

كِتَابُ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ مِنْ كُتُبِ

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَإِذَا وَطِئَ أُمَّتَهُ فَوَلَدَتْ مَا يَبِينُ أَنَّهُ مِنْ خَلْقِ الْآدَمِيِّينَ عَيْنٍ أَوْ ظُفْرٍ أَوْ أُصْبَعٍ فَهِيَ أُمٌّ وَلَدٌ لَا تُخَالِفُ الْمَمْلُوكَةَ فِي أَحْكَامِهَا غَيْرَ أَنَّهُ لَا تَخْرُجُ مِنْ مِلْكِهِ فِي دَيْنٍ وَلَا غَيْرِهِ فَإِذَا مَاتَ عْتِقَتْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَإِنْ لَمْ يَتَبَيَّنْ فِيهِ مِنْ خُلُقِ آدَمِيٍّ سَأَلْنَا عُذُولًا مِنَ النِّسَاءِ فَإِنْ زَعَمْنَ أَنَّ هَذَا لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ خُلُقِ آدَمِيٍّ كَانَتْ بِهِ أُمٌّ وَلَدٌ فَإِنْ شَكَّكَ لَمْ تَكُنْ بِهِ أُمٌّ وَلَدٌ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، إذا أولد الحر أمته في ملكه، وصارت به أم ولد على ما سنذكره انتشرت حرمة إليها في شيئين:

أحدهما: تحريم بيعها عليه.

والثاني: عتقها بموته، ثم هي فيما سواها كالأمة.

فأما العتق بالموت فمتفق عليه، وأما تحريم البيع، فمختلف فيه، فالذي عليه جمهور الصحابة والتابعين رضي الله عنهم والفقهاء أن بيعها حرام، وأن ملكها لا ينتقل عن السيد إلى غيره.

واستدل من جوز بيعها بما قاله في الصحابة جابر، وابن الزبير، وذهب إليه داود وأهل الظاهر، والشيعة، فأما علي بن أبي طالب عليه السلام فقد حكى عنه القولان، حكى الحجازيون عنه تحريم بيعها، وروى العراقيون عنه جوازها، فروى الشعبي عن ابن سيرين عن علي عليه السلام أنه قال: «اقضوا في أمهات الأولاد بما كنتم تقضون، فإنني أكره أن أخالف أصحابي» يعني أبا بكر، وعمر، وعثمان رضوان الله عليهم.

وروى الشعبي عن عبيدة السلماني، عن علي عليه السلام أنه قال على منبر الكوفة اجتمع رأيي ورأي أبي بكر، وعمر، على أمهات الأولاد لا يبعن، وقد رأيت أن يبعن جائز، وروي عن عبيدة قال: قلت له: يا أمير المؤمنين إن رأيك مع الجماعة أحب إلي من رأيك وحدك، فسكت.

واستدل من ذهب إلى جواز بيعهن برواية عطاء عن جابر قال: كنا نبيع أمهات

أولادنا، ورسول الله ﷺ بين أظهرنا إلى أن نهانا عمر عن ذلك، فانتهينا.

وما ثبت جوازه على عهد الرسول ﷺ لم يحرم بعده بنهي غيره عنه، ولأنها لما كانت في عامة أحكامها كالأمة، وجب أن تكون في جواز بيعها كالأمة، ولأنه لما جاز بيعها قبل العلوق وجب استصحاب هذا الحكم فيما بعد الوضع ما لم ينقل عنه دليل قاطع، ولأنه لو كان أولدها بعقد نكاح ثم ملكها لم يحرم عليه بيعها، وإن كانت له أم ولد كذلك إذا أولدها في ملكه، لأنها في الحالين أم ولد. ودليلنا: ما روي أن مارية القبطية وكانت أم ولد رسول الله ﷺ أولدها ابنه إبراهيم مات عنها وله ستان، فلما احتضر رسول الله ﷺ قال: «مَا أَخْلَفَ دِينَارًا، وَلَا دَرْهَمًا، وَلَا عَبْدًا، وَلَا أُمَّةً قَالَتْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: فَمَارِيَةُ؟ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: تِلْكَ أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا».

وروي عكرمة عن ابن عباس قال: ذكرت مارية لرسول الله ﷺ فقال: أعتقها ولدها.

وروي ابن جريج، عن الوليد بن عبد الرحمن قال: عهد النبي ﷺ إلى علي رضي الله عنه أن أم إبراهيم حرة.

