

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 كِتَابُ الْعِتْقِ
 بَابُ عِتْقِ الشَّرِكِ فِي الصُّحَّةِ وَالْمَرَضِ
 وَالْوَصَايَا فِي الْعِتْقِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «مَنْ أَعْتَقَ شَرِكًا لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَا لَمْ يَبْلُغْ قِيَمَةَ الْعَبْدِ قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةٌ عَدْلٍ وَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ الْعَبْدَ وَالْأَقْدَقَ عِتْقَ مَا عِتِقَ وَهَكَذَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ».

قال الماوردي: إِنَّمَا عِتْقُ الْعَبِيدِ وَالْإِمَاءِ مِنَ الْقُرْبِ الَّتِي تَتَرَدَّدُ بَيْنَ وَجُوبٍ وَنَدَبٍ وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: «فَلَا افْتَحَمَ الْعَقَبَةَ وَمَا أَذْرَاكَ مَا الْعَقَبَةُ فَلَكَ رَقَبَةٌ» [البلد: ١١، ١٢، ١٣] يعني عتق رقبة من الرق.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: فِي جَهَنَّمَ عَقَبَةٌ لَا يَفْتَحُهَا إِلَّا مَنْ فَكَّ رَقَبَةً^(١).

وَقَالَ تَعَالَى: «وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ» [الأحزاب: ٣٧] يعني زيد بن حارثة أنعم الله عليه بالإسلام وأنعم عليه رسول الله ﷺ بالعتق ولذلك سمي المولى المعتق منعماً وقال الله تعالى فيما أوجه من كفارة القتل: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» [النساء: ٩٢] وفيما أوجه من كفارة الظهار «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ» وفي الكتابة المفضية إلى العتق: «فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا» [النور: ٣٣] ورؤي عن ابن عُيَيْنَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً كَانَتْ فِدَاءَهُ مِنَ النَّارِ»^(٢).

وروي واثله بن الأسقع، وعبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهَا عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ^(٣).

وروي أن عائشة رضي الله عنها نذرت أن تعتق عشرة من بني إسماعيل فسي قوم من بني تميم فقال لها النبي ﷺ: «إِنْ سَرَّكَ أَنْ تُعْتِقِي الصِّمِيمَ مِنْ وَلَدِ إِسْمَاعِيلَ فَأَعْتِقِي هَؤُلَاءِ»^(٤).

(١) أخرجه عبد بن حميد وابن جرير عن الحسن كما في الدر المنثور (٥٩٦/٦).

(٢) أخرجه أحمد في المسند ٥/٢٤٤، ٢٤٤؛ والطبراني في الكبير ١٧/٣٣٣.

(٣) أخرجه أحمد ٢/٤٢٩، ٤/١١٣، ومسلم (١١٤٧) والشافعي كما في البدائع (١١٩٢) والحميدي (١١٩٢) والبيهقي في السنن الكبرى ١٠/٢٧٢.

(٤) البيهقي بنحوه ٩/٧٠ وهو في صحيح مسلم عن حامد بن عمرو وأخرجاه من حديث أبي زرعة.

وأعتق رسول الله ﷺ سلمان، وشقران، وثوبان، وزيد بن حارثة، واشترى أبو بكر رضي الله عنه بلالاً وكان يعذب على الإسلام فأعتقه لوجه الله تعالى، فقال فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه: بلال سيدنا وعتيق سيدنا.

وفي قوله بلال سيدنا ثلاثة تأويلات:

أحدها: قوله ﷺ «سَيِّدُ الْقَوْمِ خَادِمُهُمْ»^(١).

والثاني: لسابقته في الإسلام، وأنه كان من المعذبين فيه.

والثالث: أنه قصد به التواضع وكسر النفس.

وقد أعتق عمر، وعثمان، وعلي رضوان الله عليهم، عبيداً وإماءاً وكذلك أهل الثروة من الصحابة رضي الله عنهم في عصر الرسول ﷺ وبعده، فدل على فضل العتق فقيل: يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَيُّ الرِّقَابِ أَفْضَلُ؟ قَالَ: أَكْثَرُهَا ثَمَنًا وَأَنْفُسُهَا عِنْدَ أَهْلِهَا^(٢) ولأن في العتق فكاً من ذل الرق بعز الحرية وكمال الأحكام بعد تقصانها، والتصرف في نفسه بعد المنع منه وتملك المال بعد حظره عليه فكان من أفضل القرب من المعتق وأجزل النعم على المعتق ولأن الله تعالى كفر به الذنوب وجبر به المآثم ومحا به الخطايا وما هو بهذه الحال فهو عند الله عظيم.

فصل: فإذا تقرر هذا فالعتق ضربان: 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، وسبيتك، وأطلقتك، وخليتك، وما في معناه، فإن نوى به العتق عتق وإن لم ينو لم يعتق ولا يعتق بالنية من غير لفظ كالطلاق ويصح معجلاً ومؤجلاً وناجزاً وعلى صفة وبعوض وبغير عوض اعتباراً بالطلاق ويعلم العبد وبغير علمه ومع إرادته وكراهته.

فصل: وإذا كان العتق 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

(١) أخرجه الخطيب في التاريخ ١٨٧/١٠ وانظر كنز

العمال (٦/١٧٥، ٨/١٧٥، ٩/١٧٥، ٢٤٨٣٤، ٢٤٨٣٥) وانظر كشف الخفاء.

(٢) البخاري ١٤٨/٥ في العتق (٢٥١٨) ومسلم ٨٩/١ في الإيمان (١٣٦/٨٤).

كتاب العتق/ باب عتق الشرك في الصحة والمرض _____ ٥
إلى ملك المطلق، فإذا أعتق الرجل بعضاً من عبده كقوله: نصفه حر عتق جميعه ولم يقف العتق الذي باشره.

وروى قتادة عن أبي المليح أسامة بن عُمير عن أبيه أن رجلاً أعتق شقصاً من غلام فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فقال: «هُوَ حُرٌّ كُلُّهُ لَيْسَ لَكَ شَرِيكٌ»^(١).

وإذا أعتق شركاء له في عبد شرك بينه وبين غيره عتق عليه ما يملكه منه وروعت حاله في يساره وإعساره فإن كان موسراً سرى عتقه إلى شريكه، وعتق عليه جميعه، ووجب عليه لشريكه قيمة حصته، ولم يكن للشريك أن يستبقها على ملكه ولا أن يعتقها في حق نفسه، وإن كان المعتق موسراً لم يسر عتقه إلى حصة الشريك، وكانت حصته باقية على ملكه إن شاء أعتقها وإن شاء استبقاها ولا يجبر العبد على الاستسعاء فيما رق منه في حق واحد منهما وتتبعض في العبد الحرية والرق. وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن تتبعض فيه فيكون بعضه حراً وبعضه مرقوقاً. والواجب تكميل الحرية فيه فإن كان المعتق موسراً كان شريكه بالخيار بين ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يعتق حصته مباشرة فيكون الولاء بينهما.

والحالة الثانية: أن يستسعي العبد في حصته فيعتق عليه بالسوية ويكون الولاء بينهما.

والحالة الثالثة: أن يأخذ المُعتقُ بقيمة حصته ويكون المُعتقُ فيه بين خيارين إن شاء أعتقه، وإن شاء استسعاها في حصته فيه بقيمتها، وإن كان المُعتقُ معسراً كان الشريك في حصته بين خيارين: إما أن يعتقها وإما أن يستسعي العبد فيها.

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

وقال الأصم وابن عُليّة: يعتق حصة المعتق ولا يعتق عليه حصة الشريك موسراً كان أو معسراً.

وقال أبو يوسف ومحمد: يعتق حصة الشريك على المعتق موسراً كان أو معسراً، واستدل أبو حنيفة بما رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن النَّضْر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شَرِكاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ فَعَلَيْهِ خَلَاصُهُ فِي مَالِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ! اسْتَسْعَى الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»^(٢).

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢٧٤/١٠ وانظر كنز العمال (٢٩٥٧١) وابن أبي شيبة ١٨٤/٦.

(٢) أخرجه البخاري ١٣٧/٥ (٢٥٠٤) ومسلم ١١٤٠/٢ (١٥٠٣/٣).

قالوا: وَهَذَا نَصٌ.

قالوا: ولأن تنافي أحكام الحرية والرق تمنع من تبعض الحرية والرق كما امتنع من تبعض الزوجية إباحة 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 يستسعي في قيمة نفسه كما يؤخذ الغاصب بقيمة غصبه. ودليلنا ما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شُرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيَمَةَ الْعَبْدِ قَوْمٌ عَلَيْهِ قِيَمَةٌ عَدَلٌ فَأَعْطِيَ شُرْكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدَ وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ فَأَعْتَقَ وَرُقُّ مِنْهُ مَا رُقٌّ»^(١).

وهذا يدل على عتقه في حق الموسر دون حق المعسر، ويدل عليه ما رواه عطاء عن سعيد بن المسيب عن عمران بن الحصين، وروى سماك بن حرب عن الحسن بن عمران بن الحصين، وروى أيوب عن محمد بن سيرين عن عمران بن الحصين أن رجلاً من الأنصار أعتق ستة أعبد عند موته وليس له مال غيرهم فبلغ ذلك إلى رسول الله ﷺ فدعاهم وجزأهم ثلاثة أجزاء فأعتق اثنين وأرق أربعة^(٢).

فمنع هذا الخبر من قول أبي حنيفة، لأن فيه أنه جزأهم وأبو حنيفة لا يجزئهم وأقرع بينهم، وأبو حنيفة لا يقرع بينهم، وأعتق منهم اثنين وأبو حنيفة يعتق من كل واحد ثلثه، وأرق أربعة وأبو حنيفة لا يسترقيهم، وأوجب استسعاءهم والنبي ﷺ لم يوجبه فصار مذهبه مخالفاً للخبر في جميع أحكامه فوجب أن يكون مدفوعاً به، لأن الاستسعاء عتق بعوض فلم يجبر عليه العبد كالكتابة، ولأنه لما لم يقوم على المعتق المعسر فأولى أن لا يقوم على العبد بالسعاية، لأنه أسوأ حالاً من المعسر للعلم بإعسار العبد في الظاهر والباطن وإعسار المعتق في الظاهر دون الباطن.

ولأن ما يقتضيه التقويم هو العتق لدخول الضرر به في حصة الشريك فلما سقط التقويم في حق المعتق بإعساره وهو مباشر كان أولى أن يسقط عن العبد بما قد يجوز أن لا يصل إليه من سعائته. وقد قال النبي ﷺ: «مَنْ ضَرَّ أَصْرَ اللَّهِ بِهِ».

فأما الجواب عن احتجاجهم بالخبرين فَمِنْ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: اختلاف الرواية فيه.

(١) البخاري ١٥١/٥ (٢٥٢٢) ومسلم ١١٣٩/٢ (١٥٠١/١).

(٢) مسلم ١٢٨٨/٣ (١٦٦٨/٥٦).

والثاني: استعماله.

فأما اختلاف الرواية فمن أوجه:

أحدها: أن الاستسعاء 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 يمين أصحاب قتادة، وقد رواه من أصحاب قتادة من هو أضبط من سعيد وهو مسعر الحافظ وهشام الدستوائي ولم يذكر فيه السعاية.

والثالث: أنه قد رواه هشام عن قتادة عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ مِنْ عَبْدٍ فَعَلَّيْهِ خَلَاصُهُ فِي مَالِهِ» وأن قتادة قال فإن لم يكن له مال استسعى 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 الإيجاب إذا طلبها العبد وأجاب إليه السيد، لأنه قال: غير مشقوق عليه والإيجاب شاق، ولأن الاستسعاء استفعال وهو في اللغة موضوع للطلب كقولهم استسلف واستصعب واستقرض.

والثاني: أنه يحمل على استسعائه في خدمة الشريك واكتسابه له بحق ملكه لا لإطلاق الاستسعاء 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 للمعتق أوجب سرايته إلى ملكه، ولم يوجب سرايته 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 المتعدي بيده واستهلاكه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَحْتَمِلُ قَوْلُهُ فِي عِتْقِ الْمُوسِرِ وَأَعْطَى شِرْكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ الْعَبْدَ مَعْنِيَيْنِ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَعْتَقُ بِالْقَوْلِ وَيَدْفَعُ الْقِيَمَةَ وَالْآخَرَ أَنْ يَعْتَقَ الْمُوسِرَ وَلَوْ أَعْسَرَ كَانَ الْعَبْدُ حُرّاً وَاتَّبَعَ بِمَا ضَمِنَ وَهَذَا قَوْلٌ يَصِحُّ فِيهِ الْقِيَاسُ (قال

المزني) وبالقول الأول قال في كتاب الوصايا في العتق وقال في كتاب اختلاف الأحاديث يعتق يوم تكلم بالعتق وهكذا قال في كتاب اختلاف ابن أبي ليلى وأبي حنيفة وقال أيضاً فإن مات المعتق أخذ بما لزمه من أرض المال لا يمنعه الموت حقاً لزمه كما لو جنى جناية والعتد حُرٌّ في شهادته وميراثه وجنایاته قبل القيمة ودفعها (قال المزني) وقد قطع بأن هذا المعنى أصح (قال المزني) وقطعه به في أربعة مواضع أولى به من أحد قولين لم يقطع به وهو القياس على أصله في القرعة أن المعتق يوم تكلم بالعتق حتى أفرغ بين الأحياء والموتى فهذا أولى بقوله (قال المزني) رحمه الله قد قال الشافعي لو أعتق الثاني كان عتقه باطلاً وفي ذلك دليل لو كان ملكه بحاله لو عتق بإعتاقه إياه وقوله في الأمة بينهما أنه إن أحبها صارت أم ولد له إن كان موسراً كالعتق وأن شريكه إن وطئها قبل أخذ القيمة كان مهرها عليه تاماً وفي ذلك قضاء لما قلنا ودليل آخر لما كان الثمن في إجماعهم ثمنين أحدهما في بيع عن تراض يجوز فيه التغابن والآخر قيمة متلف لا يجوز فيه التغابن وإنما هي على التعديل والتقسيم فلما حكّم النبي ﷺ على المعتق الموسر بالقيمة دلّ على أنها قيمة متلف على شريكه يوم أتلفه فهذا كله قضاء لأحد قوليه على الآخر وبالله التوفيق» .

قال الماوردي: وهذا القول يصح فيه القياس قد ذكرنا أن عتق الموسر يسري إلى حصة شريكه، واختلف قول الشافعي 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 الثوري، 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 البويطي وحرملة، أن العتق في حصة الشريك موقوف مراعى فإذا دفع القيمة بان أن العتق وقع باللفظ، وإن لم يدفعها بان أنه لم يزل عن الرق .

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 موقوف مراعى.

فإن تم البيع بآن أنه كان مالكا بنفس العقد، وإن لم يتم البيع بآن أنه لم يكن مالكا.

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: «إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ وَكَانَ لَهُ مَالٌ فَقَدْ عَتَقَ كُلَّهُ»^(١) ولأن فيه الحصة معتبرة وقت عتقه فدلَّ 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 عَبْدٍ كَانَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا قَوْمٌ عَلَيْهِ قِسْمَةٌ عَدَلٍ لَيْسَتْ بِوَكُوسٍ وَلَا شَطِطٍ ثُمَّ يُعْتَقُ»^(٢) ولأن العتق عن عرض فتحريمه يدفع العوض كالكتابة.

وإذا قيل بالقول الثالث: أن العتق موقوف مراعى فدليله أن تعارض الروایتين 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 أيسلم فيخرج العتق من ثلثه، أو يتلف فلا يخرج من ثلثه كان تحرير عتقه بعد موته موقوفاً على سلامة ماله، فإن سلم عتق جميع العبد من حين تلف بعتقه وإن تلف ماله بآن أنه لم يعتق منه إلا ثلثه، وأن باقيه لم يزل موقوفاً.

فصل: فأما المزني، فإنه اختار أشهر هذه الأقاويل وهو الأول أن حصة الشريك تعتق بلفظ المعتق، 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 المواضع التي لم يذكر غيره فيها إثباتاً له ونفياً لغيره، وليس الأمر على ما توهّم لأن أقاويله إذا فرقت لم يحتج إلى

(١) أحمد ٥/٧٥٢٧٤، والبيهقي ١٠/٢٧٣، ٢٧٤.

(٢) أخرجه الشافعي في المسند (١٩٤) والحميدي (٦٧٠) والبيهقي ١٠/٢٧٥.

تكرارها في كل موضع ولو كان ما توهم صحيحاً لاقتضى إذا كرر أحدهما في مواضع وكرر الأخرى في مواضع أن يكون نافياً لهما والذي يقتضى تحقيق مذهبه في أحد القولين أن يقول وبهذا أقول وهو أولى أن يحتج له .

فأما تكراره والتفريع عليه فقال بعضهم : لا تأثير لهما كما لا تأثير لزيادة الشهود في تعارض البينتين .

وقال آخرون : لها تأثير في أن غيرها لا يترجح عليه .

واختلفوا هل يصير بها أرجح من غيره فرجح بها بعضهم ولم يرجح بها آخرون .

والفصل الثاني قال المزني : فقال - يعني الشافعي - فإن مات المعتقد أخذ ما لزمه من رأس المال لا يمنع الموت حقاً لزمه ، كما لو جنى جناية ، وهذا ذكره المزني احتجاجاً أن أخذ قيمة الحصاة 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 أحدها ، فقد كان منه السبب الموجب لعتقه ، فكان مأخوذاً بعتقه في تركته كما لو جرح عبداً فسرى الجرح إلى نفسه بعد موته أخذت قيمة العبد من تركته ، وإن وجبت بعد موته ، وكذلك إن حفر بئراً 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 ، وجنایاته ، قبل القيمة وبعدها ، وهذا الذي حكاه المزني مبني على الأقاويل الثلاثة ، فإن قيل بنفوذ عتقه باللفظ ، جرت عليه أحكام الأحرار في شهادته ، وواجباته ، وجنایاته ، 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 - رحمه 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 لمذهبه وعدولاً عن غيره، وإن كان قطع به، لأن ذكره فيها، ولم يذكر غيره، فقد تقدم الجواب عنه، والمزني عدل فيما رواه معمول بما حكاه، والظاهر من روايته القطع بصحته، فلا امتناع من تصحيحه على مذهبه.

والفصل الخامس: قال المزني، وهو القياس على أصله في القديم، أن العتق يوم تكلم بالعتق، حتى أقرع بين الأحياء، والأموات، فهذا بقوله أولى. فيقال له.

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

الفصل السادس: قال المزني: وقد قال الشافعي: فإن أعتق الثاني، كان عتقه باطلاً، وفي ذلك دليل على أنه لو كان ملكه بحالة العتق، بإعتاقه إياه، قيل: قد ذهب أبو علي بن أبي هريرة إلى أن عتق الشريك لا يقع إذا قيل إن حصته قد عتقت على المعتق بلفظه، ويعتق على الشريك إذا قيل إن حصته لا تعتق إلا بدفع القيمة، فخلص من هذا الاعتراض، والذي عليه جمهور أصحابنا، وهو الظاهر من منصوص الشافعي، أن عتق الشريك لا يقع على الأقاويل كلها، لأنه إن قيل أن العتق قد سرى إلى حصته، فقد أعتق بعد زوال ملكه.

وإن قيل: إن العتق لا يسرى إليها إلا بعد دفع القيمة، فقد تعلق بها للمعتق حق السراية، واستحقاق الولاء، فأوقع على الشريك في ملكه حجراً منع من التصرف فيه بعتق وغيره، والحجر يمنع من وقوع العتق مع ثبوت الملك، كالأمة إذا أعتقت تحت عبد فطلقها قبل الفسخ، لم يقع طلاقه في الحال، وإن كان مالكا للبضع لما في وقوع طلاقه من إبطال حق الزوجة من الفسخ، وصار حقها فيه موقفاً للحجر عليه في طلاقه،

فإن فسخت لم يقع طلاقه وإن أقامت وقع الطلاق لرفع الحجر بالإقامة.

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

وفي ذلك قضاء لما قبل، لأن إحبال أحد الشريكين لها جار مجرى عتقه، له على الأفاويل الثلاثة:

أحدها: أنها قد صارت كلها أم ولد له بالإحبال، فإذا وطئها الشريك الآخر، كان عليه جميع مهرها.

والقول الثاني: أن حصة الشريك، لا تصير للمحبل أم ولد، إلا بدفع القيمة، وإن وطئها الشريك، كان عليه نصف مهرها.

والقول الثالث: أنه موقوف، فإن دفع المحبل القيمة بأن أنها أم ولده بالإحبال، وكان على الشريك، إذا وطئ جميع المهر، وإن لم يدفع القيمة بأن أن حصة الشريك باقية على ملكه، فلم يجب عليه بوطئها إلا نصف المهر فلم يكن بين الإحبال والعتق فرق، ولم يكن في استشهاده به دليل.

والفصل الثامن: قال المزني ودليل آخر لما كان الثمن في إجماعهم بتمييز أحدهما بيع عن تراض، يجوز فيه التغابن والآخر فيه متلف لا يجوز فيه التغابن وإنما هي على التعديل والتقسيط، فلما حكم النبي ﷺ على الموسر المعتق بالقيمة، دل على أنها قيمة متلف على شريكه، يوم أتلفه. فهذا كله قضاء لأحد قوليه على الآخر وبالله التوفيق.

فيقال للمزني: جعلت الأثمان ضربين:

[الأول] ضرب لأعيان ثابتة بعقد عن تراض يجوز فيه التغابن كالبيع.

[الثاني] وضرب يكون فيه متلفاً ولا يجوز فيه التغابن كالشريك فجعلت هذا دليلاً على أن حصة الشريك لما استحق فيها مقداراً، لا يجوز فيه التغابن، أنه قيمة متلف بالعتق.

وها هنا ضرب ثالث، يستحق فيه مقدر لا يجوز فيه التغابن وليس بمتلف، ولا مستهلك وهو الشفيع ينتزع الشقص من المشتري بالثمن المقدر الذي لا يتحدث فيه التغابن، وليس بتالف، وإذا أوصى الرجل ببيع عبده، على زيد استحق بيعه عليه بقيمته المقدرة، وليس بتالف فلما كان هذا ضرباً ثالثاً تقدر فيه الثمن وزال عنه التغابن، وهذا باق غير تالف دخلت فيه حصة الشريك المقدرة عن غير متلف.

وهذا من الضرب الثالث وإن خرج عن الضربين الأولين .

فصل: وإذا تقرر أن نفوذ العتق في حصة الشريك يكون على الأقاويل الثلاثة، انتقل الكلام إلى التفريع على كل قول منها .

فإذا قيل بالأول أنه يعتق بنفس اللفظ، فقد اختلف أصحابنا في وقوع العتق عليها، هل يقترن بعتق ملكه، أو يتعقبه بالسراية بعد نفوذ العتق في ملكه على وجهين: 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 عليها 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 أعسر بها، بعد يساره كانت ديناً يحاص بها الشريك جميع غرمائه، ولو اختلف المعتق والشريك في قيمة الحصص، وتعذرت البيئة 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 يلزمه قيمة ولدها .

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، وتمكين الشريكين قبضه، سواء قبضه منه، أو لم يقبضه، 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 يلزمه غرمها .

والوجه الثاني: لا يعتق بدفع القيمة، حتى يقبضها 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 تمنع من القبض أجبره الحاكم عليه، ولو

تلقت قبل قبضه، كانت تالفة من مال المعتق دون الشريك، وعلى المعتق غرمها، وعلى الوجهين معاً لو أبرأ الشريك من القيمة، لم يبرأ منها المعتق، لوقوع العتق بدفع القيمة، وليس الإبراء دفعاً، وهذا بخلاف إبراء المكاتب حيث عتق به، وقام مقام أدائه به، لأن عتق الكتابة عن مرضاة فغلب فيها حكم الديون في الذمم، 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 لمعتقه نصف ولائه. يستحق به نصف ميراثه، ونصفه الآخر رقاً لشريكه يملك به نصف ما تركه العبد من مال.

والوجه الثاني: يستحق عليه الشريك قيمة حصته لمنعه من التصرف فيه، وحسبه على المعتق في حقه، فعلى هذا هل يكون دفع القيمة موجباً لنفوذ العتق فيه، على وجهين:

أحدهما: يعتق، لأنه لا يجوز أن يغرّم بحكم العتق ما لا ينفذ فيه العتق.

والوجه الثاني: لا يعتق، 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 كالأم، 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 بحريته، ويملك الشريك، ما وجب برقه، ولا يضمن المعتق حصة الشريك من الجنين وجهاً واحداً، لأن الجنين، لا يضمن إلا بالجناية، 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، لبقائها على ملكه، فلم يزل إلا بقوله.

وإن قيل بالثالث: أن العتق في حصة الشريك، موقوف مراعى، فإن أخذ القيمة بآن بها، تقدم العتق بلفظ المعتق وجرى عليه أحكام القول الأول، وإن لم يصل إلى القيمة لم يعتق وجرى عليه أحكام القول الثاني، ودفع القيمة واجب في حق كل واحد منهما، 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 بذلك لما استحققه 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، وجهاً واحداً، لأن دفعها يوجب تقدم عتقه باللفظ، ويكون ولاء نصفه مستحقاً للمعتق، وولاء نصفه الباقي موقوفاً على دفع القيمة، ويكون أكساب العبد في حياته يملك منها نصفها بحريته، ونصفها موقوف بينه وبين الشريك المالك لرقه وينفق منه على نفسه بقدر رقه .

وإذا أعسر المعتق بالقيمة بعد يساره، انظر بها إلى مسيرته وكان قدر الرق، والكسب على وقفه، فإن مات المعتق على إعساره ارتفع الوقف وتصرف الشريك في القدر المسترق وملك ما قابله من الكسب . وبالله التوفيق .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ وَصَاحِبُهُ مُوسِرٌ أَغْتَقْتَ نَصِيبَكَ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ عُتْقَ نَصِيبِ الْمُدْعِي وَوَقَفَ وَلَاؤُهُ لِأَنَّهُ زَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ كُلُّهُ وَادَّعَى قِيَمَةَ نَصِيبِهِ عَلَى شَرِيكِهِ» .

قال الماوردي: وصورتها: في عبد بين شريكين ادعى أحدهما على صاحبه أنه أعتق حصته وهو موسر، وأن عتقه سرى إلى حصته، وطالبه بقيمة حصته، فلا يخلو المدعي عليه من أن يقر بالعتق، أو ينكر فإن أقر بالعتق عتقت عليه حصته بإقراره، وفي عتق حصته شريكه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يعتق بإقراره على نفسه ويؤخذ بقيمتها، ويكون له ولاء جميعه .

والقول الثاني: لا تعتق حصته الشريك إلا بدفع القيمة إليه ويؤخذ بدفعها حتى يتكامل العتق بدفع القيمة .

والقول الثالث: إن عتقها موقوف على دفع القيمة، فإذا دفعت بآن تقدم العتق باللفظ، وإن أنكر المدعي عليه العتق، فإن كان للمدعي بينة سمعت وهي شاهدان، وحكم عليه بعتقه لملكه وكان عتق حصته المدعي على الأفاويل الثلاثة، ولا يقبل فيها شاهد، وامرأتان، لأنها بينة في عتق، وإن عدت البينة، فالقول قول المدعي عليه مع يمينه، أنه لم يعتق وحصته باقية على ملكه . وفي عتق حصته المدعي قولان:

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 نصيبه ولم يقبل، دعواه على غيره .

والقول الثاني: لا يعتق عليه إذا قيل بالقولين الآخرين أن العتق يقع بدفع القيمة،

أو أنه موقوف على دفع القيمة، وإن عتقت حصة المدعي على القول الأول، لم يسر عتقه إلى حصة المدعى عليه، لأنه عتق لزمه بغير اختياره فصار كمن ورث من رق ابنه سهماً، عتق عليه، ولم يسر إلى باقيه. وكان ولاء ما عتق منه، موقوفاً، لأنه لا يدعيه واحد منهما، وإذا لم تعتق حصة المدعي على القول الثاني كانت مقرة على ملكه، وفي جواز تصرفه فيها بالبيع والعتق وجهان:

أحدهما: يجوز لاستقرار ملكه عليها بإبطال السراية إليها.

والوجه الثاني: لا يجوز لإقراره بالمنع من ذلك في حق شريكه. فلو عاد المنكر فاعترف بالعتق بعد جحوده، عتق ملكه عليه، وكانت سراية عتقه إلى حصة الشريك على الأقاويل الثلاثة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَدَّعَى شَرِيكُهُ مِثْلَ ذَلِكَ عُتِقَ الْعَبْدُ وَكَانَ لَهُ وَلَاؤُهُ قَالَ وَفِيهَا قَوْلٌ آخَرَ إِذَا لَمْ يُعْتَقْ نَصِيبُ الْأَوَّلِ لَمْ يُعْتَقْ نَصِيبُ الْآخِرِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُعْتَقُ بِالْأَوَّلِ (قال المزني) قَدْ قَطَعَ بِجَوَابِهِ الْأَوَّلِ أَنَّ صَاحِبَهُ زَعَمَ أَنَّهُ حُرٌّ كُلُّهُ وَقَدْ عُتِقَ نَصِيبَ الْمُقَرَّرِ بِإِقْرَارِهِ قَبْلَ أَخْذِهِ قِيمَتَهُ فَتَفَهَّمُوا وَلَا خِلَافَ أَنَّ مَنْ أَقْرَأَ بِشَيْءٍ يَضُرُّهُ لَزِمَهُ وَمَنْ أَدَّعَى حَقًّا لَمْ يَجِبْ لَهُ وَهَذَا مُقَرَّرٌ لِلْعَبْدِ بِعِتْقِ نَصِيبِهِ فَيَلْزَمُهُ وَمُدَّعٍ عَلَى شَرِيكِهِ بِقِيمَةِ لَا تَجِبُ لَهُ وَمِنْ قَوْلِهِ وَجَمِيعٍ مَنْ عَرَفْتُ مِنَ الْعُلَمَاءِ أَنَّ لَوْ قَالَ لِشَرِيكِي بِعِتْقِكَ نَصِيبِي يَثْمَنُ وَسَلَّمْتُهُ إِلَيْكَ وَأَنْتَ مُوسِرٌ وَإِنَّكَ قَبَضْتَهُ وَأَعْتَقْتَهُ وَأَنْكَرَ شَرِيكُهُ أَنَّهُ مُقَرَّرٌ بِالْعِتْقِ لِنَصِيبِهِ نَافِذٌ عَلَيْهِ مُدَّعٍ لَثَمَنُ لَا يَجِبُ لَهُ فَهَذَا وَذَلِكَ عِنْدِي فِي الْقِيَاسِ سَوَاءً وَهَذَا يَقْضِي لِأَحَدِ قَوْلَيْهِ عَلَى الْآخَرَ (قال المزني) وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ لَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ إِذَا أَعْتَقْتَهُ فَهُوَ حُرٌّ فَأَعْتَقَهُ كَانَ حُرًّا فِي مَالِ الْمُعْتَقِ».

قال الماوردي: اختلف أصحابنا فيما أراه الشافعي بهذه المسألة، فقال بعضهم: أراد بها أن يعود الشريك المنكر، لما ادعى عليه من العتق، فيعترف بأنه قد كان أعتق، فعتقت عليه حصته وتلزمه قيمة حصة شريكه، ويكون عتقها على الأقاويل الثلاثة:

أحدها: يعتق عليه باعترافه، وتكون القيمة ديناً، في ذمته، وله ولاء جميعه، ويكون عتقه في القولين الآخرين موقوفاً على دفع قيمته.

وقال الأكثرون منهم إن مراد الشافعي بها أن يدعي كل واحد من الشريكين على صاحبه، أنه أعتق حصته، وهو موسر، فسرى العتق إلى نصيبه، واستحق به قيمة حصته، وينكر كل واحد منهما دعوى صاحبه، فإنهما يتحالفان مع عدم البيئته، فإن

كتاب العتق/ باب عتق الشرك في الصحة والمرض
حلف أحدهما، ونكل الآخر، قضى للحالف على الناكل، وإن حلفا معاً، أو نكلا ففي
عتق حصّة كل واحد منهما عليه قولان:

أحدهما: قد عتقت حصّة كل واحد منهما عليه، إذا قيل أن العتق يسري باللفظ
فيصير جميع العبد حراً، وولاؤه موقوفاً لأن كل واحد منهما ينفي أن يكون مالكاً
لولاته.

فإن تصادقا بعد التحالف والإنكار، حملا على مقتضى تصادقهما.

والقول الثاني: أنها لا تعتق حصّة واحد منهما بهذه الدعوى إذا قيل بالقولين
الآخرين أن حصّة الشريك لا يعتق 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 المزمي تصحيح القول الذي اختاره من سراية العتق إلى حصّة الشريك
بلفظ المعتق بخمسة فصول:

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

فيقال للمزمي هذا إنما قاله الشافعي على أحد أقاويله الثلاثة أن العتق يسري
باللفظ، ولم يقله على القولين الآخرين اقتصاراً بالترجيع على أحدهما اختصاراً وقد
ذكرنا ما يقتضيه تفريعه على أحد أقاويله، فأغنى عن إعادته.

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

وهذا قاله المزمي تحقيقاً لاختياره، وتعليلاً لصحته، فمن أصحابنا من صحح
هذا التعليل وأجراه في كل معلول به، لكنه تعليل لحكم القول إذا جعل العتق سارياً
باللفظ. وليس بتعليل 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 بثمان لم يقبضه، وأنكر زيد فهو مقر له بالعبد، ومدع عليه
الثمان، وليس يلزمه تسليم العبد وإن كان مقرراً به، كما لم يستحق الثمن وإن كان مدعياً
له.

والفصل الثالث: قال المزمي في قوله: «وجميع من عرفت من العلماء أن لو قال
لشريكه بعتك نصيبي بثمان، وأسلمته إليك، وأنت موسر، وأنت قبضته وأعتقته، وأنكر

شريكه أنه مقر بالعتق لنصيبه، نافذ عليه، ومدع لثمن لا يجب له. وهذا وذاك عندي في القياس سواء، وهذا قضاء لأحد قولي على الآخر» وهذا قاله المزني احتجاجاً على وقوع العتق في حصة الشريك باللفظ والسراية بأن الشريك لو ادعى على شريكه أنه باعه حصته بثمن له فقبضه، وأنه سلم الحصاة إليه وعتقها، وأنكر الشريك التسليم والعتق فحصة المدعي قد عتقت عليه قولاً واحداً عند جميع أصحابنا إذا كان بعد التسليم.

ولو قال عتقته قبل التسليم كان في نفوذ عتقه عليه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة يعتق لأنه قد جعله معتقاً لملك.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي لا يعتق لأنه قبل التسليم في حكم الحجر لارتبانه على ثمنه ثم إذا لزمه العتق على هذا التفصيل لم يكن فيه دليل على سراية العتق باللفظ دون القيمة، لوقوع الفرق بينهما بأنه في مسألة البيع جعله معتقاً لملك ينفذ فيه العتق، فلذلك عتق عليه بهذه الدعوى، وفي مسألة السراية جعله معتقاً لغير ملكه فجاز أن لا تقع فيه السراية حين لم يقع عتق المباشرة، لأن العتق بالسراية 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 حُرٌّ فأعتقه كان حراً في مال المعتق» وهذا قاله المزني إلزاماً لنفوذ العتق بسراية اللفظ دون دفع القيمة بأن أحد الشريكين لو قال لصاحبه: إذا أعتقت نصيبك فنصيبني حر، فأعتق الشريك نصيبه، فإن كان معسراً فقد عتقه في حصته، ولم يسر إلى حصة شريكه، وعتقت حصة الشريك عليه بالصفة التي علقها بعتق صاحبه. وإن كان المعتق موسراً لم يعتق على الشريك حصته بالصفة على الأقاويل كلها سواء قيل إن العتق يسرى باللفظ أو يقع بدفع القيمة أو يكون موقوفاً.

وعند ابن أبي هريرة أنه يعتق بالصفة إذا قيل إن عتقها في حق المعتق لا يقع إلا بدفع القيمة، ونصّ الشافعي وما عليه قول سائر أصحابه أنه لا يعتق بالصفة على الأقاويل كلها، لأنه لما عتق على المعتق بالسراية 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 ثاني حال.

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

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَسَوَاءٌ كَانَ بَيْنَ مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ (قال المزني) وَقَدْ قَطَعَ بِعِثْقِهِ قَبْلَ دَفْعِ قِيَمَتِهِ وَدَلِيلٌ آخَرٌ مِنْ قَوْلِهِ أَنَّهُ جَعَلَ قِيَمَتَهُ يَوْمَ تَكَلَّمَ بِعِثْقِهِ فَدَلَّ أَنَّهُ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ حُرٌّ قَبْلَ دَفْعِ قِيَمَتِهِ».

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:

إحدهما: أن يكون كافراً، فلا اعتراض عليهما في عتقه، ما لم يتحاكما فيه إلينا، فإن تحاكما فيه إلى حاكمنا ففي وجوب حكمه بينهما قولان:

أحدهما: لا يجب ويكون فيه مخيراً وهم فيه مخيرون.

والقول الثاني: يجب عليه الحكم، ويجب عليهم الالتزام، ويحكم بما يوجبه 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 يعترض عليه في دفع القيمة، ما 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 موقوف مراعى، فعلى الحاكم أن يأخذ المعتق بتعجيل القيمة ليتعجل بها عتق المسلم ولا يبقى عليه رق لكافر، فإن عجلها وإلا أخذها الحاكم من ماله جبراً، فإن قبلها الشريك وإلا أعتقها عليه حكماً.

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

إحدهما : أن يكون كافراً، فيستوي فيه حكم الشريكين، سواء كان المعتق مسلماً أو كافراً وسواء كان معسراً أو موسراً.

والحال الثانية : أن يكون العبد مسلماً فلا يخلو حال معتقه منهما أن يكون هو المسلم، أو الكافر.

فإن كان هو المسلم، عتقت حصته، وكان له ولاؤها فإن كان موسراً قوم عليه باقيه .

فإن قيل بنفوذ عتقه بسراية لفظه، وقفت القيمة على مطالبة الشريك بها .

وإن قيل إن عتقه لا يسري إلا بدفع القيمة، أخذ بتعجيلها لأن يتعجل عتقها، ولا يستديم الكافر ملك رقها . وإن كان معسراً لم يسر عتقه، وقيل للشريك الكافر لا يقر ملكك على استرقاق مسلم، وأنت بين خيارين : إما أن تعتقه، 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 المعتق 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 يغرّم قيمة متلف، يستوي فيه المسلم والكافر .

وإن قيل : إن عتقه لا يقع إلا بدفع القيمة، فقد اختلف أصحابنا في هذا التقويم، هل يجري مجرى البيع، أو مجرى قيمة مستهلك؟ على وجهين :

أحدهما : وهو قول المزني، وبعض المتأخرين، أنه تقويم مستهلك . فعلى هذا يقوم عليه كتقويمه على المسلم . ويؤخذ بتعجيل القيمة ليتعجل بها العتق .

والوجه الثاني : وهو قول شاذ من المتأخرين أنه يجري مجرى البيع، فعلى هذا يكون جواز تقويمه في حق الكافر على قولين من ابتياع 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، لإفضاء التقويم إلى العتق وإفضاء البيع إلى الملك .

مسألة : قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : «وَإِذَا أَدَّى الْمُوَسِّرُ قِيمَتَهُ كَانَ لَهُ وَلَاؤُهُ» .

قال الماوردي: إنما يريد بيسار المعتق 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.

فإذا تحرر عتق باقيه بدفع القيمة على الأفاويل كلها، وكان له ولاء جميعه بعتق المباشرة وعتق السراية واستحقاق الولاء بهما على سواء، لقول النبي ﷺ «وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ» وهو معتق بالمباشرة والسراية، وسواء تماثل العتقان، أو تفاضلا، وأنه يسري عتق اليسير إلى الكثير كما يسري عتق الكثير إلى اليسير، واعتبار يساره وإعساره وقت العتق.

فلو كان موسراً وقت العتق معسراً وقت التقويم فإن قيل: إن العتق يسري باللفظ لم يؤثر فيه حدوث اعتباره، وكانت القيمة ديناً عليه يؤخذ بها إذا أيسر. وإن قيل: إنه لا يعتق 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 المعتق، فإذا ثبت عنده إعساره، حكم بفسخ الوقف كما يحكم للزوجة بفسخ النكاح إذا أعسر الزوج وجاز للشريك أن يتصرف في حصته بما شاء من بيع أو غيره. ولو كان موسراً ببعض الحصص معسراً ببعضها، عتق عليه من الحصص قدر ما أيسر بقيمته، وكان فيما أعسر به منها في حكم المعسر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً عَتَقَ نَصِيبَهُ وَكَانَ شَرِيكُهُ عَلَىٰ مِلْكِهِ يَخْدُمُهُ يَوْمًا وَيَتْرَكَ لِنَفْسِهِ يَوْمًا فَمَا اكْتَسَبَ لِنَفْسِهِ فَهُوَ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، والمعتبر بإعساره أن لا يملك قيمة الحصص الباقية لشريكه، ولا قيمة شيء منها وقت عتقه، فإن ملكها وعليه دين قد استحق فيها يصير باستحقاقها في الدين معسراً بها فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الدين مؤجلاً لا يستحق تعجيله فيجري عليه حكم اليسار في عتق الحصص عليه، لأن في يده ما هو مقر على ملكه.

