول، والثاني كان عاجزاً يعتن به.

فرْعَ آخرٌ

لو كاتب عبداً غائباً وعبدأً حاضراً فقبل الحاضر لنفسه وعن الغائب لم يجز، وقال أبو حنيفة: يجوز وهذا لا يصح لأنَّه لم يأذن له الغائب بذلك فلا يصحُّ.

فرْعَ آخرٌ

لو كاتبه على زفاف خميرٍ فلو عجلَ دفعها إلى السيد قبل حلول النجم، قال بعض أصحابنا فيه وجهان، وإنَّا ظهرَ أنه لا يعتن لأنَّ في الكتابة الفاسدة يعتن بالصفة والصفة عند حلول النجم.

فرْعَ آخرٌ

لو قال: إن شفى الله مريضي فعدي مكاتب لا يكون شيئاً إلا أن يقول: كاتب عبدٍ.

فرْعَ آخرٌ

لو حلفَ لا يبيع عبداً فكاتبه لا يحيث لأنه لا يُسمى بيعاً في العرف وقيل: فيه وجه آخرٌ يحيث لأنه بيع رقبته منه في الحقيقة.

فرْعَ آخرٌ

إذا كاتب عبداً المرهون لا يجوز وكذلك إذا كاتب عبداً المؤجر لا يجوز لأنَّ الرهن يقتضي البيع والكتابة تمنع البيع والكتابة تقتضي التمكين من التصرف، والإجارة تمنع ذلك.

فرْعَ آخرٌ

قال بعض أصحابنا: يجوز كتابة أم الولد والمدبر لأنَّه عتن بصفة يجوز أن يتقدم الموت فجاز في المدبر وأم الولد بالعتن المعلى بدخول الدار، وقال ابن أبي أحمد في «التلخيص»: أم الولد في جميع أحكامه كالأمة إلا في أربع مسائل، لا يجوز بيعها ورهنها وهبتها وكتابتها، ولا يجري فيها الوصاية [١٦١/أ] أو المواريث، قاله في البيع نصاً وقلته

في الباقي تخرجاً، وقال القاضي الطبرى: قال في «الأم»: ولا تختلف أم الولد المملوكة في شيء إلا أنه لا يجوز لسيلها بيعها ولا إخراجها من ملكه بشيء غير العنق، وهذا يدل على أنه يجوز له أن يكتابها، قال: ومن أصحابنا من خرج في جواز كتابتها وجهاً آخر أنه يجوز ولأن الشافعى نص أن المكاتبية إذا حيلت من سيدها لم تبطل الكتابة، وقال الداركى: فيه وجهان، وهذا كله تخليط، والفرق بين استدامة الكتابة وابتدائها أن الاستدامة أقوى من الابتداء، وقد أجمع أصحابنا على أن الإحتجال يمنع ابتداء الرهن ولا يمنع من استدامته في أحد القولين، ولا يجوز كتابة أم الولد على ما أشار إليه في «الأم»، وهذا أصح عندي لأن الكتابة اعتياض عن رقتها، ولا يجوز ذلك كالبيع والمشهور عند أصحابنا بخراسان جواز كتابتها وكذلك عند أكثر أصحابنا بالعراق والتحقيق ما ذكرنا والله أعلم.

فرع آخر

ذكره والدي رحمة الله إذا أدى المكاتب المغيب إلى سيده ولم يبق عليه شيء فقبل معرفة السيد بالغيب شهد المكاتب عند الحاكم هل تقبل شهادته؟ يتحمل وجهين، فإذا لم يقبلها وردها فعاد بعد الرضا بالغيب، وأعاد الشهادة هل يقبل هذا المعاد أم لا؟ يتحمل وجهين.

فرع آخر

إذا قال لعبد: أنت حر مثل هذا العبد، وأشار إلى عبد آخر يتحمل أن لا تقع الحرية لأن حرية البدن غير الحرية في المشتبه به، فيعلم أن القصد به حرية الخلق وهذا يشبه ما يقول: إذا قال: أنت أذنى من فلان لم يكن قادنا [١٦١/ب] إلا أن يقول: فلان زان، وأنت أذنى منه.

فرع آخر

لو قال لعبد: أنت حر مثل هذا وأشار إلى عبد، ولم يقل: هذا العبد احتمل أن يعتق والأصح أنهما لا يعتقان لأن عتق المشتبه به لم يثبت حتى يعتق هذا بتمثيله به، وهو قياس ما ذكرنا في القدف سواء.

فرع آخر

إذا قال: فلان أخي ثم أردت به الأخوة من الرضاع يجب أن يقبل لأن النفظ وإن كان محتملاً فالظاهر من محتمليه هو الأخوة من جهة النسب ولا يقبل قول أحد فيما يخالف

ظاهر كلامه، ولهذا لما ذكر الله تعالى المحرمات في القرآن قيد الأمهات والأخوات بالرضاع لما قصد ذكرهن ولم يقيد أمهات النسب وأخواته بذكر النسب، ولهذا نقول: لو قال أردت به الأخوة بالإسلام لم يقبل، وإن كان الله تعالى قد قال: ﴿إِنَّا مُتَّمِّنُ إِلَّا حَوْنَ﴾ [الحجرات: ١٠]، ويحتمل أن يقبل ذلك عندي لأن الناس يسمونه أخاً مطلقاً في بعض البلاد.