فإن قيل: فهي لا تعتق بولدها، وإنما تعتق بموت سيدها، فلم يكن في هذا الظاهر دليل.

قيل: إنما يتحرر عتقها بموت السيد، والمعنى لها ولدها، فصار الولد هو المعتق لها كما لو قال لعبده: إذا مات زيد فأنت حر عتق بموت زيد، وكان السيد هو المعتق، وروي عكرمة عن ابن عباس عن النبي ﷺ: أنه قال: «أَيُّمَا أُمَّةٍ، وَوَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ».

وروي عبد الله بن دينار، عن ابن عمر أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَقَالَ: لَا يَبْعَنَّ وَلَا يُزَهَنَّ وَلَا يُؤْرَثَنَّ، يَسْتَمْتَعُ بِهَا فِي حَيَاتِهِ فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ».

وروي عن أبي سعيد الخدري قال: قلت: يا رسول الله: إِنَّا نَصِيبُ السَّبَايَا، وَنُحِبُّ الْأَنْثَمَانَ فَتَعَزَّلُ عَنْهُنَّ، فقال النبي ﷺ: «وَمَا عَلَيْكُمْ أَنْ لَا تَفْعَلُوا، فَمَا نَسَمَةَ قَضَى اللَّهُ خَلْفَهَا إِلَّا وَهِيَ كَائِنَةٌ»، فَدَلَّ عَلَى أَنَّ إِبْلَادَهَا مَانِعٌ مِنْ جَوَازِ بَيْعِهَا.

وروي أن النبي ﷺ لما أفاق في مرض موته من إغمائه قال: «اسْتَوْصُوا بِالْأَدَمِ الْجُعْدِ خَيْرًا» يكرر ذلك مراراً، فقالوا مِنَ الْأَدَمِ الْجُعْدُ قَالَ: قَبْطُ مِصْرَ، فَإِنَّهُمْ أَخْوَالٌ وَأَصْهَارٌ يريد بذلك: قوم مارية أم ولده إبراهيم، ليكون انتشار الحرمة إلى قومها تنبيهاً على ثبوت الحرمة لها، ودليلاً على ثبوته لكل من كان بمثابةها، ولأنه قد كان لكثير من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم أمهات أولاد، ولم ينقل عن أحد منهم أنه باع أم ولده، ولولا انتشار الحظر بينهم لكان ذلك موجوداً فيهم ومستعملاً بينهم، ولأن

الإجماع منقعد على تحريم بيعها في حال الحمل لحرمة لم يتحققها، فكان تحريم بيعها بعد الوضع لحرمة متحققة أولى.

فأما الجواب عن حديث جابر فمن وجهين:

أحدهما: أنه محمول على فعل من لم يعلم بنهي النبي ﷺ أو لم يعلم النبي ﷺ بفعلهم له.

والثاني: أن يحمل على أمهات أولاد ولدن بعد نكاح من غير ملك، ألا ترى أن عمر رضي الله عنها لما نهاهم عن ذلك تقبلوا نهيها، ولو كان شرعاً مباحاً لقالوه وخالفوه.

وأما الجواب عن استصحابهم لحكم ما قبل العلوق، فهو أن اختلافهما في الحرمة توجب اختلافهما في الحكم ثم استصحاب حكمها في حال الحمل إلى ما بعد الولادة أولى أن يكون معتبراً لأنها أقرب الحالتين.

وأما الجواب عن استدلالهم بإيلادها في عقد نكاح، فهو أن ولدها في النكاح كان مملوكاً لم يثبت له الحرية، فلذلك لم تنتشر حرمة إليها في الحرية، وولدها في الملك حر فانتشرت حرمة إليها في ثبوت الحرية، وإنما صار ولده من النكاح مملوكاً، ومن الملك حراً، لأن الولد مخلوق من مائه ومائها، وماؤها حق لسيدها، فتبعه ماء الرجل، لأن الولد تبع لأمه، فصار المءان في النكاح ملكاً لغيره، فانعقد الولد مملوكاً، وصار في أمته ملكاً لنفسه، فانعقد الولد حراً، وإذا صار بعضها حراً جاز أن يسري حكمه إليها في الحرية، وفي هذا الانفصال استدلال على الأصل، وقد نبه عمر رضي الله عنه على هذا المعنى عند نهيها، وقال: كيف نبيعهن وقد خالطت لحومنا لحومهن، ودماؤنا دماءهن؟

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من انتشار حرمتها، وتحريم بيعها، فالكلام فيها مشتمل على فصلين:

أحدهما: فيما تصير به أم ولد.