والضرب الثاني: أن يكون الدين حالاً ففيه قولان من اختلاف قوليه 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 معسرا بها نفذ عتقه في ملكه، ولم يسر إلى حصة شريكه.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يسري عتقه مع إعساره 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: «وإن كان مُعْسِراً فَقَدْ عَتَقَ فَأَعْتَقَ».

ولأن المقصود بتكميل العتق رفع الضرر عن الشريك، بأن لا يختلف حكم الحرية والرق في عبده المشترك، وأن يصير العبد كامل التصرف، وسراية العتق مع إعسار المعتق أعظم ضرراً على الشريك من استبقاء رقه، فلم يجز أن يرفع أقل الضررين بأعظهما، ووجب أن يرفع أعظهما بأقلهما. والفرق بين العتق والطلاق 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 رقه بإعسار المعتق، فقال المعتق: أنا أستدين واقترض قيمة حصة الشريك إن حدث له يسار بعد العتق، كان الشريك أملك بحصته ولم يؤخذ بإيجابته.

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 الباقي 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 مألوف بصناعة معروفة يتماثل فيها كسب أيامه

كلها جاز أن يستأنفها مع الشريك، وإن لم يكن له كسب مألوف، 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 منهما فسخها متى شاء، وإذا كانا مقيمين عليها، يوماً للعبد، ويوماً للسيد، دخل فيها مألوف الكسب، ومألوف النفقة، فاختص العبد بما كسبه في يومه، ويحمل فيه ما لزمه من نفقته، واختص السيد في يومه بما كسب العبد، ويحمل فيه ما لزمه من نفقته.

فأما غير المألوف من الكسب، كالكنز واللقطة، وغير المألوف من النفقة، كزكاة الفطر، ففي دخولها في المهايأة وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، وقول أبي سعيد الإصطخري أنهما داخلان في المهايأة، كالمألوف منها، فإن كانا في يوم العبد اختص بالكنز، واللقطة، وتحمل زكاة الفطر وإن كانا في يوم السيد اختص بذلك دون العبد.

والوجه الثاني: وهو محكي عن أبي إسحاق المروزي، أنهما لا يدخلان في المهايأة لأنه قد يكون هذا في زمان أحدهما دون الآخر، فلا يتساويان فيه، ويكون حدوث ذلك في زمان أحدهما، موجباً لأن يكون بينهما وإن كان ما عداهما من المألوف جارياً على المهايأة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ مَاتَ وَلَهُ وَارِثٌ وَرِثُهُ بِقَدْرِ وَلاَئِهِ فَإِنَّ مَاتَ لَهُ مُورَثٌ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ شَيْئاً (قال المُرْزِيُّ) الْقِيَّاسُ أَنَّ يَرِثَ مِنْ حَيْثُ يُورَثُ وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ إِنَّ النَّاسَ يَرِثُونَ مِنْ حَيْثُ يُورَثُونَ وَهَذَا وَذَلِكَ فِي الْقِيَّاسِ سَوَاءٌ».

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 محكي عن ابن عباس أنه يرث كالحرميراثاً كاملاً، وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وحكي عن علي عليه السلام أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية، ويحجب بقدر ما فيه من الرق، وبه قال المزني، وعثمان البتي، 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 المزني: «القياس أن يرث من حيث يورث».

قيل قد يورث من لا يرث، كالجنين يورث ولا يرث، والعمة تورث ولا ترث،

٢٤ _____ كتاب العتق/ باب عتق الشرك في الصحة والمرض.
والجدة أم الأم، تراث ولا تورث، فلم يكن هذا قياساً مستمراً في غير المعتق بعضه،
فلم يلزم في المعتق بعضه.

فإن قيل: فقد قال الشافعي: «الناس يرثون من حيث يرثون» قيل له: لم يقله
الشافعي تعليلاً عاماً، فيجعله قياساً مستمراً، وإنما قاله رداً على من ألحق الولد بماء
أبيه ولم يرث 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 للمزني.

فصل: وإذا مات هذا الذي تبعضت فيه الحرية والرق هل يرث أم لا؟

قال الشافعي في القديم: لا يرث، وهو قول مالك، ويكون ماله لسيدة، لأنه
إذا لم يرث بحريته، لم يرث 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 حرته ورقه.
فاختلف أصحابنا في هذه النصوص الثلاثة. فكان أبو إسحاق المروزي في طائفة
يخرجون هذه النصوص الثلاثة على ثلاثة أقاويل:

أحدها: تكون لسيدة دون ورثته.

والثاني: تكون لورثته دون سيدة.

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 تخريج
هذه النصوص على اختلاف الأقاويل، ويحملونها على اختلاف الأحوال، والذي نص
عليه أنه يكون لسيدة، فإذا كان قد مات في زمان سيدة وقد استهلك ما كان قد ملكه
بحرته يكون ماله لسيدة 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 سيدة،
ويكون بينهما إذا كان غير مهياًة، 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، منتقلاً إلى بيت المال، لا يملكه السيد، لأنه لا حق له في حرته، ولا يستحقه
الورثة، لبقاء أحكام رقه، فكان بيت المال أولى الجهات باستحقاقه.

كتاب العتق/ باب عتق الشرك في الصحة والمرض
 مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ قَالَ قَائِلٌ لَا تَكُونُ نَفْسٌ وَاحِدَةً بَعْضُهَا
 عَبْدًا وَبَعْضُهَا حُرًّا كَمَا لَا تَكُونُ امْرَأَةٌ بَعْضُهَا طَالِقًا وَبَعْضُهَا غَيْرَ طَالِقٍ قِيلَ لَهُ أُنْتَزَجٌ
 بَعْضُ امْرَأَةٍ كَمَا تُشْتَرَى بَعْضُ عَبْدٍ أَوْ تُكَاتَبُ الْمَرْأَةُ كَمَا تُكَاتَبُ الْعَبْدُ أَوْ يَهَبُ امْرَأَتُهُ كَمَا
 يَهَبُ عَبْدُهُ فَيَكُونُ الْمَوْهُوبُ لَهُ مَكَانَهُ؟ قَالَ: لَا، قِيلَ: فَمَا أَعْلَمُ شَيْئًا أَبْعَدَ مِنَ الْعَبْدِ مِمَّا
 قَسَيْتَهُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: قصد الشافعي بهذا أبا حنيفة، وابن أبي ليلى في وجوب
 السعاية، حين منعا أن تكون نفس واحدة بعضها حر وبعضها مملوك، لأن من منع من
 اجتماع الحرية والرق، أوجب السعاية ومن جَوَّز اجتماعهما لم يوجبها؛ والشافعي
 ومالك لا يمنعان من اجتماعهما؛ فلذلك لم يوجبا السعاية وأبو حنيفة وابن أبي ليلى
 منعا من اجتماعهما؛ فلذلك أوجبا السعاية وكان من دليلهم على المنع من اجتماعهما
 شيان: 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 بعضها
 طالق، وبعضها غير طالق، 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
 يتبع، والاشتراك في الزوجة بأن يتزوجها جماعة، لا يجوز لأن النكاح لا يجوز أن
 يتبع، فلذلك جاز أن يكون العبد بعضه حر وبعضه مملوك، لأن رقه يتبع في
 مالكيته فيتبع في أحكامه، ولم يجز أن تكون الزوجة الواحدة بعضها طالق، وبعضها
 غير طالق، لأن نكاحها لا يتبع في الأزواج، فلم يجز أن يتبع في أحكامه.

والفرق الثاني: أن العبد مملوك يجوز أن يباع ويورث ويوهب، لأن المقصود منه
 الملك، والملك يجوز أن يتبع والزوجة غير مملوكة، لا يجوز أن تباع ولا توهب
 ولا تورث لأن المقصود منها الاستمتاع، والاستمتاع لا يجوز أن يتبع.

وأما الثاني: من استدلالهم الذي أعرض عنه الشافعي، أن 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 موجبا للرق، لأنه قد يكون الكافر حرا، ولا الإيمان
 موجبا للحرية، لأنه قد يكون المؤمن مسترقا، وإنما كانا سببا لهما يزولان مع بقائهما.

والثاني: أنه لما جاز أن يطرأ الإيمان على رق ثابت، ولم يجز أن يطرأ الإيمان

٢٦ _____ كتاب العتق/ باب عتق الشرك في الصحة والمرض .
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 لِأَحَدِهِمَا النُّصْفَ
وَلِلْآخِرِ الشُّدُسُ مَعًا أَوْ وَكَلًّا رَجُلًا فَأَعْتَقَ عَنْهُمَا مَعًا كَانَ عَلَيْهِمَا قِيمَةُ الْبَاقِي لِشَرِيكَيْهِمَا
سَوَاءً لَا أَنْظُرُ إِلَى كَثِيرِ الْمَلِكِ وَلَا قَلِيلِهِ (قال المزني) هَذَا يَقْضِي لِأَحَدٍ قَوْلِيهِ فِي الشُّفْعَةِ
أَنَّ مَنْ لَهُ كَثِيرٌ مَلِكٍ وَقَلِيلُهُ فِي الشُّفْعَةِ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وصورتها: في عبد مشترك بين ثلاثة لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه
وللآخر سدسه، وأعتق صاحبا النصف والسدس حقهما معاً واجتماعهما عليه يكون من
أحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يجتمعا على اجتماع اللفظين حتى لا يتقدم أحدهما على الآخر
بحرف، ولا مد ولا تشديد.

والثاني: أن يعلقا عتقه بصفة واحدة، كقول كل واحد منهما: إن دخل هذا
العبد الدار، أو طار هذا الغراب فصيبني منه حر، فإذا دخل الدار، أو طار الغراب عتق
نصيبهما معاً.

والثالث: أن يوكلا في عتقه وكيلاً، فيعتقه عنهما بلفظ واحد، فإذا اجتمع عتقهما
من أحد هذه الوجوه الثلاثة، وكانا موسرين، قومت حصة الثالث، وهي الثلث،
عليهما بالسوية نصفين. وكان ولاؤه بين المعتقين فيصير لصاحب النصف ثلثا ولائه،
ولصاحب السدس ثلث ولائه، ولا يعتبر فيهما قدر الملكين ويسوي بين من قلَّ سهمه،
وكثر.

وقال مالك: يقوم عليهما بقدر الملكين، ويفضل بينهما لتفاضلهما في المالكين،
لأن التقويم مستحق بسراية عتقهما، وسراية كثير العتق أكثر من سراية قليله. ودليلنا
رواية ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شَرِكًا لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ قَوْمَ عَلَيْهِ»
فاستوى فيه الواحد، والجماعة، لإطلاق أمره، ولأنهما قد اشتركا في إدخال الضرر
على شريكهما بقليل الملك وكثيره، لأن قليله مدخل للضرر عليه مثل كثيره، فوجب
أن يستويا في التقويم الموجب لرفع ضررهما، ولأن عتقهما يجري مجرى الجناية
منهما، وهما لو اشتركا في جناية تفاضلا في عدد جراحها فجرحه أحدهما جراحة،
وجرحه الآخر مائة جراحة كانت الدية بينهما على أعدادهما، ولا تنقسط على أعداد
جراحهما، كذلك العتق يجب أن يكون معتبراً، بأعداد المعتقين، ولا ينقسط على
أملك المعتقين، وسراية العتق كسراية الجناية، 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 المالكين، وإن تساويا في العتق.

والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الشفعة مستحقة بالملك، فتسقط عليه، والتقويم مستحق بالعتق، فاستويا فيه.

والثاني: أن استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بالتزام مؤونة القسم وغيره، والمؤونة معتبرة بالملك، فتسقط الشفعة على الملك، والتقويم مستحق بدخول الضرر بالعتق، الجاري مجرى الجنائية، فتسقط على المعتقين، دون الملك؛ ولو كانت المسألة بحالها، وكان صاحب النصف موسراً، ومعتق السدس معسراً، قومت الحصاة كلها على معتق النصف، ولو كان معتق السدس موسراً ومعتق النصف معسراً، قومت الحصاة كلها على معتق السدس، ولو كانا معسرين، لم تقوّم على واحد منهما، وكانت الحصاة على رقبها لمالكها، فلو ادعى عليها اليسار فأنكرها حلها له، ولا تقويم عليهما، وفي عتق الحصاة 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.

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

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا اِخْتَلَفَا فِي قِيمَةِ الْعَبْدِ فَفِيهَا قَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُعْتَقِ وَالثَّانِي أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ النَّصِيبِ لَا يَخْرُجُ مَلِكُهُ مِنْهُ إِلَّا بِمَا يَرْضَى (قال المزني) قَدْ قَطَعَ الشَّافِعِيُّ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ بِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَارِمِ وَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ وَأَقْبَسُ عَلَى أَضْلِهِ عَلَى مَا شَرَحْتُ مِنْ أَحَدِ قَوْلَيْهِ لِأَنَّهُ يَقُولُ فِي قِيمَةِ مَا أُتْلِفَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَارِمِ وَلِأَنَّ السَّيِّدَ مُدْعٍ لِلزِّيَادَةِ الْبَيْتَةُ وَالْغَارِمُ مُنْكَرٌ فَعَلَيْهِ الْبَيْتُ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن قيمة حصة الشريك معتبرة بوقت العتق على الأقاليل كلها، ولا اعتبار بما حدث بعده من نقصان، لأن عتقه متردد بين أن يكون إتلافاً، أو سبباً، للإتلاف وكل واحد منهما موجب لاعتبار القيمة عند حدوثه، كالجناية على العبد إذا كانت قتلاً، أو سبباً أفضى إلى القتل، وتعتبر قيمته قتل عتق بعضه، لأن عتق البعض موكس لقيمته، وهذا الوكس بعته الجاري مجرى جنايته، فأما ما حدث بعد العتق من زيادة في قيمة الحصة فمحمول على الأقاليل الثلاثة في نفوذ عتقها فإن قيل إنها عتقت بلفظ المعتق، لم يضمنها المعتق، وكذلك إن قيل بالثاني إن عتقها موقوف مراعى لم يضمنها، لأن دفع القيمة يدل على تقدم عتقها، وإن قيل: إنها تعتق بدفع القيمة ومعها ففي ضمان المعتق لما حدث من زيادة القيمة، بعد عتقه وقبل دفعها، وجهان:

أحدهما: لا يضمنها، لأن سبب الإتلاف 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، فاختلفاً فيها فقال: المعتق مائة، وقال الشريك مائتان. فإن كان العبد باقياً لم تتغير قيمته بتطاول الزمان، فلا اعتبار باختلافهما ويَقْوَمُها ثقتان 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 يلزمه 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 تقوّم مائة وخمسين، فيحكم بها عليهما ولا يستحق الشريك أكثر منهما، ولا نقتنع من المعتق بأقلّ منهما.

والرابع: أن تكون زائدة على أكثرهما، وذلك بأن تقوّم بمائتين وخمسين، فلا يحكم للشريك إلا بمائتين، لأنه بالاقتصار عليها مبرراً من الزيادة عليها.

والخامس: أن تكون ناقصة عن أقلهما وذلك بأن تقوم بخمسين، فلا نقتنع من المعتق بأقلّ من مائة، لأنه قد أقر بها، وإن تعذر تقويمه في زمان العتق، إما لموته، أو غيبته، 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 تنتزع مع عدم البيعة، إلا بقوله كالشمن في الشفعة، إذا اختلف فيه الشافع والمشتري كان القول فيه قول المشتري.

وقال الربيع في كتاب «الأم»، وفيه قول آخر أنهما يتحالفان كما يتحالف المتبايعان إذا اختلفا وهو من تخريجه وليس بقول للشافعي، لأن تحالف المتبايعين موجب لارتفاع العقد فأفاد وتحالف هذين غير موجب لرفع العتق، فلم يفد وهما بعد التحالف عليها باقيان على الاختلاف فيها.

وأما المزني فإنه أعاد نصرة اختياره، وفي بعض ما مضى من كلامه وجوابه مقنع. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ هُوَ خَبَازٌ وَقَالَ الْغَارِمُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَارِمِ».

قال الماوردي: وصورتها: أن يجب على المعتق قيمة حصة شريكه فيدعي الشريك أن العبد كان صانعاً خبازاً، أو نجاراً، أو كاتباً فله القيمة الزائدة بصنعتة، ويقول المعتق هو غير صانع فلك القيمة من غير زيادة بصنعتة، فللعبد حالتان: حي وميت.

فإن كان ميتاً فقد قال الشافعي: القول قول المعتق الغارم فاختلف أصحابنا فيه على طريقتين.

إحدهما: أنه على قولين، لأنه اختلف في قدر القيمة، فكان على القولين الماضيين، وإنما نص الشافعي على أحدهما.

والطريقة الثانية: أن القول فيه قول المعتق الغارم قولاً واحداً لأن الشريك يدعي حدوث صنعة ليست في الخلقة، والأصل أن ليست فيه هذه الصنعة، فكان القول فيه قول منكرها دون مدعيها، وإن كان العبد حياً يمكن اختبار حاله اختبرت فيه تلك الصنعة فإن كان لا يحسنها ردت دعوى الشريك، فيها ولا يمين له على المعتق، ولا تلزمه إلا قيمته 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 يلزمه إلا قيمته 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 يدعيه على العبد، لأنه لا يجب به عليه حق، ولا يدعيه على المعتق، لأنه منسوب إلى غيره إلا أن يدعي عليه علمه بكتمانه فتتوجه 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 قيمته صانعاً، وإن تطاول واتسع لتعلم تلك الصنعة، صار تقدمها داخلًا في الجواز فصار كادعائها في ميت، فيكون على ما قدمناه في الميت من اختلاف أصحابنا على الطريقتين: 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: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ هُوَ سَارِقٌ أَوْ آبِقٌ وَقَالَ الَّذِي لَهُ الْعُرْمُ لَيْسَ كَذَلِكَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ وَهُوَ عَلَى الْبِرَاءَةِ مِنَ الْعَيْبِ حَتَّى يَعْلَمَ (قال المزني) قَدْ قَالَ فِي الْغَاصِبِ إِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ أَنْ يَهْ دَاءٌ أَوْ غَائِلَةٌ وَالْقِيَاسُ عَلَى قَوْلِهِ فِي الْحُرِّ يَجْنِي عَلَى يَدِهِ فَيَقُولُ الْجَانِي، هِيَ سَلَاءٌ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَارِمِ».

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

قال الشافعي: القول فيه قول الشريك المالك مع يمينه أنه غير سارق، ولا آبق وله قيمة عبد سليم، فاختلف أصحابنا فيه على طريقتين:

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 بالعيب القول قول منكرها، وهو المالك لأن الأصل السلامة من العيب فأما الغاصب إذا اختلف مع المالك في قيمة العبد المغصوب فادعى الغاصب أنه به داء، أو غائلة فقد حكى المزني عن الشافعي أن القول فيه قول الغاصب، دون المالك وجعل في ضمان العتق القول فيه

كتاب العتق/ باب عتق الشرك في الصحة والمرض ٣١
قول المالك دون المعتق وضمان الغاصب والمعتق سيان فاختلف 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 قول المالك كان في ادعاء نقص
طارىء، ليس من أصل الخلقة، كالإباق والسرقة، لأنه لم يخلق سارقاً ولا أبقاً فالقول
فيه قول المالك دون المعتق، لأنه لا يقدر على إقامة البينة، أنه ليس بسارق ولا أبق،
ولو كانت مثل هذه الدعوى من جهة الغاصب، كان القول فيها قول المالك كالمعتق.

والوجه الثاني: أن القول في الغصب قول الغاصب في النقص والقول في العتق
قول المالك في التقصين والفرق بين الغصب، والعتق: أن الغصب استهلاك محصن لا
يملك بغرمه شيئاً، فجعل القول فيه قول المستهلك والعتق معاوضة يملك المعتق به
الولاء، فجعل القول فيه قول المتعوض فأما ما ذكره المزني في الجناية على الأعضاء،
فإن كانت على أعضاء ظاهرة يمكن المجني أن يقيم البينة على سلامتها، فالقول في
نقصها قول الجاني.

وإن كانت على أعضاء باطنة، يتعذر إقامة البينة على سلامتها، ففي نقصها إذا
ادعاه الجاني قولان ذكرناهما في الجنايات. والله أعلم^(١).

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي مَرَضِهِ الَّذِي مَاتَ
فِيهِ عِتْقًا بَتَاتًا ثُمَّ مَاتَ كَانَ فِي ثُلُثِهِ كَالصَّحِيحِ فِي كُلِّ مَالِهِ».

قال الماوردي: وأصل هذا أن العتق في المرض المخوف الذي يتعقبه الموت
معتبر في ثلث المعتق، فإن احتمله الثلث تحرر العتق، ونفذ، وإن عجز عن الثلث رد،
وعاد المعتق رقيقاً، 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.

(١) في أ كمل المجلد الثاني والعشرون، والحمد لله على معونته، وهدايته، يتلوه في المجلد بعده
مسألة: قال الشافعي: ولو أعتق شركاء له في مرضه الذي مات فيه عتقاً بتاتاً، ثم مات كان في
ثلثه.

والنص الوارد فيه برواية عمران بن الحصين أن رجلاً أعتق ستة أَعْبُدَ له عند موته، وليس له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فدعاهم، وجزأهم ثلاثة أجزاء، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وهذا نص يدفع كل خلاف .

فإذا أعتق المريض شِركاً له في عبد كان عتقه معتبراً من ثلث ماله، كما يكون عتق الصحيح من كل ماله، ويسري عتقه إلى حصة شريكه إذا احتملها الثلث، كما يسري عتق الصحيح إذا احتمله كل ماله . وإذا كان كذلك لم يخل حال الثلث من خمسة أقسام:

أحدها: أن يتسع الثلث لعتق المباشرة، وعتق السراية، فينفذ العتق في جميعه بالمباشرة ثم بالسراية، ويؤخذ من ثلثه قيمة حصة الشريك، ويكون له جميع ولائه .

والقسم الثاني: أن يعجز الثلث عن عتق المباشرة، وعتق السراية لاستحقاق تركته في دينه، ويرد عتقه في جميعه بالمباشرة، وبالسراية، ويعود إلى الرق، ويُبَاعُ في الدَّيْنِ .

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

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

والقسم الخامس: أن يتسع الثلث 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، ونغرم عتق السراية كان لهم تكميل العتق في المباشرة، ولم يكن لهم تجاوزه إلى عتق السراية؛ لأن المعتق معسر به، وهو لو أراد ذلك في جناية منع، فكان ورثته بالمنع أحق .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ نَصِيبٍ مِنْ عِبْدٍ بِعَيْنِهِ لَمْ يُعْتَقْ بَعْدَ الْمَوْتِ مِنْهُ إِلَّا مَا أَوْصَى بِهِ» .

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا وصى بعتق شِرك له في عبد أن يُعتق 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، فنصيبي منه حر عتق عليه بالموت، ولم يعتبر فيه عتق الورثة له لأنه جعل الموت في هذا صفة للعتق، وجعل

الموت في ذلك وصية بالمعتق، ثم يستويان في اعتبارهما من الثلث، فإذا احتمل الثلث قيمة نصيبه عتق عليه، ولا يسري العتق بعد الموت إلى حصة شريكه، وإن كان الثلث متسعاً لقيمتها، لأن ملكه قد زال عنه بالموت إلا قَدَرَ ما استثناه في وصيته، فلو وصى بعتق نصيبه بعد موته، وبعث نصيب شريكه قال أبو حامد الإسفراييني تصح وصيته بعتقها إذا احتملها الثلث؛ لأنه بالوصية مستثنى لهما من ماله، فصار موسراً بهما كالحر، فصار عتق نصيبه مباشرة، وعتق نصيب الشريك سراية، وهذا عندي ليس بصحيح، بل تصح الوصية بعتق نصيبه، ولا تسري إلى نصيب شريكه لأمرين:

أحدهما: أنه موصي بعتق ملك غيره، فلم يلزم غيره.

والثاني: أن عتق السراية ما سرى بغير اختيار ولا وصية، 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 العتق 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 العتق إلى ما اتسع له الثلث إلا أن يمضيه الورثة فيما زاد على الثلث، فيمضي عتقه وبالله التوفيق.

بَابُ فِي عِتْقِ الْعَبِيدِ لَا يَخْرُجُونَ مِنَ الثَّلَاثِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ رَجُلٌ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ لَهُ عِنْدَ الْمَوْتِ لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُمْ جُزُّوا ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ وَأُقْرَعُ بَيْنَهُمْ كَمَا أُقْرَعُ النَّبِيُّ ﷺ فِي مِثْلِهِمْ وَأُعْتَقَ اثْنَيْنِ ثُلُثَ الْمَيِّتِ وَأَرْقُ أَرْبَعَةَ لِلْوَارِثِ وَهَكَذَا كُلُّ مَا لَمْ يَخْتَمِلِ الثَّلَاثَ أُقْرَعُ بَيْنَهُمْ وَلَا سِعَايَةَ لِأَنَّ فِي إِقْرَاعِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمْ وَفِي قَوْلِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِراً فَقَدْ عَتِقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ إِطْلَاقاً لِلْسَّعَايَةِ مِنْ حَدِيثَيْنِ ثَابِتَيْنِ. وَحَدِيثُ سَعِيدِ بْنِ أَبِي عَرُوبَةَ فِي السَّعَايَةِ ضَعِيفٌ وَخَالَفَهُ شُعْبَةُ وَهَشَامٌ جَمِيعاً وَلَمْ يَذْكُرُوا فِيهِ اسْتِسْعَاءً وَهَمَّا أَخْفَظُ مِنْهُ».

قال الماوردي: إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا يملك غيرهم، ولم يمض الورثة عتقهم جزئوا ثلاثة أجزاء بالعدد إن تماثلوا، أو بالقيمة إن تفاضلوا على ما سنصفه من بعد، وأقرع بينهم لتتميز 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، وأقرع بينهم، فأعتق اثنين، جمعهما جزء خرجت عليه قرعة الحرية، وأرق أربعة جمعهم جزءان خرجت عليهم قرعة الرق.

وقال أبو حنيفة: لا تجزئة، ولا قرعة، ويعتق من كل واحد منهم ثلاثة، ويستسعي في قيمة باقية، لتتكامل حرته بالعتق والسعاية، فخالفنا في ثلاثة أحكام:

أحدها: التجزئة لتتكامل بها حرية بعضهم، ورق بعضهم، فنحن نجزئهم، وهو لا يجزئهم.

والثاني: تمييز الحرية من الرق بالقرعة نحن نقرع لتمييزهما، وهو لا يقرع.

والثالث: وجوب السعاية ليمنع بها من حرية بعض العبد، واسترقاق بعضه، ونحن لا نوجبها، ويجوز حرية بعضه، واسترقاق بعضه.

وأما السعاية، وتبعيض الحرية، والرق، فقد تقدم الكلام فيها.

وأما التجزئة والقرعة، فالكلام في هذا الموضوع مختص بهما: فأما التجزئة

كتاب العتق/ باب في عتق العبيد لا يخرجون من الثلث _____
 لتتكامل بها الحرية في جزء، ويتكامل بها الرق في جزأين، فمنع منه أبو حنيفة
 استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن العتق في المرض كالوصية لاعتبارهما في الثلث، وقد ثبت الإجماع
 أنه لو أوصى بستة أعبد لا مال له غيرهم أمضيت الوصية في ثلث كل واحد منهم، ولا
 يكمل في اثنين منهم وجب أن يكون عتقهم بمثابته في حرية الثلث من كل واحد منهم،
 ولا يكمل في اثنين منهم.

والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن المقصود بالوصية التملك، وهو موجود في الاشتراك، فلم يلزم
 تكميله بالقرعة، والمقصود بالرق إزالة أحكام الرق، وهو غير موجود في الاشتراك،
 فلم يلزمه تكميله بالقرعة.

والثاني: أن الموصي لم يقدر على إجازة حقه بالقسمة، فاستغنى عن تكميله
 بالوصية، والمعتق 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 الثلث من ستة أعبد، فأعتقهم لم يكمل عتقه في
 اثنين منهم، وعتق من كل واحد منهم ثلثه وهو قدر ما يملكه، فوجب مثله في المريض
 إذا ملكهم، وأعتقهم، وحقه في الثلث منهم أن يعتق من كل واحد منهم ثلثه ولا يكمل
 عتقه في اثنين منهم. والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن مالك الثلث يكون مكماً لهم من ملك غيره فمنع والمريض يكمل
 للثلث في ملك نفسه، فلم يمنع.

والثاني: أن مالك الثلث لو عين عتقه في اثنين منهم لم يجز، والمريض لو عين
 عتقه في اثنين منهم جاز فافترقا.

فصل: وأما القرعة التي تتميز بها الحرية من الرق، فمنع منها أبو حنيفة استدلالاً
 بأمرين:

أحدهما: أن القرعة رجم بالغيب تنقل الحرية إلى الرق، والرق إلى الحرية،
 فجرت مجرى الأزام التي منع منها الشرع بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ
 وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [المائدة: ٩٠]
 والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن القرعة إنما دخلت لتمييز عتق مطلق غير معين فلم تنقل الحرية إلى

كتاب العتق/ باب في عتق العبيد لا يخرجون من الثلث رِق، ولا رقاً إلى حرية، ألا ترى لو عين العتق في اثنين منهم لم ينقل بالقرعة إلى غيرهم.

وإنما يقرع إذا أطلق العتق في الستة، واستحق في اثنين منهم دخلت لتمييز ما يعتق، ويرق.

والثاني: أن القرعة خارجة عن حكم الأزام التي هي رجم بالغيب؛ لأنهم كانوا يعتقدون في الأزام أنها هي الآمرة، وهي الناهية، وكانوا يكتبون على أحدهما: أمرني ربي، وعلى الآخر: نهاني ربي، وآخر يجعلونه عقلاً، ويجرونها 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 يجر أن تجعل القرعة التي ورد الشرع بها مجرى الأزام التي نهى الشرع عنها.

والاستدلال الثاني: أن قالوا لو كانت القرعة دليلاً لم تناقض، لأن أدلة الله لا تناقض، واستعمال القرعة مُوجِبٌ للتناقض، لأنها لو أعيدت ثانية لخرجت بغير ما خرج به الأول، فلم يجر أن تستعمل. والجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم يمنع هذا المعنى من دخول القرعة في قسمة الأملاك 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 طريقيين 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 مملوكين ليس له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، «فَقَالَ قَوْلًا شَدِيدًا ثُمَّ دَعَاهُمْ، فَجَزَّاهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً».

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 مملوكين عند موته، فرفع ذلك إلى رسول الله ﷺ: «فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَرَدَّ أَرْبَعَةً إِلَى الرَّقِّ».

فدل هذا الحديث على ثلاثة أحكام خالف فيها أبو حنيفة:

أحدها: أنه جزأهم ثلاثة أجزاء، لتكامل الحرية والرق، وأبو حنيفة لا يجزئهم.

والثاني: أنه أقرع 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 ثلثيه، وما خالف النص كان مدفوعاً.

فإن قالوا: معنى هذا الحديث مستعمل في غير ما قلموه، وهو أن قوله: «جَزَأَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ» أي جعل جزءاً حرية، وجزأين رقاً.

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

وقوله: أعتق اثنين، وأرق أربعة أي أعتق سهمين، وأرق أربعة أسهم.

قيل: هذا تأويل معدول به عن الظاهر بغير دليل، ويبطل بالدليل. أما قولهم: إن معنى جزأهم أي جعل جزءاً حرية، وجزأين رقاً، فليس بصحيح، لأن هذه تجزئة الأحكام دون الأعيان، وحمل التجزئة على الأعيان أولى من حملها على الأحكام؛ لأمرين:

أحدهما: أن تجزئة الأحكام معلومة بالعتق، فاستغنت عن تجزئة الرسول ﷺ.

والثاني: أنها فعل، والفعل متوجه إلى الأعيان دون الأحكام.

وأما قولهم: إن معنى أقرع أي استقصى في القيمة، فليس بصحيح من وجهين:

أحدهما: أنه لو أعتق من كل واحد ثلثه، لم يحتج إلى اعتبار القيمة.

والثاني: أن القرعة بينهم لا تكون قرعة في قيمتهم.

وأما قولهم: «أعتق اثنين» أي سهمين «وأرق أربعة» أسهم فليس بصحيح من

وجهين:

أحدهما: أنه لو كان ما قالوه لكان العتق بينهما والرق سهمين.

والثاني: أن التجزئة مغنية عن هذا فلم يجز أن يحمل على ما لا يفيد، وهذا مُغْنٍ عن التجزئة، فلم يجز أن يفعل ما لا يفيد.

وأما الاستدلال عليهم فمن وجهين:

أحدهما: على جواز التجزئة لتكميل الحرية، وتكميل الرق.

والثاني: على جواز القرعة لتمييز الحرية من الرق.

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

أحدهما: أن التجزئة موافقة لأصول الوصايا أن لا يمضي في الوصايا إلا ما يحصل للورثة إلا مثلاه، فإذا جزئوا أثلاثاً، وعتق منهم اثنان، رق أربعة للورثة، فصار لهم مثلاً ما خرج بالعتق، وإذا أعتق ثلثهم على ما قالوا، واستسعوا في باقيهم خرج بالعتق ما لم يحصل للورثة مثلاه، وتردد مال السعاية بين أن يحصل، فيتأخر به حقوق الورثة، وبين أن لا يحصل، فتبطل به حقوق الورثة، وما أدى إلى واحد منهما كانت الأصول مانعة منه.

والاستدلال الثاني: أن في التجزئة إيصال الورثة إلى حقوقهم من غير التركة، فيصير المعتق مستوعباً لتركته، وحقه في ثلثها، والوارث ممنوع 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 بن ثابت، وأبان بن عثمان بن عفان 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 الأملاك المشتركة لتمييز بها نقل أملاك عن ملاك، كان استعمالها في ملك الواحد لتمييز بها حرية ملكه من رقه أولى من وجهين:

أحدهما: أنه في ملك واحد، وذلك في ملك جماعة.

والثاني: أن في العتق حقاً لله تعالى، فكان بنفي التهمة أحق.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرنا من تجزئتهم، والإقراع بينهم، فحكمهم موقوف في بقاء المعتق في مرضه لا يجري عليه حكم العتق، لجواز أن يحدث عليه دين يستغرق قيمتهم، فيرقوا، ولا يجري عليهم حكم الرق لجواز أن يفيدها ما لا يخرجون من ثلثه، فيعتقوا ولا يجزأون، ويقرع بينهم، لأنه غير موروث في حياته، وقد يجوز أن يصح، فلا يورث، وتكون أكساب العبيد المعتقين موقوفة على ما يستبين. فإذا مات المعتق وجبت التجزئة، واستعملت القرعة واعتبر قدر التركة ليكون العتق معتبراً بثلثها إذا أقنع

كتاب العتق/ باب في عتق العبيد لا يخرجون من الثلث _____ ٣٩
الورثة من إجازته، ولو كان للمعتق في مرضه مال يخرجون من ثلثه لم يحكم بعتقهم
قبل موته، لجواز أن يتلف ماله، فلا يصل إلى ورثته أو يركبه دين يسترقون في قضائه.

فصل: فإذا مات المعتق، وأقرع 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 موروثه، ولا تقع
بالقرعة حرية ولا رق، وإنما لتمييز بها الحرية من الرق.

وحكي عن مالك أن بالقرعة يقع العتق، لأن رسول الله ﷺ «حِينَ أَقْرَعَ بَيْنَ الْعَبِيدِ
السُّتَّةِ أَغْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرْقَ أَرْبَعَةَ». وهذا المحكي عنه ليس بصحيح من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان خروجهم من الثلث موجباً لعتقهم بلفظ المالك، وجب إذا
عجز الثلث عنهم أن تكون حرية من عتق منهم بلفظ المالك.

والثاني: أن عتقهم بالقرعة يبطل لعتق المالك، وإبطال عتق المالك موجب
لإبطال القرعة، وكل حكم علق بسبب أدى ثبوته إلى إبطال سببه، بطل الحكم بإثبات
سببه.

فأما قولهم: إن النبي ﷺ «أَقْرَعَ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرْقَ أَرْبَعَةَ»، فلم يكن العتق إلا
من المالك، فصارت القرعة تمييزاً للعتق من الرق - والله أعلم -.

بَابُ كَيْفِيَّةِ الْقُرْعَةِ بَيْنَ الْمَمَالِكِ وَغَيْرِهِمْ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «أَحَبُّ الْقُرْعَةِ إِلَيَّ وَأَبْعَدُهَا مِنِّي الْخَيْفُ عِنْدِي أَنْ تُقَطَعَ رِقَاعٌ صِغَارًا مُسْتَوِيَةً فَيُكْتَبَ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمُ ذِي السَّهْمِ حَتَّى يَسْتَوْظَفَ أَسْمَاءُهُمْ ثُمَّ تُجْعَلَ فِي بِنَادِقِ طِينٍ مُسْتَوِيَةٍ وَتُوزَنُ ثُمَّ تُسْتَجَفُّ ثُمَّ تُتْلَفَى فِي حِجْرِ رَجُلٍ لَمْ يَخْضُرِ الْكِتَابَةَ وَلَا إِذْخَالَهَا فِي الْبِنْدَقِ وَيُعْطَى عَلَيْهَا ثَوْبٌ ثُمَّ يُقَالُ لَهُ أُذْخِلْ يَدَكَ فَأَخْرِجْ بِنْدَقَةً فَإِذَا أَخْرَجَهَا فَضَّتْ وَقُرِئَ اسْمُ صَاحِبِهَا وَدُفِعَ إِلَيْهِ الْجُزْءُ الَّذِي أُقْرِعَ عَلَيْهِ ثُمَّ يُقَالُ لَهُ أُقْرِعْ عَلَى الْجُزْءِ الثَّانِي الَّذِي يَلِيهِ وَهَكَذَا مَا بَقِيَ مِنَ السَّهْمَانِ شَيْءٌ حَتَّى تَنْفَدَ وَهَذَا فِي الرَّقِيقِ وَغَيْرِهِمْ سَوَاءً».

قال الماوردي: اعلم أن القرعة تدخل في الأحكام لتمييز ما اشتبه إذا تعذر تمييزه بغيرها، لتزول فيه التهمة، ويخرج عن توهم الممايلة فوجب أن تستعمل على أحوط الممكنات فيها، وهي على ما وصفها الشافعي أحوط ممكن فيها، فاعتبر فما وصفه منها خمسة أشياء مبالغة في الاحتياط، واحترازا من الحيلة، وبعداً من التهمة.

وقال مالك: كيفما أقرع الحاكم بينهم، ولو بأقلام دواته أجزاء، وهذا عدول عن الاحتياط، وتعرض للارتياح الذي يُمنع منه الحكام.

واختار الشافعي أن تكون الرقاع في بنادق طين، وهو أولى من الشمع والحديد، لأن الشمع لين تتم فيه الحيلة، والحديد شديد لا يفتح، وإن لُينَ بالنار ربما أحرقت رقاعه.

واختار ثانياً: بأن تكون البنادق متساوية الوزن والصفة، مدورة قد ملست، لثلاث تختلف فتتميز.

واختار ثالثاً: أن تجفف حتى تبيس، فلا تتم فيها حيلة.

واختار رابعاً: أن توضع مغطاة، ويؤمر مَنْ لم يشاهدها بالإخراج حتى لا يرى ما تتوجه به إليه تهمة.

واختار خامساً: أن يكون المخرج قليل الفطنة ظاهر السلامة ليبعد من الإدغال،

والحيلة، فهذا أحوط ما يمكن فيها، وليس بعد ما ذكره الشافعي في صفتها من هذه الفصول الخمسة احتياط يؤمر به الحكام، فإن قصر في بعضها أساء، ولم يبطل حكمه. والله أعلم.

بَابُ الإِقْرَاعِ بَيْنَ الْعَبِيدِ فِي الْعِتْقِ وَالذَّيْنِ وَالتَّبَدُّلِ بِالْعِتْقِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيُجْزَأُ الرَّقِيقُ إِذَا أُعْتِقَ ثَلَاثَةً أَجْزَاءَ إِذَا كَانَتْ فِيمَهُمْ سَوَاءً وَيُكْتَبُ سَهْمُ الْعِتْقِ فِي وَاحِدٍ وَسَهْمَا الرَّقِّ فِي اثْنَيْنِ ثُمَّ يُقَالُ: أَخْرَجَ عَلَى هَذَا الْجُزْءِ بَعِيْنَهُ وَيُعْرَفُ فَإِنْ خَرَجَ عَلَيْهِ سَهْمُ الْعِتْقِ عِتْقَ وَرَقِّ الْجُزْءِ الْآخِرَانِ وَإِنْ خَرَجَ عَلَى الْجُزْءِ الْأَوَّلِ سَهْمُ الرَّقِّ رَقًّا ثُمَّ قِيلَ أَخْرَجَ فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعِتْقِ عَلَى الْجُزْءِ الثَّانِي عِتْقَ وَرَقِّ الثَّلَاثِ وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الرَّقِّ عَلَيْهِ عِتْقَ الثَّلَاثِ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ فِيمَهُمْ ضَمًّا قَلِيلُ الثَّمَنِ إِلَى كَثِيرِ الثَّمَنِ حَتَّى يَعْتَدِلُوا فَإِنْ تَفَاوَتَتْ فِيمَهُمْ فَكَانَ قِيَمَةُ وَاحِدٍ مِائَةً وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ مِائَةً وَقِيَمَةُ ثَلَاثَةٍ مِائَةً جِزَاءَهُمْ ثَلَاثَةٌ أَجْزَاءٌ ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ عَلَى الْقِيَمِ فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ وَاحِدٍ مِائَتَيْنِ وَاثْنَيْنِ خَمْسِينَ، وَثَلَاثَةٍ خَمْسِينَ فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعِتْقِ عَلَى الْوَاحِدِ عِتْقَ مِنْهُ نِصْفُهُ وَهُوَ الثُّلُثُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ وَالْآخَرُونَ رَقِيقٌ وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ اثْنَيْنِ عِتْقًا ثُمَّ أُعِيدَتِ الْقِرْعَةُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ وَالْوَاحِدِ وَأَيُّهُمْ خَرَجَ سَهْمُهُ بِالْعِتْقِ عِتْقَ مِنْهُ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ وَرَقًّا مَا بَقِيَ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ وَإِنْ خَرَجَ السَّهْمُ عَلَى الْاِثْنَيْنِ أَوْ الثَّلَاثَةِ فَكَانُوا لَا يَخْرُجُونَ مَعًا جُزْءًا ثَلَاثَةً أَجْزَاءً وَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ كَذَلِكَ حَتَّى يُسْتَكْمَلَ الثُّلُثُ وَيُجْزَأُونَ ثَلَاثَةً أَجْزَاءً أَصْحَحُّ عِنْدِي مِنْ أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثَةٍ».