فرز آخر

إذا أوقع العتق على بعض مملوكيه سري إلى الباقي إذا كان قابلاً للعتق إلا في مسألة ذكرها بعض أصحابنا، وهي: إذا وكل آخر بأن يعتق عبده كله فأعتقد الوكيل نصفه، ففي وقوع العتق على النصف وجهان: أحدهما، لا يقع، والثاني، يقع وبه، قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد.

والثاني، لا يعتق إلا النصف ويبقى نصفه لإعناق المالك، وبه قال أبو حنيفة إلا أنه قد يستسعي في الباقي، وهذا الوجه ضعيف على أصلنا لأن إعناق الوكيل عنه كإعنته بنفسه فلما امتنع التبعيض هناك كذلك ههنا.

فرز آخر

إذا قال لأخر: [١٦٢/أ] أنت تعلم أن العبد الذي في يدي حرّ حكم بحربيته، ولو قال: أنت تظن أنه حرّ لم يحكم بحربيته، والفرق أنّ في الأول لو لم يقل بالحربيه أدى إلى أن لا يكون المقول عالم بحربيته، والسيد معرف بعلمه بذلك، فأوقدنا الحرية ليتحقق هذا المعنى، وفي المسألة الثانية إذا لم يوقع الحرية لم يخرج المقول له من أن يكون ظاناً لجواز أن يظن الإنسان الشيء على خلاف ما هو به ومثل هذا في العلم لا يصح.

فرز آخر

إذا قال لأخر: أنت ترى أن العبد الذي في يدي حرّ احتمل أن لا تقع الحرية ويحتمل أن تقع الحرية ويتحمل الرؤية ههنا علم العلم كما قال الشافعي رضي الله عنه إذا قال لامرأة: إن رأيت الهلال فأنت طالق حتى إذا رأاه غيره وتحمل الرؤية على العلم.

فرز آخر

رجل ضرب عبد غيره، فقال صاحب العبد للضارب معتاباً له على الضرب عبد غيرك حرّ مثلك هل تقع الحرية بهذا القول؟ . قال والدي رحمة الله: عندي أنه لا تقع الحرية لأنه لم يعين عبده . واللفظ محمول على عبد واحد من عبيد الدنيا كبير عنه مع أنه اعتراف

بالحرية وهو منافق لأنّه وصفه بكونه عبداً حراً، فهو كما لو قال: عبدي لفلان لا يكون إقراراً لما فيه من التناقض.

فرع آخر

قال بعض أصحابنا بخراسان: إذا أوصى لعبده بثلث ماله فيه ثلاثة أوجه أحدها: بطلت الوصية، والثاني: تصح بثلث نفسه فقط، والثالث: يصح بجميع ثلثه ويقدم نفسه عليه [١٦٢/ب].

باب عتق أمهات الأولاد

مسألة: قال: وإذا وطىء أمّة فولدت ما تبيّن أنّه من خلق الآدميين.

الفصل

إعلم أنّه إذا وطىء أمّة فولدت ولداً منه، فالولد حرّ لأنّها علقت في ملكه وتسري حرمة الحرية إلى الأُم، فصيّر أم ولدّه لا يجوز بيعها ولا هبّتها ولا التصرف فيها بشيء من أنواع التصرفات، ولكن يجوز التصرف في منافعها بالوطىء والاستخدام، فإذا مات السيد عتقت بموته وبه قال عمر وعثمان وعائشة رضي الله عنّهم، وسعيد بن المنبيّ والحسن ومالك وأهل المدينة والأوزاعي وأهل الشام والليث بن سعيد وأهل مصر وأحمد وإسحق وكافة أهل العلم.

وروي عن جابر وعبد الله بن الزبير، وبه قال داود والشيعة يجوز بيع أم الولد، وروى الحجازيون عن علي رضي الله عنه أنه حرم بيعها، وروى العراقيون عنه جوازه، وروى الشيعة عن ابن سيرين عن علي رضي الله عنه، أنه قال: اقضوا في أمهات الأولاد بما كنتم تقضون فإني أكره أن أخالف أصحابي يعني أبا بكر وعمر وعثمان رضي الله عنّهم وروي عن عبيدة قال: بعث إلى علي رضي الله عنه وإلى شريح أن اقضوا ما كنتم تقضون في أمهات الأولاد فإني أكره الاختلاف.

وروي عن عبيدة السلماني أنه قال: سمعت علياً رضي الله عنه يخطب، فقال: إن عمر ساورني في أمهات الأولاد فأجتمع رأيي ورأيه أن يعتقن فقضى عمر بذلك، [١/١٦٣] ثم ولّ عثمان فقضى بذلك حياته ثم ولّت فرأيّت أن أرّقهن، فقال له عبيدة: رأيي عدلين في جماعة أحب إلى من رأى عدلي. وفي رواية عن علي رضي الله عنه، قال: اجتمع رأيي ورأيي عمر على أن لا تبع أمهات الأولاد، وأنا أرى الآن أن يباعن، فقال له عبيدة السلماني: رأيك مع الجماعة أحب إلىينا من رأيك وحدك في الفرقـةـ فـمـنـ أـصـحـابـنـاـ مـنـ قـالـ:

رجع عن ذلك ومنهم من قال: لم يرجع عن ذلك ولكن العصر الثاني: أجمعوا على أنها لا تُباع ويرتفع الخلافُ السابق في أحدِ القولين.