والثاني: في حكمها بعد كونها أم ولد.

فأما الفصل الأول: فيما تصير به أم ولد، فهو أن تضع من سيدها ما انعقد خلق الولد فيه، وهو على خمسة أقسام:

أحدها: وهو أكمل أحوالها أن تضع ولداً كاملاً في خلقه، وزمانه، ذكراً، أو أنثى، أو خنثى، فتصير به أم ولد، سواء ثبتت حرمة الولد بالحياة أو لم تثبت له الحرمة بإلقائه ميتاً، ويتعلق بالولد إن وضعته حياً أربعة أحكام:

الميراث، ووجوب الدية، والكفارة، وتنقضي به العدة.

والقسم الثاني: أن تضع عضواً من الولد كرأس أو يد، أو رجل، أو عين، أو إصبع، أو ظفر، فتصير به أم ولد، لأن العضو لا يكون إلا من جسد الولد، فصار البعض منه دالاً على وجوده، فثبتت به حرمة الولادة، ويتعلق به ثلاثة أحكام وجوب الغرة، والكفارة، وانقضاء العدة.

والقسم الثالث: أن تضع جسداً فيه خلق جلي، قد تصور في العيون لا يختلف فيه كل من شاهده من رجل وامرأة، فتصير به أم ولد، لانعقاده ولداً وتتعلق به الأحكام الثلاثة من وجوب الغرة والكفارة، وانقضاء العدة.

والقسم الرابع: أن تضع جسداً فيه من تخطيط الخلق الخفي ما لا يعرفه إلا قوابل النساء، وربما اختبرته بالماء الجاري فَبَانَ فإذا شهد أربع من عدول النساء أن فيه ابتداء لتخطيط الخلق، ومبادئ أشكال الصور سُمِعَت فيه شهادتان، وصارت به أم ولد، لانعقاده ولداً، وإن لم يكمل وتتعلق به الأحكام الثلاثة من وجوب الغرة، والكفارة، وانقضاء العدة.

والقسم الخامس: أن تضع جسداً هو مضغة ليس فيه خلق جلي، ولا خفي، ولا تشكل له عضو، ولا تخطط له صورة، فظاهر ما قاله الشافعي هاهنا أنها تصير به أم ولد، وقال في كتاب «العدد» ما يدل على انقضاء العدة به، واختلف أصحابنا، فمنهم من خرّج ذلك على قولين:

أحدهما: تصير به أم ولد، وتنقضي به العدة لانعقاده جسداً، فعلى هذا يتعلق به بعد مصيرها أم ولد، الأحكام الثلاثة من وجوب الغرة، والكفارة وانقضاء العدة.

والقول الثاني: لا تصير به أم ولد، ولا تنقضي العدة به ولا يتعلق به حكم، لأنه لم يصير ولداً، ولا تثبت له حرمة.

وقال آخرون من أصحابنا: تنقضي به العدة، ولا تصير به أم ولد على الظاهر من قوله في الموضوعين.

والفرق بين أن تنقضي به العدة، ولا تصير به أم ولد أن مقصود العدة استبراء، وذلك موجود فيما وضعت، والمقصود بكونها أم ولد انتشار حرمة الولد إليها، ولا حرمة لما وضعت، فعلى هذا لا يتعلق بما وضعت حكم سوى العدة، ولا تجب فيه غرة، ولا كفارة.

فصل: وأما الفصل الثاني في حكمها بعد كونها أم ولد، فيشتمل على فصلين:

أحدهما: حكمها في حياة السيد.

والثاني: حكمها بعد موته.

فأما حكمها في حياته فتنقسم أربعة أقسام:

أحدها: ما كانت فيه كالحرّة، وذلك في ثلاثة أشياء: في البيع، والرهن، والهبة، فلا يجوز بيعها، ولا رهنها، ولا هبتها، وقد دللنا على البيع، وفيه دليل على المنع من الرهن والهبة.

والقسم الثاني: ما كانت فيه كالأمة، وذلك في ستة أشياء ملك السيد لأكسابها بعقد إجارة، وغير إجارة.

والثاني: التزام نفقتها وكسوتها.

والثالث: استباحة وطئها.

والرابع: في العدة إن وجبت عليها.

والخامس: في شهادتها.

والسادس: في الجناية عليها، فتكون في هذه الأحكام الستة كالأمة.