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 عتق الثلث لأن مخرجه

من ثلاثة ولو كان المقصود عتق الربع جزأوا أربعة أجزاء لأن مخرجه من أربعة.

ولو كان المقصود عتق النصف جزأوا 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 الثلث، وتتساوى قيمهم، فيكونوا في موافقة العدد ثلاثة، أو ستة، أو تسعة، 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 أمتان، فالجمع بينهما أولى من التفرقة، وإن كان فيهم زوجان فالجمع بينهما أولى من التفرقة؛ فإن فرق بين المتناسبين جاز إلا أن تكون أمة معها ولد صغير، فلا يجوز أن يفرق بينهما في التجزئة، لثلاث تختلف أحكامهما، فيفرق بينها وبين ولدها، فتوله عليه، وقد ورد النهي عنه. وإن فرق بين الزوجين، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز كجواز التفرقة بين الأخوين والأمتين.

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

فإذا جزأوا 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 وبلاً في أخرى، ونجاحاً وإقبالاً في الثالثة.

وهو فيما يقوله عند الإخراج من الحرية والرق بين أمرين:

أولاهما 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.

والخيار الثاني: أن يكتب في الرقاع الحرية والرق، ويخرج على الأسماء، فيكتب في رقعة عتقا، وفي رقعتين رقاً.

ويقول: اخرج لسالم وغانم. فإن خرج لهما سهم الحرية عتقا، ورق الأربعة الباقون، وإن خرج لهما سهم الرق رقاً، وقال: اخرج لنا ف وبلال فإن خرج لهما سهم العتق عتقا، ورق الآخران، وإن خرج لهما سهم الرق رقاً، وعتق الآخران. فهذا حكم القسم الأول في تجزئته وإخراجه.

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

مثاله: أن يكونوا ستة، قيمة اثنين منهم مائتان، وقيمة اثنين منهم ثلاثمائة، وقيمة اثنين منهم أربعمائة. فإذا جمعت قيمهم كانت تسعمائة ثلثها ثلاثمائة فيجعل العبدان اللذان قيمتهما ثلاثمائة سهماً ونضم واحداً من العبدان اللذين قيمتهما مائتان إلى أحد العبدان اللذين قيمتهما أربعمائة، ويجعل كل اثنين منهما سهماً قيمته ثلاثمائة فتتعدل 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 ثلاثمائة، فمذهب الشافعي المنصوص عليه أنه يجزأ سهامهم على القيمة دون العدد، فنجعل العبد الذي قيمته مائة سهماً، ونجعل العبدان اللذين قيمتهما مائة سهماً، ونجعل الثلاثة الذين قيمتهم مائة سهماً، وكان الإخراج على ما مضى من الخيارين، فإن خرج سهم العتق 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 أقرع على العدد دون القيمة، فكان العدد أولى أن يكون معتبراً من القيمة فنجعل العبدان اللذين قيمتهما مائة سهماً، ويضم أحد العبيد الثلاثة الذين قيمتهم مائة إلى العبد الذي قيمته مائة، فيصير سهمه أكثر من مائة، وسهم الباقيين أقل من مائة، ثم يقرع بينهم فإن خرج سهم العتق على العبدان المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلاث المائة رق الأربعة الباقون فصار سهم العتق خارجاً على أكثر من الثلث، فلم ينقذ العتق في جميعها لزيادتهما على الثلث، وأقرع بينهما قرعة ثانية، فإن خرج سهم العتق على

العبدین المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة رقب الأربعة الباقون فصار سهم العتق خارجاً على أكثر من الثلث، فلم ينقذ العتق في جميعهما لزيادتهما على الثلث، وأقرع بينهما قرعة ثانية، فإن خرج سهم العتق على المقوم بمائة عتق، ورق الآخر، وإن خرج على المقوم بثلث المائة عتق جميعه، وثلثا الآخر لاستكمال الثلث، ورق ثلثه الزائد على الثلث، وهذه طريقة غير مرضية، لما تقضي إليه من إعادة القرعة مراراً أو تبعض 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 ثلاثمائة، فيجزأون 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 فنجعل العبد المقوم بمائة سهماً، والثلاثة المقومين بمائة سهماً، والأربعة المقومين بمائة سهماً، فإن خرج سهم العتق على الواحد المقوم بمائة عتق ورق السبعة، وإن خرج على الثلاثة المقومين بمائة عتقوا، ورق الخمسة، وإن خرج على الأربعة المقومين بمائة عتقوا، ورق الأربعة.

وعلى هذا لو كانا عبيدين قيمة أحدهما مائة، وقيمة الآخر مائتين جعلنا سهمين، وأقرع بينهما، فإن خرج سهم المعتق على المقوم بمائة عتق 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 ثلاثمائة وقيمة الرابع أربعمائة، وقيمة الخامس خمسمائة، فمجموع قيمهم ألف وخمسمائة ثلثها خمسمائة، ففي الإقراع بينهم قولان:

أحدهما: أنه لا يعتبر فيهم التعديل، لتعذره في القيمة والعدد، وتكتب أسماؤهم في رفاق بعددهم، وتخرج على العتق، فإن خرج اسم المقوم بخمسمائة عتق، ورق الأربعة الباقون، وإن خرج اسم المقوم بأربعمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائة، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بثلاثمائة عتق منه ثلثه، ورق ثلثاه، والثلاثة الباقون، إن خرج في الابتداء اسم المقوم بثلاثمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائتان، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بمائتين عتق جميعه، ورق الثلاثة الباقون، ولو

خرج في الابتداء سهم المقوم بمائتين عتق، وبقي بعده من الثلث ثلاثمائة فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بمائة عتق، وبقي بعده من الثلث مائتان، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بخمسمائة عتق منه خمسه، ورق ثلاثة أخماسه الاثنان الباقيان، ثم على هذا القياس .

والقول الثاني: يجزأون ثلاثة أجزاء على القيمة دون العدد فيجعل المقوم بخمسمائة سهماً، ويجمع بين المقوم بأربعمائة، والمقوم بمائة، فيجعل سهماً ثانياً ويجمع بين المقوم بثلاثمائة والمقوم بمائتين، فيجعل سهماً ثالثاً، ثم يخرج على العتق، فأى السهام خرج عتق من فيه، وقد استكمل به الثلث، ورق الباقيون .

فصل: والقسم السادس: أن تتساوى قيمهم، ولا يوافق عددهم .

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

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِبَعْضِ رَقِيقِهِ جُزْئِ الرَّقِيقِ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنِ ثُمَّ جُزُّوا فَأَيُّهُمْ خَرَجَ عَلَيْهِ سَهْمُ الدَّيْنِ يَبْعُوا ثُمَّ أَقْرَعَ لِيَعْتَقَ ثُلُثُهُمْ بَعْدَ الدَّيْنِ وَإِنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بَعْدَ ذَلِكَ بَعَثَ مَنْ عَتَقَ حَتَّى لَا يَبْقَى عَلَيْهِ دَيْنٌ» .

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في عتق ودين يستوعبان التركة، وهو أن يكون له عبيد لا يملك غيرهم، وقد أعتقهم في مرض موته أو أوصى بعتقهم، وعليه دين يستوعب قيمهم أو قيمة بعضهم، فإن كان الدين مستوعباً لقيمهم ارتفع حكم العتق بالدين سواء أعتقهم في مرضه أو وصَّى بعتقهم بعد موته، لأن العتق في المرض وبعده وصية تعتبر من الثلث، والدين مقدم على الوصايا، فلذلك بطل به حكم العتق، كما بطل به حكم جميع الوصايا والموارث، وإن كان الدين غير مستوعب لقيمهم ارتفع حكم العتق فيما قابل قدر الدين، وكان باقياً فيما عداه . والدين خارج من أصل التركة، والعتق معتبر من ثلثها، فنصور 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 دَيْناً، فلظهور الدين حالتان:

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 يقرع في التركة بين أرباب الديون والوصايا. قيل: إنما أقرع في الدين مع العتق، وإن لم يقرع فيه مع الوصايا لأمرين: فرق وتعليل.

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 اجتمعت مع الدين.

وأما التعليل: 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 للعتق، وجب تقديم الإقراع للدين كما وجب الإقراع للعتق، 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 للعتق أو تنقص القيمة، فتتم ممن أفرد للعتق.

فإذا تقررت هذه الجملة، فمعلوم من صورة ما قلناه أن الدين مقابل لربع التركة، لأنه مائة والتركة أربع مائة، فوجب أن يُجَزَّأوا أرباعاً، ويكتبوا في أربع رقا، والمقرع فيه بين خيارين:

أحدهما: أن يكتب أسماءهم، ويخرج على الدين، فمن خرج اسمه يبيع فيه.

والثاني: أن يكتب في رقعة ديناً، وفي ثلاثة رقا تركة، ويخرج على الأسماء فمن خرج عليه سهم الدين يبيع فيه، فإذا تعين المبيع في الدين بالقرعة لم يجز أن يقرع بين الباقيين في العتق إلا بعد بيعه في الدين، لأنه قد يجوز أن تزيد قيمته، فيزداد على سهام العتق، ويجوز أن تنقص، فتتم من سهام العتق، ويجوز أن يهلك فيقرع للدين ثانية من سهام العتق، فلذلك وجب التوقف على الإقراع للعتق حتى يباع القارع في الدين، ويقضى بضمنه جميع الدين ثم تستأنف قرعة العتق بين الثلاثة على 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، جُزِّئوا في الدين ثلاثة أجزاء على عددهم، فإذا خرجت فيه قرعة أحدهم يبيع منه ثلاثة أرباعه، لأن قيمته مائة. وثلاثة

كتاب العتق/ باب الإقراع بين العبيد في العتق والدين وثلاثون وثلاث. والمائة الدّين هي ثلاثة أرباعها، ويبقى عبدان، وربع قيمتهم ثلاثمائة فيجزأون أثلاثاً، ويقرع بينهم للعتق، فإن خرج سهم العتق على أحد الكاملين عتق ثلاثة أرباعه، ورق ربعه مع جميع الآخر والربع الباقي من المبيع في الدّين، وإن خرج سهم العتق على الربع الباقي من المبيع في الدّين عتق، وقرع بين الكاملين، وأعتق من القارع نصفه، ورق نصفه، وجميع الآخر. والله أعلم.

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، ويباع في الدّين بما استرقه الورثة، وهو عبدان وثلثا عبد بمائة لقضائه للدّين إن لم يقضوه من أموالهم، وهم بالخيار في بيع من شاؤوا منهم بغير قرعة، لأنه لا حق فيهم للمعتق، فلم يحتج في بيعه إلى قرعة، ويبقى معهم عبدان وثلثان، وقد صارت التركة بعد قضاء الدّين ثلاثة عبيد قيمتهم ثلاثمائة، فيبقى للورثة تمام حقهم في الثلثين ثلث عبد، وقد خرج بالعتق عبد وثلث، فيقرع بين العبد والثلث، ليسترق منهما ثلث عبد يستكمل به الورثة ثلثي التركة، فإن خرجت قرعة الرق على ثلث العبد رق للورثة، وتحرر عتق الآخر كله، وإن خرجت على هذا الآخر الكامل العتق قرعة الرق رق ثلثه، وعتق ثلثاه والثلث الآخر، وصار عتق العبد مبعوضاً في عبيد، فهذا حكم الوجه الأول في استيفاء 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 كأخوين اقتسما تركة ثم ظهر لهما أخ ثالث بطلت قسمتهما، ووجب أن يستأنفاها مع الثالث، فعلى هذا تنقض القرعة، ويعود من أعتق بها إلى الحكم الأول، ويبتدىء فيقرع بين الأربعة للدّين، فيباع فيه أحدهم، ويبقى بعد المبيع في الدّين ثلاثة يستحق عتق أحدهم، فيقرع بينهم للعتق، ويعتق منهم من قرع، ويرق الآخران.

والوجه الأول أصح؛ لأنه 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 فأقرع بينهم للدّين، ويبع فيه أحدهم، ثم أقرع بين الثلاثة الباقيين للعتق، وأعتق أحدهم، ورق للورثة اثنان منهم ثم ظهر عليه مئة درهم ثانية ديناً، كان على الوجهين المتقدمين:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي يباع في الدّين أحد العبيدين المسترقين، ويسترق من العبد المعتق ثلثه، فيصير للورثة عبد وثلث، وينفذ بالعتق ثلثا عبد.

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

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

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

فصل: ولو كانوا أربعة فبيع من الأربعة أحدهم في الدّين، وأعتق من الثلاثة أحدهم في الثلث، ورق الآخران للورثة، ثم استحق أحد العبيدين المسترقين كان استحقاقه كاللّدين الحادث بعد العتق، فيكون على ما ذكرناه من الوجهين:

أحدهما: يسترق من المعتق ثلثه، ولا تنقض القرعة.

والثاني: تنقض القرعة، وتستأنف في العبيدين، ويعتق ثلثا أحدهما بالقرعة الثانية على من خرجت منهما، ولو استحق العبد المعتق بطل فيه العتق، واستؤنفت القرعة بين الباقيين 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 كحكمهم 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، وعتق 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 كسبه 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 داخله في تركته تضم إلى قيمته، ويدخل بها دَوْرٌ يزيد في عتقه، والمائة التي كسبها بعد موته خارجة من التركة، ولا يدخل بها دَوْرٌ، 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 بعد موته ملكاً، وبابه في عمل الدَّوْرِ أن يجعل العتق سهماً، والكسب سهماً، لأن الكسب مثل قيمة العبد، ويجعل للورثة سهمين، ليكونا مثلي سهم العتق، وتجمع السهام، وهي أربعة، وتقسّم 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، وللعنتق سهم واحد، وهو نصف قيمته، فعنتق به نصفه، وملك به نصف كسبه في حياة السيد، ورق نصفه للورثة، وملكوا نصف كسبه في حياة السيد ميراثاً، فصار لهم بالرق والكسب مائة درهم هي مثلاً ما عتق من نصفه، ويكون الكسب بعد موت السيد بين العبد والورثة نصفين، بحسب ما فيه من حُرِّيَّةِ ورق .

فلو كانت المسألة بحالها في عتق هذا العبد الذي قيمته مائة درهم، وكسب 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 فيعتق منه ربه، ويرق ثلاثة أرباعه، وبابه أن يجعل للعتق سهماً، وللکسب سهماً، وللورثة سهمين، ويقسم باقي التركة بعد الدين، وهو مائة على هذه السهام الأربعة يكون قسط السهم منها خمسة وعشرين درهماً، فيعتق منه بسهم العتق ربه، 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 حرته، 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 دوز يزيد في العتق لزيادة ما يقضى به الديون وزيادة دورها بثلاثها، لأن المحكى عن أبي سعيد أن الكسب بعد الوفاة يقضى به الديون ولا ينفذ به الوصايا، فتجعل المائة المكتسبة بعد الموت أثلاثاً، ثلثاً للعبد بكسب عتقه، وثلثاً للورثة بكسب رقه، وثلثاً يضاف إلى التركة لقضاء دينه، فتصير التركة مع هذا الثلث مائتين وثلاثة وثلثين وثلثاً، يقضى منها الدين مائة، يبقى من التركة بعد قضائها مائة وثلاثة وثلثون وثلث تقسم على أربعة هي سهم للعتق وسهم للكسب وسهمان للورثة، يخرج قسط السهم ثلاثة وثلثين وثلث فأعتق منه بقدرها، وهو الثلث، ويملك به ثلث كسبه، ويرق للورثة ثلثاه، وهو مثلاً ما عتق منه، وقد ملك من المكتسب بعد الموت ثلثه، وملك الورثة ثلثيه، وهما مستفادان 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 يبيعه سهماً من الكسب بقدر ثلاثة أسهم ما بقى، ولو كسب بعد الموت مائة لصار في ملكه الذي مع ربع كسبه، وبقية كسبه بعد الموت، فسقط، لأنه ليس من التركة، فيبقى ما يبقى، لأنه عبد أعتقه في مرض موته، وبقية كسبه في حياة سيده.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَعْتَقْتُ ثُلُثًا وَأَزَقَقْتُ ثُلُثَيْنِ بِالْقُرْعَةِ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ يُخْرِجُونَ مَعًا مِنَ الثُّلُثِ أَعْتَقْتُ مَنْ أَرَقَقْتُ وَدَفَعْتُ إِلَيْهِمْ مَا اكْتَسَبُوا بَعْدَ عِتْقِ الْمَالِكِ إِيَّاهُمْ».

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

كتاب العتق/ باب الإقراع بين العبيد في العتق والدين له مال، فبيع 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، فبيعت أحدهم في دينه، وأعتق أحدهم في ثلثه، واسترق اثنان لورثته، ثم ظهر له مائة درهم، فيسترجع بظهور المائة العبد المبيع في الدين، ويُفَسِّخُ فيه البيع، ويصير بظهور هذه المائة بمثابة من ليس عليه دين، فعلى هذا لا يختلف مذهب الشافعي، ومن خالفه من أصحابه في نقص القرعة بظهور الدين أنها لا تنقص بظهور المال، لأن ظهور الدين يوجب نقصاً في العتق، وزيادة الرق، تنقص به قرعة الرق وظهور المال يوجب زيادة العتق ونقصان الرق، فلم يجز أن تنقص به قرعة العتق، فيكون عتق من قرع باتاً لا رجعة فيه، وقد بقي في الثلث بعد عتقه أن يعتق من الثلث ثلث واحد يستوعب به الثلث، فيقرع 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 ثلاثمائة درهم عتق بها من الثلاثة عبد كامل، لأن التركة بعد الدين ستمائة.

ولو ظهر له أربع مائة عُتِقَ بها من الثلاثة عبد وثلث، لأن التركة بعد الدين سبعمائة.

ولو ظهر له خمسمائة عتق بها من الثلاثة عبد وثلثان، لأن التركة بعد الدين ثمانمائة.

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 قضاء الدين ألفاً ومائتين، والعبيد أربعة قيمتهم أربعمائة هي قدر الثلث، فيعتقوا جميعاً.

فصل: فإذا تحرر عتق جميعهم على ما وصفنا بأن بعد أن أجري حكم الرق عليهم أنهم كانوا أحراراً، بعث السيد في حياته يوم أعتقهم، فيبطل ما جرى عليهم من أحكام الرق، فيصيرون مالكين لجميع أكسابهم التي كسبوها في حياة السيد، وبعد موته، ولو كان قد 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 وطئها الوارث بحكم الملك كان عليه مهرها، ولو كان قد زنى أحدهم، وجلد خمسين كمل حده، ليتم جلد مائة إن كان بكراً، ويرجم إن كان ثيباً، ولو كان الوارث قد باع أحدهم بطل بيعه، ورجع مشتره على الوارث بثمنه، فلو كان قد رهنه بطل رهنه وإن كان قد أخره بطلت إجارتها، 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 ولاؤه للأول، ولو كاتبه بطلت كتابته، ورجع بما أدى، ولو جنيت عليه جناية عمد، وأخذ الوارث أرشها، كان له أن يقتص من الجاني، ولا يسقط بأخذ الوارث للأرش ويرد الأرش على الجاني، ولو كان قد بيع في جناية جناها بطل بيعه، وكانت جنايته خطأ على عاقلته وعمداً في ماله، واسترجع من المجني عليه ثمنه، ورُدَّ على مشتره، 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 جدَّ ولاء ولده، وموروثاً ينتقل كسبه إلى ورثته، وإن لم يخرج من ثلث سيده، لأنه مات قبل حقوق الورثة، فلم تجز فيه الموارث، وصار كعتق الصحيح.

والوجه الثاني: أن عتقه قد بطل، ويموت عبداً، وينتقل كسبه إلى سيده بالملك، ولا يجزئ ولاء ولده، لأن عتقه في المرض وصية تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي.

والوجه الثالث: وهو الظاهر من مذهب الشافعي، 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، لأنه لا يراعى فيه قبوله، ولا يؤثر فيه رده، وعلى هذا تختلف أحكامه باختلاف أحواله، فإن مات عن غير كسب كان ثلثه حراً، وثلثاه مملوكاً، يجز بثلثه ولاء ولده، وإن مات عن كسب فله حالتان:

إحدهما: أن لا يكون له وارث غير سيده، فينظر في قدر كسبه، فإن كان مائتي درهم ورثها السيد، وعتق جميعه، لأنه 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 الشافعي في

القديم أن المعتق بعضه إذا مات لم يورث، وكان ماله لسيده، كان حكمه على ما مضى إذا لم يخلف وارثاً غير سيده.

وإن قيل: بمذهبه في الجديد أنه يكون موروثاً دخل الدور في عتقه بقدر كسبه، فإن كان كسبه مائتي درهم عتق نصفه، ورق نصفه.

وبابه في حسابه أن يجعل له برقبته سهماً لعتقه، وبكسبه سهمين لورثته، لأن الكسب ضعف قيمته، ويجعل لورثة سيده سهمين ضعف قيمته، وجمع سهم ورثته وسهمي ورثة سيده، وهي أربعة، ولا تجمع إليها سهم الرقبة لتلفها 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 برقبته سهماً لعتقه وبكسبه سهماً لورثته، ولورثة سيده سهمين، وتجمع بين سهم ورثته وسهمي ورثة سيده، وهي ثلاثة، وتقسم ذلك عليها، وهو مائة يخرج قسط السهم ثلاثة وثلثين 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 الرَّقِيقِ أَرَدْتُ فِيمَتُهُ لِعِتْقِهِ فَزَادَتْ فِيمَتُهُ أَوْ نَقَصَتْ أَوْ مَاتَ فَإِنَّمَا فِيمَتُهُ يَوْمَ وَقَعَ الْعِتْقُ».

قال الماوردي: 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.

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

وأما 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.

وأما 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 تحتسب

كتاب العتق/ باب الإقراع بين العبيد في العتق والدين
عليهم كالثمرة والنتاج، والنقصان قبل القبض تالف من التركة، فلم يحسب عليهم
كالميت والمغضوب، 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
دور 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 تجعل له بعته سهماً، وله بفضل
قيمه سهماً، وللورثة سهمين، واجمعها، وهي أربعة، واقسم قيمة العبد عليها، وهي
مائتان، يخرج قسط السهم خمسين فأعتق منه بها على قيمته، وقت العتق يعتق نصفه،
ويرق نصفه، وقيمه وقت الموت مائة، وهو مثلاً ما عتق منه.

ولو ترك السيد مع العبد مائة جعلت للعتق سهماً، ولزيادة القيمة سهماً، وللورثة
سهمين، وقسمت التركة، وهي ثلاثمائة على هذه السهام الأربعة، فيخرج قسط السهم
خمسة وسبعين، فأعتق منه بها ثلاثة أرباعه، ويرق ربه، وقيمه 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 ثلاثمائة جعلت له بعته سهماً،
وبفضل قيمته خمسة أسهم، وجعلت للورثة سهمين، واقسم التركة، وهي ستمائة على
هذه السهام، وهي ثمانية يخرج قسط السهم خمسة وسبعين، فأعتق منه بها على قيمته
وقت العتق ثلاثة أرباعه، وترق ربه، وقيمه 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 سهمين، تصير خمسة أسهم، فاقسم التركة عليها،
وهي أربعمائة يخرج قسط السهم ثمانين، فأعتق منه بها أربعة أخماسه، ويملك بها
أربعة أخماس كسبه ثمانين، ويرق للورثة خمساً، وقيمه أربعون، ويملكون خمس
كسبه، وهو عشرون، فإذا ضم المائة المتروكة 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 زيادتها دور على الرق زاد به العتق.

فإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة، فنقصت قيمته قبل قبض الورثة حتى صارت خمسين، جعلت للعتق سهماً، وللورثة سهمين، وقد عادت القيمة إلى نصفها، فأنقص من سهم العتق نصفه يبقى سهماً ونصف، فأقسم التركة عليها، وهي خمسون يخرج قسط نصف السهم خمسها، فأعتق خمسها، وقيمتها وقت العتق عشرون، واسترق للورثة أربعة أخماسه، وقيمتها وقت الموت أربعون، وهو مثلاً ما خرج بالعتق.

وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا أنه لا يحتسب على العبد نقصان قيمته، كما لم يحتسب على الورثة، ويعتق ثلثه ويرق ثلثاه، وهذا ليس بصحيح؛ لأنه لما احتسب له زيادة قيمته حتى زاد في دور عتقه، وجب أن يحتسب عليه نقصانها ليزيد في دور رقه. ولو كانت قيمته خمسمائة، فنقصت حتى صارت مائتين، جعلت له بالعتق سهماً، وللورثة سهمين، وقد عاد عليه من نقصان القيمة ثلاثة أخماسها، فأنقصها من سهم عتقه، يبقى له خمساً سهم، فأقسم القيمة على سهمين وخمسين، يكن الخمسان منها السدس، لأن مبسوطها اثنا عشر خمساً، ويقر سهم العتق، فأعتق سدسه، وقيمة السدس من الخمسين مائة وثلثه مائة وثلاثة وثلاثون وثلث، ويرق الورثة خمسة أسداسه، وقيمتها من المائتين مائة وستة وستون وثلثان، مثلاً ما خرج بالعتق.

ولو كانت قيمته وقت عتقه ستمائة، فنقصت حتى صارت ثلاثمائة وكسب العبد ثلاثمائة فأجبر نقصان القيمة بزيادة الكسب، وأعتق ثلثه، وقيمتها من الستمائة، مائتان يملك به ثلث كسبه مائة فيرق ثلثاه للورثة، وقيمتها من الثلاثمائة مائتان، ولهم به ثلثا كسبه مائتان، يصير معهم أربعمائة وهي مثلاً ما خرج بالعتق.

ولو كانت قيمته ستمائة، فنقصت حتى صارت أربعمائة وكان على السيد دين مائة، فأضيم الدين إلى نقصان القيمة، يصير الباقي منها ثلاثمائة فأجعل للعتق سهماً، وللورثة سهمين، وأقتص من سهم العتق نصفه يعود النقصان إلى نصفه، يبقى سهمان ونصف يكون نصف سهم العتق منها خمسها، فأعتق منه خمسها، وقيمتها من الستمائة مائة وعشرون، وأفضي المائة الدين من قيمته، وهي أربعمائة يبقى ثلاثمائة للورثة بأربعة أخماسه مائتان وأربعون، وهي مثلاً ما خرج بالعتق.

فصل: وأما الفصل الثالث: في الجمع بين العتق في المرض والوصية بالعتق، وهما جميعاً من الثلث لكن عتق المرض مقدم على عتق الوصية، فإذا أعتق عبداً في مرضه، ووصى بعتق آخر بعد موته، فهو على أربعة أضرب:

أحدها: أن يعين العبد المعتق في المرض، والعبد المعتق بالوصية، فيقول: هذا

العبد حر، وأعتقوا هذا العبد الآخر بعد موتي، فللثلث أربعة أحوال:

أحدها: أن يحتمل قيمته العبدان، فيتحرر به عتق المرض، وعتق الوصية.

والحال الثانية: أن يحتمل الثلث قيمة أحدهما دون الآخر، فيتحرر به عتق المرض، ورد عتق الوصية.

والحال الثالثة: أن يحتمل الثلث قيمة أحدهما، وبعض الآخر فيتحرر به عتق المرض كاملاً، ويعتق من عبد الوصية بقدر الباقي من الثلث، ويرق باقيه.

والحال الرابعة: أن يحتمل الثلث بعض أحدهما، ويعجز عن الباقي، فيتحرر به من عتق المرض، قدر ما احتمله الثلث، ويرق باقيه، وجميع الآخر.

والضرب الثاني: أن يبهم عتق المرض وعتق الوصية في عبيده، ولا يعينهما، فيقول في مرضه: أحد عبيدي حر، وأعتقوا أحدهم بعد موتي، فإنهما مبهمان، فوجب التعيين، وفيما يتعيَّنان به قولان:

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

والقول الثاني: أنه يرجع في تعيينها إلى القرعة دون الورثة، وهو أصح لأمرين:

أحدهما: أنها أبعد من التهمة.

والثاني: لتعذر علم الورثة بإرادة السيد.

فيبدأ بالقرعة بعتق المرض فإن استوعب الثلث بطل عتق الوصية، وإن بقي من الثلث بقية أقرع لعتق الوصية، فإن احتمل بقية الثلث جميع قيمته عتق، وإن عجز عتق منه بقدر ما احتمله الباقي، ورق باقيه.

والضرب الثالث: أن يعين عتق المرض، ويبهم عتق الوصية، فيقول: هذا العبد حر، وأعتقوا آخر بعد موتي، فينظر في عتق المرض. فإن استوعب الثلث بطل عتق الوصية، ولم يُحتجَّ إلى بيانه، وإن بقي من الثلث بقية صرفت في عتق الوصية، فاحتجَّ 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 عبيدي حر، وأعتقوا هذا بعد موتي، فلا تمضي الوصية بعتق المعين حتى يتعين في أحدهم

عتق المرض، فيرجع في تعيينه إلى بيان الورثة في أحد القولين، وإلى القرعة في القول الثاني ثم يعتبران في الثلث، ويكونان فيه على الأحوال الأربعة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ لِمَيِّتٍ عَلِمْنَا أَنَّهُ كَانَ

حُرًّا».

قال الماوردي: 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:

أحدها: 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 باقيه، وجميع الآخر.

وإن كان عتق مرض أدخل الميت في قرعة العتق، وعند مالك: لا يدخل في قرعة العتق، لأنه يرى أن عتقه واقع بالقرعة دون اللفظ، ونحن نرى وقوع عتقه 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 بان بها أنه مات حراً استوفى السيد بعتقه ما استحقه من ثلثه، ورق الآخرين للورثة، ولم يؤثر موته في نقصان التركة، وإن وقعت عليه قرعة الرق لم يحتسب به على الورثة لموته قبل استحقاقهم، وصارت التركة هي العبدان الباقيان والعتق واقع فيهما، ويستأنف الإقراع بينهما، ويعتق ثلثا من قرع منهما، ويرق للورثة باقيه، وجميع الآخر.

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 مستحقاً إذا صار الورثة إلى مثليه، ويستوي فيه عتق المرض وعتق الوصية، فإن وقعت عليه قرعة العتق بان أنه مات حراً، ورق الآخرين للورثة، وإن وقعت قرعة العتق على أحد الباقيين عتق، ورق الآخر مع الميت، وبأن أنه مات على ملك الورثة، فإن كان عتق مرض لم يحتج من وقعت عليه قرعة العتق إلى تلفظ الورثة بعتقه، لتقدمه من المعتق، وإن كان عتق وصية، ففي احتياج عتقه إلى تلفظ الورثة بعتقه وجهان:

أحدهما: أنه يحتاج إلى تلفظ الورثة، لأن العتق لا يتحرر إلا بلفظ ولم يوجد من الموصي، 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 عتق مرض دخل في قرعة العتق، ولم يدخل في قرعة الرق، فإن وقعت عليه قرعة العتق بان أنه مات حراً، ورق الآخرا للورثة وإن وقعت عليه قرعة الرق بان 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 عتق وصية، فلا يدخل في قرعة الرق، وفي دخوله في قرعة العتق وجهان:

أحدهما: لا يدخل فيها، لأن تنفيذ الوصية يلزم بعد قبض الورثة لمثلها، فعلى هذا يكون خارجاً من جملة التركة في العتق والميراث، ويقرع لعتق الوصية بين الباقيين، ويعتق من القارع ثلثاه، ويرق للورثة ثلثه، وجميع الآخر.

والوجه الثاني: أنه يدخل في قرعة العتق وإن لم يدخل في قرعة الرق لاستحقاق عتقه بالموت، فإن وقعت عليه قرعة العتق بان أنه مات حراً، ورق الآخرا للورثة، وإن وقعت عليه قرعة الرق خرج من التركة، وبان أنه مات عبداً غير محسوب على الورثة، وأعتق من الآخرين ثلثا أحدهما بالقرعة.

فصل: ولو أعتق عبداً في مرضه قيمته مائة درهم، لا مال له غيره، فكسب العبد ثلاثمائة درهم، ومات قبل سيده، فإن لم يخلف وارثاً غير سيده مات حراً، لأن سيده قد ورث كسبه بالولاء، فخرج عتقه من ثلثه، وإن خلف ابناً، وحكم له بالميراث دخل في عتقه دَوْرًا، فَرُقُّ له بعضه، وذلك بأن نجعل للعبد بالعتق سهماً وللکسب ثلاثة أسهم، وللورثة سهمين يكون جميعها ستة أسهم، فأسقط سهم العتق بموته بخروجه من التركة، يبقى خمسة أسهم، فأقسم عليها الكسب، لأنه قد صار هو التركة، يخرج قسط السهم منها ستين وأعتق منه بقدرها، فيعتق بها ثلاثة أخماسه، ويرق خماسه، 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

ثلاثمائة درهم واقترض السيد منه مائة درهم استهلكها ثم مات السيد، وترك مائة درهم قيل للعبد إن أبرأت سيدك من قرضك عتق جميعك، لأنه قد ترك مثلي قيمتك، وإن لم تبرئه دخل في عتقك دَوْرُ رُقٍّ به بعضك، فتجعل بالعتق سهماً، وبالكسب ثلاثة أسهم، وللورثة سهمين تصير ستة أسهم، والتركة بعد مائة القرض خمسمائة، فأقسمها على السهام الستة يخرج قسط السهم ثلاثة وثمانين درهماً وثلاثاً، فأعتق منه بقدرها، فعتق بها خمسة أسداسه، ويملك خمسة أسداس كسبه، ويأخذ مائة قرضه من التركة، ويرق للورثة سدسه، وقيمته 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 عتق منه .

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ لِأَمَةٍ فَوَلَدَتْ عَلِمْنَا أَنَّهَا حُرَّةٌ وَوَلَدَهَا وَوَلَدُ حُرَّةٍ لَا أَنَّ الْقُرْعَةَ أَحَدُثُ لِأَحَدٍ مِنْهُمْ عِتْقًا يَوْمَ وَقَعَتْ إِنَّمَا وَجَبَ الْعِتْقُ حِينَ الْمَوْتِ بِالْقُرْعَةِ» .

قال الماوردي: وصورتها: أن يعتق في مرضه أمةً، فتلد ولدًا، فهذا على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يعتقها في جملة عبيد، ويخرج عليها سهم العتق، فولدها يجري مجرى كسبها، وهو حر بحريتها .

والضرب الثاني: أن يعتقها في جملة عبيد، ويخرج عليها سهم الرق، فولدها يجري مجرى كسبها، وهو مرقوق برقها .

والضرب الثالث: أن يعتقها وحدها، وليس له مال غيرها، فهذا على أربعة أضرب:

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

فإذا كانت قيمة الأم مائة درهم قبل الولادة وبعدها، وقيمة الولد مائة درهم بعد ولادته عتق نصفها، وعتق من ولدها نصفه، تبعاً لعتقها، ورق للورثة نصفها ونصف ولدها، وقيمة النصفين مائة درهم، هي مثلاً ما عتق من نصفها، ولا يتكامل العتق بالقرعة في أحدهما، لأنه عتق تلك الأم بمباشرة السيد، فترك العتق في كل واحد منهما على انفراده .

والضرب الثاني: أن يكون الحمل موجوداً وقت عتقها، ومولوداً قبل موت سيدها، ففيه قولان من اختلاف قوليه 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، ويعتق منه بقدر عتقها، ويرق منه بقدر رفقها، ويدخل به دور يزيد في عتقها.

وإن قيل: إن للحمل قسطاً من الثمن كان الحمل مباشراً بالعتق مثل أمه، ويعتق من كل واحد منهما ثلثه، ولا يدخل دور في زيادة عتقها، وهل يقر عتق الثلث من كل واحد منهما أو يكمل بالقرعة من أحدهما؟ على وجهين مُتختمين:

أحدهما: يكمل عتق الثلثين في أحدهما بالقرعة كما لو كان ذلك في عبيدين.

والوجه الثاني: يقر عتق الثلث من كل واحد منهما، 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 لهما كسباً أو تبعاً؟ على قولين: إن قيل: للحمل قسط من الثمن كان كسباً لها اعتباراً بعلوقه فيدخل به دور في زيادة عتقها، ويكون رقه للورثة ميراثاً، فيعتق منها إذا كانت قيمة كل واحد منهما 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، وعتق ثلثها، وعتق ثلث ولدها تبعاً، لأنه من كسبها، ويكون لها ولاء ما عتق من ولدها، ولسيدها 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 منهما 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 قولان:

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، لتمائل العتق فيهما، ولا يتفاضل، لأنه لا يجوز أن تلد بحريتها مملوكاً، ولا برقعها حُرّاً فيعتق نصفها ونصف ولدها، ويعتبر ما عتق منها في ثلث السيد، ولا يعتق فيه ما عتق من ولدها،

لأنه عتق عليه بالسراية من غير اختياره، فصار كالتالف من تركته، ويكون ولاء ما عتق من الولد لسيدته دون أمه، ويرق للورثة نصفها ونصف ولدها ميراثاً، وهو مثلاً ما عتق منها.

والقول الثاني: يكون كسباً للأُم والورثة بقدر الحرية والرق، ولا تزيد به التركة، ولا يدخل به دور في زيادة العتق، فيعتق ثلثها، وتَبِعَهَا في الحرية ثلث ولدها، لأنه من كسبها، ويكون ولاءً مَا عَتَقَ مِنْهُ لَهَا دون سيدها، ويرق للورثة ثلثها ميراثاً، وثلثاً ولدها كسباً.

فصل: وإذا أعتق السيد في مرضه أمةً، وتزوجها ووطئها، ثم مات عنها، ففي نكاحه وجهان:

أحدهما: باطل، لأن حالها مترددة بين أن يعتق من ثلثه، فيصح نكاحها، وبين أن ترق بالدين، فيبطل نكاحها، ومن هذه حالها لا يصح 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 لعتقه لا لنكاحهما، فإن خرجت من الثلث أو أجاز الورثة العتق صح النكاح، ولم تترك به، لأن عتقها وصية تبطل بالميراث، وإن لم يخرج من الثلث، ولم يجز الورثة العتق بطل النكاح، واتفق حكم الوجهين مع بطلانه، وفي وطئه لها وجهان:

أحدهما: يكون هدرأً لا تستحق به مهراً، لتردد حالها بين أن تستحقه بعقدها أو يسقط برقعها.

والوجه الثاني: يكون المهر منه مستحقاً اعتباراً بظاهر العتق، وفيه إذا كان مستحقاً وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: يكون من رأس المال اعتباراً بمهور الأحرار.

والوجه الثاني: أنه يكون من الثلث اعتباراً بعقدها أنه من الثلث.

فإذا استقر هذا لم يخل حالها من ثلاثة أقسام:

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

والقسم الثاني: أن يتسع لقيمتها، ويضيق عن مهرها، فيكون نفوذ عتقها في جميعها موقوفاً على إبرائها 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 سنذكره.

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

مثاله: أن تكون قيمتها ثلاثمائة درهم، ومهر مثلها مائة درهم، فإن جعلنا المهر من رأس المال جعلت لهما بالعتق سهماً، وبالمهر ثلث سهم، وجعلت للورثة سهمين تكون ثلاثة أسهم وثلثاً، فأبسظها 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.

وإن جعل المهر من الثلث جعلت ثلثها، وقيمتها مائة درهم، مقسوماً بين العتق والمهر على أربعة أسهم، يكون قسط السهم خمسة وعشرين درهماً، فأعتق منها بسهم العتق، وهي ثلاثة أسهم قدرها خمسة وسبعون درهماً، فعتق بها ربعها، وبيع منها بسهم المهر وهو خمسة وعشرون درهماً ببقية ثلثها، وقدره نصف السدس، 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 سريج النكاح موقوف على خروج قيمتها من ثلثها أو إجازة ورثتها لعتقه، فيصح النكاحُ أو لا، فيبطل.