وروى عبد الله بن قارب الشفوي أنه اشتريَ رجلاً جارياً بأربعة آلافٍ كانت قد أسقطت من مولاها سقطاً، فبلغ ذلك عمر رضي الله عنه، فأتاه بالدرة ضريباً وقال: بعدما احتللت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهم بعثموهن وأكلتم أثمانهن لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم أن يأكلوها فباعوها وأكلوا أثمانها، وعن ابن عباسٍ رضي الله عنهما روايتان: إحداهما، أنه قال: هي كشاتك أو بعيرك، والثانية، أنه قال: تجعل في سهم الولد وتعتُّ عليه، وروي عن سلامة بنت مغفلٍ، فقالت: كنت للحباب ابن عمرو، فمات ولدي منه غلام فقلت امرأته: الآن تباعين في دينه فأتيت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فذكرت ذلك له، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من صاحب تركة الحباب»، فقالوا: أخوه أبو اليسر كعب بن عمرو فدعاه رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: «لا تباعوها وأعتقوها، فإذا سمعتم برقيق قد جاءني فأتووني أعرضكم عنها»، ففعلوا فاختلقو فيما بينهم بعد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال بعضمهم: أن أم الولد مملوكة لولا ذلك لم يعوضهم رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال بعضمهم: بل هي حُرَّةٌ أعتقها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ففي ذا كان الاختلاف^(١). وروي فرفع خوات إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تباع وأمر بها فأعتقت»^(٢). وروي عن قتادة أنه قال: إن عمر وعمر يعني عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز أعتقا أمهات الأولاد ومن بينهما من الخلفاء.

واحتجوا بما روي عن جابر رضي الله عنه، قال: كنا نبيع أمهات أولادنا ورسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بين أظهرنا إلى أن نهانا عنه عمر رضي الله عنه فانتهينا^(٣).

وروى عن جابر وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهم أنساً قالاً: كنا نبيع أمهات الأولاد على عهده رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٤).

ودليلنا أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال عند موته: «ما اختلفَ ديناراً ولا درهماً، ولا عبداً ولا أمّةً»، قالت عائشة رضي الله عنها، فمارية، فقال: «تلك أعتقها ولدُها»^(٥).

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٦٤٨٩).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (٣٤٥/١٠)، والدارقطني في سنته (٤/١٣٣).

(٣) أخرجه أبو داود في العتق، باب في عتق أمهات الأولاد (٣٩٥٤).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٠٧٨٠).

(٥) سيأتي تخرجه.

وقال الوليد بن عبد الرحمن عهد النبي ﷺ إلى علي رضي الله عنه أن أمَّ إبراهيم حُرَّة^(١)، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهمَا أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: أَمَّ إِبْرَاهِيمَ حِينَ وُلِدَتْ أَعْنَقُهَا وَلُدُّهَا^(٢) . وروى ابن عباس رضي الله عنهمَا أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: أَيْمَا أُمَّةً وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَهِيَ حُرَّة^(٣) ، وروي: «فَهِيَ مَعْتَقَةٌ مِّنْ دَبِّ مَنْهُ»^(٤) ، وروى ابن عمر رضي الله عنهمَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «أَمَّ الْوَلَدِ لَا يَبْعَنُ وَلَا يَوْهِنْ [١٦٤/١٠] وَلَا يَوْرِثُنْ، وَيَسْتَمْتَعُ بِهَا سَيِّدُهَا مَا بَدَا لَهُ إِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّة^(٥) .

وقال الإمام أحمد البيهقي: هذا رواه ابن عمر عن عمر وغلط من زفعه إلى رسول الله ﷺ، وروى ابن عباس رضي الله عنه، قال: أَعْتَقَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ، وقال: «لَا يَبْعَنُ فِي دِينِ، وَلَا يَحْصُنُ فِي وَصِيَّةٍ»^(٦) .

وأَمَّا خبرُهُمْ فَلَيْسَ فِيهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلِمَ ذَلِكَ فَأَقْرَبُهُمْ عَلَيْهِ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ نَهَى عَنْهُ بَعْدِ ذَلِكَ وَلَمْ يَلْعَمْهَا النَّهْيُ وَيَبْلُغَ عَمْرَهُ وَمِنْ تَابِعَهُ، فَأَجْمَعُوا عَلَى تَحْرِيمِ بَعْنَهُ.

وقال الإمام أحمد البيهقي أقوى شيءٍ فيه إجماعُ الْخَلْفَاءِ، أو نَحْمَلُهُ عَلَى الْأَسْتِيلَادِ بِرَفْعِ النَّكَاحِ.

ورفع إلى شريح رجلٌ تزوج أمةً فولدت له أولاً دُمْ ثم اشتراها فرفعهم شريح إلى عبيدة، فقال عبيدة: إنما تعتق أمَّ الْوَلَدِ إِذَا وَلَدُهُمْ أَجْرَارًا، فَإِذَا وَلَدُهُمْ مَمْلُوكِينَ، فَإِنَّهَا لَا تَعْتَقُ وَبِهَذَا أَجَابَ الشَّافِعِيُّ، وَقَالَ: لَأَنَّ الرُّقَ جَرَى عَلَى وَلَدِهَا لِغَيْرِهِ.

فإِذَا تَقْرَرَ هَذَا نَقْوُلُ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَلَا تَخَالَفْ أَمَّ الْوَلَدِ الْمَمْلُوكَةُ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنَّهَا لَا تَخْرُجُ مِنْ مُلْكِهِ فِي دِينِ وَلَا غَيْرِهِ.