والقسم الثالث: ما خالفت فيه حكم الحرّة والأمة، وذلك في جنائيتها خطأ يضمنها السيد، ويكون في رقبة الأمة، وذمة الحرّة أو على عاقلتها.

والقسم الرابع: ما اختلف قوله فيه، وذلك في تزويجه لها، وسيأتي حكمه من بعد.

فصل: وأما حكمها بعد موت السيد، فهو تحرير عتقها بموته، سواء مات موسراً أو معسراً، أو تكون معتقة من رأس ماله لا من ثلثه، سواء أولدها في الصحة أو في المرض.

فإن قيل: فإذا كانت الولادة هي الموجبة لعتقها فهلا تحرر عتقها بالولادة، ولم ينتظر به موت السيد.

قيل: لأمرين:

أحدهما: أن لها حقاً بالولادة، وللسيد حق بالملك وفي تعجيل حقها إبطال لحق السيد من الكسب والاستمتاع، وفي تعليقه بموت السيد حفظ للحقين، فكان أولى.

والثاني: أنها استحققت حفظاً لحرية الولد منها، وفي تعجيل عتقها إسقاط لحقها من النفقة، والكسوة، وتحريم الاستمتاع، وفي تأخيرها إلى موت السيد حفظ لحرمتها في التزام النفقة، والكسوة، وبقاء الاستمتاع، والإباحة، فكان تعليقه بموت السيد أولى من تعجيله بوضع الولد، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَوَلَدُ أُمِّ الْوَالِدِ بِمَنْزِلَتِهَا يُعْتَقُونَ بِعِتْقِهَا كَانُوا مِنْ حَلَالٍ أَوْ حَرَامٍ وَلَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُمْ ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ عَتَقُوا بِمَوْتِهِ كَأُمَّهِمْ».

قال الماوردي: وهذا كما قال، أما ولد أم الولد من السيد، فهو حر، لأن ولده من الأمة حر، فكان من أم ولده أولى أن يكون حراً، وأما ولدها من غيره، فيكون إما من زوج، فيكون من حلال، وإما من زنى فيكون من حرام لا يلحق بالزاني، والولد في الحالين من حلال أو حرام في حكم أم الولد في ثلاثة أشياء:

أحدها: أن يكون ملكاً للسيد كأمه.

والثاني: أنه لا يجوز له بيعه كأمه.

والثالث: أنه يعتق بموته كأمه، وإنما كان كذلك، لأن الولد تبع لأمه في الحرية والرق، وحكم أم الولد مشترك بين الحرية والرق، فاقضى أن يكون ولدها تبعاً لها في الحالين فإن قيل: أفليس ولد المدبرة لا يتبعها في أحد القولين، ولا يعتق بموت السيد إن عتقت فهل كان ولد أم الولد بمثابته؟

قيل: لأن الفرق فاصل بينهما من وجهين:

أحدهما: أن حكم أم الولد مستقر، فقوي في اجتذاب الولد إليها، وحكم المدبرة غير مستقر، فضعف عن اجتذاب الولد إليها.

والثاني: أن حرمة أم الولد لأجل البعضية، فانتشرت إلى ولدها، وعتق المدبرة بعقد، والعقود لا تنتشر إلى غير المعقود عليه.

فصل: فإذا تقرر أن ولد أم الولد بمثابته عتق بموت السيد، فإن قيل: فهل تعتجل عتقه لما بينته لأمه في الاستباحة الموجبة، لتأخير عتقها.

قيل: لأنه وإن فقد هذا المعنى فإنه تابع لأمه، ولا يجوز أن يكون حكم التابع أقوى من حكم المتبوع، فلذلك تعلق عتقه وعتق أمه بموت السيد، ولم يتقدم عتقه على عتقها، ولو ماتت الأم قبل موت السيد كان عتق الولد موقوفاً على موت السيد، ولا يبطل بموت أمه بخلاف ولد المكاتب في أحد القولين، للفرق بينهما في استقرار حكم أم الولد، ووقوف حكم المكاتب.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ وَهِيَ أُمَّةٌ حَامِلٌ مِنْهُ ثُمَّ وَضَعَتْ عِنْدَهُ عِتْقٌ وَلَدَهَا مِنْهُ وَلَمْ تَكُنْ أُمٌّ وَلِدٍ لَهُ أَبْدًا حَتَّى تَحْمَلَ مِنْهُ وَهِيَ فِي مِلْكِهِ».