فإن صح النكاح بكمال عتقه لم يرثها، لأن عتقها وصية يمنع الميراث منها، وإن بطل النكاح على الوجهين، وقد دخل بها، ولم يترك مالا 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 عُقَيْبَ الموت أن تجعل له بالعتق سهماً، وعليه بالصداق نصف سهم، وتجعل للورثة سهمين تكون سهمين ونصفاً، وأقسم التركة عليها، وهي مائتا درهم، يخرج قسط السهم منها ثمانين درهماً، وأعتق منه بالسهم خُمسِيه، لأن النصف الذي من الصداق يستوفى منه، ويرق للورثة ثلاثة أخماسه، وقيمتها مائة وعشرون درهماً، ويؤخذ منه خمسا 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، وَغَانِمٌ حُرٌّ وَزِيَادٌ حُرٌّ مَاتَ فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلُ مَا اخْتَمَلَ الثَّلْثُ لِأَنَّهُ عَتِقُ بَنَاتٍ».

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

وإن مات من مرضه غلب فيها حقوق الورثة، فردت إلى الثلث، وكان لهم رد ما زاد على الثلث إن لم يجيزوه، فإذا جمع في مرضه الذي مات فيه بين عتق وعطايا، وعجز الثلث عن جميعها قدم من ثلثه ما قدمه في حياته من عتق أو عطية، فإن قدم العتق، واستوعب به جميع الثلث أبطلت عطاياه في حقوق الورثة.

وإن قدم العطايا، واستوعب بها الثلث أبطل بها العتق تغليبا لحكم أسبقها، عتقا كان أو عطية. وقال أبو حنيفة: إن كان في العطايا محاباة في عقد معاوضة قدمت على جميع العتق. والعطايا، وإن تأخرت، وإن لم يكن فيها محاباة قُدِّمَ الأسبق، فالأسبق من العطايا أو العتق، فخالف في المحاباة، ووافق فيما سواها، احتجاجا بأن المحاباة معاوضة فكان حكمها أقوى وألزم من غيرها.

ودليلنا: هو أن ما تقدم اتخاذه، ووجب أن يقدم تنفيذه، كما لو كان كل العطايا محاباة أو كلها غير محاباة، وليس لاحتجاجه بأن المحاباة معاوضة وجه، لأن المعاوضة تختص بما ليس فيه محاباة، ولذلك لزم، ولم تسقط، والمحاباة عطية محضه، ولذلك سقطت ولم تلزم.

فصل: فإذا استقر هذا الأصل في تقديم الأول فالأول، فبدأ بالعتق، فقال: سالم حُرٌّ، وغانم حُرٌّ، وزياد حُرٌّ، ثم وهب وحابى قَدَّمْنَا ما بدأ به من عتق سالم، فإن استوعب الثلث أبطلنا عتق غانم وزياد من غير قرعة، سواء أعتقهم بلفظ متصل أو بألفاظ منفصلة، وسواء قرب ما بينهم أو بعد، تعليلا بالتقدم، فاستوى فيه القريب والبعيد. ولو اتسع الثلث بعد عتق سالم لعتق غيره أعتقنا بعده غانما، لأنه الثاني بعد الأول، فإن استوعب الثلث أبطلنا عتق زياد.

وإن اتسع الثلث بعد سالم وغانم لعتق ثالث أعتقنا زيادا، فإن استوعب الثلث أبطلنا ما بعدهم من الهبات والمحاباة.

وإن اتسع الثلث بعد عتقهم لهباته أو محاباته قَدَّمْنَا في بقية ثلثه ما قدمه من هبة

أو محاباة حتى يستوعب جميع الثلث، ويبتل ما عجز عنه الثلث، فلو اتسع الثلث لعبد وبَعْضِ آخَرَ، وضاق عما سواه عتق جميع العبد الأول وبعض الثاني، وأبطل ما عداه من عتق وعطية.

ولو قال في مرضه: سالم وغانم وزياذ أحرار، كانوا في العتق سواء، لا يقدم فيه من قدم اسمه، لأنه أعتقهم بلفظة واحدة بعد تقدم أسمائهم، فلم يتقدم عتق بعضهم على بعض وفي قوله: سالم حر وغانم حر، وزياذ حر تقدم عتق بعضهم على بعض، فافترق الأمران.

ووجب إذا عجز الثلث عن عتقهم أن يقرع بينهم، وعتق بالقرعة من استوعب الثلث، ورق من عداه.

فصل: فلو أعتق في مرضه عبيد بلفظة واحدة، وليس له مال غيرهما، وقيمة أحدهما مائة درهم، وقيمة الآخر مائتان، وكسب كل واحد منهما مثل قيمته أقرع بينهما بعد موته، ويدخل بالكسب دَوْرًا في زيادة العتق، فتجعل للعتق سهمًا، وللكسب سهمًا، وللورثة سهمين تكون أربعة أسهم، وتنقسم التركة عليها وهي ستمائة منها ثلاثمائة قيمتها، وثلاث مائة كسبها، يخرج قسط السهم مائة وخمسين درهماً، وهو سهم العتق، فيعتق منها بقدره.

فإن وقعت قرعة العتق على من قيمته مائتا درهم عتق ثلاثة أرباعه، وملك ثلاثة أرباع كسبه، ورق رבעه بخمسين درهماً، وملك الورثة ربع كسبه خمسين درهماً، ورق لهم جميع الآخر، وقيمته مائة درهم، وملكوا به جميع كسبه، وهو مائة درهم، صار ثلاثمائة درهم، وهي مثلاً ما خرج في العتق.

وإن وقعت قرعة العتق على الذي قيمته مائة درهم عتق جميعه، وربيع الآخر لاستكمال الثلث، وملك الأول جميع كسبه، وملك الثاني ربع كسبه، ورق للورثة ثلاثة أرباع الثاني، وقيمة ذلك مائة وخمسون درهماً، وملكوا به ثلاثة أرباع كسبه مائة وخمسين درهماً، صار لهم بالرق والكسب ثلاثمائة درهم هي مثلاً ما خرج بالعتق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَأَمَّا كُلُّ مَا كَانَ لِلْمُوصِي أَنْ يَزْجَعَ فِيهِ مِنْ تَذْيِيرٍ وَغَيْرِهِ فَكُلُّهُ سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة مصورة في الوصايا بالعتق والعطايا بعد الموت، وتنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تشتمل على العتق وحده.

والثاني: أن تشتمل على العطايا وحدها.

والثالث: أن يجتمع فيها العتق والعطايا.

فأما القسم الأول: في اشتمالها على العتق وحده، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون كله عتقاً، فيقول: اعتقوا عني سالماً، ثم يقول: اعتقوا عني غانماً، ثم يقول: اعتقوا عني زياداً، فكلهم في الوصية بعتقهم سواء لا يقدم فيهم من قَدَم الوصية به، بخلاف عتقه الناجز في مرضه الذي تقدم فيه مَنْ قَدَّمَهُ.

والفرق بينهما: أن العتق بالوصايا مستحق بالموت الذي يتساوون فيه، وفي المرض مستحق باللفظ الذي يقدمون به، فلذلك قدم في المرض عتق الأول، ولم يقدم في الوصية عتق الأول، وأقرع بينهم إن عجز الثلث عنهم، وأكسب جميعهم قبل الموت تركةً.

والضرب الثاني: أن يكون كل عتقه تدبيراً، فيقول: إذا مت، فسالم حر، ثم يقول إذا مت، فغانم حر، ثم يقول: إذا مت، فزياد حر، ففيه وجهان:

أحدهما: أنهم يتقدمون في الثلث على ترتيب من قدم، فيعتق الأول إن استوعب الثلث، ورق الثاني والثالث.

ولو اتسع الثلث لاثنين عتق الأول والثاني، ورق الثالث اعتباراً بالعتق في المرض، ولا تستعمل فيهم القرعة، لأنه عتق ناجز بالموت لا يقف على الورثة.

والوجه الثاني: وَهُوَ الْمَذْهَبُ: أنهم سواء لا يتقدمون على الترتيب لوقوع ذلك بالموت الذي يتماثلون فيه.

فإن عجز الثلث عنهم، ولم يتسع لجميعهم ففيه وجهان:

أحدهما: وهو المذهب: أنه يقرع بينهم، ويعتق منهم من احتمله الثلث، ويسترق من عجز عنه.

والوجه الثاني: أنه يعتق من كل واحد منهم قدر ما احتمله الثلث، ويسترق باقيه، ولا يقرع بينهم في تكميل الحرية.

فإن احتمل الثلث نصف قيمتهم عتق من كل واحد نصفه، ورق نصفه، وإن احتمل الثلث ربع قيمتهم عتق من كل واحد ربعه، ورق ثلاثة أرباعه اعتباراً بالوصايا، والأول أصح لفرق ما بين العتق والوصايا.

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

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

والقول الثاني: وهو الظاهر من المذهب: أنهما سواء، لأن عتق جميعهم مستحق بالموت، فإن ضاق الثلث عن جميعهم أقرع بينهم، وفي القرعة وجهان:

أحدهما: يفرد كل فريق، ويقرّع بين عتق التدبير، وعتق الوصية، فإذا وقعت قرعة العتق على أحدهما، وقد استوعب الثلث عتق ورق الفريق والآخر وصيةً كان أو تدبيراً.

والوجه الثاني: يجمع في القرعة بين الفريقين واستوعب بالثلث من وقعت القرعة عليه من كل واحد من الفريقين، ورق من عداه من الفريقين.

فصل: وأما القسم الثاني: في اشتمال الوصية على العطايا دون العتق، فجميع أهلها يتحاصون في الثلث إذا ضاق عنها، يستوي فيه من تقدمت الوصية له ومن تأخرت، وسواء كان هبة أو محاباة، وأحسب أبا حنيفة يوافق على هذا، ويستهمون في الثلث على قدر وصاياهم إذا اختلفت مقاديرها، فإن رد بعضهم الوصية توفرت على الباقيين في زيادة حقوقهم، ولم يقدم بعضهم بالقرعة على بعض بخلاف العتق الموجب لتكميله بالقرعة في بعضهم، لما قدمنا من الفرق بينهما.

ولهذا الفصل أحكام قد تقدم ذكرها في الوصايا، وما حدث من نتاج ماشية أو ثمار نخيل أو كسب عبيد قبل موت الموصي تركه يتسع لها الثلث في تنفيذ الوصايا، وما حدث بعد موته للورثة لا يتسع لها الثلث في حقوق أهل الوصايا. وأما في قضاء الديون منها إذا ضاقت التركة عنها، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو مذهب الشافعي: لا تقضى منها الديون كما لم تنفذ منها الوصايا.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد 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 الثلث عنهما، ففيه قولان:

أحدهما: يقدم العتق على الوصايا، لدخوله في حقوق الله تعالى، وقوته بالسراية.

والقول الثاني: أنهما سواء لاعتبارهما من الثلث واستحقاقهما بالموت فيقسط الثلث عليهما بالحصص، فما حصل للعتق أقرع بينهم فيه، وما حصل للعطايا اشتركوا

فيه، ولم يقرعوا، فلو اجتمع مع العطايا عتق وتدبير، ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يقدم التدبير عند ضيق الثلث عن العتق والعطايا لانتجازه 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 الثلث على الجميع بالحصص، ثم يكون الإقراع في سهم العتق والتدبير على ما ذكرنا.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ شَهِدَ أجنبيَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَصِيَّةً وَهُوَ الثُّلُثُ وَشَهِدَ وَارِثَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدًا غَيْرَ وَصِيَّةٍ وَهُوَ الثُّلُثُ أَعْتَقَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَهُ (قَالَ الْمُزْنِيُّ) إِذَا أَجَازَ الشَّهَادَتَيْنِ فَقَدْ ثَبَتَ عِتْقُ عَبْدَيْنِ وَهُمَا ثَلَاثَا المَيِّتِ فَمَعْنَاهُ أَنَّ يُقْرَعَ بَيْنَهُمَا».

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

فإذا شهد أجنبيان أنه وصى بعتق عبده سالم، وقيمه الثلث، وشهد وارثان بأنه وصى بعتق عبده غانم، وقيمه الثلث لم يخل حال الوارثين من أن يكونا عدلين أو مجروحين، فإن كانا عدلين قبلت شهادتهما، لسلامتهما من معاني الرد، وقد ثبت بالشهادتين عتق عبدين، وهما ثلثا الميت، فيقرع بينهما، ليكمل بالقرعة عتق أحدهما على ما ذكره المزني.

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

وإن كان الوارثان مجروحين لم تقبل شهادتهما، وأعتق من شهد الأجنبيان بعتقه، ونظر قول الوارثين في شهادة الأجنبيين، فإن صدقاهما رق لهما من شهدا بعتقه، ويكون التأثير في رد شهادتهما بإبطال القرعة.

وإن كذباهما لزمهما أن يعتقا ممن شهدا بعتقه قدر ما احتمله الثلث بعد خروج الأول من التركة، ويسترقا منه ما عجز عنه الثلث.

ولو شهد الأجنبيان بعتق سالم في المرض، وشهد الوارثان بعتق غانم وصية بعد الموت، وليس بينهما تكاذب عتق سالم، ورق غانم، لأن عتق المرض مقدم على عتق

الوصية، وكان للوراثين أن يسترقا من شهدا بعته في الوصية لعجز الثلث عنه .
مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لِعَشْرَةٍ أَغْبِدْ لَهُ أَحَدُكُمْ حُرًّا سَأَلْنَا
الْوَرِثَةَ فَإِنْ قَالُوا لَا نَعْلَمُ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ وَأَغْتَقَ أَحَدُهُمْ كَانَ أَقْلَهُمْ فِيمَا أَوْ أَكْثَرُهُمْ».

قال الماوردي: وإطلاق قوله: لعشرة أعبده له، أحدكم حر، ولم يُسمَّه ينقسم قسمين:

أحدهما: أن يقصد بإطلاقه تعيين العتق في أحدهم، فهو الحر من بينهم، ويرجع إليه في بيانه منهم، فإن بينه، فقال: هو سالم عتق، وكان بيانه خيراً، ورق من سواه.

فلو قال: هو سالم أو غانم رق من سواهما، وأخذ ببيان من أراده منهما.. ولو قال: هو سالم لا بل غانم عتقا معاً، لأنه صار راجعاً عن سالم، ومقراً بغانم فلزمه إقراره، ولم يقبل رجوعه، ورق من عدا سالماً وغانماً من عبيده، فإن أكذبه أحدهم، وادعى أنه هو المعين بالعتق أحلف له السيد، وكان على رقه، وإن نكل السيد ردت 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 بمثابة، وإن لم يكن عند الورثة بيان، فمذهب الشافعي أنه يقرع 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، ووقوف أمرهم مضر بالحر في حق نفسه، ومضر بالأرقاء في حقوق الورثة، فلم ينتف الضرر في الجهتين إلا بالقرعة.

فصل: والقسم الثاني: أن يهب العتق فيهم، ولا يقصد تعيينه في أحدهم، فيؤخذ بتعيينه، ويكون في التعيين على خياره، فإذا عينه في أحدهم عتق، ورق من سواه، وسواء كان أكثرهم قيمة أو أقلهم، فلو ادعى غيره التعيين لم تسمع دعواه، لأنه في هذا التعيين مخبر وليس بمخير، فلو قال عند التعيين: هو سالم لا بل غانم عتق سالم دون غانم بخلافه في القسم الأول، لأن هذا تخيير في تعيين 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 تعيينه للعتق بموته، فقد اختلف أصحابنا: هل يقوم ورثته مقامه في التعيين؟ على وجهين:

أحدهما: يقومون مقامه فيه، ولهم أن يعينوا ما أبهمه من العتق فيمن أرادوا، لأنهم يقومون مقامه في حقوق الأموال.

والوجه الثاني: لا حق لهم في تعيين ما أبهمه، لأن تعيين المبهم موقوف على خيار المعتق بحسب غرضه، وهذا معدوم في ورثته، فعلى هذا يعدل إلى تعيينه بالقرعة، ويعتق منهم من قرع.

فصل: وإذا أعتق في مرضه عبداً قيمته مائة درهم وترك مائتي درهم ديناً أو غائبة لم يعجل عتق جميعه، وإن كان خارجاً من ثلث التركة لو نضت لجواز أن يقوى الدّين أو تلتف الغائبة، وعجل عتق ثلثه، ووقف ثلثاه متردداً بين العتق إن نضت والرق إن تلتفت، وملك ثلث كسبه المستحق بعتقه.

فأما ثلثا كسبه المستحق بالموقوف عنه، فله أن ينفق منه على نفسه ثلثي نفقته، 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 لثلا 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 نض من الدّين أو الغائب مائة، وبقيت مائة عتق منه ثلث آخر، وكان حكمه كحكم الثلث الأول، وكان ثلثه موقوفاً على نض ما بقي، ويمنع الورثة من بيع ما وقف منه، ومن رهته، لأن الرهن موضوع للبيع.

فأما إجارته، فإذا راضاهم العبد عليها جاز، وإن منعهم منها، ففيها وجهان بناء على اختلاف الوجهين في كسبه: هل يكون موقوفاً أو لورثته.

أحدهما: يمنعون منها إذا جعل كسبه موقوفاً.

والوجه الثاني: يمكنون منها إذا جعل كسبه لهم، فإن أعتقه الورثة ما وقف منه لم يعتق، وإن ملكوه، لأنه موقوف على عتق موروثهم، فلم ينفذ فيه عتق غيره إلا بعد إبطال عتقه، ولو دَبَّرُوهُ كان في تدبيرهم وجهان:

أحدهما: باطل كالعتق.

والثاني: جائز لتأخير العتق به، وتغليب حكم الرق عليه، والله أعلم بالصواب.

بَابُ مَنْ يَعْتَقُ بِالْمَلِكِ وَفِيهِ ذِكْرُ عِتْقِ السَّائِبَةِ وَلَا وَلَاءٍ إِلَّا لِمُعْتِقِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «مَنْ مَلَكَ أَحَدًا مِنْ آبَائِهِ أَوْ أُمَّهَاتِهِ أَوْ أَجْدَادِهِ أَوْ جَدَّاتِهِ أَوْ وَلَدِهِ أَوْ وَلَدِ بَنِيهِ أَوْ بَنَاتِهِ عَتَقَ بَعْدَ مَلَكَهِ بَعْدَ مِنْهُ الْوَلَدُ أَوْ قَرَبَ الْمَوْلُودُ وَلَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ سِوَى مَنْ سَمَّيْتُ بِحَالٍ».

قال الماوردي: وهو كما قال؛ وقال داود: لا يعتق عليه أحد منهم بالملك، ويقر ملكه على جميعهم إلا الوالد يؤخذ بعتقه بعد ثبوت ملكه احتجاجاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يُجْزِيءُ وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقَهُ»^(١) فخص الوالد من بينهم بوجوب ابتياعه، واستئناف عتقه بعد ملكه، فدل على أنه لا يعتق عليه بالملك أحد.

ودلينا عليه: قول الله تعالى: «وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ» [الأنبياء: ٢٦].

فدل على أنه لما كانوا عباداً لم يجز أن يكونوا أولاداً، فانتفى بذلك استقرار ملك على ولد.

وروي قتادة عن الحسن عن سمرة وروى سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ عَتَقَ عَلَيْهِ»^(٢) وهذا نصٌ يوجب العتق، ويمنع من ثبوت الملك، ولأن بين الوالد والولد بعضية، فلما لم يجز أن يملك نفسه لم يجز أن يملك بعضه، لأن البعض تابع للكل.

فأما الجواب عن الخبر فهو بأن يكون دليلاً لنا أشبه من أن يكون دليلاً علينا، لأن قوله: «فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقَهُ» أي فيعتق عليه، فعبر عن العتق بالإعتاق، كما قال ﷺ: «يَا

(١) مسلم ١١٤٨/٢ (١٥١٠/٢٥).

(٢) أحمد ٢٠/٥ وأبو داود ٢٥٩/٤ (٣٩٤٩) والترمذي ٦٤٦/٣ (١٣٦٥) وابن ماجه ٨٤٣/٢ (٢٥٢٤) والحاكم ٢/٢١٤.

كَعَبُ النَّاسِ غَادِيَانِ: بَائِعٌ نَفْسَهُ فَمُؤَبَّقُهَا وَمُشْتَرٍ نَفْسَهُ فَمُعْتَقُهَا»^(١) أي فيعتق.

فصل: فإذا ثبت أن في الإنسان ما يوجب العتق، ويمنع من ثبوت الملك، فقد اختلف الفقهاء فيمن يعتق به، فذهب الشافعي أنه يعتق عليه مَنْ ملكه مِنْ والديه، ومولوديه، فوالدوه أباؤه، وأمهاته، وأجداده، وجداته.

ومولودوه: أبنائه، وبناته، وأولاد بنيه، وأولاد بناته، ويستوي فيه من قرب منهم، ومن بعد، ولا يعتق عليه بعد الوالدين والمولودين أحد من المناسبين ولا من ذوي الأرحام، وإن كانوا ذوي محارم كالإخوة والأخوات، والأعمام، والعمات، والأخوال، والخالات.

وزاد مالك على قولنا، فأعتق مع الوالدين والمولودين، الإخوة والأخوات دون الأعمام والعمات، لأنهم قد شاركوا في الصُّلب وراكضوا في الرحم.

وقال أبو حنيفة: يعتق بالنسب كل ذي رحم محرم، فأدخل فيهم الأعمام، والعمات، والأخوال والخالات، دون أولادهم احتجاجاً بقول النبي ﷺ «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ عَتَقَ عَلَيْهِ» وقياساً على الوالدين والمولودين بعله أنهم ذوو رحم محرم.

ودليلنا قول النبي ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ» فاقضى عموم هذا الظاهر إقرار ملكه على كل مملوك من أخ أو عم إلا من خصه الدليل من والد أو ولد، ولأن كل شخصين لا ولادة بينهما لم يعتق أحدهما على الآخر بالملك قياساً على ابن العم. ولأن كل قرابة لا تتضمن رد الشهادة لم يعتق بالملك قياساً على بني الأعمام طرداً. وعلى الوالدين والمولودين عكساً. فأما الجواب عن الخبر، فمن وجهين:

أحدهما: أن أصحاب الحديث قد أعلَّوه، لأنه ورد من طريقين:

أحدهما: الحسن عن سمرة، ولم يثبت أصحاب الحديث عن الحسن عن سمرة، وهو مرسل.

والطريق الثاني: سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، ولم يروه من أصحاب سفيان إلا ضمرة بن ربيعة وهو مضعوف من بين أصحاب الثقات.

والجواب الثاني: أنه مقصور على الوالدين والمولودين، لأن حقيقة الرحم في اللغة مختصة بالولادة، وتطلق على غيرها مجازاً، والأحكام الشرعية تتعلق بحقائق الأسماء دون مجازها.

وأما الجواب عن قياسه على الوالدين والمولودين بعله أنهم ذوو رحم محرم، فمن وجهين:

أحدهما: أنه تعليل لا يصح في ذكْرَيْن، ولا في أنثيين، لأنه لا محرم بين ذكرين ولا بين أنثيين، وإنما المحرم بين الذكر والأنثى، فبطل التعليل بالمحرم، لأن حكم الذكْرَيْن والأنثيين كحكم الذكر والأنثى.

والجواب الثاني: أنه تعليل يوجب اعتبار العتق بالنكاح وهما مفترقان، لأن النكاح أعم تحريماً من العتق، لأنه يتجاوز تحريم النسب إلى تحريم السبب من رضاع ومصاهرة، والعتق يقصر عنه في السبب، فقصر عنه في النسب. ولئن كان إبراهيم النخعي قد أعتق كل مُحَرَّمَةٍ بنسب وسبب، فإن أبا حنيفة لا يعتق المحرمة بالسبب من رضاع أو مصاهرة، وإنما يعتقها بالنسب من أبوة أو بنوة، فكان التعليل بها أولى من التعليل بالتحريم.

فصل: إذا زنى وأولد بنتاً لم تعتق عليه إذا ملكها.

وقال أبو حنيفة: تعتق عليه احتجاجاً بأنها مخلوقة من مائه كالمولودة من نكاح. ودليلنا أنها ولادة لا يتعلق بها ثبوت النسب، فلم يتعلق بها وقوع العتق، قياساً على المَزْنِيِّ بها إذا كانت ذات زوج، ولأن ما لم يستحق به النفقة لم يقع به العتق قياساً على غير ذي المحرم.

والجواب عن قياسه من وجهين:

أحدهما: الامتناع من تسليم خلقها من مائه.

والثاني: أن لمائه في الزوجة حرمة توجب ثبوت النسب، فأوجبت وقوع العتق، وليس لمائه في الزانية حرمة يثبت بها النسب فلم يكن له حرمة يقع بها العتق.

فصل: فإذا تقرر أن الذي يعتق بالملك هم الوالدون والمولودون خاصة دون غيرهم من جميع الأقارب والمناسبين، فبأي سبب ملكهم من ابتياع أو هبة أو ميراث عُتقوا به.

واختلف أصحابنا فيما عتقوا به على وجهين:

أحدهما: أنهم عتقوا عليه بالسبب الذي ملكهم به فإن ملكهم بابتياع كان العقد موجباً للملك والعتق، فعلى هذا يسقط فيه خيار البائع والمشتري، ويكون حكم هذا الابتياع جارياً مجرى قوله للبائع: أعتق عبدك عني بألف، فلا يكون لواحد منهما فيه خيار بعد عتقه.

والوجه الثاني: أنهم عتقوا بعد استقرار العقد الذي ملكهم به ليكون بالعقد مالكا، وبالملك معتقا، لأن العقد الواحد لا يجوز أن يكون موجبا لإثبات الملك ولإزالته في حال واحدة، لتنافيهما، فعلى هذا يثبت فيه خيار المجلس في حق البائع، وفي ثبوته في حق المشتري وجهان من اختلاف قوله: هل يملك بالعقد أو بنفس الخيار

أحدهما: لا خيار له إذا جعل مالكا بالعقد، فإن اختار البائع الفسخ انتقض به العتق، وإن اختار الإمضاء استقر العتق.

والوجه الثاني: له الخيار إذا جعل مالكا بانقضاء الخيار، ويكون خياره مستحقا وله الفسخ به ما لم يختر البائع الإمضاء، فإذا اختار الإمضاء سقط خيار المشتري، وكان إمضاء البائع قطعاً لخياره وخيار المشتري.

فصل: وإذا وهب له من يعتق عليه من والد أو ولد لم يعتق عليه بالعقد، وعتق عليه بالقبض، لأنه يصير بالقبض مالكا.

فإن قيل: إن الهبة توجب المكافأة لم يلزمه قبولها، وكان في القبول مخيراً.

وإن قيل: إن المكافأة لا تجب ففي وجوب قبولها وجهان:

أحدهما: يجب عليه القبول ليعتق عليه من هو مأخوذ بحقه، فعلى هذا لو قال السيد لعبده: أنت حر إن شئت، فعليه ان يشاء ليعتق بالمشيئة.

والوجه الثاني: لا يجب عليه القبول، لما يتعلق عليه بالقبول من حقوق لا تجب عليه قبل القبول، فعلى هذا إن قال السيد لعبده، أنت حر إن شئت لم يجب عليه أن يشاء، وكان في المشيئة مخيراً.

وإذا وصى له بمن يعتق عليه، فليس في قبول الوصية مكافأة، وفي وجوب قبولها وجهان على ما مضى.

فصل: فإذا ابتاع في مرضه من يعتق عليه من والد أو ولد كان ثمنه معتبراً من ثلثه كعتقه في مرضه، فإن احتمله الثلث مع الابتاع عتق عليه، واختلف أصحابنا في توريته، فذهب أبو العباس بن سريج وجمهورهم إلى أنه لا يورث، لأن عتقه لما اعتبر من الثلث كان وصية له، ولا تجتمع الوصية والميراث.

وذهبت طائفة منهم أبو الحسين بن اللبان الفرضي إلى أنه يورث، لأن المعتبر من الثلث هو الثمن، وهو حق للبائع، فخرج أن يكون وصية لهذا المعتق، فإن ضاق الثلث عن ثمنه، ولم يملك غيره ففيه وجهان:

أحدهما: يمضي البيع في جميعه، ويعتق عليه ثلثه، ويرق ثلثاه لورثته، ليصير لهم مثلاً ما عتق منه، فإن كان ممن يعتق عليهم عتق من ملكهم، وكان لهم ولاء ثلثيه، وللمورث ولاء ثلثه. وإن كانوا ممن لا يعتق عليهم كان ثلثاه باقياً على رقهم.

والوجه الثاني: أنه يمضي البيع في ثلثه ويفسخ في ثلثيه إذا رضي البائع بتفريق الصفقة عليه، فإن لم يرض بتفريقها، ففي فسخه وجهان: من اختلاف الوجهين في عتقه: هل وقع بالعقد أو بعد استقراره؟:

أحدهما: ليس له الفسخ إذا قيل: إن العتق وقع بالعقد.

والوجه الثاني: له الفسخ إذا قيل إن العتق وقع بعد استقرار العقد.

فإن جوز له الفسخ ففسخ عاد رقيقاً إلى ملك البائع، وعاد إلى الورثة جميع الثمن.

وإن منع من الفسخ أمضى البيع في ثلثه، وعتق على مشتريه، وفسخ البيع في ثلثيه، ورد على بائعه، واسترجع منه ثلثا الثمن، ولم يجعل لهم ثلثا الرقبة، لأنهم لا يملكون بالميراث إلا ما ملكه الموروث، والموروث لا يجوز أن يستقر ملكه عليه، فلم يستقر ملك ورثته عليه، فلذلك عدل عن توريث رقبة إلى توريث ثمنه، وإن كان ثلثاه مسترقاً في الحالين.

فصل: وإذا اشترى أباه في مرضه بمائتي درهم، وقيمته مائة درهم، وترك مائة درهم، ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: يجعل العتق مقسوماً على العتق والمحاباة، والعتق مائة، والمحاباة مائة، والتركة ثلاثمائة فيعتق من الأب نصفه بمائة درهم، نصفها عتق ونصفها محاباة، ويفسخ البيع في نصفه بمائة درهم، يدفع إلى ورثته مع المائة التي تركها، يصير معهم مائتا درهم هي مثلاً ما خرج بالعتق والمحاباة.

والوجه الثاني: تقدم المحاباة في الثلث على العتق، لأنها أصل للعتق، وهي مستوعبة للثلث، ويرق الأب للورثة إن كان ممن لا يعتق عليهم، وقيمته مائة درهم تضم إلى المائة يصير معهم مائتا درهم هي مثلاً ما خرج بالمحاباة.

والوجه الثالث: يفسخ فيه البيع، ويعاد إلى رق البائع حتى لا يورث عن غير ملك، ويسترجع الورثة جميع ثمنه، ويبطل بذلك حكم العتق والمحاباة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأِنْ مَلَكَ شِقْصاً مِنْ أَحَدٍ مِنْهُمْ بِغَيْرِ مِيرَاثٍ قَوْمٌ عَلَيْهِ مَا بَقِيَ إِنْ كَانَ مُوسِراً وَرَقَّ بَاقِيَهُ إِنْ كَانَ مُعْسِراً».

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا ملك باختياره شِقْصاً ممن يعتق عليه بالملك من والد أو ولد عتق ما ملكه منه كما يعتق عليه إذا ملكه كله، وكان كمن أعتق شِقْصاً له من عبد، ويعتبر حاله بعد عتق الشقص عليه، فإن كان موسراً لقيمة باقيه قوم عليه، وعتق جميعه، وإن كان معسراً به رق باقيه لملكه، وكان العتق بالملك، وإن لم يتلفظ به جارياً مجرى عتق المباشرة إذا تلفظ به، وسواء ملك الشَّقْص بعقد معاوضة من بيع أو صلح أو ملكه بغير معاوضة من هبة أو وصية، لثبوت ملكه في الحالين، فاستويا في وقوع العتق ووجوب التقويم، ولو كان محجوراً عليه بالسَّفَه لم يصح أن يملكه بعقد معاوضة، وصح أن يملكه بهبة أو وصية، ويعتق عليه ما ملك منه، وفي تقويم باقيه عليه إن كان موسراً به وجهان:

أحدهما: لا يقوّم عليه، لأنه بالحجر كالمعسر.

والوجه الثاني: يقوم عليه لاستحقاقه بالشرع كالنفقات وأرؤش الجنائيات.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَأِنْ وَرِثَ مِنْهُ شِقْصاً عُتِقَ وَلَمْ يُقَوِّمَ عَلَيْهِ وَإِنْ وَهَبَ لِصَبِيٍّ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وهو كما قال: لأنه يملك بالميراث من غير اختيار، فعتق عليه ما ورثه منه، لدخوله في ملكه، ولم يقوم عليه ما بقي منه لعدم اختياره، كمن وصى بعتق عبده، وخرج بعضه من ثلثه رق باقيه لورثته، ولم يقوّم عليهم في عتقه. لدخوله في ملكهم بغير اختيارهم.

فلو ابتاع شِقْصاً من أبيه وهو لا يعلم أنه أبوه، ثم علم، عُتِقَ عليه ما ملكه منه، وقوّم عليه باقيه، لأنه ملكه باختياره، وعتق عليه باختياره والتقويم معتبر باختيار الملك ولا يعتبر باختيار العتق.

ولو غُنِمَ أبوه، وهو أحد شركاء غانميه، فإن لم يكن في الغنيمة غير أبيه أحد تعين حقه فيه، فينظر فإن باشر غنيمته عُتِقَ عليه سَهْمُهُ منه، وقوّم عليه باقيه، لأنه قد ملكه باختياره، وعتق عليه بغير اختياره، وإن لم يعلم به، وإن غنمه شركاؤه، ولم يباشر غنيمته عتق عليه سهمه منه، ولم يقوم عليه باقيه، لأنه ملكه بغير اختياره، وعتق عليه بغير اختياره.

وإن كان في الغنيمة غير أبيه، فقد اختلف أصحابنا فيما يملكه الغانمون بحضور الواقعة، وإجازة الغنائم على وجهين:

أحدهما: أنهم ملكوا بالحضور أن يملكوا الغنيمة، ولا يملكونها إلا بالقسمة فعلى هذا ينظر.

فإن حصل أبوه في سهم غيره لم يعتق عليه شيء منه، وإن حصل في سهمه عتق عليه، وإن حصل بعضه في سهمه قوم عليه باقيه، سواء باشر غنيمته أو لم يباشرها، لأنه بأخذه في سهمه قد صار مالكا له باختياره.

والوجه الثاني: أنهم قد ملكوا الغنيمة بالحضور قبل القسمة سائغة بينهم في جميع الأصناف، ثم تنتقل بالقسمة إلى ما تعين لكل واحد منهم، فعلى هذا تكون كما لو لم يكن في القسمة غير أبيه، فيعتق عليه سهمه قبل القسمة، ولا يقوّم عليه باقيه إذا لم يباشر غنيمته إلا أن يحصل بالقسمة في سهمه، فيعتق بها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْ أَوْصَى لَهُ بِهِ وَلَا مِلْكَ لَهُ وَلَهُ وَصِيٌّ كَانَ عَلَيْهِ قَبُولٌ هَذَا كُلُّهُ وَيُعْتَقُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ لِأَنَّ عَلَى الْمُسِرِّ عِتْقَ مَا بَقِيَ وَإِنْ قَبِلَهُ فَمَرْدُودٌ وَقَالَ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا يُعْتَقُ مَا مَلَكَ الصَّبِيُّ وَلَا يَقَوِّمُ عَلَيْهِ».

قال الماوردي: وصورتها: في مولى عليه لصغر أو جنون، وهب له من يعتق عليه من والد أو ولد، أو وصي له به، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يوهب له جميعه، فإن هب له جميع أبيه لم يخل حال الأب من أن يكون مكتسباً أو غير مكتسب.

فإن كان مكتسباً وجب على ولي المولى عليه أن يقبله عنه، سواء كان موسراً أو معسراً، لأنه يزول به رق أبيه، ويملك به الولاء عليه وإن مات ورثه، وإن عاش واحتاج الولد التزام نفقته، فاستفاد بالقبول حقوقاً لم يجز للولي أن يضيعها عليه، فإن امتنع الولي من القبول قبله الحاكم في حقه لظهور المصلحة في قبوله.

وإن كان الأب زمناً غير مكتسب لم يخل حال ولده المولى عليه من أن يكون موسراً أو معسراً. فإن كان معسراً وجب على وليه أن يقبل له الوصية به، لأنه يستفيد بالقبول عتق أبيه واستحقاق الولاء عليه.

والوجه الثاني: يمنع الولي من قبوله، لما في القبول من التزام نفقته، فصار عائداً بالضرر على الولد.

فصل: والضرب الثاني: أن تكون الهبة أو الوصية، بشقص من أبيه لا بجميعه، فللولد حالتان: موسر، ومعسر.

فإن كان معسراً وجب على وليه قبول الوصية بالشقص من الأب، لأنه يعتق عليه ما يملكه بالوصية، ويملك به الولاء، ولا يقوّم عليه الباقي بالإعسار، فعاد بنفع لا

ضرر معه، وسواء كان الأب مكتسباً أو غير مكتسب، لأن نفقته لا تلزمه مع إعساره. وإن كان موسراً، ففي قبول الولي للشَّقْصِ من الأب قولان:

أحدهما: لا يقبله، لأن قبوله موجب لتقويم باقيه على الولد وذلك ضرر يثلم به ماله.

والقول الثاني: يقبله، ولا يقوّم عليه الباقي، لأنه بالحجر عليه كالمعسر.

فإن قيل: فإذا لم يقوّم عليه الباقي لهذا المعنى، فلمَ منع الولي من القبول في القول الأول؟

قيل: لأن المنع من التقويم اجتهاد ربما رأى بعض الحكام خلافه، فقوم فصار القبول معرضاً لدخول الضرر والله أعلم بالصواب.

بَابُ فِي الْوَلَاءِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَخْبَرَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ».

قال الماوردي: أما الولاء، فهو مستحق بالعتق يملكه المعتق على من عتق عليه بعد رقه من عبد أو أمة بمباشرة أو سبب في واجب أو تطوع يجري مجرى النسب في التوارث به بعد النسب.

والأصل في ثبوته بالسنة ما روى الشافعي رحمه الله عن العراقيين الحديث المقدم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ»^(١). ولم يرو الشافعي عن العراقيين غير هذا الحديث، وقد طعن فيه أصحاب الحديث، وقالوا: لم يرو عبد الله بن دينار عن ابن عمر هذا الحديث، وإنما روي عنه أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنِ الْوَلَاءِ وَهَيْبَةَ» وهو الصحيح عن ابن عمر، فغلط فيه العراقيون، ورووا عنه ما رواه يزيد بن هارون عن هشام عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ» فهو مرسل عن الحسن، وهكذا رواه أحمد بن حنبل مرسلًا، وقد رواه الحسن تارة مسندًا عن سمرة ابن جندب، وأحاديث الحسن عن سمرة مضعوفة، فغلطوا في نقله من إسناد إلى إسناد.

وقد روي هذا الحديث من طريقين آخرين:

أحدهما: ما رواه ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله ﷺ قال: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ وَلَا يُتَصَدَّقُ بِهِ».

(١) أخرجه الشافعي في المسند (٣٣٨) وعبد الرزاق في المصنف (١٦١٤٩) والبيهقي ٢٤٠/٦، ٢٩٢/١٠ والرازي في العلل (١٦٤٥) والحاكم في المستدرک ٣٤١/٤ وأبو نعیم في تاریخ أصفهان ٨/٢.

والثاني: ما رواه عبيد بن القاسم عن إسماعيل بن أبي خالد عن عبد الله بن أبي أوفى، قال: قال رسول الله ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةٍ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ». وإرسال هذا الحديث أثبت من إسناده.

ومن الدليل على ثبوت الولاء للمعتق ما اشتهر نقله في الأمة أن عائشة - رضوان الله عليها - أرادت شراء بريرة لتعتقها فاشتراط مواليها الولاء لهم، فأخبرت بذلك رسول الله ﷺ فقال: «اشْتَرَيْتِي وَاشْتَرَيْتِي لِهَمْ الْوَلَاءِ، فَفَعَلْتَ». فصعد المنبر فخطب، وقال: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ. كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُهُ أَوْثَقُ. الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

وأجمع المسلمون على استحقاق الولاء للمعتق لإنعامه بالعتق، كما قال الله تعالى لرسوله ﷺ: «وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ ﴿[الأحزاب: ٣٧]﴾ يعني زيد بن حارثة أنعم الله عليه بالإسلام وأنعم الرسول ﷺ عليه بالعتق، ولذلك سمي السيد المعتق: المولى المنعم، وسمي العبد المعتق: المولى المنعم عليه، لأن اسم المولى ينطلق على كل واحد من المعتق والمُعتق فاحتاجا لاشتراكهما في اسم المولى إلى ما يتميزان به فقبل في تمييزهما مولى أعلى ومولى أسفل، وقيل: مولى نعمة، ومولى منعم عليه.

فصل: فإذا ثبت استحقاق الولاء لكل معتق، فالذي يستحق بالولاء يشتمل على ثلاثة أحكام:

أحدها: الميراث. يرث به ما يرثه العصابات عند عدمهم، فيرث الأعلى من الأسفل، ولا يرث الأسفل من الأعلى في قول الجمهور، وشذ عنهم طاوس، فَوَرَّثَ الأسفل من الأعلى كما ورثه الأعلى.

والثاني: العقل في تحمل دية الخطأ يعقل الأعلى عن الأسفل، وفي عقل الأسفل عن الأعلى قولان للشافعي.