وَهِيَ فِي ثَلَاثَةِ أَحْكَامٍ كَالْحَرَّةِ فِي الْبَيْعِ وَالرَّهْنِ وَالْهَبَةِ، وَفِي الْكِتَابَةِ خَلَافُ مَا ذَكَرْنَا وَهِيَ فِي سَتَةِ أَشْيَاءِ، كَالْأُمَّةِ فِي مُلْكِ أَكْسَابِهَا وَنَفْقَتِهَا وَوَطْنَهَا وَفِي الْعَدْدِ وَشَهَادَتِهَا وَالْجَنَابَةِ

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج (١٣٢٣٦)، (٢٩٤/٧).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب أمهات الأولاد (٢٥١٦).

(٣) أخرجه الطبراني في الكبير (١١/٢٠٩)، بزيادة «فَهِيَ حُرَّةٌ بَعْدَ مَوْتِهِ».

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٢٩٠٥).

(٥) أخرجه مالك في الموطأ في العنق، باب عتق أمهات الأولاد وجماع القضاء في العناقة (١٥٠٩).

(٦) ذكره الزيلعي في نصب الرأبة (٣/٢٨٨).

عليها، وتحالف الحرفة في جنابتها خطأ فإن أرشها على السيد وفي تزويجها اختلاف على ما ذكرنا في كتاب النكاح.

وإذا تقرر هذا ففيه مسائل، أحدها: أن تعلق بوليد حر في ملكه فتصير أم ولد بلا خلاف [١٦٤/ب] إلا في مسألة واحدة وهي الراهن إذا أحيل جاريته المرهونة، فإنها لا تصير أم ولد في أحد الأقوال على ما ذكرنا في كتاب الراهن.

والثانية: أن تعلق بوليد مملوكي في غير ملكه بأن يتزوج أمّة فأحبلها فأتت بوليد يكون مملوكاً، فلا يثبت للأم حكم الاستيلاد بحال خلافاً لأبي حنيفة رحمة الله إلا في مسألة واحدة، وهي المكاتب يستولد أمته يثبت له حكم الاستيلاد في أحد القولين، وإن كان الولد مملوكاً، والفرق أنه قد ثبت لهذا الولد حكم الحرية، فإنه مكاتب على والدو وإن كان مملوكاً في الحال، وفي الولد الحاصل من النكاح لم يثبت حكم الحرية أصلاً، فلا يثبت لأمه حكم الاستيلاد كما لو استولدها بالزنا.

والثالثة: أن تعلق بحر في غير ملكه فهل تصير أم ولد فيه قولان ذكرناهما في مواضع.

فإذا تقرر هذا ينظر فإن أنت بوليد تام الخلقة، إما حيّاً وإما ميتاً تعلق بولادته أربعة أحكام، وهي أن تصير أم ولد وتجب فيه الغرفة بالجنابية، إن كان حراً أو عشر قيمة أمّه إن كان مملوكاً وتجب فيه الكفارة وتنقضى به العدة.

إن أنت بوليد ظهر فيه شيء من خلقه الآدمي، إما يد أو رجل أو ظفر ونحو ذلك يتعلّق به هذه الأحكام أيضاً، وإن وضعت جسداً ليس فيه تخطيط، وقال القوابل: إن فيه تخطيطاً باطناً تعلق به هذه الأحكام أيضاً لأن المرجع فيه [١٦٥/أ] إلى القوابل الالتي هن أهل المعرفة بذلك وقد شهدت بأنه ولد.

إن وضعت جسداً ليس فيه تخطيط ظاهر ولا باطن، ولكن قالت القوابل: بل هذا مبتدأ خلق لا آدمي ولو بقي لتخلق وتصور كانت به أم ولد أيضاً، فإن شكك فيه لم تكن به أم ولد، هذا هو الطريق الصحيح، وهو الذي نصّ عليه الشافعي، ونقله القاضي أبو حامد ذكره القاضي الطبرى، وقال أبو إسحاق: لا تصير بهذا أم ولد قولًا واحدًا، قال أبو حامد وهو ظاهر ما نصّ هنا لأن شرط أن يتبيّن فيه من خلقه الآدمي، وهذا أصبح عندي لأنّه لا يُسمى ولدًا فلا تصير به أم ولد؟، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، ونص الشافعي في العدة، على أن العدة تنقضى به، وقد شرحنا هذا في كتاب العدة وذكرنا ما قيل فيه من الطريق.

فرع

لو نظر إليه من الرجال من له بصيرة وعلم ذلك قبلنا فيه قول رجلين وإنما نص الشافعية على النساء لأن الرجال قلما يتسلمون ذلك وليس ذلك تحتم ولكن هو الأولى والعدالة شرط في النساء وفي الرجال الذين رجعنا إلى قولهم.

مسألة: قال: فإذا مات عتق من رأس المال.