والثالث: الولاية في عقد النكاح، والصلاة على الميت إذا عدم عصابات النسب قام المولى الأعلى فيه مقامهم، ولا حق للمولى الأسفل فيه، ولا يجب بالولاء نفقة، ولا يثبت به محرم، وفي الميراث يستحقه الآباء ثم الأبناء يتقدمون به على من عداهم من العصابات، والعقل لا يتحملة الآباء ولا الأبناء ويتحملة من عداهم من العصابات، لرواية خصيف عن زياد بن أبي مريم أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت، وتركت ابنها وأخاها ثم توفي بعدها مولاها، فأتى ابنُ المرأة وأخوها رسول الله ﷺ في ميراثها فقال ﷺ: «مِيرَاثُهُ لِابْنِ الْمَرْأَةِ»، فقال أخوها: يا رسول الله لَوْ جَرَّ جَرِيرَةٌ عَلَيَّ مَنْ كَانَتْ؟

قال: «عَلَيْكَ». قال: يا رسول الله: «لَوْ جَرَّ جَرِيرَةً كَانَتْ عَلَيَّ، وَيَكُونُ مِيرَاثُهُ لِهَذَا؟ قال: نَعَمْ».

فصل: ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته، ولا الوصية به، وهو قول الجمهور. وحكي عن عروة بن الزبير، وسعيد بن المسيب، والأسود وعلقمة، والشعبي، والنخعي، أن بيع الولاء وهبته والوصية به جائزة، وأضافوه إلى ابن عباس لما رواه عمرو بن دينار قال وَهَبْتُ ميمونة بنت الحارث زوج النبي ﷺ ورضي عنها، ولاء سليمان بن يسار لابن عباس، وكان مكاتباً لها، وابن عباس ابن أختها.

وروي هشام بن عروة عن أبيه أنه اشترى ولاء طهمان وبنيه لبني أخيه مصعب بن الزبير.

وروي عن أبي بكر بن عمرو بن حزم أنه أعتق عبداً له، وهب ولاءه لابنه محمد، وأشهد زيد بن ثابت.

وروي أبو بكر بن عمرو بن حزم أن امرأة من حصن محارب وهبت ولاء عبد لها لنفسه، وأن المولى وهب ولاء نفسه لعبد الرحمن بن عمرو بن حزم، فلما توفيت المرأة خاصم ورثتها المولى إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه فدعا المولى بالبينة على ما قال، فقال له عثمان: وال من شئت، فوالى عبد الرحمن بن عمرو.

وهذا قول يبطل بالنص الذي روينا عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنِ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَهَيْبِهِ»، ويقوله: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ».

وبما روي عنه ﷺ أنه قال: «مَنْ تَوَلَّى غَيْرَ مَوَالِيهِ فَقَدْ خَلَعَ رِبْقَةَ الْإِسْلَامِ مِنْ عُنُقِهِ».

وروي أن حمزة بن عبد الله بن عمر سأل أباه عبد الله عن شراء الولاء، فقال عبد الله: قال رسول الله ﷺ: «لَا تَبِيعُوا الْوَلَاءَ وَلَا تَأْكُلُوا ثَمَنَهُ».

وروي عن علي عليه السلام أنه قال: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ قَرُوءُهُ حَيْثُ جَعَلَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ».

وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: «الْوَلَاءُ نَسَبٌ. أَيْبِعُ الرَّجُلُ نَسَبَهُ؟»

فأما ما رووه من الآثار، فلا يعارض ما روينا من نصوص الأخبار، ولعلها كانت

على وجوه لا تعرف عللها، وقد أنكرها الزُّهْرِيُّ وأنشد:

فَبَاعُوهُ مَمْلُوكًا وَبَاعُوهُ مُعْتَقًا فَلَيْسَ لَهُ حَتَّى الْمَمَاتِ خَلَاصُ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَفِي قَوْلِهِ ﷺ «فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» دَلِيلٌ أَنَّهُ لَا وِلَاءَ إِلَّا لِمُعْتِقٍ».

قال الماوردي: ومراد الشافعي بهذا ثلاثة أمور:

أحدها: إثبات الولاء لكل معتق في واجب، وتطوع بقول، وفعل كعتق أم الولد، لأنه عتق زال به، الرق، وثبت به الولاء فكان مع اختلاف الأسباب على سواء.

والثاني: أنه لا ينتقل الولاء عن المعتق ببيع، ولا هبة، ولا وصية، وقد شد فيه خلاف، وَرُذِّبَتْ لَا يَدْفَعُ.

والثالث: أنه لا ولاء على من لم يعتق من رق، رداً على من خالف في ثلاثة أثبت عليهم الولاء، وإن لم يعتقوا:

أحدها: إثبات الولاء بالتحالف على التناصر، والتوارث، والعقل، فلا حكم لثبوت الولاية في توارث، ولا عقل، وإن كان التحالف على التناصر والتعاقد حسناً، كحلف الْمُطَيَّبِينَ.

قال الشافعي: لو كان مثله في الإسلام لم أمنع منه.

وقال إبراهيم النخعي: ينعقد به الولاء في التوارث والعقل، وليس لواحد من المتحالفين فسخه بعد العقد.

وقال أبو حنيفة: إن عُرِفَتْ أَنْسَابُ الْمُتَحَالِفِينَ لَمْ يَثْبُتْ بِالْتِحَالِفِ، وَلَا يَسْتَحِقُّ بِهِ التَّوَارِثُ وَالْعَقْلُ، وَإِنْ جَهَلَتْ أَنْسَابُهُمْ ثَبِتَ بِهِ الْوَلَاءُ فِي اسْتِحْقَاقِ التَّوَارِثِ وَالْعَقْلِ، وَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهُ مَا لَمْ يَعْقِلْ عَنْهُ، فَإِنْ عَقَلَ لَزِمَ، وَلَمْ يَصِحَّ الْفَسْخُ احْتِجَاجاً بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: «وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ» [النساء: ٣٣] ولأن ما لا يتعين وارثه من المال جاز للموروث أن يمنعه حيث شاء كالوصايا.

ودليلنا قول النبي ﷺ: «إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» وقوله: «إنما»، موضوع في اللغة لإثبات ما اتصل به، ونفي ما انفصل عنه، كقوله: «إِنَّمَا اللَّهُ إِلَهُ وَاحِدٌ» [النساء: ١٧١] فكان فيه إثبات الإلهية لله، ونفي إلهية غيره، فدل إثبات الولاء للمعتق على نفيه عن غير المعتق، ولأن التوارث مستحق بالنسب والولاء، فلما لم يثبت بعقد التحالف نَسَبٌ لَمْ يَثْبُتْ بِهِ وِلَاءٌ، وَلِأَنَّ كُلَّ سَبَبٍ لَا يُوْرَثُ بِهِ مَعَ وَجْدِهِ النِّسْبُ بِحَالٍ لَمْ يُوْرَثْ بِهِ مَعَ عَدَمِ النِّسْبِ فِي حَالِ الْكُرْضَاعِ وَلِأَنَّ كُلَّ مَنْ كَانَ لِمَالِهِ جِهَةٌ يَنْتَقِلُ إِلَيْهَا بِوَفَاتِهِ لَمْ يَمْلِكْ نَقْلَهُ بِعَقْدِ وِلَايَةٍ كَالْتِحَالِفِ مَعَ وَجُودِ الْمَوْلَى.

فأما الآية، فعنها جوابان:

أحدهما: ما قاله ابن عباس أنها كانت ثابتة في صدر الإسلام، ثم نسخت بقوله تعالى: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٥].

والثاني: ما رواه داود بن الحصين قال: قرأت القرآن على أم سعد بن الربيع، فلما انتهيت إلى قوله: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣٣] قالت: اقرأ: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣٣] فإن هذه الآية نزلت في أبي بكر الصديق حيث حلف: لا يورث ولده عبد الرحمن فنزل قوله: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانُكُمْ فَأَتَوْهُمْ نَصِيْبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] أي لا تمنعوهم، وإن كنتم قد حلفتهم أن لا تورثوهم، فكان محمولاً على هذا السبب.

وأما الجواب عن قياسه على الوصايا، فهو أن الوصايا تقف على خيار الموصي مع وجود النسب من غير حلف، فيخالف ما لا يصح مع النسب، ولا ينعقد إلا بحلف.

فصل: والثاني: اللقيط، اختلفوا في ثبوت الولاء عليه لملقطه، فالذي عليه قول جمهور الصحابة والفقهاء أنه لا ولاء عليه.

وحكي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن له ولاء اللقيط.

وروى الزهري أن رجلاً يقال له شيبان التقط لقيطاً، فقيل له: ما الذي حملك على التقاطه؟ قال: رأيت نفساً ضائعة، فرحمتها، فقال له عمر: لك ولاؤه، وعليك نفقته، فشدَّ بعض الفقهاء، فأخذ بهذا، وجعل للملقط ولاء لقيطه اتباعاً له، واستدلالاً برواية واثلة بن الأسقع أن النبي ﷺ قال: «تَحْرِرُ الْمَرْأَةَ ثَلَاثَ مَوَارِيثَ: مِيرَاثَ لَقِيْطِهَا، وَمِيرَاثَ عَتِيْقِهَا، وَمِيرَاثَ الَّذِي لَا عَنَتَ عَلَيْهِ». ولأن إنعامه عليه بالالتقاط في حراسة نفسه أعظم من النعمة عليه في عتقه من رقه، فكان أحق بولائه.

ودليلنا، ما عليه الجمهور من سقوط الولاء، قول النبي ﷺ: «وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ». ولأن الولاء مستحق بإخراج العبد من نقص الرق إلى كمال الحرية، وأحكام اللقيط قبل الالتقاط وبعده سواء، فلم يستحق عليه ولاء، ولا يستحق عليه بحراسة نفسه الولاء، كما لا يستحقه من استنقذ غريقاً، أو فك أسيراً ويجوز أن يكون عمر رضي الله عنه جعل لشيبان الولاية على اللقيط في القيام به، ولم يجعل له الولاء في ميراثه، وحديث واثلة إن صح محمول على أنها ادعت اللقيط ولداً والثالث يؤكد.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَالَّذِي أَسْلَمَ النَّصْرَانِيُّ عَلَىٰ يَدَيْهِ لَيْسَ بِمُعْتَقٍ فَلَا وِلَاءَ لَهُ».

قال الماوردي: وهذا هو الثالث المختلف في استحقاق الولاء عليه، وهو الكافر إذا أسلم على يد رجل لم يثبت عليه في قول الجمهور ولاء لمن أسلم على يديه، سواء عقل عنه أو لم يعقل.

وحكي عن حماد بن أبي سليمان والحكم بن عتيبة أن له ولاءه وله الرجوع فيه ما لم يعقل عنه، فإن عقل عنه أو عن صغار ولده لم يكن له أن يرجع فيه.

وحكي عن أبي يوسف إن اقترن بالإسلام على يده موالة توارثا وإن لم يقترن به موالة لم يتوارثا.

وحكي عن عمر بن عبد العزيز والزهري أنه يرثه على الأحوال كلها احتجاجاً بما رواه الأحوص بن حكيم عن راشد بن سعد قال: قال رسول الله ﷺ: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَيَّ يَدِيهِ رَجُلٌ فَهُوَ مَوْلَاةٌ يَرِثُهُ وَيَدِي عَنْهُ»^(١).

وبرواية عبد الله بن موهب عن قبيصة بن ذؤيب عن تميم الداري أنه قال: يا رسول الله مَا الشُّنَّةُ فِي الرَّجُلِ يُسَلِّمُ عَلَيَّ يَدَيَّ الرَّجُلِ، فقال: هُوَ أَوْلَى النَّاسِ بِمَخِيَاةِ وَمَمَاتِهِ»^(٢) قالوا: وحق الممات استحقاق الميراث.

وروى القاسم بن عبد الرحمن عن أبي أمامة أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَيَّ يَدِيهِ رَجُلٌ فَلَهُ وَلَاؤُهُ».

قالوا: ولأن إنعامه عليه باستنقاذه من الكفر أعظم من إنعامه باستنقاذه من الرق، فكان بولائه أحق.

ودليل الجمهور على أن لا ولاء عليه قول الله تعالى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب: ٣٧] يعني زيد بن حارثة أنعم الله عليه بالإسلام، وأنعم الرسول ﷺ عليه بالعتق، فكانت النعمة بالإسلام لله تعالى دون غيره، وفرق بين النعمة بالإسلام وبين النعمة بالعتق، فلم تجز التسوية بينهما.

وقال تعالى: ﴿يُمْتُونَنَّ عَلَيْكَ أَنْ أَسْلَمُوا قُلْ لَا تَمْتُونَنَّ عَلَيَّ إِسْلَامَكُمْ بَلِ اللَّهُ يَمُنُّ عَلَيْكُمْ أَنْ هَدَاكُمْ لِلْإِيمَانِ﴾ [الحجرات: ١٧] فكانت الهداية منه تعالى دون غيره، ولأن النبي ﷺ قال: «وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَغْتَقَ» وليس هذا بمعق، ولأن إسلامه من نفسه بما علم من صحته، فلم يكن لمن أسلم على يده تأثير في معتقده، ولأنه لو كان أخذ

(١) أخرجه الطبراني في الصغير ١٥٧/١ وانظر المجموع ٩٤/١، ٣٣٤/٢ وابن حجر في المطالب (١٤٨٠) وانظر نصب الراية ١٥٧/٤.

(٢) البيهقي في السنن الكبرى ٢٨٦/١٠.

الإسلام على الكافر موجباً لثبوت ولائه عليه، لكان طلحة والزبير من موالي أبي بكر لإسلامهما على يده، وكان المهاجرون والأنصار موالياً لرسول الله ﷺ، ولأولاده من بعده، وهذا يخرج عن قول الأمة، فكان مدفوعاً بهم.

وقد روي سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْطِيَ الثَّمَنَ وَوَلِيَ النِّعْمَةَ»^(١)، وهذا تعليل لاستحقاق الولاء، فلم يستحق بغيره، ولأنه لو كان الولاء بأخذ الإسلام مستحقاً لوجب إذا اعتق الرجل عبداً نصرانياً، فأسلم على يد غير معتقه أن يبطل ولاء معتقه، وإذا أسلم العبد النصراني على يد غير سيده، ثم أعتقه السيد أن لا يكون عليه ولاء لمعتقه، وهذا مدفوع بالإجماع، فبطل ما اقتضاه بالإجماع.

وقد روي الأشعث بن سوار عن الحسن أن النبي ﷺ رأى رجلاً يباع، فسأوم به ثم تركه فاشتره رجلاً فأعتقه ثم أتى النبي ﷺ فقال: «إِنِّي اشْتَرَيْتُ هَذَا فَأَعْتَقْتُهُ، فَمَا تَرَى فِيهِ؟» قال: «أَخُوكَ وَمَوْلَاكَ»^(٢). قال: «فَمَا تَرَى فِي صُحْبَتِهِ». قال: «إِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرُّهُ عَلَيْكَ، وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكَ وَشَرُّهُ»^(٣)، قال: «فَمَا تَرَى فِي مَالِهِ؟» قال: «إِنْ مَاتَ، وَلَمْ يَدَعْ وَارِثًا، فَالْكُ مَالُهُ»^(٤)، فاعتبر ولاؤه بعته دون إسلامه.

وأما الجواب عما استدلوا به من الأخبار، ففيها ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنها ضعيفة لا يثبت بها شرع، لأن بعضها رواه مجهول، وبعضها رواه متروك، وبعضها مرسل.

والثاني: أنها محمولة على ولاية الإسلام الموجبة للتناصر كما قال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١].

والثالث: أننا نستعمل قوله: فهو مولاه يريد أي هو ناصره، وقد صار باتفاقهما في الإسلام وارثاً بعد أن لم يكونا باختلاف الذين متوارثين.
وقوله: أحق بمحياه ومماته: أنه أحق بمراعاته في محياه، والممات.

وأما الجواب عن استدلالهم بإنعامه عليه بالإسلام، فهو ما ذكر الله تعالى عليه بالإسلام أن النعمة فيه له لا لغيره، والله أعلم بالصواب.

(١) الترمذي (٢١٢٥، ٢٩١٦) وابن سعد ٨/١٨٨.

(٢) البيهقي بإسناد مرسل ٦/٢٤٠.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْلِمٌ نَصْرَانِيًّا أَوْ نَصْرَانِيًّا مُسْلِمًا فَالْوَلَاءُ ثَابِتٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ وَلَا يَتَوَارَثَانِ لِاخْتِلَافِ الدِّينِ وَلَا يَقْطَعُ اخْتِلَافُ الدِّينِ الْوَلَاءَ كَمَا لَا يَقْطَعُ النَّسَبُ قَالَ اللَّهُ جَلَّ ثَنَاؤُهُ «وَنَادَى نُوحٌ ابْنَهُ» وَإِذْ قَالَ إِبْرَاهِيمُ لِأَبِيهِ «لَمْ يَقْطَعِ النَّسَبُ بِاخْتِلَافِ الدِّينِ فَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ».

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على فصلين:

أحدهما: في مسلم أعتق نصرانياً.

والثاني: في نصراني أعتق مسلماً.

وأما إذا أعتق المسلم عبداً نصرانياً، فله ولاؤه بالإجماع، ولا يرثه عند الجمهور لاختلاف الدين.

وقال سفيان الثوري: يرثه مع اختلاف الدين، لأنه واصل إليه عن رق اعتباراً بما كان يملكه من أكسابه في حال الرق.

والدليل عليه: قول النبي ﷺ: «لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ». ولأن الميراث بالنسب والولاء، فلما سقط التوارث بالنسب مع اختلاف الدين كان سقوطه بالولاء أولى، لأنه تابع، والنسب متبوع، وليس لما علل به من حال الرق وجه، لأنه يأخذه في حال الرق ملكاً لا يمنع منه اختلاف الدين، وهو يأخذه بعد العتق إرثاً يمنع منه اختلاف الدين.

فصل: وأما إذا أعتق النصراني مسلماً، فله ولاؤه، وإن لم يرثه، وهو قول الجمهور.

وقال مالك: لا يملك الكافر ولاءً على مسلم، ويكون ولاؤه لكافة المسلمين دون معتقه، فإن أسلم المعتق لم يملك الولاة.

وقال: لو أعتق نصراني نصرانياً كان له ولاؤه، فإن أسلم المعتق بطل ولاء مولاه، فإن أسلم مولاه لم يعد إليه الولاة احتجاجاً بقول الله تعالى: «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» [التوبة: ٧١].

وقال تعالى: «وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ» [الأنفال: ٧٣]. ولأنه لما لم يقر للكافر على المسلم رق لم يقر عليه الولاة المستحق بالرق.

ودليلنا: قول النبي ﷺ: «وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»، فكان على عمومه لكل معتق، ولأن الرسول ﷺ قال: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ»؛ فجمع بينهما ثم لم يكن اختلاف

الدين مانعا من ثبوت النسب، وجب أن لا يمنع اختلافه من ثبوت الولاء، ولأنه لما كان عتقه نافذاً كالمسلم وجب أن يستحق به الولاء كالمسلم.

فأما ما استدل به من القرآن، فمحمول على الموالة دون الولاء، وأما منعه من استرقاق المسلم، فلاجل يده التي يستذله بها، وليس في الولاء يد يستدل بها، فلذلك منع من رقه، ولم يمنع من ولائه.

فصل: فإذا ثبت أن اختلاف الدين لا يمنع من استحقاق الولاء بالعتق، وإن منع من التوارث نُظِر.

فإن كان في عصابة مولاة من هو على مِلَّتِهِ ورثه بالولاء، وإن كان المولى غير وارث به كالأخوين إذا كانا على ملة، وأبوهما على أخرى توارثا دون الأب، وإن تناسبا بالأب.

وإذا أعتق المسلم عبداً نصرانياً، فلحق بدار الحرب ثم سبي لم يجوز أن يسترق، لأن عليه ولاء لمسلم، وهكذا لو كان معتقه نصرانياً من أهل الذمة لم يجوز أن يسترق مولاة إذا لحق بدار الحرب، لما يلزمنا أن نحفظ أموال أهل الذمة. وفيه وجه آخر: يجوز أن يسترق، لأن معتقه لو لحق بدار الحرب، فُسِّيَ جاز أن يسترق، فكذلك عتيقه.

ولو أعتق الحربي عبداً حربياً كان له ولاؤه، فإن سُبي العبد فاسترق بطل ولاؤه عليه، ولو مُنَّ عليه، ثبت له الولاء ولو استرق ومات رقيقاً بطل ولاؤه، فلو أعتق بعد استرقاقه عاد الولاء له.

وإذا أعتق النصراني عبداً، ثم لحق السيد بدار الحرب، فسبي واسترق، فاشتره عبده، فأعتقه كان كل واحد منهما مولى لصاحبه، لأن كل واحد منهما قد أعتق الآخر.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَنْ أَعْتَقَ سَائِبَةً فَهُوَ مُعْتَقٌ وَلَهُ الْوَلَاءُ».

قال الماوردي: والمعتق سائبة أن يقول السيد لعبده: أنت حر ولا ولاء لي عليك أو يقول له: أنت عتيق سائبة، فيكون حكمه أن لا ولاء عليه، فلا اختلاف بين الفقهاء أن العتق واقع، فأما سقوط الولاء فيه، فمذهب الشافعي وأبي حنيفة وجمهور الفقهاء أن الولاء ثابت لا يسقط بتسبية، واشتراط سقوطه.

وقال مالك: يسقط فيه الولاء اعتباراً بشروطه؛ واستدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «المسلمون على شروطهم»، وبما روى عمر رضي الله عنه قال: «السائبة لِيَوْمِهَا». وفيه تأويلان:

أحدهما: أن حكمها على ما شرطه في يوم عتقها.

والثاني: أنها ليوم القيامة، لأنه قصد بها الأجر دون الولاء.

وبما روى الشعبي: أن سالماً مولى أبي حذيفة أعتقته ليلي بنت يعار زوجة أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة سائبة، فقتل يوم اليمامة، وخلف بنتاً، ومولاته ليلي زوجة أبي حذيفة، فدفن أبو بكر وعمر إلى بنته النصف، وعرض الباقي على مولاته، فقالت: لا أرجع في شيء من أمر سالم، فإني جعلته سائبة لله، فجعل أبو بكر النصف الباقي في سبيل الله.

ودليلنا قول الله تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ بَحِيرَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ﴾ [المائدة: ١٠٣] فلما امتنع من حكم السائبة في البهائم التي لا يجري عليها حكم العتق كان المنع في الآدميين ممن يجري عليه حكم العتق أولى.

وقول النبي ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةٍ السَّبِّ لَا يُبَاعُ وَلَا يُؤْهَبُ» وفيه دليلان:

أحدهما: أنه اعتبره بالنسب، والنسب لا يعتبر حكمه بالشرط؛ كذلك الولاء.

والثاني: قوله: «ولا يوهب» والسائبة هبة الولاء، ولأن موالي بريرة باعوها على عائشة رضوان الله عنها، واشترطوا أن يكون لهم ولاؤها إذا أعتقت، فقال النبي ﷺ: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ كُلِّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ. كِتَابُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشُرُوطُهُ أَوْثَقُ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ». فأثبت الولاء للمعتق وأبطل أن يكون لغيره.

وروي أن طارقاً أعتق عبيداً له سوائب، وكانوا ستة، وقيل عشرة فماتوا كلهم بعد موت طارق، وخلفوا مالاً، فرفع ذلك إلى عمر ففرض به لورثة طارق، فامتنعوا من أخذه، فقال عمر: أرجعوه إلى قوم مثلهم، فأبان بهذا القضاء أن الولاء ثابت في عتق السائبة. وروى قبيصة بن ذؤيب أن أصحاب السوائب شكوا إلى عمر رضي الله عنه، وقالوا: إما أن تجعل العقل علينا، والميراث لنا، وإما أن لا يكون لنا ميراث، ولا علينا عقل، ففرض عمر لهم بالميراث. وروي مثله عن علي، وابن مسعود، وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهم، ولأن الولاء في العتق كالرجعة في الطلاق، فلما كان لو طلقها على أن لا رجعة له عليها وقع الطلاق، واستحق الرجعة، وجب مثله في عتق السائبة أن يقع العتق، ويستحق الولاء.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ» فهو ما وصله به إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، وهذا منه.

وأما الجواب عن قول عمر: «السائبة ليومها»، فهو مجمل لا يثبت به شرع، وحمله على مقتضى الشئته أولى.

وأما حديث سالم، فقد حكم أبو بكر وعمر رضي الله عنهما بدفع ميراثه إلى مولاته، فلما امتنعت من ميراثه لم تجبر عليه، لأنه حق لها، وليس بحق عليها، فوضعه حيث رأى من الوجوه والمصالح.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَنْ وَرَثَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ أَوْ مَاتَ عَنْ أُمِّ وَوَلَدٍ لَهُ فَلَهُ وَلَاؤُهُمْ وَإِنْ لَمْ يَعْتَقَهُمْ لِأَنَّهُمْ فِي مَعْنَى مَنْ أُعْتِقَ وَالْمُعْتَقُ السَّائِبَةُ مُعْتَقٌ وَهُوَ أَكْثَرُ مِنْ هَذَا فِي مَعْنَى الْمُعْتَقِينَ فَكَيْفَ لَا يَكُونُ لَهُ وَلَاؤُهُ (قَالَ) فَالْمُعْتَقُ سَائِبَةٌ قَدْ أَنْفَذَ اللَّهُ لَهُ الْعِتْقَ لِأَنَّهُ طَاعَةٌ وَأَبْطَلَ الشَّرْطَ بِأَنَّ لَا وِلَاءَ لَهُ لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «الْوِلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ».

قال الماوردي: وهذا صحيح؛ كل عتق نفذ على ملك للرق ثبت ولاؤه لمن عتق على ملكه، سواء كان باختياره أو غير اختياره، بقوله أو بفعله، أو بغير قوله وغير فعله، في حياته، أو بعد موته، بعوض، أو بغير عوض، فالمتعق باختياره أن يباشر عتق عبد قد استقر ملكه عليه، فيقول له: أنت حر.

والعتق بغير اختياره أن يعتق شقصاً له من عبد، فيسري إلى جميعه، ويعتق عليه بغير اختياره، وله جميع ولائه أو يرث أحد من يعتق عليه من والديه أو مولوديه، فيعتق عليه بغير اختياره، وله ولاؤه، وعتق الحمل يعتق عليه بغير اختياره، وله ولاؤه، وعتق أولاد أم ولده من غيره يعتقون عليه بغير اختياره، وله ولاؤهم.

وأما العتق بالفعل، فهو أن يشتري من يعتق عليه، فيعتق عليه بفعل الشراء، وله ولاؤه، وأم الولد تعتق عليه بالإيلاء إذا مات، وله ولاؤها.

وأما العتق بالمعاوضة، فعتق المكاتب بالأداء، وله ولاؤه، لأنه عتق على ملك، وإن وصل فيه إلى العوض عن رقه، لأنه أداه من كسبه.

روى معمر عن قتادة عن ابن المسيب أن النبي ﷺ مَرَّ بِرَجُلٍ يُكَاتِبُ عَبْدًا لَهُ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «اشْتَرِطْ وِلَاءَهُ» يعني أعلمه، فدل على استحقاق ولائه، فلو كاتب المكاتب عبداً، وعتق الثاني ثم عتق الأول، فولاء الأول لسيدته، وفي ولاء الثاني قولان:

أحدهما: للسيد.

والثاني: للمكاتب الأول.

فأما العتق بالموت، فعتق أم الولد المدبر وله ولاؤها لعتقها على ملكه.

وأما العتق بعد الموت، فعتق من أوصى بعتقه بعد موته له ولاؤهم، لأنهم عتقوا من ماله، فلم يمنع عتقهم بعد موته من ملك ولائهم يناله الذي كان مالكة قبل موته.

فصل: ولو باع السيد عبده على نفسه بمال في ذمته عتق، وفي ولائه وجهان:

أحدهما: يكون لسيدة، لأنه لم يثبت عليه رق لغيره.

والوجه الثاني: لا ولاء لسيدة، لأنه لم يعتق في ملكه، ولا يملك العبد الولاة على نفسه، ويسقط أن يكون عليه ولاء لغيره.

فصل: وإذا أعتق السيد عبده عن غيره، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يعتقه عن حي.

والثاني: عن ميت.

فإن أعتقه عن حي، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يعتقه عنه بغير أمره، فيكون ولاؤه لمعتقه، ويكون للمعتق عنه اعتباراً لقصد المعتق، وحمله على مذهبه في السائبة، وقد مضى الكلام معه.

والضرب الثاني: أن يعتقه عتق الحي بأمره، فيكون ولاؤه للآمر دون المعتق، فإن أمره أن يعتقه بعوض كان بيعاً، وإن أمره أن يعتقه بغير عوض كان هبة.

وقال أبو حنيفة: إن كان بعوض كان ولاؤه للآمر، وإن كان بغير عوض كان ولاؤه للمعتق.

ودليلنا: هو أن عتق الموهوب كعتق المبيع، لأنه يملك بالهبة كما يملك بالبيع، فوجب أن يستويا في استحقاق الولاة.

وأما العتق عنه بعد موته، فضريان:

أحدهما: أن يكون عن إذن الميت في حياته، فيكون ولاؤه للآمر دون المعتق كالحي.

والضرب الثاني: بغير إذن الميت، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون العتق تطوعاً، فيكون العتق عن المعتق، وله ولاؤه دون الميت.

والضرب الثاني: أن يكون العتق عن واجب في الكفارة، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون عتقاً في كفارة لا خيار فيها كالعتق في كفارة القتل والظهار، فيكون العتق واقعاً عن المعتق عنه، وله ولاؤه دون المعتق لوجوبه على من يقدر على أدائه.

والضرب الثاني: أن يكون العتق عن كفارة فيها تخيير مثل كفارة الأيمان، فينظر في المعتق.

فإن كان وارثاً وقع العتق عن المعتق عنه، وله ولاؤه دون المعتق، لأن الوارث يقوم مقام الموروث، وإن كان المعتق أجنبياً، ففيه وجهان:

أحدهما: يجزىء عن المعتق وله ولاؤه، لوجوبه عليه كالوارث.

والوجه الثاني: لا يجزىء عن المعتق عنه، ويكون واقعاً عن المعتق، وله ولاؤه، لأنه لما جاز العدول عن العتق إلى الإطعام والكسوة صار العتق فيها كالتطوع.

فصل: وإذا أعتق الرجل عبداً على شرط الخدمة بعد العتق مدة معلومة اتفقا عليها، ورضيا بها جاز ذلك عندنا، وإن شذ من خالفنا فيه، وتعجل عتقه ناجزاً، وعليه أن يخدمه بعد الحرية تلك الخدمة المشروطة إلى انقضاء تلك المدة المعلومة. روي عن سفينة قال: كنت مملوكاً لأم سلمة رضوان الله عليها فأعتقتني، وشرطت علي أن أخدم رسول الله ﷺ ما عشت.

وروي أن عمر، رضي الله عنه، أعتق عبيداً من بيت المال، وشرط عليهم أن يحفروا القبور، فكانوا على ذلك.

وروي عنه أنه أعتق عبيداً، وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعده ثلاث سنين.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا أَخَذَ أَهْلُ الْفَرَائِضِ فَرَائِضَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ عَصَبَةٌ قَرَابَةٌ مِنْ قَبْلِ الصُّلْبِ كَانَ مَا بَقِيَ لِلْمَوْلَى الْمُعْتَقِ».

قال الماوردي: أما الولاء فيستحق به الميراث كالنسب، لقول النبي ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ»، فيرث المولى الأعلى من المولى الأسفل، ولا يرث الأسفل من الأعلى في قول الجمهور إلا من شذ عنهم من عطاء، وطاوس، فإنهما ورثا الأسفل من الأعلى كما يرث الأعلى من الأسفل اعتباراً بالنسب، وقد مضى الكلام عليه في كتاب «الفرائض».

فإذا تقرر هذا، فالميراث بالنسب مقدم على الميراث بالولاء، لأن النسب أصل، والولاء فرع، فسقط الفرع بالأصل، ولم يسقط الأصل بالفرع، فإذا استوعب العصبات أو ذوو الفروض التركة سقط الميراث بالولاء، وإن عدم عصبات النسب، ولم يستوعب ذوو الفروض التركة استحق الميراث، وقدم المولى على ذوي الأرحام في قول الجمهور، وحكي عن عطاء، وطاوس والشعبي، وجابر بن زيد والأسود ومسروق، وإبراهيم النخعي، أن ذوي الأرحام أولى من المولى، والدليل على تقديم

الميراث بالولاء على من لا سهم له من ذوي الأرحام ما رواه سلمة بن كهيل عن عبد الله بن شداد، قال: كان لبنت حمزة بن عبد المطلب مَوْلَى أَعْتَقْتَهُ، فمات، وترك بنتاً، ومولاته بنت حمزة، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ «فَأَعْطَى الْبِنْتَ النَّصْفَ، وَأَعْطَى مَوْلَاتَهُ النَّصْفَ». قال عبد الله بن شداد: وأنا أعلم بها لأنها أختي لأمي أمنا سلمى بنت عميس الخثعمية، فموضع الدليل أنه لو لم يقدم المولى على ذوي الأرحام لكان الباقي بعد فرض البنت مردوداً على البنت.

وروى يونس عن الحسن قال: قال رسول الله ﷺ: «الْمِيرَاثُ لِلْعَصْبَةِ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَصْبَةً فَالْمَوْلَى»، ولأن المولى عصبه، والعصبات أولى من ذوي الأرحام كالنسب.

فصل: فإذا ثبت أن المولى وارث بولائه بعد العصبات وذوي الفروض، فإن كان المولى ميتاً، فالولاء بعده لأقرب عصبته يوم يموت العبد المعتق، فإن مات وترك ابن مولاة وبنت مولاة وأبا مولاة، فميراثه لابن المولى دون البنت. وحكي عن طاوس أن الميراث بالولاء كالميراث بالنسب، فيحصل لأبي المولى السدس، والباقي بين ابن المولى، وبنت المولى للذكر مثل حظ الأنثيين.

وحكي عن شريح والأوزاعي والنخعي، وأبي يوسف وأحمد وإسحاق، أن لأب المولى السدس والباقي لابن المولى دون بنت المولى، ومذهب الشافعي وأبي حنيفة ومالك، وداود، وهو قول زيد بن ثابت وأكثر التابعين أن ابن المولى أولى من الأب والبنت.

أما البنت، فلأن النساء لا يرثن بالولاء، لعدم التعصيب فيهن وأما الأب، فلأن الابن مقدم عليه في الولاء، فلا يشاركه فيه، وكذلك لا يشارك بني الابن، وإن سفلوا لأنه لا يرث معهم إلا بالفرض، ولا حق لذوي الفروض في ميراث الولاء ثم ميراثه بعد بني مولاة لأب المولى، لأنه أحق العصبات بعد البنين ثم فيمن يرثه بعد أب المولى قولان:

أحدهما: أخو مولاة، ويكون أحق من جد المولى.

والقول الثاني: يشترك فيه أخو المولى، وجد المولى، فإن ترك جد مولى وابن أخي مولى، ففيه قولان:

أحدهما: أن جد المولى أحق.

والثاني: أن ابن أخي المولى أحق، ولا يشتركان فيه، فإن ترك جد مولاة وعم مولاة، فجد المولى أحق وإن ترك أبا جد مولاة وعم مولاة ففيه قولان:

أحدهما: أن عم المولى أحق.

والقول الثاني: يشترك فيه العم، وأبو الجد.

ولو ترك أبا جد مولاه، وابن عم مولاه، ففيه قولان:

أحدهما: أن أبا جد المولى أحق.

والقول الثاني: أن ابن عم المولى أحق، ولا يشتركان فيه.

وعلى هذا القياس، فيمن كان أبعد منهم، فإن لم يكن لمولاه عصبية، فلمولى المولى ثم لعصبته يتقدمون بميراثه على ذوي الأرحام، فإن عدموا فليبت المال على قول من لم يورث ذوي الأرحام، وهو على قول من ورثهم لذوي الأرحام دون بيت المال.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ تَرَكَ ثَلَاثَةَ بَنِينَ اثْنَانِ لِأُمِّ فَهَلَّكَ أَحَدُ الْإِثْنَيْنِ لِأُمِّ وَتَرَكَ مَالًا وَمَوَالِيَّ فَوَرَّثَ أَخُوهُ لِأَبِيهِ وَأُمُّهُ مَالَهُ وَوَلَاءَ مَوَالِيهِ ثُمَّ هَلَّكَ الَّذِي وَرَّثَ الْمَالَ وَوَلَاءَ الْمَوْلَى وَتَرَكَ ابْنَهُ وَأَخَاهُ لِأَبِيهِ فَقَالَ ابْنُهُ قَدْ أَحْرَزْتُ مَا كَانَ أَبِي أَحْرَزَهُ وَقَالَ أَخُوهُ إِنَّمَا أَحْرَزْتُ الْمَالَ وَأُمًّا وَوَلَاءَ الْمَوَالِي فَلَا (قال الشافعي) الْأَخُ أَوْلَى بِوَلَاءِ الْمَوَالِي وَقَضَى بِذَلِكَ عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ ثُمَّ الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبُ مِنَ الْعَصْبَةِ أَوْلَى بِمِيرَاثِ الْمَوَالِي وَالْإِخْوَةُ لِلْأَبِ وَالْأُمُّ أَوْلَى مِنَ الْإِخْوَةِ لِلْأَبِ وَإِنْ كَانَ جَدٌّ وَأَخٌ لِأَبٍ وَأُمٌّ أَوْ لِأَبٍ فَقَدْ اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ الْأَخُ أَوْلَى وَكَذَلِكَ بَنُو الْأَخِ وَإِنْ سَفَلُوا وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ هُمَا سَوَاءٌ».

قال الماوردي: وهذه المسألة في ثبوت الولاء في الكبير، وقد صورها الشافعي فيما قضى به عثمان بن عفان، وإن كانت في غيره أقرب.

وصورة ذلك في رجل أعتق عبيداً استحق ولاءهم، ثم مات المعتق عن ماله، وولاء مواليه، وخلف ثلاثة بنين اثنان منهم لأم، والآخر من أم أخرى، فورثوا ماله، وولاء مواليه أثلاثاً بالسوية، ثم مات أحد اللذين من أم، وخلف أخاه لأبيه وأمه، وأخاه لأبيه، ثم مات الأخ من الأب والأم، وخلف ابنين وأخاه لأبيه، فورث ماله ابناه دون أخيه، وتنازعا في ولاء الموالي، فقال الأخ: أنا أحق بولائه منكما، لأنني ابن مولى، وأنتما ابنا ابن مولى.

وقال ابنا الابن: لك ثلث ولاءه، ولنا ثلثاه حق أبينا بميراثه عن أمه وأخيه، فقد اختلف في استحقاق الولاء. هل يكون معتبراً بموت العبد المعتق فيستحقه الكبير من

عصبات المولى المعتق أو يكون معتبراً بموت المولى المعتق، فيكون مشتركاً بين القريب والبعيد؟، فمذهب عمر، وعثمان وعلي وزيد بن ثابت، وأبي بن كعب، وابن عمر، وأسامة بن زيد، وأبي مسعود البدرى، رضي الله عنهم.

ومن التابعين: الحسن، وابن سيرين، وعطاء، والزهرى، والشعبي.

ومن الفقهاء: الشافعي وأبي حنيفة، ومالك، وداود، أن الولاء يستحقه الكبير اعتباراً بموت العبد المعتق، فيكون ولاء من مات منهم لابن المولى دون ابني ابنه.

وحكى عن عبد الله بن مسعود في إحدى الروايتين عنه، وعن شريح من التابعين أن ولاء من مات منهم موروث يستحقه القريب والبعيد، اعتباراً بموت المولى المعتق، فيكون لابن المولى في هذه المسألة ثلث ولاته، ولابني ابنه ثلثاه، وما عليه الجمهور من توريث الكبير أصح لما قدمناه في أول الباب من رواية ابن جريج عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله، أن رسول الله ﷺ قال: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ لَا يُبَاعُ وَلَا يُؤْهَبُ وَلَا يُؤْرَثُ وَلَا يُتَصَدَّقُ بِهِ». يعني لا يورث ميراث المال. ولرواية يونس عن الزهرى عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ قال: «الْمَوْلَى أَخٌ فِي الدِّينِ وَنِعْمَةٌ بِرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِالْمُعْتَقِ» ولأن الكبير أقرب، فكان بالميراث أحق بالنسب، ولأنه لما كان الميراث بالنسب معتبراً بموت الموروث كان كذلك في الميراث بالولاء.

فصل: ويتفرع على هذا أن يعتق الرجل عبداً، ويموت، فيخلف ثلاثة بنين ويموت أحد البنين ويخلف ابناً ويموت آخر، ويخلف ابنين ويموت الآخر، ويخلف ثلاثة بنين ثم يموت العبد المعتق، فعلى مذهبن في توريث الكبير يكون ميراثه بالولاء بين بني المولى على أعداد رؤوسهم مقسوماً على ستة أسهم، وعلى قول من جعل الولاء موروثاً يعطيهم سهام آبائهم، فيجعل الثلث لابن الابن، والثلث لابني الابن الآخر، والثلث لثلاثة بني الابن الآخر، وتصح من ثمانية عشر سهماً، ولو اشترك أب وابن في عتق عبد، ثم مات الأب، وخلف ابناً آخر، ومات العبد المعتق، كان للابن المعتق ثلاثة أرباع ولاته، النصف منه بمباشرة عتقه، والرابع بميراثه عن أبيه، وللابن الذي ليس بمعتق ربع ولاته بميراثه عن أبيه.

فلو مات الابن المعتق قبل موت العبد المعتق، وترك ابناً وأخاه، ثم مات العبد المعتق كان لأخيه نصف ولاته، ولابنه نصف ولاته اعتباراً بالكبير، وعلى قول من جعل الولاء موروثاً جعل للأخ ربع ولاته، وللابن ثلاثة أرباعه.

ولو أعتق عبداً، ومات، وخلف أخاً لأب وأم، وأخاً لأب، ثم مات العبد المعتق، ففي مستحق ولاته قولان:

أحدهما: يكون الأخ للأب والأم أحق بالولاء، كما كان أحق بالمال، لقوة

تعصبيه.

والقول الثاني: يشترك في ولائه الأخ للأب والأم، والأخ للأب، لأن الأم لا توثق بالولاء، فلم يترجح من أولى بها، ولو مات الأخ للأب، والأم، وخلف ابناً، ثم مات العبد المعتق كان الأخ للأب أحق بولائه، وابن الأخ من الأب والأم في القولين معاً على قول من جعل الولاء للكبير، وهو في قول من جعل الولاء موروثاً على حكمه قبل الأخ.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَرِثُ النِّسَاءُ الْوَلَاءَ وَلَا يَرِثُنَّ إِلَّا مَنْ أَعْتَقْنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ».

قال الماوردي: وهذه المسألة تشتمل على فصلين:

أحدهما: في النساء لا يرثن الولاء.

والثاني: في جر الولاء.

فأما ميراثهن الولاء، فلا يرثنه عن معتق بحال، وإن خالف فيه طاوس، فورثهن كالرجال، وهو خطأ، لأن الولاء تعصيب ينقل إلى العصبات، وليس النساء عصبية.

ولو كان معتبراً بالمال لانتقل إلى الزوج والزوجة كالمال، ولم يقل ذلك أحد، فصار حق توريثهن مدفوعاً بالإجماع، ولكن يستحق النساء الولاء بعتق المباشرة، كما تستحقه الرجال، لزوال ملكهن بالعتق، وقد أعتقت عائشة رضي الله عنها بريرة، فجعل لها رسول الله ﷺ ولاءً وأبطل ولاء من اشترط ولاءها من مواليتها، فلذلك قال الشافعي: «ولا يرثن بالولاء إلا مَنْ أَعْتَقْنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقْنَ» يعني: إذا أعتقت المرأة عبداً، وأعتق عبداً، كان لها ولاء عبداً، ولها ولاء من أعتقه عبداً ترثه بعد عبداً، فلو أعتقت امرأة عبداً، وماتت، وخلفت ابناً وأخاً، ثم مات العبد المعتق كان ولاءه للأب والأم، ولو مات الابن قبل موت العبد، وخلف عمّاً وخالاً، ثم مات العبد المعتق كان ولاءه لخاله دون عمه، لأن الخال أخو المعتقة، والعم أجنبي منها، وهذا قول من جعل الولاء للكبير.

فأما على قول من جعله موروثاً يجعل الولاء لعم الابن وإن كان أجنبياً من المعتقة دون الخال، وإن كان أخاها لانتقال ماله إلى عمه دون خاله.

فصل: وأما جر الولاء، فهو أن يثبت على الولد ولاء لمعتق أمة، فيجر معتق أبيه ولاءه عنه إلى نفسه.

وصورته: أن يعتق أمة، وتزوج بعد عتقها بعبد، فتلد منه أولاداً، فهم أحرار

بحرية أمهم، وعليهم الولاء لمعتق أمهم، فإذا أعتق أبوهم انجزّ ولاؤهم عن الأم إلى معتق الأب، فإن انقرض مولى الأب وعصبته لم يعد ولاؤهم إلى معتق الأم، وكان لكافة المسلمين، وهو قول الأكثرين من الصحابة والتابعين، والفقهاء.

قاله من الصحابة عمر، وعثمان، وعلي، والزبير، وابن مسعود، وزيد بن ثابت وابن عباس رضي الله عنهم.

ومن التابعين: الحسن، وابن سيرين وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز وشريح، والشعبي، والأسود بن زيد.

ومن الفقهاء: الحكم، والأوزاعي، والليث بن سعد، والثوري، وأبو حنيفة والشافعي، ومالك، وأحمد، وإسحاق وخالفهم من أقر الولاء لمعتق الأم، ولم يجره إلى معتق الأب، فإن انقرض معتق الأم لم ينتقل إلى معتق الأب، وكان لكافة المسلمين.

قاله من الصحابة رافع بن خديج، ورواية شدّت عن زيد بن ثابت.

ومن التابعين مالك بن أوس بن الحدثان، ومجاهد، والزهري، وعكرمة، وميمون بن مهران، وعبد الملك بن مروان.

ومن الفقهاء داود، وأهل الظاهر، احتجاجاً بقول النبي ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ» ثم ثبت أن النسب معتبر إذا ثبت في جنبه لم ينتقل إلى غيرها، كذلك الولاء..

ودليلنا: ما قاله الجمهور من جر الولاء، قول النبي ﷺ: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النَّسَبِ» ثم ثبت أن النسب معتبر بالآباء دون الأمهات كذلك الولاء معتبر بالآباء دون الأمهات وإنما اعتبر بالأمهات لإعوازه من جهة الآباء ضرورة، فإذا وجد من جهتهم انتقل إليهم، وجرى مجرى ولد الملاعنة إذا اعترف به أبوه بعد لعانه عاد إلى نسبه، ولحق به.

والقصة المشهورة في خبر الولاء ما روي أن الزبير بن العوام - رضي الله عنه - قدم خبير، فرأى فتية لعساً ظرافاً، فأعجبه ظرفهم، فسأل عنهم، فقيل له: هم موال لرافع بن خديج أمهم حرة وأبوهم مملوك لآل الحرقة، فاشترى أباهم، وأعتقه، وقال لهم: انتسبوا إليّ فأنتم موالّي، ونازعه رافع فيهم، فاخصما إلى عثمان، ف قضى بولاؤهم للزبير وعليّ حاضر رضي الله عنهم جميعاً^(١).

(١) البيهقي في السنن الكبرى ١٠/٣٢٠.

فإذا ثبت جر الولاء إلى معتق الأب، فأعتق الجد دون الأب، ففي جره ولاءهم عن معتق الأم ثلاثة أوجه، حكاها أبو العباس بن سريج أقاويل:

أحدها: يجر معتق الجد ولاءهم عن معتق الأم، وبه قال شريح، والشعبي، ومالك، لأن الجد والد.

والوجه الثاني: أنه لا يجر ولاءهم لمباشرة الأب للولادة، وبه قال أبو حنيفة.

والوجه الثالث: إن كان الأب حياً لم يجر معتق الجد ولاءهم، وإن كان ميتاً جره، لأن الجر بموت الأب مستقر، ومع بقائه غير مستقر، فعلى هذا الوجه لو جر معتق الجد ولاءهم، ثم أعتق الأب بَعْدُ، ففي جر الولاء عن معتق الجد إلى معتق الأب وجهان:

أحدهما: يجر، وهو الأصح، لأن الولادة فيه مباشرة، وفي الجد بعيدة.

والوجه الثاني: لا يجره لاستقراره في نسب الأبوة.

فصل: ولو أعتقت أمة حامل من زوج مملوك، فولدت ابناً، ثم أعتق الأب كان ولاء الابن لمعتق الأم، ولم يجره معتق الأب، لأن عتق الابن مباشرة، والولاء في عتق المباشرة. لا يزول بالجر، ولو لم تلده قبل عتق الأب، وولده بعد عتقه اعتبرت مدة ولادته بعد عتقها.

فإن ولده لأقل من ستة أشهر كان عتقه عن مباشرة، وكان ولاؤه لمعتقها، ولا يجره معتق الأب لعلمنا بكونه حاملاً وقت عتقها.

وإن ولده لأكثر من أربع سنين جر معتق الأب ولاءه عن معتقها، لعلمنا بعدمه وقت عتقها.

وإن ولده لأكثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين، فهذا يجوز أن يكون وقت العتق موجوداً، ويجوز أن يكون معدوماً، فهو على ضربين:

أحدهما: أن لا يلحق بالزوج، فولأؤه غير مجرور.

والضرب الثاني: أن يلحق بالزوج ففي جر ولاءه وجهان:

أحدهما: مجرور لأننا على يقين من حدوث الولادة، وفي شك من تقدمها.

والوجه الثاني: غير مجرور لأننا على يقين من ثبوت ولاءه لمعتق أمه، وفي شك من جره إلى معتق أبيه.

فصل: وإذا تزوج حُرٌّ لا ولاء عليه بِمُعْتَقَةٍ عليها ولاء، وأولدها ولدًا لم يخل

حال الزوج من أن يكون معروف النسب أو مجهول النسب، فإن كان معروف النسب عريقاً في الحرية كالعرب، فلا ولاء على ولده، لأنه لو أولدها في الرق لم يكن الولد رقيقاً. فكان أولى إذا أولدها بعد ثبوت الولاء أن لا يكون عليه ولاء.

وإن كان الأب مجهول النسب، ففي ثبوت الولاء على ولده لمعتق أمه وجهان:

أحدهما: لا ولاء عليه تغليباً لظاهر الحرية من الأب، وهو الظاهر من مذهب

الشافعي.

والوجه الثاني: عليه الولاء لاحتمال حال الأب وثبوت الولاء على الأم، وهو

محكي عن أبي حنيفة ومحمد.

فصل: وإذا تزوج العبد معتقة عليها ولاء، وأولدها ابناً دخل في ولاء أمه، ثم

اشترى الابن أباه عتق عليه، وكان له ولاؤه، وفي جره لولاء نفسه من معتق أمه وجهان:

أحدهما: لا يجره بعنق أمه، لأنه لا يملك ولاء نفسه، ويكون ولاؤه باقياً لمعتق

أمه، وهو الظاهر من مذهب الشافعي لأنه لا يعقل عن نفسه، ولا يرثها، وهو محكي عن أبي حنيفة.

والوجه الثاني: يجز ولاء نفسه بعنق أبيه، ولا يملكه على نفسه، ولكن يزيل به

الولاء عن نفسه، ويصير به حراً لا ولاء عليه، لأن عتق الأب يزيل الولاء عن معتق الأم، وهذا قول أبي العباس بن سريج، فعلى هذا لو أولدها ابنتين فاشترت إحداهما أباه عتق عليها، وكان لها ولاؤه، وجرت إلى نفسها ولاء أختها، وفي جرها لولاء نفسها ما قدمناه من الوجهين:

أحدهما: لا تجره، ويكون باقياً عليها لمعتق أمها.

والوجه الثاني: تجره، ويسقط به الولاء عنها.

فإن مات الأب كان ثلثا ميراثه بين بنتيه نصفين بالنسب، والثلث الباقي لبنته

المعتقة بالولاء، فإن ماتت بعد الأب البنت التي ليست بمعتقة كان لأختها المعتقة نصف ميراثها بالنسب، ونصفه الباقي بالولاء الذي جرت من معتق أمها، ولو كانت الميتة بعد أبيها هي البنت المعتقة، وخلفه أختها كان لأختها نصف ميراثها.

وفي نصفه الباقي وجهان:

أحدهما: لمولى أمها إذا قيل: إنها لا تجز ولاء نفسها.

والوجه الثاني: لبيت المال: إذا قيل: إنها قد جرت ولاء نفسها، ولو اشترت

البتتان أباهما عتق عليهما، وكان ولاؤه بينهما، وجرت كل واحدة منها نصف ولاء أختها عن معتق أمها إليها، فصار لكل واحدة منهما نصف ولاء الأخرى، لأن لها نصف ولاء الأب، وفي النصف الباقي وجهان:

أحدهما: لمعتق الأم إذا قيل: إنها لا تجر ولاء نفسها.

والوجه الثاني: ساقط عنها إذا قيل إنها قد جرت ولاء نفسها، فعلى هذا لو مات الأب كان ميراثه بينهما، ثلثه بالنسب، وثلثه بالولاء، ولو مات بعده إحدى البنتين كان لأختها ثلاثة أرباع ميراثها، نصفه بالنسب، وربعه بالولاء، لأن لها نصف ولائها، وفي الربع الباقي وجهان:

أحدهما: لمولى أمها إذا قيل: إنها لا تجر ولاء نفسها.

والوجه الثاني: لبيت المال إذا قيل إنها قد جرت ولاء نفسها.

وحكى الربيع في مختصره، والبويطي عن الشافعي أن للأخت الباقية سبعة أثمان ميراث الميتة، وثمانه الباقي لمعتق الأم، وهو خطأ منهما على الشافعي، وإنما قال الشافعي هذا الجواب في غير هذه المسألة، وهو أن تموت إحدى البنتين قبل الأب، فيرثها الأب، ثم يموت الأب، فيكون لبتته الباقية نصف ميراثه بالنسب، ونصفه الباقي لمواليه، وهما بنتاه الحية والميتة، فتأخذ الحية نصفه، وهو الربع، لأن لها نصف ولائه، ونصفه الباقي، وهو الربع لموالي بنته الميتة، وهم أختها الحية، وموالي أمها، لأن الحية قد جرت نصف ولاء الميتة، فتأخذ به نصف هذا الربع، وهو الثمن، فيصير لها من مال أبيها سبعة أثمان نصفه بالنسب، وربعه بالولاء على الأب، وثمانه بجر الولاء من الأب، ويكون ثمنه الباقي لمولى الأم في أحد الوجهين والبيت المال في الوجه الثاني، فغلط الربيع والبويطي، فنقلنا هذا الجواب إلى التي تقدمها. والله أعلم.

ومدار التدبير على حديثين:

أحدهما: حديث جابر.

والآخر: حديث عائشة.

فأما حديث جابر فوارد من طريقين.

أحدهما: ما رواه الشافعي عن سفيان عن المتن المتقدم.

والثاني: ما رواه ابن عليه عن أيوب عن الزبير عن جابر أن رجلاً من الأنصار من

بني عذرة يقال له: أبو مذكور أعتق غلاماً له عن دُبرٍ يقال له: يعقوب، لم يكن له مال غيره، فدعا به رسول الله ﷺ فقال: «مَنْ يَشْتَرِيهِ؟ فَاشْتَرَاهُ نَعِيمٌ بِنِ عَبْدِ اللَّهِ النَّخَامِ بِشِمَانِ مِائَةِ دَرَاهِمٍ، ثُمَّ دَفَعَهَا إِلَيْهِ فَقَالَ: «إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فَقِيْرًا فَلْيَبْدَأْ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ كَانَ فَضْلًا فَعَلَى عِيَالِهِ فَإِنْ كَانَ فَضْلًا فَعَلَى ذَوِي رَحِمِهِ، فَإِنْ كَانَ فَضْلًا فَهَاهُنَا، وَهَاهُنَا»^(١). وأما حديث عائشة رضي الله عنها فرواه سفيان عن يحيى بن سعيد عن أبي الرِّجَالِ عن أم عمرة بنت عبد الرحمن أن مدبرة لعائشة سحرتها فأمرت بها، فبيعت في الأعراب، وجعلت ثلثها في الرقاب.

فصل: فإذا تقرر جواز التدبير، فالمقصود به عتق المدبر بموت سيده وهو ما

كان السيد حياً باقٍ على رق سيده وأحكام الرق جارية عليه في استخدامه، وملك أكسابه، وإجارته ونكاحه وطلاقه وشهادته كسائر العبيد، وإن كانت أمة فللسيد وطؤها كسائر الإماء.

وإذا كان كذلك فالتدبير على ضربين: مقيد، ومطلق. فأما المقيد: فهو أن

يقول: إن مت من مرضي هذا، أو عامي هذا، فأنت حر فيكون تدبيره معقوداً بشرطه. فإن مات من هذا المرض، أو في هذا العام، عتق بموته وإن لم يمته منها بطل تدبيره، ولم يعتق بموته، في غير ذلك المرض، ولا في غير ذلك العام.

وأما المطلق: فهو أن يقول: متى مت، أو إذا مت فأنت حر أو يقول له: أنت

مدبر ففي أي زمان مات وعلى أي صفة مات من مرض، أو قتل عتق بموته، فإنه قتله المدبر ففي عتقه بموته قولان، من اختلاف قوله في جواز الوصية للقاتل لأن التدبير كالوصية في اعتباره من الثلث. وإذا خرج المدبر من ثلث سيده عتق جميعه بموته، وإن استوعبه الدّين، رق ولم يعتق، وإن لم يكن لسيده مال غيره، عتق ثلثه بموته ورق ثلثاه لورثته وعلى قول أبي حنيفة يستسعيه الورثة في ثلثيه ويعتق.

(١) أخرجه البخاري ٦٠٨/١١ في كفسارات الأيمان (٦٧١٦) ومسلم ١٢٨٩/٣ (٩٩٧/٥٨) والشافعي ٦٨/٢ (٢٢٥).

فصل: فأما بيع المدبر وهبته في حياة سيده، فقد اختلف الفقهاء في جوازه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أن بيعه جائز في الأحوال كلها في دين، وغير دين، سواء كان تدبيره مطلقاً أو مقيداً وهو في الصحابة قول عائشة رضي الله عنها وابن عمر وجابر وفي التابعين قول عمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس ومجاهد وفي الفقهاء قول أبي ثور، وأحمد وإسحاق.

والثاني: وهو مذهب مالك، أنه كالعتق الناجز في المرض لا يجوز بيعه إلا في الدّين مقيداً، كان أو مطلقاً.

والثالث: وهو مذهب أبي حنيفة إن كان تدبيره مقيداً جاز بيعه في دين، وغير دين وإن كان مطلقاً، لم يجز بيعه في دين وغير دين ففعله لازماً، إذا أطلق وغير لازم إذا قيد وهو عندنا غير لازم في الحالين، احتجاجاً بما روي عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمُدَبَّرِ».

قالوا: ولأن كل عتق نجز إطلاقه بموت المعتق، منع من جواز البيع كأم الولد.

قالوا: ولأنه لما استفاد بالتدبير اسماً غير اسم العبيد، وجب أن يستفيد به حكماً غير أحكام العبيد، لأن انتقال الاسم يوجب انتقال الحكم، ولو جاز بيعه لبقى على حكمه مع انتقال اسمه، وهذا غير جائز كالمكاتب.

ودليلنا ما روينا عن النبي ﷺ أنه باع مدبراً على مالكة.

فإن قيل: هو محمول على بيع منافعه بالإجارة قيل: لا يجوز أن يعدل عن حقيقة المذكور إلى مجاز غير مذكور، ما لم يصرف عنه دليل.

فإن قيل: إنما باعه في دين، وقد يباع في الدّين ما يمنع من بيعه في غير الدين كالمعتق في المرض، قيل: لو كان بيعه لا يجوز إلا في الدّين لكان بيعه موقوفاً على طلب الغرماء، ولما جاز أن يبيع منه إلا قدر الدّين، وقد باعه كله بثمان دفعه إليه، وقال له: أنفق على نفسك، ثم على عيالك، ثم على ذوي رحمك، ثم اصنع بالفضل ما شئت فدل على بيعه في الدّين وغير الدّين. وقد باعت عائشة رضي الله عنها مدبرتها في غير دين، فدل على جواز بيعه في الدين وغير الدين، ولأن التدبير قول علق به عتق على صفة تفرد بها فلم يمنع من جواز بيعه كتعليقه بجميع الصفات، ولأن من جرى عليه حكم التدبير، جاز بيعه قبل الموت كالتدبير المقيد، ولأن من كان عتقه معتبراً من ثلثه مع صحته جاز له بيعه قبل عتقه كالموصى بعتقه.

فأما الجواب عما روه عن نهيه عن بيع المدبر، فهو أنه من المناكير التي لا تعرف، ولو صح لكان محمولاً على التنزيه بدليل ما فعله من بيعه.

وأما الجواب عن إلحاقه بأب الولد فهو أنها كالمستهلكة بالإحبال لسرايته إلى حصة الشريك، ولأن عتق أم الولد لازم لاعتباره من رأس المال كالديون، وعتق التدبير غير لازم لاعتباره من الثلث كالوصايا فلهذين ما اختلفا في جواز البيع.

وأما الجواب عن أن انتقال الاسم يوجب انتقال الحكم، فهو أنه موجب لزيادة حكم لم يكن قبل انتقال الاسم، وقد وجدت الزيادة بعته بالموت، ولم يلزم زوال أحكامه كما لم يلزم زوال استخدامه.

فإذا ثبت جواز بيعه، جازت هبته وجاز كتابته، وجاز تعجيل عتقه. فأما الرجوع في تدبيره مع بقاءه على ملكه، حتى لا يعتق بموته فسنذكره من بعد في موضعه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِعَبْدِهِ أَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ أَنْتَ عَتِيقٌ أَوْ مُحَرَّرٌ أَوْ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي أَوْ مَتَى مِتُّ أَوْ مَتَى دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي فَدَخَلَ فَهَذَا كُلُّهُ تَدْبِيرٌ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ».

قال الماوردي: وكلامه في هذه المسألة يشتمل على فصلين:

أحدهما: فيما يصير به مدبراً.

والثاني: فيما يكون في التركة معتبراً.

فأما الفصل الأول: في الألفاظ التي يكون بها مدبراً:

فألفاظ التدبير على ثلاثة أضرب: صريح، وكناية، ومختلف فيه هل هو صريح، أو كناية.

فأما الصريح: فهو قوله: إذا مت فأنت حر، أو أنت حر بموتي، أو أنت حر بعد موتي، لأنها ألفاظ لا احتمال فيها، ولا فرق بين أن يعلقه بالموت، أو بعد الموت، إذا لم يكن بينه وبين الموت فاصل، لأنه في الحالين واقع بعد الموت.

وأما الكناية: فهو أن يقول: إذا مت فأنت حرام، أو مسيب أو مخلى، أو مالك لنفسك، أو لا سبيل لأحد عليك إلى نظائر هذه الألفاظ المحتملة.

فإن أراد بها العتق صار مدبراً، وإن لم يرد بها العتق لم يكن مدبراً، واعتبار الإرادة أن يكون مع لفظه فإن تجرد اللفظ عن الإرادة ثم أراده بعد انقضاء اللفظ، لم يصير مدبراً، لأن انفصال النية عن الكناية مبطل لحكم الكناية، ويكون السيد هو المسؤول عن إرادته. هل أردت به العتق، أو لم ترد، ولا يسأل هل أردت به التدبير، أو لم ترد، لأنه لما علقه بالموت توجه إلى التدبير ولم يتوجه إلى العتق الناجز، ولكن لو أطلق هذه الألفاظ ولم يعلقها بالموت جاز أن يريد بها العتق الناجز وجاز أن يريد

بها التدبير بعد الموت وجاز أن لا يريد بها واحداً منهما، فيرجع إلى إرادته فما ذكره فيها من شيء كان قوله فيه مقبولاً فإن قال السيد: أردت به التدبير، وقال العبد: بل أردت به العتق الناجز، كان له إحلاف سيده. ولو قال السيد: لم أرد به التدبير، وقال العبد: بل أردت به التدبير لم يكن له إحلاف سيده، لأن التدبير ليس بلازم والعتق الناجز لازم.

وأما المختلف فيه: هل هو صريح، أو كناية، فهو لفظ التدبير أن يقول لعبد: أنت مدبر. فالذي نص عليه الشافعي أنه يكون صريحاً لا يرجع فيه إلى إرادته، ويعتق عليه بموته.

وقال في الكناية: إذا قال لعبد قد كاتبك على كذا لم يكن صريحاً في عتقه بالأداء، حتى يقول: فإذا أدت إليّ آخرها فأنت حر. فاختلف أصحابنا في لفظ التدبير والكتابة، فمنهم من جمع بينهما وخرجهما على قولين:

أحدهما: أنهما صريحان على ما نص عليه في التدبير.

والثاني: أنهما كنايةتان على ما نص عليه في الكتابة.

ومنهم من قال: التدبير صريح، والكناية على قولين، ومنهم من قال التدبير صريح، والكتابة كناية لوقوع الفصل بينهما من وجهين:
أحدهما: أن لفظ التدبير مشهور في الخاصة والعامة، والكناية يعرفها الخاصة دون العامة.

والثاني: أن الكناية مترددة بين صريحين من عتق ومكاتبة. والتدبير ليس له صريح سواء، وإذا كان التدبير صريحاً ثبت حكمه في كل من تلفظ به في عبده، سواء عرف حكمه أو لم يعرف كصريح العتق والطلاق.

فإن علق تدبيره بصفة فقال: إن دخلت الدار فأنت مدبر فليس بمدبر ما لم يدخل الدار فإذا دخلها في حياة سيده صار مدبراً، يعتق بالموت، ولو دخلها بعد موت سيده، لم يعتق، لأنه لا يصح التدبير بعد الموت، لفوات الصفة بالموت.

فإن قال له: إذا دفعت إليّ عشرة دنانير فأنت مدبر صار مدبراً بدفع جميعها، ولو دفعها إلا يسيراً لم يصير مدبراً، ولو قال: إذا قرأت القرآن فأنت مدبر كان تدبيره معتبراً بقراءة جميع القرآن. فلو قرأه إلا آية منه لم يصير مدبراً.

ولو قال: إذا قرأت قرآناً صار مدبراً بقراءة آية منه، لأن دخول الألف واللام توجب استيعاب الجنس، وحذفهما لا يوجب، ولو علق تدبيره بصفتين ثبت التدبير بوجودهما، ولم يثبت بوجود أحدهما، ولو علقه بعشر صفات لم يثبت بوجود تسع،

حتى يستكمل العشر كلها في حياة سيده ولا يصح تعليق الكتابة بالصفة، وإن صح تعليق التدبير بالصفة، لأن الكتابة من عقود المعاوضات التي لا يجوز تعليقها بالصفات.

ولو قال لعبد: إذا دخلت الدار فأنت حر، فدخلها بعد موته لم يعتق لزوال ملكه، ولو قال: إذا دخلت الدار بعد موتي فأنت حر، عتق ما لم يقتسم به الورثة، وصار كالموصى بعثقه.

فصل: وأما الفصل الثاني: فيما يكون معتبراً في التركة وهو قيمة المدبر وقيمته معتبرة في وقت موت السيد لا في وقت تدبيره، لاعتبارها بالعتق الذي صار به مستهلكاً، وهي معتبرة من الثلث لا من رأس المال فإن احتمله الثلث وإلا عتق منه قدر ما احتمله الثلث، ورق باقيه للورثة، وهذا قول جمهور الصحابة، والتابعين والفقهاء، وسواء دبره في صحته، أو في مرضه. وذهبت طائفة إلى أنه يعتق من رأس المال، ولا يرق بعد العتق. قاله من الصحابة عبد الله بن مسعود حكاه زكريا الساجي عنه ومن التابعين سعيد بن جبير ومسروق.

ومن الفقهاء: حماد ابن أبي سليمان، والحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وداود اعتباراً بعثق أم الولد، لأن عتقها واقع بالموت.

والدليل على أنه من الثلث ما رواه عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «الْمُدَبِّرُ مِنَ الثُّلُثِ». ورواه الشافعي موقوفاً عن ابن عمر، ولأن عتقه في المرض أمضى، وهو معتبر من الثلث، فكان التدبير أولى أن يعتبر من الثلث، ولأن ما لا يلزم قبل الموت كان لزومه بالموت موجباً لاعتباره من الثلث، كالوصايا وهذا خالف أم الولد للزوم عتقها قبل الموت.

فإذا تقرر أنه في الثلث واحتمله الثلث، وهو أن تكون قيمته مائة درهم وترك للورثة مائتي درهم فأكثر، عتق بالموت لحصول مثلي قيمته للورثة ولو لم يترك السيد شيئاً، وكسب المدبر مائتي درهم في حياة سيده، كانت من تركة السيد وعتق بها لمصير الورثة إلى مثلي قيمته ميراثاً، ولو كسبها بعد موت سيده، كانت بينه وبين الورثة ملكاً، لا تضاف إلى التركة، ولا يدخل بها في عتقه، ويكون فيها مدبراً لم يترك سيده سواه، فيعتق ثلثه بالموت وثلثاه موقوف للورثة إلا أن يجيز الورثة عتق باقيه، فيعتق جميعه ويكون في ولائه قولان:

أحدهما: للسيد إذا قيل: إن إجازتهم أمضى لوصيته.

والثاني: يكون للسيد ثلث ولائه، ولهم ثلثاه إذا قيل إن إجازتهم عطية منهم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يُعْتَقُ فِي مَالِ غَائِبٍ حَتَّى يَخْضُرَ».

قال الماوردي: إذا مات وقد دبر عبداً قيمته مائة درهم وترك مالا غائباً، يخرج المدبر من ثلثه لم يخل حال الورثة في المال الغائب من أن يقدروا على التصرف فيه، أو يعجزوا عنه فإن عجزوا عنه كان عتق المدبر موقوفاً على قدوم الغائب لأن عتقه وصية في الثلث، والوصايا لا تمضي إلا أن يحصل الورثة مثلاًها، وقد يجوز أن يتلف الغائب ولا يصل إلى الورثة. وإذا كان كذلك لم يختلف أصحابنا أن ثلثي المدبر موقوف على قدوم الغائب، واختلفوا في إمضاء العتق في ثلثه على وجهين:

أحدهما: يعتق، لأنه لو لم يترك سواه لعتق ثلثه، فإذا ترك معه مالا غائباً فأولى أن يعتق ثلثه.

والوجه الثاني: لا يعتق شيء منه، فيوقف جميعه، لثلا ينفذ في العتق ما لم يصل إلى الورثة مثلاًه، لأن باقيه موقوف لم يصل الورثة إليه، ولو لم يكن له مال سواه لتصرف الورثة في باقيه، فلذلك كان العتق موقوفاً كما كان حق الورثة موقوفاً، وبهذا المعنى فرقنا بينه وبين من لم يملك سواه. وكلام الشافعي يحتمل الوجهين:

الأول: منهما قول الأكثرين.

والثاني: اختيار أبي حامد الإسفراييني، ونحن نفرع على الوجهين معاً.

فإذا قيل بالوجه الأول أنه يتعجل عتق ثلثه ملك المدبر به ثلث كسبه، وكان ثلثاه وثلثا كسبه موقوفاً. فإن قدم من الغائب خمسون، عتق نصفه، لأن الخمسين مع قيمته مائة وخمسون، وقيمة نصفه ثلثها، ولو قدم من الغائب مائة عتق ثلثاه، لأن المائة مع قيمته مائتان وثلثاه ثلثها فإن قدمت مائة ثانية، عتق جميعه لوصول الورثة إلى مثلي قيمته، وإن تلفت، ولم تصل استقر العتق في ثلثيه ورق للورثة ثلثه، فصار لهم مع المائة الواصلة مثلاً ما عتق من ثلثيه. وإن قيل بالوجه الثاني: إن عتق جميعه موقوف، كان جميع كسبه موقوفاً فإن قدم من الغائب خمسون، وكان باقياً مرجوياً عتق ربه، لأن الخمسين مثلاً ربه، وإن كان باقيه تالفاً، عتق نصفه لأن الخمسين مع رق نصفه مثلاً نصفه ولو كان القادم من الغائب مائة، وكان باقيه مرجوياً عتق نصفه، لأن المائة مثلاً نصفه. ولو كان باقيه تالفاً عتق ثلثاه، لأن المائة مع رق ثلثه مثلاً ثلثيه، فإن قدمت مائة ثانية، عتق جميعه وإلا فقد استقر العتق في ثلثيه والرق في ثلثه، وملك ثلثي كسبه، وللورثة ثلث كسبه.

فصل: وإن قدر الورثة على التصرف في المال قبل قدومه، لم يعتبر في عتقه قدوم المال، واعتبر فيه قدرتهم على التصرف، فإذا مضى زمان قدرتهم على التصرف

فيه، عتق عليهم، وإن لم يتصرفوا، لانهم بالقدرة عليه في حكم المتصرفين فيه، إلا أن يحدث عذر يمنع من التصرف، فلا يعتق عليهم إلا بعد زواله، سواء كان العذر منهم كالمرض، أو من غيرهم كالحبس فإن قدر على التصرف فيه بعضهم، وعجز عنه بعضهم، عتقت حصة القادر، ووقفت حصة العاجز. وهكذا الدَّين يكون كالمال الغائب، لا يعتق فيه إلا بعد قبض الورثة مثلي قيمته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ مَتَى مِتَّ فَشَاءَ فَهُوَ مُدَبَّرٌ».

قال الماوردي: وهذا عقد تدبير بِصِفَةٍ، وهي مشيئة العبد ومشيئته معتبرة على الفور، دون التراخي.

واختلف أصحابنا: هل تعتبر في فورها مشيئة القبول في الشراء، أو مشيئة الجواز في التخيير؟ على وجهين:

أحدهما: يعتبر فيها مشيئة القبول في الشراء، لأنه تملك. فعلى هذا إن شاء العبد عقيب قول سيده، انعقد تدبيره، وإن أخره عنه لم ينعقد.

والوجه الثاني: تعتبر مشيئة الجواز في التخيير، لأنه يحتاج إلى فكر، فعلى هذا إن شاء العبد في المجلس من غير أن يشرع في غيره، انعقد تدبيره وإن شرع في غيره، أو قام عن مجلسه لم ينعقد. فلو قال العبد في المجلس: قد شئت ثم قال: لست أشاء، انعقد تدبيره بالمشيئة الأولى. ولم يبطل بتركه لها. ولو قال ابتداءً: لست أشاء ثم قال: شئت بطل التدبير ولم يثبت بالمشيئة الثانية اعتباراً بأسبقهما منه.

فصل: ولو قال له متى شئت فأنت حر، إذا مت أو متى مت كان مشيئة العبد على التراخي في حياة السيد بخلاف «إن» و «إذا»، لأن «متى» موضوعة للزمان، فاستوى فيها جميع الأزمان و «إن» و «إذا» موضوعة للفعل، فاعتبر فيها زمان الفعل فإن أحر العبد المشيئة، حتى مات السيد، ثم شاء لم يعتق. وإن كانت مشيئته على التراخي، لأنها مشيئة في عقد التدبير والتدبير لا ينعقد بعد الموت.

ولو قال في حياة السيد: قد شئت، ثم قال: لست أشاء ثبت التدبير بالمشيئة ولم يبطل بالرجوع المتأخر، ولو قال: لست أشاء ثم قال: شئت ثبت التدبير بالمشيئة المتأخرة، ولم يبطل بتركها المتقدم بخلاف ما تقدم، لأن المشيئة هاهنا على التراخي. فراعينا وجودها متقدمة ومتأخرة، وهناك على الفور فراعينا ما تقدم.

فصل: ولو قال السيد: إن شاء زيد فأنت حر إذا مت، أو متى شاء زيد فأنت حر متى مت، فمشيئة زيد على التراخي قبل موت السيد، ويستوي في مشيئته حكم «إن»

و «متى» و «إذا» بخلاف تعليقه بمشيئة العبد التي يختلف فيها حكم «إن» و «متى» والفرق بينهما: أن تعليقه بمشيئة زيد صفة يعتبر بوجودها فاستوى فيها قريب الزمان وبعيده، وتعليقه بمشيئة العبد تملك وتخير، فافترق فيه حكم قريب الزمان وبعيده. فإن آخر زيد المشيئة حتى مات السيد، ثم شاء لم ينعقد التدبير، وكان العبد على رقه بعد موت سيده، لأن تعليق الحكم بالصفة هو شرط يتقدم على المشروط.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ إِذَا مِتُّ فَشِئْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ قَالَ أَنْتَ حُرٌّ إِذَا مِتُّ إِنْ شِئْتُ فَسَوَاءٌ قَدَّمَ الْمَشِيئَةَ أَوْ أَخَّرَهَا لَا يَكُونُ حُرًّا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ».

قال الماوردي: وهذا عتق بِصِفَةٍ بعد الموت، فإذا قال: إذا مت فشئت فأنت حر، اعتبرت مشيئته بعد موت السيد ولم يكن لها تأثير قبل موته، ومشيئته بعد الموت معتبرة بالفور في المجلس الذي علم فيه بموته، وهل تكون مشيئة قبول، أو مشيئة تخيير على ما ذكرناه من الوجهين، ولا يكون هذا تدبيراً، وإن كان الموت شرطاً في عتقه، لأن التدبير هو العتق الواقع بالموت، وهذا عتق يقع بصفة بعد الموت وهكذا لو قال: أنت حر إذا مت إن شئت، كان عتقاً بصفة بعد الموت تعتبر مشيئة العبد بعد موت سيده على الفور على ما ذكرناه من الوجهين، فلو شاء قبل موت سيده ففيه وجهان:

أحدهما: من اختلاف أصحابنا في معنى قول الشافعي «وسواء قدم المشيئة، أو أخرها»، فذهب البغداديون إلى أنه أراد سواء قدم المشيئة قبل الموت، أو أخرها. بخلاف قوله: إذا مت فشئت، لأن «الفاء» في المشيئة توجب التعقيب فعلى هذا يعتق، إذا شاء قبل موت سيده، ويكون هذا تدبيراً ولو لم يشأ إلا بعد موت سيده، عتق وكان عتقاً بصفة بعد الموت؛ وذهب البصريون إلى أنه أراد، سواء قدم المشيئة في لفظه أو أخرها وتكون مشيئة معتبرة بعد الموت، ولا تأثير لها قبل الموت فإن شاء بعد الموت عتق، وإلا رق للورثة.

ولو قال السيد إذا مت فأنت حر متى شئت كانت مشيئته بعد الموت على التراخي ممتدة، إلى أن يشرع الورثة في تنفيذ الوصايا، وقسمة الموارث، فتصير مشيئته على الفور معتبرة بجواب التخيير وجهاً واحداً، ولا يعتبر فيه فور القبول. فمتى شاء في مجلس تخيره، عتق وإلا رق إن أخر لما قدمناه من الفرق بين «متى» و «إن».

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ شَرِيكَانِ فِي عَبْدٍ مَتَى مِتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ لَمْ يُعْتَقِ إِلَّا بِمَوْتِ الْآخَرِ مِنْهُمَا».

قال الماوردي: وأصل هذا أن التدبير يصح في العبد كله، وفي بعضه من مالك الكل، ومالك البعض، فإذا قال الرجل لعبد بينه وبين شريكه: إذا مت فأنت حر، عتق

ملكه منه بموته، ولم يقوّم عليه حصة شريكه موسراً مات، أو معسراً. ولا تقويم بعد الموت، لأنه بعد الموت غير مالك فصار كالمعسر.

ولو قال لعبد يملك جميعه: إذا مت فنصفك حر انعقد التدبير في نصفه، وفي سراية التدبير إلى نصفه الباقي قولان:

أحدهما: يسري إليه ويصير جميعه مدبراً، لأنه لما سرى العتق، سرى السبب المفضي إلى العتق.

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه، أن التدبير لا يسري وإن كان العتق يسري لأن التدبير أضعف من العتق فضعف عن السراية.

فعلى هذا يكون نصفه مدبراً، ونصفه رقاً فناً فإذا مات السيد عتق نصفه بموته عن تدييره وفي عتق نصفه الباقي وجهان من اختلاف وجهي أصحابنا في سراية عتق الحي إلى بقية ملكه. هل تسري بلفظه أو بعد استقرار عتقه. على وجهين:

أحدهما: تسري بلفظه، فعلى هذا يصير جميع العبد حراً، يعتق منه نصفه تدييراً، ونصفه سراية، ويكون الفرق بين أن يجعل التدبير في الحياة سارياً، وبين أن يجعل العتق بالموت سارياً، يتصور تأثيره إذا رجع في تدبير نصفه فإن جعلنا العتق سارياً كان نصفه الباقي مدبراً، لأن الرجوع لا يسري وإن كان التدبير يسري، وإن لم يجعل التدبير سارياً إلى جميعه، صار بالرجوع في تدبير نصفه عبداً فناً، لا يعتق بموته.

والوجه الثاني: أن عتقه في الحياة لبعضه يسري إلى جميعه بعد استقرار عتقه في بعضه. فعلى هذا لا يعتق عليه بالتدبير بعد الموت إلا نصفه، ويكون نصفه الباقي مرقوقاً لورثته.

ولو كان عبداً بين شريكين، فدبر أحدهما حصته، ثم عجل الآخر عتق حصته، نظر في حصة المدبر. فإن رجع في تدييره قومت على المعتق حصة المدبر، إذا كان موسراً بها وعتق عليه جميعه لزوال التدبير بالرجوع عنه.

وإن كان التدبير على حاله باقياً في حصة المدبر ففي تقويمهما على المعتق قولان:

أحدهما: يعتق عليه، ويقوم في حقه، لبقائها على الرق حكماً.

والقول الثاني: تكون باقية على التدبير ولا تقوّم على المعتق لما استقر فيها قبل عتقه من عتقها في حق المالك بتدييره. ولو كان العبد بين شريكين، فدبر أحدهما حصته دون شريكه، صح التدبير في حصته، وفي تقويم حصة شريكه عليه قولان:

أحدهما: وهو قول مالك وأبي حنيفة، يقوم عليه إذا كان موسراً بها، لأنه سبب يفضي إلى لزوم عتقه كاملاً بحصته.