إذا مات سيد أم الولد، فإنها تعتق بموته من رأس المال بدليل ما روي أن مارية القبطية لما أتت بابراهيم ابن النبي ﷺ قال ﷺ: [١٦٥/ب] «أعتقها ولدها» أي أثبت لها حرمة الحرية وحقها ولم يرد به أنها عتق في الحقيقة، ولا فرق بين أن يجلبها في الصحة أو في المرض لأنها بمنزلة ما يستمتع به من المأكل والطيب واللباس ونحو ذلك ولا فرق بين المديون وغيره لأن الاستيلاد لما تحقق صار كالاستهلاك بخلاف التدبير، ولهذا جاز بيع المدبر دون أم الولد، وقد روي أن عكرمة سئل عن أمهات الأولاد فقال: هن أحرار، قيل له: بأي شيء تقوله، قال: بالقرآن، قالوا: بماذا قال: قال الله تعالى: ﴿أطِيعُوا اللَّهَ وَآتِيُّوا النَّبِيَّ وَأُولَئِكُمْ أَكْرَمُ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٥٩]، وكان عمر رضي الله عنه من أولي الأمر، قال: أعتقت وإن كان سقطاً وروي عنه أنه قال: أعتقها ولدها وإن كان سقطاً.

مسألة: قال: ولد أم الولد بمنزلتها^(١).

أم الولد إذا أتت بولد لا يخلو، إما أن تأتي به من سيدها أو من غيره، فإن كان من سيدها، فهو حر لأن الأول أتت به وهي مملوكة، وكان حرأ فهذا الولد الثاني وقد ثبت لها حق الحرية أولى أن يكون حرأ ولا يثبت الولاء على هذا الولد والاعتبار بالأم في رق الولد وحريته إلا في الاستيلاد فإن الولد في الحرية تبع الأب لا تبع الأم، وإن أتت به من غيره، إنما من زوج أو من زنا. وقول الشافعية من حلال أراد به من زوج فإنه يثبت له الحرية مثل ما يثبت لها وتعلق عتقه بموت السيد، فلا يجوز له التصرف فيه [١٦٦/أ] بما لا يجوز في الأم لأن الولد تبع للأم في الرق والحرية وفي سبب الحرية إذا كان مستقراً، ثم ينظر فإن مات السيد عتق الأم والولد بموته، وإن ماتت الأم قبل موت السيد، فقد بطل حكم الحرية فيها، وبقي ذلك الحكم في الولد، فإذا مات السيد عتق بموته من رأس المال لأن الحكم ثبت له ثبوتاً مستقراً فلم يبطل بموته الأم.

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/٣١٣).

ولأن عنته غير موقوف على عنة أمه ولكن يوقف عنقه وعنة أمه على موت السيد، فإذا مات السيد بقي من بقي من الولد كجماعةٍ من المالك تعلق عتقهم بوصفي، فمات بعضهم ثم وجد الوصف وبهذا يخالف ولد المكاثبة إذا عجزت نفسها وفسخت الكتابة، فإن ولدتها يرق لأن أداء المال يسقط بفسخ الكتابة، وذلك العتق معلق بصفة أداء المال، فإذا سقطت الصفة سقط العتق في الأم والولد جمِيعاً، وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: إذا ولدت الأمّة من سيدها فنكحت بعد ذلك فولدت أولاداً كان ولدتها بمنزلتها بعيداً ما عاش، فإن مات فهم أحراز.

مَسَأَلَة: قال: ولو اشتري امرأة وهي أمّة حاملٌ منه، ثمّ وضعت عنده عتق ولدها منها.

الفَضْلُ

إذا اشتري زوجته وهي حامل فولدت عنده، فإن الولد يكون لسيد الأمة، وقد ملك ولده فعتق بالملك ولم يُرد به الشافعي أنه يعتق يوم الوضع بل حكمنا بعتقه من بطنها يوم اشتراها حاملاً، وإنما هو توسيع في العبارة ويشتت عليه الولاء.

وإن ولدت ثم اشتراها ولدتها فأولى أن يعتق الولد، [١٦٦/ب] وأما الأمُّ، فلا تصير أم ولد لَهُ أبداً حتى تحمل منه وهي في ملكه وبه قال أَحْمَدُ، وقال أبو حنيفة: تصير أم ولد له لأنها علقت بولد ثابت النسب منه، وقال مالك: إن اشتراها وهي حاملٌ، فولدت عنده في ملكه تصير أم ولد لهُ، وإن اشتراها بعد أن ولدت لا تصير أم ولد لَهُ. وَدَلِيلُنَا: أنها علقت بولد مملوكي، فلا تصير أم ولد له كما لو علقت بالزنا، وقد بَيَّنا أنه لو ملك ولد الزنا لا يعتق عليه خلافاً لأبي حنيفة.

ثم قال الشافعي رضي الله عنه: فإن أصابها بشبهة فعلقت منه ثم ملكها لم تكن به أم ولد، وقد ذكرنا أنه أحد القولين.

ولو كان بين رجلين أمّة فأصابها أحدهما فعلقت قد ذكرنا فيما تقدم حكمه ونشير في هذا الموضع، فنقول: إن كان مُعسراً فعليه نصف قيمة ولده ونصف مهر مثلها، وإن كان مُسراً، فعليه نصف قيمتها لشريكه وكلها أم ولد له، وفي نصف قيمة الولد قوله، قال القاضي أبو حامد: لا يلزمُه في أولاً هبأ لأنه أتلف حق شريكه منها بالعلوقي قبل: أن يكون للجنيين قيمة، وهذه العلة لا تصح لأنه يوجب أن لا تجب أيضاً إذا كان مُعسراً لأنه أتلف حق شريكه منه بالعلوقي، قبل: أن يكون للجنيين قيمة وقد نصَّ على أنه يجب ذلك ولكن العلة صحيحةٌ فيه أنا جعلناها أم ولد في الحال، فيكون الوضع في ملكه فلا تجب قيمة الولد بخلاف ما إذا كان مُسراً فإنها وضعت نصفه في ملكه ونصفه في ملك شريكه لأن

نصیب شریکه لم یصر ام ولد لَهُ.

ثم قال: وللمكاتب أن يبيع أم ولده، وقد ذكرنا حكمه وعند أحمد لا يبيعها، وقال ابن أبي أحمد: [١٦٧/أ] لا تباع أم الولد إلا في ثلثة مسائل، إحداها: هذه، والثانية: أن يطأها فأولدها وهي مرهونة، والثالثة: إذا أحبلها بعد ما حنت وقد شرحتها فيما تقدم.

مَسَأَلَةً: قَالَ: وَلَوْ أَوْصَى رَجُلٌ لَّا مُّ وَلِدٌ أَوْ لَمْ يَدْبِرْهُ.

الفصلُ

أما أم الولد فالوصيّة لها تصح لأن الوصيّة تلزم بعد الموت وهي حرّة في تلك الحالة فيصح أن تملك بالوصيّة، وأمّا المدبر والمدبرة، فالوصيّة لهما تصح أيضاً لأنهما يعتقدان بموته، ولكن أم الولد تعتق بموت السيد من رأس المال ويعتبر خروج ما أوصى لها من الثلث، فإن احتمل جميعه نفذت الوصيّة فيه، وإن لم يحتمل نفذ في القدر الذي يحتمله الثالث، وأمّا المدبر والمدبرة فيعتبر قيمتهما، وفيه ما أوصى لهما به من الثلث، فإن احتمل جميع ذلك نفذت الوصيّة، وإن لم يحتمل بدءه باعتبار قيمة المدبر فإن خرجت من الثلث نظر حيئه فيما أوصى به فإن يبقى من الثلث شيء نفذ بقدرها، وإن لم يبق شيء من الثلث بطلت الوصيّة، وإن لم يكن يحتمل الثالث جميع قيمة المدبر عتق منه بقدر ما يحتمله الثالث وبطلت الوصيّة له.

مسالَةٌ: ولو جُنِّتْ أُمُّ الولَدِ.

القصص

إذا جنت أم الولد فالأرض يتعلق برقبتها وعلى السيد أن يفديها لأنه منع بيعها بياحبها، ولم يبلغ بها حالة يتعلق الأرض بذمتها ويفارق هذا إذا كان له عبد، فأعتقه ثم جنى تعلق الأرض بذمته فيها.

فإذا تقرر هذا يضمن الأقل من قيمتها أو الأرش بخلاف العبدِ القن في أحدِ القولين، فإنه يفديه بارشِ الجنابة بالغاً ما بلغ [١٦٧/ب] لأنَّه يمكن بيعه بخلافِ أمِ الولد فإنْ فدأها السيدُ، ثم جنت ثانيةً، فقد ذكرنا في كتاب الجنایات قولين: أحدهما، أنَّ الثاني يشاركُ الأولَ وعلل هنَا لهذا القول بأنَّ إسلامه قيمتها كإسلامه بدنها لو كانت أمةً، فنَّا: فليس عليه سوى القيمة الواحدة.

ثم قال: ويندخل على هذا أن إسلامه قيمتها لو كان كإسلامه بذاتها إلى الأول لزم

الأول إخراجُ تلك القيمة بتمامها إلى الثاني إذا بلغ أرش الجنائية الثانية قيمتها كما لو سلم الجنائية الجنائية إلى الأول فجنت في يده الجنائية يستغرق قيمتها وَجَبَ تسليمها إلى الثاني، والقول الأول أن السيد يغرس جنائيتها، الثانية كما غرم الأولى واختار المزني هذا القول، وبه قال أبو إسحق، وقال: هذا أشبه بالحق عندي، ثم احتاج المزني بحجة أخرى للشافعي، فقال: لو كان إسلام قيمتها كإسلام بدنها لوجب أن تكون الجنائية الثانية على قيمتها ولبطلت الشركة، وفي إجماعهم على إبطال ذلك إبطال هذا القول، وفي إبطاله ثبوت القول الآخر إذ لا وجه لقول ثالث، نعلمه عند جماعة العلماء من لا يبيع أمهات الأولاد.

ثم قال: وإذا افتَّحَها ربهَا عن الجنائية الأولى صارت بمعناها المتقدم لا جنائية عليها ولا على سيدها، فكيف إذا جنت لا يكون عليه مثل ذلك قياساً؟ فالجواب أن السيد في الجنائية الأولى قد غرم جميع قيمتها لمنعه إياها عن البيع بالاستيلاد، والمنع لم يتكرر من السيد بتكرر الجنائية كما يتكرر في العبد القن فكذلك لا يتكرر الغرم عليه، وإنما قلنا: لا يسترجع كل القيمة [١٦٨/أ] من الأولى لأن الجنائية الثانية لم تحصل في ملك الأولى حتى يلزمها الفداء، أو التسليم، وإنما حصلت في ملك السيد، ولكن الجنائيات سواء في حق السيد، وهو ما ذكرنا من أن المنع واحد فيها.