والقول الثاني: وهو المنصوص عليه، لا تقوم عليه حصة الشريك، لأنه كالعازم على عتقه، وهو بعد التدبير باق على أحكام رقه، فإذا قيل بالأول أنه تقوم عليه حصة الشريك ففيها بعد التقويم وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: يكون رقاً قناً، ولا يصير مدبراً بالسراية، حتى يدبرها، لأن المقصود في التقويم إزالة الضرر عن الشريك، فعلى هذا إذا مات السيد عتقت بموته الحصة التي دبرها، وفي سراية عتقه إلى باقيه وجهان:

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني، أنها تصير مدبرة بسراية التدبير إليها، وإن لم يتلف بتدبيرها، فيكون جميعه مدبراً.

وإذا قيل بالثاني: أنه لا يقوم على من دبر حصته من لم يدبر، كان نصفه مدبراً، ونصفه رقاً قناً.

فإن عجل المدبر عتق حصته قبل موته، قومت عليه حصة شريكه، وعتق عليه جميعه، ولو أعتق غير المدبر حصته عتقت وفي تقويم الحصة المدبرة عليه قولان على ما مضى.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرناه، فصورة المسألة في عبد بين شريكين قالوا: إذا متنا فأنت حر لم يعتق حصة واحد منهما إلا بموتهما، سواء اتفقا على القول في حالة واحدة، أو تقدم فيه أحدها على الآخر، لأن كل واحد منهما عتق حصته بصفتين هما: موته وموت شريكه، فلم يعتق بموت أحدهما لأن موته إحدى الصفتين في عتقه، وكانت حصة كل واحد منهما مترددة بين أن يعتق عليه عن وصيته بعد الموت إن تقدم موته، وبين أن يعتق عليه بتدبير يقع بالموت إن تأخر موته، وإذا كان كذلك لم يخل موتها من أن يختلف، أو يتفق. فإن اتفق موتها معاً في حالة واحدة عتق عليهما وفي حكم عتقه عليهما وجهان:

أحدهما: عتق عليهما تدبيراً، لاتصال عتقه بموته.

والوجه الثاني: عتق عليهما وصية لا تدبيراً، لأن التدبير ما تفرد عتقه بموته، ولم يقترن بغيره، وإن مات أحدهما قبل الآخر، تعين فيه عتق حصته بالوصية، ولم تعتق عليه بموته وكان عتقها موقوفاً على موت شريكه، وتعين العتق في الباقي منهما بالتدبير لوقوعه بموته، ومُنِعَ ورثة المتقدم بالموت من بيعه، وإن كان في الحكم باقياً

على رقه، وملكوا عليه أكساب حصتهم منه، فإذا مات الشريك الباقي عتق حيثئذ جميعه بوصية الأول، وتدبير الثاني.

ولو أراد الثاني بيع حصته قبل موته، جاز ولم يجز بيع ورثة الأول، ويكون عتق حصة الأول موقوفة على موت الباقي بعد بيعه، فيعتق بموت الثاني حصة الأول دون الثاني، ولو كان هذا القول من أحد الشريكين دون الآخر، فقال واحد منهما: إذا متنا فأنت حر لم تعتق حصته إلا بموتهما سواء تقدم موته أو تأخر، وكان عتق حصته مترددة بين أن يعتق عليه بالوصية إن تقدم موته، وبالتدبير إن تأخر موته، وحصة الشريك الآخر باقية على الرق في حياته، وبعد موته سواء تقدم موته، أو تأخر.

وفَرَغَ الشافعي على هذا في المسبوط من كتاب الأم إذا قال الشريكان في العبد: أنت حبيس على موت الآخر منا ثم تكون حراً، كان الجواب فيه على ما مضى من عتق حصة الأول بالوصية، وعتق حصة الثاني بالتدبير، ويختص هذا التفريع بحكم زائد، وهو أن يكون كسب العبد بعد موت الأول، وقبل موت الثاني ملكاً للثاني ولا يكون لورثة الأول لأنه لما جعله حبيساً على موت الثاني جعله كالعارية في ذمته مدة حياته، ولم يكن وقفاً، لأن الوقف ما كان مؤبداً ولم يتقدر بمدة، فإذا قدر بها خرج عن حكم الوقف إلى العواري، ولم يكن للورثة أن يرجعوا في حكم هذه العارية. وإن جاز الرجوع في العواري لأنها عن وصية ميتهم، فلزمت بموته كسائر الوصايا، وليس لهم أن يعتبروا كسب العبد في ثلث الميت، وإن كان موصى به لدخول كسبه في قيمة رقبته المعتبرة من ثلثه. فلو كانت المسألة بحالها فقتل العبد بعد موت الأول، وقبل موت الثاني مات بالقتل عبداً، لأن صفة عتقه لم تكمل، وكانت قيمته بين الثاني، وورثة الأول، وكان لهم أن يحتسبوا بما أخذه الثاني من كسب العبد في ثلث الأول، لأنه مأخوذ بوصيته، ولم يدخل في قيمة رقبته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ سَيِّدُ الْمُدَبَّرِ قَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِكَ أَوْ نَقَضْتُهُ أَوْ أَبْطَلْتُهُ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ نَقْضاً لِلتَّدْبِيرِ حَتَّى يُخْرِجَهُ مِنْ مِلْكِهِ وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِنْ قَالَ إِنْ أَذَى بَعْدَ مَوْتِي كَذَا فَهُوَ حُرٌّ أَوْ وَهَبَهُ هَبَةً بَتَاتٍ قَبْضٌ أَوْ لَمْ يَقْبِضْ وَرَجَعَ فَهَذَا رُجُوعٌ فِي التَّدْبِيرِ (قال المزني) هَذَا رُجُوعٌ فِي التَّدْبِيرِ بغير إخراج له من مِلْكِهِ وَذَلِكَ كُلُّهُ فِي الْكِتَابِ الْجَدِيدِ وَقَالَ فِي الْكِتَابِ الْقَدِيمِ لَوْ قَالَ قَدْ رَجَعْتُ فِي تَدْبِيرِكَ أَوْ فِي رُبْعِكَ أَوْ فِي نِصْفِكَ كَانَ مَا رَجَعَ عَنْهُ رُجُوعاً فِي التَّدْبِيرِ وَمَا لَمْ يَرَجِعْ عَنْهُ مُدَبَّرًا بِحَالِهِ (وقال المزني) وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ بِأَصْلِهِ وَأَصْحَحُ لِقَوْلِهِ إِذَا كَانَ الْمُدَبَّرُ وَصِيَّةً فَلَمْ لَا يَرَجِعْ فِي الْوَصِيَّةِ وَلَوْ جَارَ لَهُ أَنْ يَخَالَفَ بَيْنَ ذَلِكَ فَيَبْطُلُ الرُّجُوعُ فِي الْمُدَبَّرِ وَلَا

يُطَّلُهُ فِي الْوَصِيَّةِ لِمَعْنَى اخْتَلَفَا فِيهِ جَاَزَ بِذَلِكَ الْمَعْنَى أَنْ يُبْطَلَ بِنَعِّ الْمُدَبِّرِ وَلَا يُبْطَلُ فِي الْوَصِيَّةِ فَيَصِيرُ إِلَى قَوْلٍ مَنْ لَا يَبِيعُ الْمُدَبِّرَ وَلَوْ جَاَزَ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْمُدَبِّرِ وَالْأَيْمَانِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ جَاَزَ إِبْطَالُ عِنَقِ الْمُدَبِّرِ لِمَعْنَى الْحِنثِ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ لَا يَجِبُ الْحِنثُ بِهَا عَلَى مَيِّتٍ وَقَوْلُهُ فِي الْجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ بِالرُّجُوعِ فِيهِ كَالْوَصَايَا مُعْتَدِلٌ مُسْتَقِيمٌ لَا يَدْخُلُ عَلَيْهِ مِنْهُ كَبِيرٌ تَعْدِيلٌ».

قال الماوردي: وأصل هذا اختلاف قول الشافعي في التدبير هل يجري مجرى الوصايا، أو مجرى العتق بالصفات؟ فقال في القديم وأحد قوليه في الجديد: إنه يجري مجرى الوصايا وبه قال عطاء وطاوس، وهو اختيار المزني، والربيع، ليكون له الرجوع في تدبيره فعلاً بإخراجه عن ملكه، وقولاً مع بقائه على ملكه.

وقال في قوله الثاني في الجديد: أنه يجري مجرى الأيمان والعتق بالصفات، وهو اختيار أكثر المتأخرين من أصحاب الشافعي، ليكون له الرجوع في تدبيره فعلاً بإخراجه عن ملكه ولا يكون له الرجوع في تدبيره قولاً مع بقائه على ملكه. فإذا قيل إنه يجري مجرى الوصايا فوجهه شيان:

أحدهما: أنه من العطايا الناجزة بالموت، فأشبه الوصايا.

والثاني: أنه معتبر في الثلث كالوصايا.

وإذا قيل: إنه يجري مجرى الأيمان والعتق بالصفات، فوجهه شيان:

أحدهما: أنه عتق معلق بوجود صفة، فأشبه قوله إذا مات زيد فأنت حر.

والثاني: أن ما لم يجر عليه بعد الموت ملك، ولم يعتبر فيه قبول خرج عن الوصايا إلى العتق في المرض.

فأما المزني فإنه احتج لاختياره أنه كالوصايا بثلاث مسائل أبان بها مذهب الشافعي أن التدبير كالوصايا واشتدلاً لأن احتج بهما لنصرة اختياره.

فأما المسائل الثلاث:

فأحدها: ما حكاه عن الشافعي أنه لو قال لمدبره: إذا أدت كذا بعد موتي، فأنت حر، عتق بالأداء بعد الموت، ولم يعتق بالموت، قال: وهذا رجوع في التدبير مع بقائه على الملك. فيقال للمزني هذا: إنما فرغ الشافعي على قوله في التدبير أنه كالوصايا، فيبطل به التدبير ويثبت به العتق بالأداء بعد الموت.

وأما على قوله: إن التدبير كالأيمان، والعتق بالصفات فيعتق بالموت ويسقط

حكم الأداء بعد الموت، لأنه قد علق عتقه بصفة متقدمة، ثم علقه بصفة متأخرة، فعتق بأسبقهما والموت أسبق، كما لو قال لعبده: إن قدم زيد فأنت حر وإن قدم عمرو فأنت حر. عتق بأسبقهما قدوماً.

والمسألة الثانية: ما حكاه عن الشافعي أنه قال: لو وهب المدبر هبة بتات قبض أو لم يقبض، كان رجوعاً.

والجواب في حكم الهبة أنه إن أقبضها صح رجوعه على القولين معاً لخروجه عن ملكه كالبيع، وإن لم يقبضها كان رجوعاً في التدبير إن أجري مجرى الوصايا، وفي صحة رجوعه إن أجري مجرى العتق بالصفات وجهان: أحدهما: لا يكون رجوعاً لبقائه على ملكه.

والوجه الثاني: يكون رجوعاً لشروعه في إخراجه عن ملكه.

والمسألة الثالثة: ما حكاه عن الشافعي من رجوعه في تدبير ربه أو نصفه، والحكم فيه كالحكم في رجوعه في تدبير جميعه إن قيل بأنه كالوصايا جاز، وإن قيل بأنه كالعتق بالصفات لم يجز، لأنه يجوز أن يدبر بعض عبده، كما يجوز أن يدبر جميعه. وإنما اختلف أصحابنا في تدبير بعضه هل يعتق به جميعه إذا مات أم لا؟ على وجهين بناءً على ما قدمناه من الوجهين في حكم السراية.

واختلف أصحابنا إذا قال: قد رجعت في تدبير رأسك على وجهين:

أحدهما: أنه يكون كالتصريح بالرجوع في جميعه، لأنه قد يعبر عنه بالرأس فيقال: هذا رأس من الرقيق، فيكون على القولين.

والوجه الثاني: لا يكون رجوعاً في شيء منه على القولين، لأن التدبير صريح في جميعه، والرجوع كناية محتملة في بعضه فلم يبطل حكم الصريح بالاحتمال، ويخالف حكم رجوعه في ربه أو نصفه، لأنه صريح في مقدر قَابَلٍ صريحاً عاماً. فلم يكن في هذه المسائل الثلاثة دليل على اختياره، وإنما هي تفريع عليه.

وأما استدلالاً على نصرته اختياره في جواز رجوعه:

فأحدهما: إن قال منعه من الرجوع في تدبيره مفضٍ إلى المنع من بيعه، ولم يختلف مذهبه في جواز بيعه، فلزم أن لا يختلف قوله في جواز رجوعه وهذا منقوض بالعتق بالصفة يجوز بيعه ولا يجوز الرجوع في تعليق عتقه بالصفة، فلم يلزم الجمع بين جواز البيع وجواز الرجوع.

والاستدلال الثاني: إن قال الأيمان والعتق بالصفات يبطل بالموت، وعتق المدبر

يقع بالموت، فصار التدبير مضاداً للأيمان، والعتق بالصفات فلم يجوز أن يجري على حكمهما.

والجواب عنه: أن الأيمان والعتق بالصفات لما لم يتعلق حكمهما بالموت جاز أن يبطل حكمهما بالموت، والتدبير حكمه يتعلق بالموت، فلم يبطل بالموت.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين، فإذا قيل: إنه يجري مجرى الوصايا صح رجوعه في التدبير مع بقاءه على ملكه، كما يصح الرجوع فيه بإخراجه لكل قول صريح في الرجوع مثل قوله: قد رجعت في تدبيرك، أو نقضته، أو أبطلته، أو رفعته، أو فسخته، أو أزلته، فإن لم يصرح به وأشار إليه، فالإشارة كناية لا تقوم مقام الصريح في الرجوع، ولو عرض للبيع فهل يكون كالصريح في الرجوع على وجهين:

أحدهما: يكون رجوعاً صريحاً في تدبيره، لأنه شروع في إخراجه من ملكه، فكان أقوى من التصريح ببقائه على ملكه.

والوجه الثاني: لا يكون رجوعاً صريحاً وتدبيره بعد الغرض باق ما لم يبيعه، لأن عقده يحتمل أن يريد به معرفة قيمته فلم يصر بهذا الاحتمال رجوعاً صريحاً في تدبيره. وإذا قيل إن التدبير يجري مجرى العتق بالصفات، صح الرجوع فيه بإخراجه عن ملكه.

فأما رجوعه فيه بالقول فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون القول غير مقتض لإخراجه عن ملكه. كالألفاظ المقدمة من صريح، أو كناية، فلا يصح به الرجوع في تدبيره.

والضرب الثاني: أن يكون القول غير مخرج له عن ملكه في الحال ويفضي إلى إخراجه عن ملكه في ثاني حال، وهو أن يجعله عوضاً في جعالة، أو يتلفظ بهبته من غير قبض ففي كونه رجوعاً في تدبيره وجهان مضمياً.

ولو وقفه بعد التدبير، كان رجوعاً في تدبيره، لأنه قد أخرجه بالوقف عن ملكه، ولو رهنه بعد تدبيره كان في صحة رهنه ثلاثة أقاويل:

أحدها: رهنه باطل على القولين معاً.

والثاني: جائز على القولين معاً.

والثالث: جائز إن قيل إنه يجري مجرى الوصايا، وباطل إن قيل إنه يجري مجرى العتق بالصفات فإن قيل: يجوز رهنه بطل تدبيره إن أجرى مجرى الوصايا، وفي بطلانه إن أجرى مجرى العتق بالصفات وجهان، لأن الرهن مفضٍ إلى بيعه، وإن قيل

بفساد رهنه، لم يبطل تدبيره إن أجرى مجرى العتق بالصفات. وفي بطلانه إن أجرى مجرى الوصايا وجهان، لأنه تعريض لبيعه، ويجوز إذا دبر جميع عبده أن يرجع في تدبير بعضه، فيكون ما رجع منه مرقوقاً، وما لم يرجع فيه مدبراً. وقيل: لا يجوز الرجوع في تدبير بعضه، إذا قيل إن تدبير بعضه يكون سارياً إلى جميعه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَجِنَايَةُ الْمُدَبِّرِ كَجِنَايَةِ الْعَبْدِ يُبَاعُ مِنْهُ بِقَدْرِ جِنَايَتِهِ وَالْبَائِي مُدَبِّرٌ بِحَالِهِ».

قال الماوردي: جناية المدبر ضربان: عمد، وخطأ.

فإن كانت عمداً، وجب عليه القصاص فإن كان اقتص من نفسه مات بالقصاص عبداً، وإن كان في طرفه، كان بعد القصاص مدبراً، وإن كانت جنایته خطأ، أو عمداً، عفي فيها عن القصاص تعلقت برقبته، كالعبد القين، وكان السيد فيه بالخيار بين: فدائه، أو بيعه.

وقال أبو حنيفة: لا تتعلق جنایته برقبته، ويؤخذ السيد بفدائه كام الولد، وبنائه على أصله في أن بيع المدبر لا يجوز فصار في وجوب فدائه كام الولد.

والشافعي بنائه على أصله في جواز بيعه، وأسقط به وجوب فدائه، ويكون السيد فيه بالخيار بين البيع، أو الفداء. فإن اختار فدائه نظر أرش جنایته، فإن كان بقدر قيمته فما دون، فداه بقدر أرشها، وإن كان أكثر من قيمته. ففيما يفديه به قولان:

أحدهما: يفديه بقدر القيمة، لأنه لو بيع لم يستحق فيها غير الثمن.

والقول الثاني: يفديه بجميع جنایته، وإلا مكن من بيعه لأنه قد يقطع بالفداء رغبة من يجوز أن يشتره بأكثر من قيمته، فممنوع من قطع هذه الزيادة المظنونة وأخذ بجميع الأرش ما أقام على المنع من بيعه، ثم يكون المدبر بعد الفداء باقياً على تدبيره، وإن لم يفده وأراد بيعه في جنایته، لم يكن لمستحق الجنایة أن ينفرد ببيعه، لأنه ملك بالجنایة أرشها دون الرقبة، ولم يجز أن يكون وكيلاً في بيعه، لأنه يبيعه في حق نفسه كالمترهن، وكان السيد أحق ببيعه لبقائه على ملكه فإن باعه عن إذن مستحق الجنایة، أو عن إذن الحاكم صح بيعه، ومنع مشتره من دفع ثمنه إلى السيد البائع، حتى يجتمع مع مستحق الجنایة على قبضه، لأنه مبيع في حقهما، وإن تفرد السيد ببيعه من غير إذن، كان باطلاً لأنه كالمرهون بجنایته.

ولو كان أرش الجنایة أقل من قيمته، كان السيد في بيعه بالخيار بين أن يبيع منه بقدر الجنایة، ويكون باقيه مدبراً أو يبيع جميعه، فيبطل التدبير في جميعه، لأنه لما أجز له بيعه من غير جنایة، كان في الجنایة أجوز فإن ملكه السيد بعد بيعه بابتياح أو

هبة، أو ميراث فإن أجرى التدبير مجرى الوصايا لم يعد تدبيره بعوده إلى ملكه، إلا أن يستأنف تدبيره كالوصايا، وإن أجرى مجرى العتق بالصفات ففي عوده إلى التدبير إذا عاد إلى ملكه قولان من اختلاف قوليه في المطلقة بصفة توجد في نكاح ثان هل تطلق بها؟ على قولين. كذلك عود العتق بصفة توجد في ملك ثان على قولين. ولو مات سيد المدبر قبل فكاكه من جنائته ففي عتقه بموته قولان كعتق المرهون:

أحدهما: يعتق، ويؤخذ من تركة السيد أقلّ الأمرين من قيمته أو أرش جنائته قولاً واحداً، لأن نفعه قد فات بعته.

والقول الثاني: لا يعتق قبل فدائه، ويقوم ورثة السيد مقامه بين بيعه، وبين فدائه، فإن بيع، بطل تدبيره، ولا يعود إن عاد إلى ملك الورثة قولاً واحداً، وإن فدوه كان في قدر فدائه كالسيد قولان:

أحدهما: بأقلّ الأمرين من قيمته أو أرش جنائته.

والقول الثاني: بأرش جنائته، وإن زادت على قيمته، ويجري عتقه بعد فدائه بموت سيده.

فصل: وإذا دبر أمة حاملاً، فجننت تعلق أرش جنائتها برقبته دون حملها. فإن فداها السيد كان باقياً فيها وفي حملها، وإن لم يفدها وأراد بيعها في أرش الجنائية، فإن كان بعد ولادتها كان الولد خارجاً من بيعه في الأرش. ولم يجز أن يفرق بينهما في الملك، فتباع مع ولدها لثلاث ثوّلته والدة على ولدها، ويكون ثمن الأم مستحقاً في الأرش، وثمن الولد خالصاً للسيد، وإن كانت وقت البيع على حملها لم يلزم مستحق الأرش أن يؤخر بيعها إلى وقت الولادة، لأن حقه معجل، ولم يجز استثناء حملها في البيع، لأن بيع الحامل دون حملها باطل، وبيعت حاملاً، وكان جميع ثمنها مستحقاً في الأرش إن جعل الحمل في بيع تبعاً.

فأما إن جعل له من الثمن قسطاً ففيه وجهان:

أحدهما: يدفع منه إلى مستحق الأرش ما قابل ثمن الأم، ويدفع منه إلى السيد ما قابل ثمن الحمل لتعلق الجنائية برقبة الأم دون الحمل.

والوجه الثاني: وهو أظهر أنه يدفع جميع الثمن إلى مستحق الأرش؛ لأنه لما لم يجز أن يتميزا في البيع، لم يجز أن يتميزا في الثمن وصار الحمل في حق السيد كالمستهلك، ولكن لو ضرب بطنها قبل البيع فألقت جنيناً ميتاً، كانت ديته للسيد دون مستحق الأرش، ويجوز للسيد تدبير الحمل دون أمه، كما يجوز له عتقه دون أمه.

فصل: فأما إذا كانت الجناية على المدبر، فأرشها لسيده دونه. فإن كانت الجناية على طرفه، كان بعد الجناية على تدبيره، ولا يكون أخذ أرشها مؤثراً في فسخ تدبيره، سواء أجري مجرى الوصايا، أو مجرى العتق بالصفات، وإن كانت الجناية على نفسه مات بالجناية عبداً وملك السيد قيمته، ولم يلزمه أن يصرفها في تدبير مثله، ولا أن يعجل قيمته في التدبير بمثابته.

فإن قيل: فهلا كان قتله في التدبير كقتله في الرهن يجعل قيمته في التدبير مدبرة كما جعلت قيمته في الرهن مرهونة.

قيل: لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المقصود في التدبير عينه، وفي الرهن قيمته.

والثاني: أن القيمة تجوز أن ترهن في الابتداء، ولا يجوز أن تدبر في الابتداء، فكذلك في الانتهاء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ ارْتَدَّ الْمُدَبِّرُ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ثُمَّ أَوْجَفَ الْمُسْلِمُونَ عَلَيْهِ فَأَخَذَهُ سَيِّدُهُ فَهُوَ عَلَى تَدْبِيرِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح: إذا ارتد المدبر، لم يزل ملك سيده عنه لبقائه على رقه بعد الردة، وكان على تدبيره بعدها يعتق بموت سيده كما يعتق بموته في إسلامه، فإن لحق بدار الحرب، أو سباه أهل الحرب لم يملكوه بالسبي، ووافقنا أبو حنيفة على أنهم لا يملكون المدبر ولا أم الولد، وإن جعلهم مالكين لغيرهما من أموال المسلمين، وعند الشافعي لا يملكون شيئاً غنموه من أموال المسلمين بحال. فإن أوجف المسلمون على دار الحرب، وسبوا هذا المدبر منها وهو على رده، لم يملكوه بالسبي، ولم يجز أن يقسم في المغنم لبقائه على ملك مسلم ولسيده أخذه قبل القسمة، وبعدها فإن قسم بين الغانمين قبل أخذه، عوض عنه من حصل في سهمه بقيمته من بيت المال لا من مال سيده، فإن تعذر أخذ قيمته من بيت المال نقضت القسمة واخرج منها واستؤنف قسم ما سواه بينهم لخروجه من الغنيمة، وكان على تدبيره يعتق متى مات سيده ولو كان سيده قد مات، وهو في دار الحرب قبل سبيه عتق، ولم يملكه الغانمون إذا سبوه وإن كان حراً لأن عليه ولاء لمسلم فلم يجز أن يبطل ولاؤه بالاسترقاق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ أَنَّ سَيِّدَهُ ارْتَدَّ فَمَاتَ كَانَ مَالُهُ فَيْئاً

وَالْمُدَبِّرُ حُرّاً».

قال الماوردي: ولهذه المسألة أصل، وهو أن الردة هل يزول بها ملك المرتد أم لا؟ على ثلاثة أقاويل:

أحدها: إن ملكه لا يزول برده ما بقي حياً حتى يموت، أو يقتل فيصير فيثاً.
والقول الثاني: إن ملكه قد زال بالردة فإن عاد إلى الإسلام ملكه ملكاً مستجداً.
والقول الثالث: إن ملكه موقوف مراعى فإن عاد إلى الإسلام علم بقاؤه على ملكه، وإن مات أو قتل على الردة، علم زواله عن ملكه بالردة، فإذا تقررت هذه الأقاويل، ودبر المسلم عبداً، ثم ارتد فإن قيل إن ملكه لم يزل بالردة، كان تدييره باقياً بعد الردة. فإن مات، أو قتل مرتداً، عتق بموته فصار باقي ماله في بيت المال فيثاً، وكان ولاء مدبره لكافة المسلمين.

وإن قيل: إن ملكه قد زال عنه بالردة ففي إبطال تدييره وجهان:

أحدهما: قد بطل، لأنه لا يبقى بعد زوال الملك تديير، فإن قيل بالردة لم يعتق المدبر، وكان على رقه لكافة المسلمين، وإن عاد للإسلام عاد المدبر إلى ملكه، وفي عوده إلى التديير ما ذكرناه إن أجري مجرى الوصية لم يعد إلى التديير، وإن أجري مجرى العتق بالصفة، كان في عوده إلى التديير قولان.

والوجه الثاني: أن تدييره لا يبطل وإن زال ملكه بالردة، لأمرين:

أحدهما: إن عقد تدييره في ملك يجوز فيه تصرفه، فثبت حكمه كسائر عقود المتقدمة على رده.

والثاني: أنه قد صار فيه للعبد حق يعتق به، فلم يبطل عليه برده غيره. وإن مات السيد على رده، أو قتل بها، عتق مدبره إن خرج من ثلثه وإن عجز عنه الثلث، ولم يملك سواه ففي عتقه وجهان:

أحدهما: - وهو قول البصريين - يعتق ثلثه، ويرق ثلثاه لكافة المسلمين لأنهم يقومون في ماله مقام ورثته، فلم يعتق في حقهم إلا أن يصل إليهم مثله.

والوجه الثاني: وهو قول البغداديين، والأظهر عندي أنه يعتق جميعه، وإن لم يصل إلى المسلمين مثله، لأن مال المرتد ينتقل إليهم فيثاً لا إرثاً، والثلث معتبر في الميراث دون الفيء.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ دَبَّرَهُ مُرْتَدًّا فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَقَاوِيلَ أَحَدُهَا أَنَّهُ يُوقَفُ فَإِنْ رَجَعَ فَهُوَ عَلَى تَدْبِيرِهِ وَإِنْ قُتِلَ فَالتَّدْبِيرُ بَاطِلٌ وَمَالُهُ فِيَّ لِأَنَّا عَلِمْنَا أَنَّ رِدَّتَهُ صَيَّرَتْ مَالَهُ فِيثًا. وَالثَّانِي أَنَّ التَّدْبِيرَ بَاطِلٌ لِأَنَّ مَالَهُ خَارِجٌ مِنْهُ إِلَّا بِأَنْ يَرْجِعَ وَهَذَا أَشْبَهُهُ

الْأَقَاوِيلِ بِأَنْ يَكُونَ صَحِيحًا فِيهِ أَقُولُ. وَالثَّالِثُ أَنَّ التَّدْبِيرَ مَاضٍ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ عَلَيْهِ مَالَهُ إِلَّا بِمَوْتِهِ وَقَالَ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ إِنَّهُ مَوْقُوفٌ فَإِنْ رَجَعَ وَجَبَتِ الزَّكَاةُ وَإِنْ لَمْ يَزَجِعْ وَقُتِلَ فَلَا زَكَاةَ وَقَالَ فِي كِتَابِ الْمُكَاتِبِ إِنَّهُ إِنْ كَاتَبَ الْمَرْتَدُّ عَبْدَهُ قَبْلَ أَنْ يُوقِفَ مَالَهُ فَالْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ (قال المزني) أَصْحَهَا عِنْدِي وَأَوْلَاهَا بِهِ أَنَّهُ مَالِكٌ لِمَالِهِ لَا يَمْلِكُ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَوْتِهِ لِأَنَّهُ أَجَازَ كِتَابَةَ عَبْدِهِ وَأَجَازَ أَنْ يُنْفِقَ مِنْ مَالِهِ عَلَى مَنْ يَلْزِمُ الْمُسْلِمَ نَفَقَتَهُ فَلَوْ كَانَ مَالُهُ خَارِجًا مِنْهُ لَخَرَجَ الْمُدْبِرُ مَعَ سَائِرِ مَالِهِ وَلَمَّا كَانَ لَوْلَدِهِ وَلَمَنْ يَلْزِمُهُ نَفَقَتُهُ حَقٌّ فِي مَالٍ غَيْرِهِ مَعَ أَنَّ مَلِكُهُ لَهُ بِإِجْمَاعٍ قَبْلَ الرَّدَّةِ فَلَا يَزُولُ مَلِكُهُ إِلَّا بِإِجْمَاعٍ وَهُوَ أَنْ يَمُوتَ».

قال الماوردي: وجملة ذلك أن المرتد، إذا دبر عبده في حال رده، كان تدبيره معتبراً بما توجه الرد في ماله، وتصرفه، فأما ماله في بقاءه على ملكه، أو زواله عنه، فقد حكى المزني عن الشافعي هاهنا ثلاثة أقاويل:

أحدها: أن ملكه بعد الردة موقوف مراعى لا يقطع بزواله عنه في المال، ولا ببقائه عليه في الحال، ويكون معتبراً بأخر أمره. فإن عاد إلى الإسلام علم أن ملكه لم يزل بالردة، وكان باقياً على ما كان قبله في حال إسلامه، وإن قتل بالردة، أو مات عليها علم أن ملكه زال عنه بالردة، وهو الذي اختاره الشافعي واعتمد عليه.

ودليلنا معنيان:

أحدهما: أن ماله معتبر بدمه، لأن استباحة دمه الموجبة لملك ماله، فلما كان دمه موقوفاً على توبته وجب أن يكون ماله موقوفاً على توبته.

والمعنى الثاني: أنه لما كان ماله بعد الردة متردداً بين أن يسلم فيبقى عليه، وبين أن يموت على الردة، فيزول عنه، شابه المريض في تصرفه في جميع ماله لما تردت حاله بين الصحة فتمضي عطاياه وبين موته فترد إلى الثلث، وصارت بذلك موقوفة، وجب أن يكون المرتد بمثابة في الوقف.

والقول الثاني: أن ملكه باقٍ عليه ما بقي حياً، فإن مات مرتدداً انتقل بموته إلى بيت المال فيثأ، وإن مات بعد إسلامه انتقل إلى ورثته ميراثاً، وهو اختيار المزني، وبه قال أبو يوسف ومحمد ودليله معنيان:

أحدهما: أن الردة موجبة لاستباحة الدم، والاستباحة لا توجب زوال الملك مع بقاء الحياة، كالقاتل والزاني.

والمعنى الثاني: أنه لو زال ملكه عنه بالردة، كما يزول ملك الحربي بالغنيمة، لما عاد ملكه إليه إذا أسلم كما لا يعود ملك الحربي إليه إذا أسلم وفي بقاءه على

المرتد بعد إسلامه دليل على أنه لم يزل عنه قبل إسلامه . واستدل له المزني بمعنيين :
أحدهما : أنه لما لزمه في الردة نفقة أولاده، وأروش جنائياته، وهي لا تجب على
من لا يملك دل على أنه مالك .

والجواب عنه أنها تجب عليه إن قيل : إنه مالك . واختلف أصحاب الشافعي في
وجوبها عليه إذا قيل : إنه ليس بمالك فذهب أبو سعيد الإصطخري وطائفة إلى أنها لا
تجب عليه، فبطل الاستدلال به . وذهب جمهورهم إلى وجوبها، وإن قيل : ليس
بمالك، لأنه زال عنه فيما لم يجب عليه، ولم يزل فيما وجب عليه، كالميت إذا تعدى
بحفر بئر فمات فيها حيوان، وجبت قيمته في تركته وإن زال ملكه بموته .

والمعنى الثاني : أن قال : ملكه له بإجماع قبل الردة، فلا يزول ملكه إلا
بالإجماع، وهو أن يموت، وهذا استصحاب حال مع تنقل الأحوال، وانتقال الأحوال
مفض إلى انتقال الأحكام فلم يجز أن يجعل دليلاً على بقائها .

والقول الثالث : أن ملكه بالردة خارج منه، كما نقله المزني في هذا الموضع
فاختلف أصحابنا في مراد الشافعي بخروجه منه فقال بعضهم : أراد خروجه عن تصرفه،
ولم يرد به خروجه عن ملكه، فلم يخرجوا في ملكه إلا قولين :

أحدهما : موقوف .

والثاني : ثابت .

وقال آخرون : أراد به خروجه عن ملكه، وجعلوه في الملك قولاً ثالثاً . إن ملكه
قد زال عنه بالردة، وإن عاد إليه بالإسلام، وبه قال أبو حنيفة، ودليله معنيان :

أحدهما : أنه لما ملك المسلمون دمه بالردة، كان أولى أن يملكوا بها ماله، لأن
حكم المال أخف من حكم الدم .

والثاني : أنه لما أثرت الردة في زوال مناعه اجتهاداً وجب تأثيرها في زوال
ملكه حجاجاً .

فصل : وأما تصرفه في ماله بعد الردة، فالردة موجبة للحجز عليه في ماله

لمعنيين :

أحدهما : أن تظاهرة بالردة مع إفضائها إلى تلفه دليل على شفهه، وضعف عقله،
ويكون الحجر عليه جارياً مجرى حجر السفه .

والمعنى الثاني : أن ماله يوجب الحجر مفض إلى انتقاله إلى المسلمين كإفضاء
مال المريض إلى ورثته، فاقضى أن يوجب الحجر عليه جارياً مجرى حجر المريض

فإذا صح بهذين المعنيين وجوب الحجر عليه، فقد اختلف أصحابنا فيما يثبت به الحجر عليه على وجهين:

أحدهما: أن الحجر قد ثبت عليه بنفس الردة، ولا يعتبر بحكم الحاكم وهذا مذهب من تأول قول الشافعي أن ملكه خارج عنه، أي عن تصرفه، فأوقع بالردة عليه حجراً تعليلاً بحجر المرض.

والوجه الثاني: وهو قول جمهورهم، أن الحجر لا يقع عليه إلا بحكم الحاكم تعليلاً بحجر السفه.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من أحكام ملكه، وأحكام تصرفه كان حكم تدبيره وعقوده محمولة عليها فإن فعلها بعد ثبوت الحجر عليه كانت باطلة مردودة، فلا يصح منه عتق، ولا تدبير ولا كتابة، ولا هبة، ولا بيع، لأن تصرف المحجور عليه مردود وإن فعلها قبل ثبوت الحجر عليه كان تصرفه محمولاً على الأقاليل الثلاثة. فإن قيل ببقاء ملكه عليه بعد تصرفه، وصح عتقه، وتدبيره وكتابته، وهبته، وبيعه، وكان في جميعها كحاله قبل رده ويعتق المدبر بقتله على الردة، كما يعتق بموته على الإسلام، وإن قيل بزوال ملكه عنه رد جميع تصرفه، وأبطل جميعه فيما التزمه باختياره من عتق، وتدبير، وكتابة، وهبة، وبيع، وفي إبطال ما لزمه بغير اختياره من نفقة أولاده وأروش جنائياته وجهان مضيا.

فإن قيل بأن ملكه موقوف مراعى كان تدبيره وعتقه موقوفاً.

فإن قتل بالردة، بطل وإن عاد إلى الإسلام صح فأما بيعه، وكتابته فقد اختلف أصحابنا في وقفها على وجهين:

أحدهما: باطلة، لأنها عقود معاوضات لا يصح عقدها على الوقف.

والوجه الثاني: صحيحة، لأنها موقوفة على الفسخ دون الإمضاء كوقفها في مدة الخيار.

وأما نفقة الأولاد وأروش الجنائيات فتنص على هذا القول، ولا توقف وجهاً واحداً في النفقة، وعلى احتمال في أرش الجناية لوجود الأرش بفعله، ووجوب النفقة بغير فعله.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ مَتَى قَدِمَ فَلَانَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَقَدِمَ وَالسَّيِّدُ صَحِيحٌ أَوْ مَرِيضٌ عَتَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح - إذا قال السيد لعبده أو مُدَبَّرِهِ إذا قدم زيد فأنت

حر أو إن دخلت الدار كل ذلك عتق بصفة، فيستوي فيه المدبر والعبد القن.

ولا يخلو السيد في عقد العتق بهذه الصفة من حالتين:

إحدهما: أن يعقدها في مرض موته، فإذا قدم زيد، أو دخل الدار في حياة السيد عتق العبد من الثلث، لأنه لو عجل عتقه وقت عقده، كان من الثلث فكان تعليقه بالصفة أولى أن يكون من الثلث، وإن قدم زيد أو دخل العبد الدار بعد موته لم يعتق العبد بالصفة، لأنها معقودة على حياة السيد فلم يعتق بعد موته كما لو قال لزوجته: إن قدم فلان فأنت طالق ثلاثاً، فقدم بعد موته، لم تطلق فإن كان العبد مدبراً عتق بموت السيد عن تدبيره وإن كان قناً رق لورثته.

والحالة الثانية: أن يعقد العتق بهذه الصفة في حال صحته فمتى قدم زيد في حياة السيد عتق من صلب ماله لا من ثلثه، لأمرين:

أحدهما: أنه لو عجل عتقه في حال عتقه، كان من صلب ماله فكذلك تعليقه بالصفة.

والثاني: أن حكم العتق بالعقد معتبر بحال العقد، ولا يعتبر بحال الصفة ألا تراه لو قال لعبد في صحة عقله إذا قدم زيد فأنت حر فقدم زيد وقد جُنَّ السيد عتق، ولو قاله في حال جنونه ثم قدم زيد بعد إفاقته، لم يعتق ومثله في عقد الطلاق بالصفة.

فإن قيل: أفليس لو وهب في صحته وأقبض في مرضه، أو حابى في صحته في عقد بيع بشرط خيار مات في تضاعيفه كانت الهبة والمحاباة معتبرتين من ثلثه وإن كان العقد في الصحة لوجود الالتزام في المرض فهلا كان كذلك في عتقه بالصفة؟

قيل: يفترقان ولا تلزم التسوية بينهما، لأن عقد الهبة وبيع المحاباة قد كان فيهما قادراً على إبطالهما في مرضه، فأجرى عليهما حكم المرض حين التزمهما فيه، فاعتبرا من ثلثه، وعقد العتق بالصفة لازم في الصحة لا يقدر على فسخه في حال المرض فأجرى عليه حكم الصفة في اعتباره من صلب ماله، ولو علقه في الصحة بما يقدر على إبطال حكمه في المرض، كقوله في صحته لعبد: إن دخلت أنا الدار فأنت حرٌّ فدخلها في مرضه عتق من ثلثه، لأنه قد كان قادراً على الامتناع من دخولها في مرضه، فصار بدخولها متهماً في حقوق ورثته، فصار العتق من ثلثه. وهكذا لو قال في صحته إن قدم زيد في مرضي، فعبدني حر، فإذا قدم في مرضه عتق من ثلثه، لأنه قد عقده بما صار به متهماً في حقوق الورثة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَجِنَايَةُ الْمُدَبِّرِ جِنَايَةُ عَبْدٍ».

قال الماوردي: وهذا قد مضى، وذكرنا أنها في رقبتة، وأن السيد غير مأخوذ بفدائه منهما بخلاف أم الولد.

وخالف أبو حنيفة فيه، وأخذ السيد بفدائه منها، كأمر الولد والخلاف فيه فرع على جواز بيعه، وقد تقدم الكلام فيه. وسواء كانت الجناية على نفس أو طرف أو مال فإن جمع السيد في عبد بين التدبير والكتابة فعلى ضربين:

أحدهما: أن يدبر مكاتبه.

والثاني: أن يكاتب مدبره.

فأما الضرب الأول: وهو أن يدبر مكاتبه، فالتدبير بعد الكتابة جائز، وحكمها فيه ثابت، فيستفيد بهما تعجيل عتقه بأسبقهما وإن كان المكاتب كالخارج عن ملكه في بعض الأحكام، فليس بخارج عن ملكه في جميعها، ولا تمنع الكتابة من عتقه بالمباشرة، فلم تمنع من تدبيره ومن تعليق عتقه بصفة، وتكون جنايته جنابة المكاتب دون المدبر، لأنها أغلظ حاليه. فإن تعجل أداءه في الكتابة، عتق بها وبطل حكم التدبير، وإن تعجل موت السيد عتق بالتدبير، وبطل حكم الكتابة، فإن لم يخرج المدبر من ثلثه، عتق منه بالتدبير قدر ما احتمله الثلث، وبريء من مال الكتابة بقدر ما عتق منه، وكان باقيه على الكتابة، إذا أداه إلى الورثة، عتق به وكمل عتقه بالتدبير والكتابة.