واحتاج أيضاً بأن قال: وقد ملك المجنى عليه الأرش بحق، فكيف يجني غيره وغير ملكه وغير من هو من عاقلته فيجب عليه غرمه أو غرم شيء منه وأراد بهذا أن المجنى عليه الأول قد ملك الأرش بكماله وهو قيمة أم الولد، فإذا جنت جنائية أخرى لم يجز أن يسترجع منه بعض تلك القيمة بجنائية حصلت من غيره وغير ملكه، وغير من هو من عاقلته ليحترز ذلك عن عده إذا جنى وعن حميده الذي هو من عاقلته، والجواب أن نقول: نحن إذا سلمنا قيمة أم الولد إلى الأول، نقطع القول بأنها صارت مسلمة له حيث لا يسترجع منه بعضها، ولكن حكمنا له مع جواز نقص ذلك الملك، بمعنى عارض في بعض تلك القيمة ألا ترى أن الورثة إذا اقسموا الميراث حكمنا لهم بالملك؟، ثم إذا وقعت بهيمة في بئر حفرها مورثهم نقضنا ملكهم في التركة بجنائية حصلت من غيرهم وغير ملکهم وغير من هو من عاقلته.

مَسْأَلَةٌ: قال: وإذا أسلمت أم ولد النصري.

الفَضْلُ

إذا كان للذمي أم ولد فأسلمت لا تعتق عليه، ولا تباع ولا تستسعي، ولكن يحال بينه وبينها وتجعل في يد امرأة ثقة ينفق عليها من كسبها، فإن فضل شيء من كسبها كان لسيدها، وإن عجز عن نفقتها لزم السيد تمامها، وبه قال أَحْمَدُ وَإِسْحَاقُ وَجَمَاعَةُ، وقال

مالك تعتق بإسلامها [١٦٨/ب] ولا شيء عليها في إحدى الروايتين، وفي الرواية الثانية عنه أنها تبع عليه، وقال أبو حنيفة رحمه الله: تستسعي في قدر قيمتها، فإذا أدلت تعتق وهو رواية عن أحمد، وقال أبو يوسف ومحمد: تعتق ثم تستسعي في قيمتها، وقال الأوزاعي: يعتق نصفها، وتستسعي في النصف الباقي، ودليلنا: أنه إسلام طرأ على ملك فلا يقتضي تعتقا كالعبد القن إذا أسلم وقد دلتنا على بطلان الاستساع.

فرع

قال أبو إسحاق: إذا أرادت التزويج في هذه المسألة زوجها الحاكم، وكان للسيد مهرها، وكذلك إن اختار تزويجها وكرهته هي غير أنه لا يزوجها فإنما يزوجها الحاكم، وتكون نفقتها على زوجها، وقال بعض أصحابنا بخراسان: هل يجوز تزويجها؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يزوجها هو ولا الحاكم لأن ولادة التزويج لا تثبت إلا مع الموالاة في الدين، وهذا أظهر وهو اختيار القفال، والثاني: يزوجها النصراني لأن يتصرف بالملك، فلا يمنع اختلاف الدين، وما ذكرنا أصح.

فرع

قال أبو إسحاق: هذه الجارية ما دامت مقيمة لا تتزوج فهي أحق بحضانة الولد، فإذا تزوجت صار الأب أحق بالولد إلا أن يخاف الفتنة على دينه فيمنع من ذلك، وإذا كان طفلاً لا يعقل فهو أحق به، قال الشافعي رضي الله عنه: فإن أسلم خلي بينهما لأن المنع إنما تعلق بكتفه، فإذا أسلم زال المانع.

مسألة: قال: وإذا توفي سيد أم الولد أو اعتقها فلا عدة.

لا تجب العدة عليها، ولكن يجب الاستبراء، فإن كانت [١٦٩/أ] من ذوات الإقراء، فإنها تستبرأ بقراءة واحد، وبه قال مالك وأحمد، وقال الثوري: تعتد بقراءتين، وقال أبو حنيفة: تعتد بثلاثة أقراء، وقال إسحاق: يلزمها عدة الوفاة، وقد مضت هذه المسألة بشرحها في كتاب العدة وإن كانت من ذوات الشهور، ففيه قولان: أحدهما: يلزمها شهر واحد لأن كل شهر في مقابله قراء، والثاني: يلزم ثلاثة أشهر وهو الأصح لأن براءة الرحم لا تعلم بدون ذلك لأن الولد يبقى في البطن أربعين نطفة وأربعين علقة وأربعين مضغة، فيتصور بعد ثلاثة أشهر وينتفج جوفها، فيعلم أن بها حملًا، وقيل: ذلك لا يعلم واختار المزنبي القول الأول.

مسألة: قال المزنبي: وقد قطع في خمسة عشر كتاباً بعتق أمهات الأولاد، ووقف في

غيرها .

قال أبو إسحاق: ليس للشافعي في أم الولد إلا قولٌ واحدٌ أنها لا تُباعُ، والذي حكاه المزنئ إنما هو قولٌ حكاه الشافعي عن غيره وليس يتوقف منه فيه ولفظه في بعض المواقف لا يجوز بيعها في قوله من لا يبعها يشير بذلك إلى خلاف كان في السلف، وذلك الخلاف اليوم موجودٌ، والفقهاء متفقون على منع بيعها فلا يكون هذا توقفاً فغلط المزنئ في هذا، وقيل: معناه توقف استيضاحاً لحكم الاجتهاد، وإفساد الدعوى للإجماع رداً على مالك رحمة الله، فإنه ادعى بالاجماع في هذه المسألة بناءً على أصله في أن الإجماع إجماع أهل المدينة فقط لأن علياً رضي الله عنه استجد خلافه في جواز [١٦٩/ب] بيعها بالكوفة بعد أن وافق أبي بكر وعمر رضي الله عنهم بالمدينة، فلم يعتد مالك بخلافه بعد خروجه عنها، والشافعي يخالفه فيما يعتقده من الإجماع في تحريم بيعها، وفيما يراه من إجماع أهل المدينة.

مسألة: قال: وفي كتاب النكاح القديم ليس له أن يزوجها بإذنها .

في تزويج أم الولد ثلاثة أقوال ذكرناها في كتاب النكاح، والأصح أنه يجبرها على التزويج، وبه قال أبو حنيفة، واختارة المزنئ، فإذا قلنا: بالقول القديم لا يزوجها أصلاً، فإن أذنت، قد ذكرنا عن ابن أبي إسحاق والإصطخري أنهما قالا: لا يزوجها الحاكم على هذا القول لأن الحرية إذا منعت ولية المولى، وهو السيد فلأن تمنع ولية الحاكم أولى، وهذا يدل على ضعف هذا القول، وأن الصحيح ما ذكرنا وإذا جوزنا تزويجها فزوجها انقطع ملك السيد عن استمتاعها ويحرم عليه وطنها، ويحل ذلك لزوجها ويلزمه المهر، ويكون ذلك للسيد لأنه من جملة الكسب.

فَزْعٌ

لرأه أن يزوج ابنة أم الولد، فهي كالأم فيها ثلاثة أقوال: وإذا جوزنا تزويجها يجوز أن يزوجها من غير استبراء بخلاف أم الولد لأنها ليست فراشاً للسيد.

فَزْعٌ آخَرُ

لو كان الولد غلاماً لم يكن للسيد إجباره على النكاح لأنه ليس بتكتسب فيجبره عليه بخلاف الأم، وليس لهذا الغلام أن يتزوج بغير إذن السيد وفي جواز تزويجه بإذن السيد وجهان، تخريجاً من الأقوال في أمها.

فرع آخر

إذا وطىء أخيه من الرضاعة [١٧٠/أ] بملك اليمين يلزمه الحد في أحد القولين والتعزير في القول الآخر، والنسب يلحظه ويكون الولد حراً، وتصير الجارية أم ولد له بكل حالٍ، وليس على أصلنا وطىء يجب به الحد، وتصير الجارية أم ولد غير هذا الوطىء، وهكذا الكافر إذا وطىء أمته المسلمة قبل أن تباع عليه، هل يجب الحد قولان وعلى كل حالٍ تصير الجارية أم ولد لأنها علقت بحرًّ في ملكه كالمسلم سواء.

فرع آخر

أم الولد تضمن بالغصب خلافاً لأبي حنيفة وهذا على أصله أن التضمين يوجب التملك ولا يملك أم الولد.

فرع آخر

قال أحمد: إذا أحبل جارية ابنه تصير أم ولد ولا يلزمها قيمتها، ولا مهرها لأنَّه لا يضمن قيمة ولدتها، وهذا لا يصح لأنَّه لو لم يحبّلها لزمه مهرها، فكذلك إذا أحبلها، وأنَّه أتلف ملك غيره فيستحيل أن لا يلزم الصمان.

فرع آخر

للسيد إجارة أم الولد على ما ذكرنا وحكي عن مالك أنه ليس له إجارتها لأنَّه لا يبيعها، فلا يؤجرها المكتابة، وهذا لا يصح لأنَّه يملك استخدامها فيملك إجارتها كالأمة القرن سواه ويخالف المكتابة لأنَّه لا يملك استخدامها، والله تعالى أعلم.

انتهى الجزء الرابع عشر من كتاب بحر المذهب للإمام أبي المحسن عبد الواحد بن إسماعيل الروياني قاضي طبرستان، وانتهى بنهايته جميع الكتاب، ولله الحمد والمنة. الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه أجمعين وسلم تسليماً كثيراً.

محتوى الجزء الرابع عشر من كتاب بحر المذهب

كتاب العنق

٢٣	فصل : إذا تبعضت في العبد الحرية والرق
٢٥	إذا مات من تبعضت فيه الحرية والرق هل يورث ؟
٣٣	باب في عنق العبيد لا يخرجون من الثالث
٤٨	باب كيفية القرعة بين المماليك وغيرهم
٦٧	باب من يعتق عليه بالملك

كتاب الولاء

كتاب المدبر

١١٢	باب وطء المدبرة وحكم ولدتها
١١٩	باب تدبير النصراني
١٢٠	باب تدبير الصبي الذي يعقل ولم يبلغ

كتاب مختصر المكاتب

١٧١	باب كتابة بعض عبد والشريكين في العبد وبياناته
١٨١	باب والد المكاتبية
١٨٩	باب المكاتبية بين اثنين يطأها أحدهما أو كلاهما
٢٠٢	باب تعجيل الكتابة
٢٠٦	باب بيع المكاتب وشرائه

كتاب كتابة النصراني

٢٢٥	باب كتابة الحربي
٢٣١	باب كتابة المدبر
٢٣٣	باب جنایة المكاتب على سيدھ
٢٣٤	باب جنایة المكاتب ورقیقہ
٢٤٣	باب ما جنی على المكاتب
٢٤٥	باب الجنایة على المكاتب ورقیقہ عمداً
٢٤٧	باب إعتاق السيد المكاتب في المرض وغيره
٢٥٣	باب الوصیة للعبد أن یکاتب
٢٥٥	باب موت سید المكاتب
٢٥٧	باب عجز المكاتب
٢٦٤	باب الوصیة بالمكاتب والوصیة له
٢٧٢	باب عتن أمہات الأولاد