وأما الضرب الثاني: وهو أن يكاتب مدبره، فيقدم تدبيره ثم يكاتبه فالتدبير لا يمنع من الكتابة كما لا تمنع الكتابة من التدبير لما في اجتماعها من تعجيل العتق بأسبقهما، فكان أحظى للعبد من انفراد أحدهما.

وإذا أصح بهذا التعليل كتابة المدبر، فإن جعل التدبير في حكم العتق بالصفة لم يبطل بالكتابة، وثبت حكمهما فيه. فإن أدى مال الكتابة قبل موت سيده، عتق بالكتابة وبطل التدبير، وإن مات السيد قبل أداء مال الكتابة، عتق بالتدبير، وبريء من مال الكتابة وإن جعل التدبير في حكم الوصايا.

قال أبو حامد الإسفراييني: يبطل التدبير بالكتابة، ويصير مكاتباً غير مدبر، وهذا ليس عندي بصحيح، بل يكون تدبيره بعد الكتابة باقياً، وإن أجري مجرى الوصايا، ولا تكون الكتابة رجوعاً فيه، لأن الرجوع لإبطال للعتق والكتابة مفضية إلى العتق، فناسب التدبير، ولم تضاده. وتكون جنايته بعد الكتابة جنابة مكاتب.

مسألة: **قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَا يَجُوزُ عَلَى التَّدْبِيرِ إِذَا جَمَعَ السَّيِّدُ إِلَّا**

عَدْلَانِ».

قال الماوردي: وهو كما قال، وليس يخلو جحود التدبير، إذا ادعاه العبد أن يكون مع السيد أو مع وارثه.

فإن كان الجاحد للتدبير هو السيد، فالمجحد مختص بعقد التدبير مع اتفاقهما على بقاء الوقت، فإن أراد السيد بجحوده تعجيل بيعه، لم يكن لجحوده تأثير تسمع به بينته، أو يؤخذ فيه يمين لأن له إبطال تدبيره ببيعته، وإن اعترف به فلم يستفد العبد بدعوى التدبير ما يمنع من البيع، وإبطال التدبير به وإن أراد أن يستبقه على ملك، سمعت دعواه على السيد بتدبيره لما يستفيده من العتق بموته، فإذا جحد السيد تدبيره كان قوله في الجحود مقبولاً، لأنه منكر لعقد مدعى فإن جعل التدبير جارياً مجرى العتق بالصفة، لم يكن جحود السيد رجوعاً فيه، لأنه لا يصح الرجوع فيه بالقول، فلم يصح الرجوع فيه بالجحود وكلف العبد البينة. وبينته شاهدان عدلان، ولا يسمع منه شاهد وامرأتان وإن سمعه أبو حنيفة، ولا شاهد ويمين، وإن سمعه مالك، لأنها بينة على عقد تفضي إلى العتق ومذهب الشافعي أن العتق وما أفضى إليه لا يسمع فيه إلا عدلان.

فإذا أقام البينة، حكم له بالتدبير، وإن عدم البينة كان له إحلاف سيده بالله ما دبره، وسقط حكم التدبير بيمينه، وإن نكل عن اليمين ردت على العبد. فإن حلف ثبت تدبيره، وإن نكل بطل. وإن جعل التدبير جارياً مجرى الوصايا في جواز الرجوع فيه بالقول فقد اختلف أصحابنا هل يكون جحوده رجوعاً فيه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون رجوعاً فيه لاشتراكهما في المقصود، فعلى هذا لا تسمع للعبد بينة ولا تجب على السيد يمين.

والوجه الثاني: وهو منصوص الشافعي لا يكون الجحود رجوعاً، والبينة عليه مسموعة، واليمين عليه واجبة.

قال الشافعي: ارجع في تدبيره، وقد سقط عنك اليمين. فصرح بأن الجحود ليس برجوع، لأن جحود الشيء لا يكون رجوعاً عنه، ألا ترى أن جحود الردة لا يكون رجوعاً إلى الإسلام، وجحود النكاح لا يكون إيقاعاً للطلاق.

فصل: وإن كان الجاحد للتدبير ورثة السيد فهذا اختلاف في حرته ورقه، فتسمع دعواه على الأحوال كلها سواء جعل الجحود رجوعاً في حق السيد، أو لم يجعل، لأن الرجوع في التدبير بعد الموت باطل. فإن كان للعبد بينة سمعت على التدبير لا على العتق، لأن عتق التدبير حكم والبينة تسمع على ما أوجب الحكم لا على الحكم، وإن عدم العبد البينة أحلف الورثة، وكان واجباً عليه أن يحلفهم، لثلا يسترق بعد عتق فإن حلف الورثة كانت يمينهم على العلم دون البت لأنها يمين نفى لفعل غيرهم، وكانوا

في أيما نهم مخيرين بين أن يحلفوا على نفي التدبير، وبين أن يحلفوا على نفي العتق بخلاف البينة التي لا تسمع إلا على التدبير دون العتق، لأن البينة تؤدي ما تضمنت، وهو العقد، واليمين فيما تضمنته الدعوى، وهو كل واحد من العقد والعتق، فصار جحود العتق جحوداً للعقد، وجحود العقد جحوداً للعتق، فلذلك كان الورثة في اليمين مخيرين في نفي أحدهما أيهما أرادوا، فإن حلفوا على نفي التدبير حلفوا والله لا نعلم أنه دَبَّرَكَ، ولا يلزم أن يقولوا في اليمين، وإنك لباقي على الرق، لأن نفي التدبير يوجب بقاءه على الرق بأصل الملك.

وإن حلفوا على نفي العتق حلفوا: «والله لا نعلم أنك عتقت» وهل يلزمهم أن يقولوا في هذه اليمين، وإنك لباقي على الرق فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزم كما لا يلزم إذا حلفوا على نفي التدبير.

والوجه الثاني: يلزم أن يقولوا هذا في نفي العتق، وإن لم يلزم أن يقولوه في نفي

التدبير.

والفرق بينهما: أن التدبير صريح الدعوى فجاز الاقتصار على نفيه، والعتق حكم الدعوى في حق العبد، والرق حكم الإنكار في حق الورثة، فلزم الجمع بين الأمرين نفيًا وإثباتًا. فإن حلفوا على ما وصفناه كان العبد على رقه موروثًا، وإن نكلوا ردت اليمين على العبد فإن حلف عتق بالتدبير، وإن نكل كان على رقه موروثًا، ويجب عليه أن يحلف إذا علم أن فيما ادعاه صادق، وإن لم يؤخذ بها جبراً ليفك رقبة من رق بعد عتق. والله أعلم.

بَابُ وَطْءِ الْمُدْبِرَةِ وَحُكْمِ وَلَدِهَا

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَطَأُ السَّيِّدُ مُدْبِرَتَهُ».

وهذا صحيح. يجوز لسيد المدبرة أن يطأها لما رواه الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر أنه دَبَّرَ جاريتين له، فكان يطوهما وهما مدبرتان^(١). ولأن أحكام الرق على المدبرة جارية، فجرى عليها في حكم الاستمتاع مجرى الرق.

ولأنه مالك لمنافعها، والاستمتاع من منافعها كالاستخدام، ولأن سبب العتق في أم الولد أقوى منه في المدبرة، ولم يمنع الإيلاد من الاستمتاع فكان التدبير أولى. فإن قيل: فهلا كانت كالمكاتبَةِ في منعه من الاستمتاع بها، قيل: لوقوع الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المكاتبَةَ قد ملكت منافعها، فلم يملك عليها الاستمتاع بها والمدبرة بخلافها في المنافع، فكانت بخلافها في الاستمتاع.

والثاني: أن المكاتبَةَ في حكم الخارجة عن ملكه، لأنها تملك أرش ما جنى عليها، والمدبرة باقية على ملكه، لأنه المالك لأرش الجناية عليها. فلهذين المعنيين ما افترقا فجاز استمتاعه بالمدبرة ولم يجز استمتاعه بالمكاتبَةَ.

فإذا صح جواز استمتاعه بالمدبرة لم يكن وطؤه رجوعاً في التدبير، لأنه مُقَوٌّ بسبب العتق إن أولد فلم ينافه، فإن أولدها صارت أم ولد يلزم عتقها بموته من صلب ماله، بعد أن كان من ثلثه، وبطلان بيعها بعد أن كان له بيعها. قال أبو حامد الإسفراييني: وقد بطل التدبير بالإيلاد وليس هذا بصحيح، لأنه قد طرأ على التدبير ما هو أغلظ، فصار داخلاً فيه، وغير مبطل له كطروء الجناية على الحدث يدخل فيها، ولا يرتفع بها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَمَا وَلَدَتْ مِنْ غَيْرِهِ فَفِيهِمْ وَاحِدٌ مِنْ قَوْلَيْنِ كِلَاهُمَا مَذْهَبٌ أَحَدُهُمَا أَنَّ وَلَدَ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ بِمَنْزِلَتِهَا فَإِنْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِ الْأُمِّ

(١) مالك في الموطأ ٢/١٦٢.

حَامِلًا كَانَ لَهُ وَلَمْ يَكُنْ رُجُوعًا فِي تَذْيِيرِ الْوَالِدِ فَإِنْ رَجَعَ فِي تَذْيِيرِ الْوَالِدِ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا فِي الْأُمِّ فَإِنْ رَجَعَ فِي تَذْيِيرِهَا ثُمَّ وَلَدَتْ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ رَجَعِ فَالْوَالِدُ فِي مَعْنَى هَذَا الْقَوْلِ مُدَبَّرٌ وَإِنْ وَضَعَتْ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ مَمْلُوكٌ (قَالَ الْمُزْنِي) وَهَذَا أَيْضًا رُجُوعٌ فِي التَّذْيِيرِ بِغَيْرِ إِخْرَاجِ مَنْ مَلَكَ فَتَفَهَّمَهُ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّ أَوْلَادَهَا مَمْلُوكُونَ وَذَلِكَ أَنَّهَا أُمُّ أَوْصَى بِعِتْقِهَا لِصَاحِبِهَا فِيهَا الرُّجُوعُ فِي عِتْقِهَا وَبَيْعِهَا وَلَيْسَتْ الْوَصِيَّةُ بِحُرِّيَّةٍ ثَابِتَةٍ فَأَوْلَادُهَا مَمْلُوكُونَ (قَالَ الشَّافِعِيُّ) أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَنْ عَمْرِو عَنْ أَبِي الشَّعْنَاءِ قَالَ أَوْلَادُهَا مَمْلُوكُونَ (قَالَ الْمُزْنِي) هَذَا أَصَحُّ الْقَوْلَيْنِ عِنْدِي وَأَشْبَهُهُمَا بِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ عِنْدَهُ وَصِيَّةٌ بِعِتْقِهَا كَمَا لَوْ أَوْصَى بِرَفْقَتِهَا لَمْ يَدْخُلْ فِي الْوَصِيَّةِ وَلَدُهَا (قَالَ) وَلَوْ قَالَ إِذَا دَخَلَتِ الدَّارَ بَعْدَ سَنَةٍ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَدَخَلَتْ أَنَّ وَلَدَهَا لَا يَلْحَقُهَا (قَالَ الْمُزْنِي) فَكَذَلِكَ تُعْتَقُ بِالْمَوْتِ وَوَلَدُهَا لَا يَلْحَقُهَا إِلَّا أَنْ تُعْتَقَ حَامِلًا فَيُعْتَقَ وَلَدُهَا بِعِتْقِهَا».

قال الماوردي: أما أولاد المدبرة من سيدها، فأحرار بحرية السيد، وقد صارت بهم أم ولد، وأما أولادها من غيره من زوج، أو زنى فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تلدهم قبل التدبير.

والثاني: أن تحبل بهم، وتلدهم بعد التدبير.

والثالث: أن تكون حاملاً بهم وقت التدبير.

فأما الضرب الأول: وهم من ولدتهم قبل التدبير فهم مملوكون للسيد لا يتبعونها في التدبير، وهو متفق عليه، وسواء كان الزوج حراً، أو مملوكاً، لأنهم تبع لها في الرق كما أن ولد الحرة تبع لها في الحرية لا يتبعون أباهم في الرق.

وأما الضرب الثاني: وهو أن يدبرها حائلاً فتحبل بهم وتلدهم بعد التدبير. ففيهم قولان منصوصان للشافعي:

أحدهما: يكونون على حكمها داخلين في التدبير معها. قاله من الصحابة عثمان وابن مسعود وابن عمر.

ومن الفقهاء: مالك وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد بن حنبل.

والقول الثاني: يكونون مملوكين للسيد غير داخلين معها في التدبير قاله من الصحابة زيد بن ثابت، رضي الله عنه.

ومن التابعين أبو الشعثاء جابر بن زيد واختاره المزني، واختلف أصحاب

الشافعي في هذين القولين: هل قالهما ابتداءً أو قالهما بناءً، فذهب جمهورهم إلى أنه ابتدأهما باجتهاده. وذهب آخرون إلى أنه بناهما على مذهبه في غيره، واختلفوا فيما بناه عليه من مذهبه، فذهب بعضهم إلى أنه بناه على اختلاف قوله في التدبير. هل هو وصية أو عتق بصفة، وذهب آخرون منهم إلى أنه بناه على اختلاف قوله في الحمل هل يكون تبعاً، أو يأخذ من الثمن قسطاً.

فإذا قيل بالأول: إن أولادها يتبعونها في التدبير فدليله معنيان:

أحدهما: أنهم لما تبعوها في الحرية والرق وجب أن يتبعوها في سبب الحرية المفضية إلى زوال الرق كولد أم الولد، وهو معنى قول الشافعي: «إن ولد كل ذات رحم بمنزلتها».

والمعنى الثاني: أن لأسباب الحرية حرمة ثابتة في الأم، فوجب أن تسري إلى ولدها كالإسلام.

وإذا قيل بالثاني أن أولادها مملوكون للسيد لا يتبعونها في التدبير فدليله معنيان:

أحدهما: أن العقد إذا جاز أن يلحقه الفسخ لم يكن الولد فيه تابعاً لأمه كولد المرهونة، والموصى بها طرداً وولد الولد عكساً.

والمعنى الثاني: أنه لما تقابل في الولد حقان: حق السيد في رقه وحق الأم في عتقه وكان حق السيد فيه عن ملك مستقر وحقها فيه عن تدبير غير مستقر، فتغليب ما استقر في رقه أولى من تغليب ما لم يستقر في عتقه.

فأما المزني فقد مضى الكلام معه في اختياره بما أقنع.

فصل: فإذا تقرر توجيه القولين فإن قيل إن ولدها مرقوق لم يتبعها في التدبير كان له بيع الولد في حياته، ثم لورثته بعد موته سواء عتقت الأم بالتدبير، أو ماتت على الرق، وإن قيل إن ولدها تبع لها في التدبير صاراً مدبرين يعتقان عليه بالموت كالعبدین المدبرين.

فإن رجع في تدبيرها بطل حكم التدبير فيهما، وإن رجع في تدبير الولد عاد إلى الرق وبقيت الأم على التدبير، وإن رجع في تدبير الأم عادت إلى الرق وبقي الولد على التدبير فإن قيل: فإذا كان الولد تابعاً لها في التدبير فهلا صار تابعاً لها في الرجوع كولد المكاتبه لما كان تابعاً لها في الكتابة؟ على أحد القولين يعتق بعتقها إذا أدت صار تابعاً لها في الرجوع إلى الرق إذا عجزت.

قيل: للفرق بينهما: أن ولد المدبرة يصير بالتبع لها مدبراً، ولذلك إذا ماتت الأم على الرق قبل موت السيد، لم يبطل التدبير في الولد، فلذلك لا يتبعها في الرجوع،

وإن تبعها في التدبير. وولد المكاتبه لا يتبعها في الكتابة، وإنما يتبعها في الحرية والرق ولذلك إذا ماتت الأم على كتابتها لم يصير الولد مكاتباً بعد موتها، فلذلك عاد إلى الرق بعودها إليه.

فصل: وأما الضرب الثالث: وهو أن يدبرها وهي حامل، فيكون حملها تابعاً لها في التدبير قولاً واحداً، كما يتبعها في العتق. فإن استثناءه في التدبير. فقال: **أَنْتِ مُدَبَّرَةٌ** دون حملك، صح الاستثناء إن ولدته قبل موته، وبطل إن ولدته بعد موته، لأن الحرة لا تلد إلا حراً، ولو دبر الحمل دون أمه، صح تدبيره ولم تصر الأم تابعة له في التدبير، لأن الحمل تابع، وليس بمتبوع ولو دبر الأم حاملاً ورجع في تدبيرها وهي حامل، تبعها حملها في التدبير ولم يتبعها في الرجوع.

والفرق بينهما: أن العتق يسري، والرق لا يسري، والعلم بكونه حاملاً وقت التدبير أن تلده لأقل من ستة أشهر من وقت تدبيره، فيعلم وجوده حاملاً وقت التدبير. وإن ولدته لأكثر من أربع سنين علم عدمه وقت التدبير فلم يكن مدبراً، وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين، فإن كانت مطلقة من زوج يلحق به ولدها، حكم بوجوده وتدبيره اعتباراً بالظاهر في لحوقه، وإن كانت ذات زَوْجٍ يَطَأُ، حُمِلَ عَلَى الظاهر من حدوثة فلم يصير مدبراً.

فصل: وإذا جعل ولد المدبرة، وحملها تبعاً لها في التدبير جاز أن يرجع في تدبير الولد والحمل كما جاز أن يرجع في تدبيرها فإن قال السيد لها وهي حامل: كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره، لم يصح رجوعه لعلتين:
إحدهما: أنه قبل خلقه ليس بمدبر.

والثانية: أنه رجوع معلق بصفة ولو قال لها وهي حامل: قد رجعت في تدبير حملك، صح لأنه لما صح تدبيره حاملاً صح الرجوع فيه حاملاً، ولو قال: إذا وُلِدَتْهُ فقد رجعت في تدبيره لم يصح الرجوع وكان على التدبير إذا وُلِدَ، لأنه رجوع معلق بصفة، وتعليقه بالصفات لا يصح.

فصل: وإذا دبر حمل جاريتها دونها، ثم باعها حاملاً، فإن قصد بيعها الرجوع في تدبير حملها صح البيع، وبطل به تدبير الحمل وإن باعه مطلقاً لم يستثنه في البيع، ولا قصد به إبطال التدبير في الحمل ففي صحة البيع قولان:

أحدهما: صح البيع، لأن بيع المدبر رجوع، وإن لم يقصد به الرجوع.

والقول الثاني: وهو المنصوص، أن البيع باطل، لأن حكم الحمل مخالف لحكم

أمه.

فصل: فأما ولد المعتقة بالصفة كقوله لأمته: إن دخلت الدار فأنت حرة. فعلى الأضرِب الثلاثة:

أحدها: من ولدته قبل عقد الصفة فهو مملوك.

والثاني: من ولدته بعد وجود الصفة، ودخول الدار فهو حر.

والثالث: من ولدته بعد عقد الصفة، وقبل وجودها ففيه قولان كولد المدبرة سواء:

أحدهما: يكون تبعاً لها في العتق بوجود الصفة.

والثاني: لا يتبعها ويكون مرقوقاً لسيدها.

فلو قال لها: إن دخلت الدار بعد سنة، فأنت حرة كان من ولدتهم قبل مضي السنة مماليكاً، ومن ولدتهم بعد دخول الدار أحراراً، ومن ولدتهم بعد السنة وقبل دخول الدار على قولين، ويكون من ولدتهم قبل مضي السنة كمن ولدتهم قبل عقد الصفة لأن صفة العتق دخول الدار بعد السنة. وهذا كله فيمن حرر حمله وولادته في هذه الأحوال الثلاث ولو قال لها: أنت حرة بعد موتي بسنة، كان من ولدتهم في حياة السيد مماليكاً، ومن ولدتهم بعد موته بسنة أحراراً. ومن ولدتهم بعد موته وقبل مضي السنة: اختلف أصحابنا فيه فمنهم من خرّجه على قولين، وسوّى بين عقد الصفة بعد الموت، وعقدها قبل الموت، ومنهم من أعتقهم قولاً واحداً، وفرق بين عقد الصفة بعد الموت، وعقدها قبل الموت: أنه قبل الموت يجوز أن يستفيد ملكاً وبعده لا يجوز أن يستفيد ملكاً. فإن عتق الولد معها كانا معتبرين من ثلثه ولا يقرع بينهما، ويعتق منه بقدر ما عتق منها، وإن لم يعتق الولد معها ففيه وجهان:

أحدهما: يكون من تركة السيد.

والثاني: يكون ملكاً للورثة.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَتْ وَلَدْتُهِ بَعْدَ التَّدْبِيرِ وَقَالَ الْوَارِثُ قَبْلَ التَّدْبِيرِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ لِأَنَّهُ الْمَالِكُ وَهِيَ الْمُدْعِيَّةُ».

قال الماوردي: وهذا التنازع في الولد يشتمل على ضربين:

أحدهما: أن تقول المدبرة: ولدته بعد التدبير فيعتق بعثقي ويقول الورثة: ولدته قبل التدبير فهو مملوك. فإن قيل بأن ولد المدبرة لا يتبعها، فلا تأثير لهذا التنازع لأنه مرقوق في الحالين.

كتاب المدبر/ باب وطء المدبرة وحكم ولدها
وإن قيل: يتبعها، كان لتنازعهما فيه تأثير، لأنها تدعي عتقه، والوارث يدعي
رقه.

فالقول فيه قول الوارث مع يمينه، لأن الأصل فيه الرق فلم يقبل فيه قول من
ادعى حدوث العتق فإن حلف الوارث رق الولد وإن نكل ردت اليمين على الأم، فإن
حلفت عتق الولد، وإن نكلت ففيه وجهان:
أحدهما: يحكم برقه.

والوجه الثاني: يوقف أمره ليحلف الولد بعد بلوغه على ما مضى من نظائره.
والضرب الثاني: أن تقول المدبرة: ولدته بعد موت السيد: فهو حر. ويقول
الوارث: وُلِدَتْه قبل موت السيد فهو مملوك. فهذا بعكس الأول. وإن قيل إن ولد
المدبرة تبع لها فلا تأثير لهذا التنازع، لأنه يعتق بموت السيد في الحالين.
وإن قيل إن ولدها في حياة السيد لا يتبعها، كان لتنازعهما فيه تأثير، لأنها تدعي
عتقه، والوارث يدعي رقه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يقر بأنه جرى عليه في العلقو حكم الرق لأنها ولدته لأقل من ستة
أشهر من موت السيد. فالقول قول الوارث مع يمينه استصحاباً لحكم رقه.

والضرب الثاني: أن ينكر أنه جرى عليه في العلقو حكم الرق وأنها عقلت به في
الحرية وولده بعد موت سيدها لسته أشهر فصاعداً. فالقول هاهنا قولها مع يمينها،
لأن الحرية في الناس أصل، والرق طارئ. فإن حلفت كان ولدها حراً، وإن نكلت
فعلى وجهين:

أحدهما: ترد اليمين على الوارث إذا قيل فيما تقدم أن نكول الوارث لا يوجب
وقف اليمين.

والوجه الثاني: لا ترد على الوارث، وتوقف اليمين على بلوغ الصبي. فإن حلف
بعد بلوغه كان حراً، وإن نكل ردت على الوارث. وهذا إذا قيل فيما تقدم أن نكول
الوارث لا يوجب وقف اليمين. فإن كانت لواحد منهما بينة في هذه الأحوال كلها
سمعت من مدعي الحرية، ومدعي الرق.

والبينة أربع نسوة في حقيهما، لأنه بينة على الولادة، وإن أفضت إلى حرية، أو
رق.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ قَالَ الْمُدَبِّرُ أَفَذْتُ هَذَا الْمَالَ بَعْدَ
الْعِتْقِ وَقَالَ الْوَارِثُ قَبْلَ الْعِتْقِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُدَبِّرِ وَالْوَارِثِ مُدْعٍ».

قال الماوردي: قد ذكرنا أن ما كسبه المدبر في حياة سيده تركه، وما كسبه بعد موته ملك للمدبر، فإذا اختلف المدبر والوارث في مال بيده بعد موت سيده، فادعاه المدبر من كسبه بعد الموت. وادعاه الوارث من كسبه قبل الموت. فالقول فيه قول المدبر مع يمينه لأمرين:

أحدهما: لأجل يده الدالة على ملكه.

والثاني: أن حدوث كسبه أظهر من تقدمه.

فإن كانت للوارث بينة تشهد بتقدم كسبه، حكم بها وبينته شاهدان، أو شاهد وامرأتان أو شاهد ويمين، لأنها بينة لاستحقاق مال. وهذا إذا شهدت البينة أنه اكتسبه في حياة سيده، وأما إن شهدت أن هذا المال كان في يده في حياة سيده. ففي قبولها والحكم بها قولان من اختلاف قوليه في حكم البينة المتقدمة:

أحدهما: يقبل ويحكم به للوارث.

والثاني: لا يقبل ويكون للمدبر مع يمينه.

فصل: وإذا وهب السيد لمدبره أمة فوطئها المدبر وأولدها فلا حد عليه، والولد لأحقّ به لأنها موطوءة في ملك إن جعل مالكا أو في شبهة ملك إن لم يجعل مالكا، وفي الولد قولان:

أحدهما: أنه ملك للسيد، وإن لحق بالمدبر نسباً، وهو على قوله في الجديد أن العبد لا يملك إذا مُلِّك.

والقول الثاني: يكون ملكاً للمدبر، وهو على قوله في القديم أن العبد يملك إذا ملك فعلى هذا إذا جعلناه ملكاً للمدبر، كان تبعاً له في التدبير قولاً واحداً يعتق بعنته، ويرق برقه، وإذا جعلناه للسيد لم يتبعه في عتق، ولا رق قولاً واحداً بخلاف ولد المدبرة في أحد القولين ويكون كولد من نكاح أمة لسيدة، أو غير سيده لا يتبعه، إلا في النسب، ولا يتبعه في الحرية والرق لأن الولد فيهما تابع للأب دون الأب.

فصل: وإذا دبر الرجل أخاه، أو عمه صح تدبيره، وعتق بموته ولم يرثه، لأنه عتق بعد الموت، ولا توارث بالأسباب الحادثة بعد الموت.

ولو قال لأخيه: أنت حر في آخر أجزاء صحتي المتصل بأول أسباب موتي، ثم مات عتق من رأس ماله، وورثه لتقدم عتقه في الصحة قبل موته.

ولو قال له: أنت حر في آخر أجزاء حياتي المتصل بموتي، ثم مات عتق من ثلثه. وفي ميراثه وجهان ذكرناهما في العتق:

أحدهما: لا يرث، لأن عتقه في المرض وصية. والوصية والميراث لا يجتمعان.

والوجه الثاني: يرث ولا يكون عتقه وصية له، وإن كان معتبراً من الثلث، لأن الوصية ما مُلِكَتْ عَنِ الْمُوصِي، وهو لم يملك نفسه عنه، ولو قال لأخيه في صحته: إن مت بعد شهر فأنت اليوم حر فمات قبل شهر، لم يعتق، وإن مات بعد شهر، عتق يوم لفظه وورثه، ولو قال ذلك في مرضه كان في ميراثه الوجهان. والله أعلم.

بَاب فِي تَدْبِيرِ النَّصْرَانِيِّ

مسألة: «قَالَ الْمَرْزِيُّ»: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَيَجُوزُ تَدْبِيرُ النَّصْرَانِيِّ وَالْحَزْبِيِّ فَإِنْ دَخَلَ إِلَيْنَا بِأَمَانٍ فَأَرَادَ الرَّجُوعَ إِلَى دَارِ الْحَزْبِ لَمْ نَمْنَعُهُ».

قال الماوردي: يجوز تدبير الكافر كما يصح تدبير المسلم سواء كان ذمياً، أو معاهداً، أو حربياً، لأن الكافر صحيح الملك كالمسلم لقول الله تعالى: ﴿وَأُورَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾ [الأحزاب: ٢٧] فأضافها إليهم إضافة ملك وإذا ثبت لهم الملك صح منهم التدبير، لأن التدبير عقد مفض إلى العتق. وعقودهم جائزة وعتقهم نافذ، فإن دبر الحربي عبده في دار الحرب، وقدم به دار الإسلام مُدْبِراً، أو دبره في دار الإسلام فتدبيره في الحالين صحيح، فإن أراد الرجوع بمدبره من دار الإسلام إلى دار الحرب مكن منه، ولم يمنع فإن امتنع المدبر أن يرجع إلى دار الحرب، لثلا يسترق بعد موت سيده أجبر على العود معه، لأنه في الحال عبده وإن دَبَّرَهُ تجري عليه أحكام العبيد.

ولو كاتب عبده في دار الإسلام وأراد أن يحمله إلى دار الحرب فامتنع المكاتب لم يجبر.

والفرق بين المدبر والمكاتب: أن المدبر باق على ملك سيده وله الرجوع في تدبيره، ويملك جميع أكسابه. والمكاتب في حكم الخارج عن ملكه غير مالك لأكسابه ولا يجوز له الرجوع في كتابته، فكان هذا الفرق مانعاً من الجمع بينهما في الرد.

فإن أراد الحربي أن يرجع في تدبير عبده، كان كالمسلم له رجوعه إن رجع فيه بالفعل المزيل لملكه صح، وإن رجع فيه بالقول مع بقاءه على ملكه فعلى قولين، وإذا عتق المدبر على الحربي بموته كان ولاؤه مستحقاً لورثته كالمسلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَسْلَمَ الْمُدْبِرُ قُلْنَا لِلْحَزْبِيِّ إِنْ رَجَعْتَ فِي تَدْبِيرِكَ بِعَنَاءِ عَلَيْكَ وَإِنْ لَمْ تَرْجِعْ خَارَجْنَاكَ لَكَ وَمَتَّعْنَاكَ خِدْمَتَهُ فَإِنْ خَرَجْتَ دَفَعْنَاهُ إِلَى مَنْ وَكَلْتَهُ فَإِذَا مِتَّ فَهُوَ حُرٌّ وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرُ أَنَّهُ يُبَاعُ (قال المزني) يُبَاعُ أَشْبَهُ بِأَصْلِهِ لِأَنَّ

التَّدْبِيرَ وَصِيَّةً فَهُوَ فِي مَعْنَى عَبْدٍ أَوْصِيَ بِهِ لِرَجُلٍ لَا يَجِبُ لَهُ إِلَّا بِمَوْتِ السَّيِّدِ وَهُوَ عَبْدٌ بِحَالِهِ وَلَا يَجُوزُ تَرَكُّهُ إِذَا أُسْلِمَ فِي مَلِكٍ مُشْرِكٍ يُدَلُّهُ وَقَدْ صَارَ بِالإِسْلَامِ عَدُوًّا لَهُ.

قال الماوردي: أما عبد الحربي إذا أسلم، أو عبد الذمي، فإنه لا يقر على ملكه ويقال له: إن بعته، أو أعتقته وإلا بعناه عليك، لقول الله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

وأما أم ولد الحربي والذمي إذا أسلمت منع منها ولم يَجُزُ بيعها عليه، لأن بيع أم الولد ممنوع منه في حق المسلم، فكان ممنوعاً منه في حق الكافر، ولم يكن له استخدامها، لثلا يستذلها ومكنت من الاكتساب والإنفاق منه على نفسها، فإن فضل من كسبها بعد النفقة فضل كان لسيدها، وإن قصر الكسب عن نفقتها كان السيد مأخوذاً بتمامها ولو لم تكن ذات كسب أخذ بجميع نفقتها، فإن أرادت أن تتزوج لم يكن لها ذلك إلا بإذنه وإن كانت محرمة عليه، لأنها قد تجوز أن تسلم فتعود إلى فراشه فإذا مات السيد عتقت عليه بموته.

وأما مدبر الذمي والحربي إذا أسلم يقال لسيده: أترجع في تدبيره، أو تقيم عليه؟ فإن رجع في تدبيره صار عبداً قَتًّا وبيع عليه إن لم يبعه، ولم يعتقه، وإن أقام على تدبيره ففيه قولان:

أحدهما: وهو قول مالك، واختيار المزني أنه يباع عليه لجريان أحكام الرق عليه، ولا يجوز أن يستديم الكافر رق مسلم.

والقول الثاني: لا يباع عليه، ويمنع استخدامه، لأن استبقائه على التدبير المفضي إلى عتقه أحظ له من نقله بالبيع من رق إلى رق.

فعلى هذا يقال لسيده: إن عجلت عتقه فلك ولاؤه، وإن لم تعجله، ولم ترجع في تدبيره خل بينه وبين نفسه في الاكتساب والنفقة، ولك بقية كسبه إن فضل، وعليك تمامه إن نقص. فإن خرجت إلى دار الحرب قام فيه وكيلك مقامك، فإذا مت عتق من ثلثك، فإن خرج من الثلث عتق جميعه، وإن عجز عنه الثلث عتق منه قدر ما احتمله الثلث ورق باقيه، وبيع على ورثته، لثلا يستديموا رق مسلم. وهكذا حكم المعتق بالصفة إذا أسلم، وسيده كافر كان على قولين كالمدبر يباع في أحدهما، لثلا يستديم كافر استرقاق مسلم ويقر في القول الثاني، على ملكه، لوجود الحظ له في حدوث الصفة المفضية إلى عتقه، فأما إذا أسلم عبد الكافر وقد أوصى به لمسلم، فإنه يباع عليه قولاً واحداً وإن بطل بيعه الوصية لمسلم لأنه ليس تفضي الوصية له إلى عتق، بل يكون بها منتقلاً من رق إلى رق وهو في الحال مستبقى على استرقاق كافر، فلذلك يباع

عليه فإن أوصى الكافر بعثقه بعد موته، احتمال أن يكون على قولين كالمدير لإفضائها إلى عتقه، واحتمل أن يباع قولاً واحداً لأن الوصية بعثقه أضعف من تدبيره، والله أعلم بالصواب.

بَابُ فِي تَدْبِيرِ الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ وَلَمْ يَنْبُلْ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «مَنْ أَجَازَ وَصِيَّتَهُ أَجَازَ تَدْبِيرَهُ».

قال الماوردي: المحجور عليهم في حقوق أنفسهم ثلاثة: الصبي، والمجنون، والسفيه.

فأما المجنون فلا يصح منه تصرف في قول ولا فعل لعدم تمييزه فلا ينفذ عتقه، ولا يصح تدبيره، ولا وصيته. وأما السفيه فتصرفه قبل الحجر عليه ماضٍ، كالرشيد في أفعاله وأقواله، وسائر عقود، فيصح عتقه وتدبيره ووصيته فأما بعد وقوع الحجر عليه فلا يصح عتقه، ولا كتابته ويصح تدبيره ووصيته، لأن الحجر عليه لمصلحة ماله فلم يصح منه ما استهلكه في حياته، ويصح منه ما عاد بمصلحة آخرته من تدبيره ووصيته، وهو أشبه برشاده.

وأما الصبي فإن كان غير مميز، لم يصح منه عتق، ولا كتابة ولا تدبير، ولا وصية وإن كان مميزاً مراهقاً، لم يصح عتقه ولا كتابته لأمرين: أحدهما: لحفظ ماله عليه.

والثاني: لأن القلم غير جار عليه.

فأما تدبيره ووصيته ففي صحتهما منه قولان:

أحدهما: لا يصح منه.

وبه قال أبو حنيفة ومالك وهو اختيار المزني تعليلاً بارتفاع القلم عنه، ولأنها عقدٌ فأشبهه سائر عقود، ولأنه مفض إلى العتق فأشبهه مباشرة عتقه.

والقول الثاني: يصح تدبيره ووصيته تعليلاً بإفضائهما إلى مصلحته، ولرواية عمرو بن سليم عن أمه أنها أتت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسألته عن غلام يافع واليافع المراهق الذي لم يبلغ، وروي أنه كان له عشر سنين وصى لابن عمه فأجاز عمر وصيته، وليس يعرف له في الصحابة مخالف فكان إجماعاً، ولأن من صحَّ تمييزه لم يمنع الحجر عليه من تدبيره، ووصيته كالسفيه. ولأن تدبيره أحفظ لماله في حياته،

وأبلغ في صلاحه بعد موته. فأما ارتفاع القلم عنه فهو مرفوع حتماً عليه، لسقوط التكليف عنه وهو غير مرفوع فيما له، لأنه تصح صلاته وصيامه فهو مثاب فيما له، وغير معاقب فيما عليه، وإمضاء تدبيره ووصيته من حقوقه التي يثاب عليها، فصح وإن لم يصح منه تعجيل العتق لما ذكرنا من الفرق.

فأما السكران فإن كان سكره من غير معصية لإكراهه على الشرب أو لشربه ما ظن أنه غير مسكر فكان مسكراً فلا يصح تدبيره ولا وصيته، لأنه بالسكر غير مميز كالمغمى عليه، وإن كان سكره عن معصية لإقدامه مختاراً على شرب المسكر مع علمه أنه مسكر فأحكامه كأحكام الصاحي في نفوذ عتقه، وصحة تدبيره، ووقوع طلاقه، وإن صح تخريب المزني عن الشافعي في القديم أن طلاقه لا يقع ولم يصح تدبيره ولم تنعقد وصيته وإن صح قول من فرق من أصحابنا بين ماله وعليه وقع طلاقه، ولم يصح عتقه ولا تدبيره.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْلَيْهِ بَيْعٌ عِنْدِهِ عَلَى النَّظَرِ وَكَذَلِكَ الْمَخْجُورُ عَلَيْهِ (قال المزني) الْقِيَّاسُ عِنْدِي فِي الصَّبِيِّ أَنَّ الْقَلَمَ لَمَّا رُفِعَ عَنْهُ وَلَمْ تَجْزُ هَيْبَتُهُ وَلَا عِتْقُهُ فِي حَيَاتِهِ أَنْ وَصِيَّتَهُ لَا تَجُوزُ بَعْدَ وَفَاتِهِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْبَالِغُ الْمَخْجُورُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ وَيُوجَرُ عَلَى الطَّاعَةِ وَيَأْتُمُّ عَلَى الْمَعْصِيَةِ».

قال الماوردي: إذا صح من الصبي والسفيه التدبير صح منهما الرجوع في التدبير، ويكونان فيه كالبالغ الرشيد وسواء كان رجوعهما فيه لحاجة، أو غير حاجة، فإذا صح الرجوع منهما لم يجوز أن يباشر الرجوع فيه كالبيع، لأن عقد البيع منهما لا يصح ولكن يأذنان لوليها أن يبيع المدبر في حقهما، فيكون بيع الولي عن إذنهما رجوعاً منهما.

فأما إن رجعا فيه بالقول مع بقاءه على ملكهما ففيه قولان من اختلاف قولي في صحة الرجوع بالقول مع بقاءه على الملك.

فأما إذا أراد الولي أن يرجع في تدبيرهما فإن أراد الرجوع فيه بالقول مع بقاءه على ملكهما، لم يكن له ذلك قولاً واحداً لأنه لا حجر عليهما في التدبير، فلم يجوز أن يبطله الولي عليهما وإن أراد بيعه عليهما فإن قصد به الرجوع في التدبير، ولم يقصد المصلحة لهما، لم يجوز لما ذكرنا من أنه لا حجر عليهما فيه وإن باعه عليهما في مصلحتهما صح، وإن أفضى إلى إبطال تدبيرهما، لأنه مندوب إلى القيام بمصالحهما.

فصل: قد ذكرنا أن ولد المدبرة وولد المعتقة بصفة هل يكون تابعا لهما أم لا؟

على قولين:

أحدهما: لا يتبعها في تدبير، ولا عتق، ويكون عبداً قناً للسيد، ولا تفرغ على هذا القول.

والقول الثاني: أنه يكون تابعاً لهما فيكون ولد المدبرة تابعاً لأمه في التدبير وولد المعتقة نصفه تابعاً لأمه في العتق ولا يتبعها في الصفة.

والفرق بينهما: أن عتق التدبير مستحق بالوفاة، وعتق الصفة مستحق في الحياة، وحكم ما استحق بالوفاة عام، كالميراث. وحكم ما استحق في الحياة خاص كالعقود. وإذا كان كذلك فولد المدبرة تابع لها في التدبير والعتق، فإن ماتت الأم، أو باعها، أو رجع في تدبيرها كان الولد باقياً على تدبيره ويعتق بموت سيده، ولو رجع في تدبير الولد كانت الأم على تدبيرها، ولا يعتق ولدها بعثتها، وولد المعتقة بالصفة تابع لها في العتق دون الصفة، فإن ماتت الأم قبل الصفة لم يعتق الولد بوجود الصفة، وكذلك لو باعها دون الولد ثم وجدت الصفة لم تعتق الأم، لزوال ملكه عنها ولم يعتق ولدها، وإن كان باقياً على ملكه لعدم العتق فيها وكذلك ولد المكاتبه إذا جعل تابعاً لأمه كان تابعاً لها في العتق، ولم كان تابعاً لها في الكتابة.

فأما ولد أم الولد فهو تابع لها في الحكم والعتق، فإن ماتت أمه قبل موت السيد، يعتق ولدها بموت السيد. وبالله التوفيق.