قال الماوردي: وصورتها في حر تزوج أمه، وأحبلها، ثم اشتراها بطل نكاحها،

وعتق ولدها، وهذان الحكمان متفق عليهما، واختلف الفقهاء هل تصير له بالإجبال في حال الزوجية أم ولد بعد الملك أم لا؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي أنها لا تصير له أم ولد بذلك الإجبال حتى يستأنف إجبالها بعد ذلك سواء ملكها حاملاً بالولد أو بعد وضعه.

والمذهب الثاني: ما قاله أبو حنيفة، أنها قد صارت أم ولد بذلك الإجبال سواء ملكها حاملاً أو بعد الوضع.

والمذهب الثالث: ما قاله مالك والمزني، إن ملكها حاملاً صارت به أم ولد وإن ملكها بعد الوضع لم تصر به أم ولد، وقد مضى الكلام والخلاف معهما في كتاب «النفقات»، وتعليل الشافعي في كونها أم ولد أن يكون علوقها منه بحر في ملكه، وعلوقها منه في النكاح إنما هو مملوك صار حراً بعد ملكه، فلذلك لم تصر أم ولد، فأما إذا علقت منه بحر في غير ملك كالواطء بشبهة، وكالأب إذا وطئ جارية ابنه، ففي كونها به أم ولد إذا ملكها قولان:

أحدهما: تكون به أم ولد لعلوقها منه بحر.

والثاني: لا تكون به أم ولد لعلوقها منه في غير ملك.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلِلْمُكَاتِبِ أَنْ يَبِيعَ أُمَّ وَوَلَدِهِ».

قال الماوردي: وصورتها: في مكاتب ملك أمة، وأولدها، فولده منها تبع له يعتق بعته، ويرق برقه، وليس له بيعه، وهل تصير به أم ولد للمكاتب أم لا؟ على قولين مضياً:

أحدهما: تصير به أم ولد، لما ثبت لولدها من سبب الحرية من العتق بعته أبيه، فعلى هذا لا يجوز للمكاتب بيعها، لما ثبت لها من حرمة الولادة منه، ووقف أمرها معه، فإن أدى وعتق استقر كونها له أم ولد، وإن عجز ورق صارت مع المكاتب والولد ملكاً للسيد يجوز له بيعهم.

والقول الثاني: لا تصير أم ولد للمكاتب بهذا الإيلاد، لأن ولدها قبل عتق أبيه مملوك، وإن منع من بيعه، فلم تثبت له حرمة تنتشر إلى أمه، فعلى هذا يجوز للمكاتب بيعها قبل عتقه وبعده إلا أن يستأنف إجبالها بعد العتق، فتصير حينئذ أم ولد لا يجوز له بيعها.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَوْصَى رَجُلٌ لَأُمِّ وَوَلَدِهِ أَوْ لِمُدَبَّرِهِ

يُخْرِجُ مِنَ الثَّلْثِ فِيهَا جَائِزَةٌ لِأَنَّهَا يُعْتَقَانِ بِمَوْتِهِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، يجوز أن يوصي السيد لأم ولده، لأنها تعتق بموته، وملك الوصية يكون بالقبول بعد موته، وهي فيما بعد موته حرة، فكانت الوصية لها كالوصية لسائر الأحرار، وتكون الوصية لها من الثلث، والوصية له من الثلث وإذا كان كذلك لم يخل حال الثلث من أربعة أقسام:

أحدها: أن يتسع لقيمة المدبر، ولقدر الوصية، فيعتق المدبر بموت سيده، ويملك جميع الوصية بقبوله بعد موته.

والقسم الثاني: أن يضيق الثلث عنهما، ويتسع لأحدهما، فيقدم عتقه على الوصية له لأمرين:

أحدهما: أن عتقه يقع بالموت، والوصية تملك بعد الموت، فصار العتق سابقاً لملك الوصية فلذلك قدم عليها.

والثاني: أن في تقديم الوصية على العتق إبطالاً لها وللعتق، لأنه إذا لم يعتق وصار مملوكاً بطلت الوصية له، لأنها تصير وصية للورثة فأبطلنا الوصية له، وأمضينا عتقه.

والقسم الثالث: أن يتسع الثلث لأحدهما وبعض الآخر، فيكمل عتقه من الثلث، ويكون باقي الثلث في وصيته، ليكون العجز داخلاً على وصيته دون عتقه.

والرابع: أن يضيق الثلث عنهما ويتسع لبعض أحدهما، فيكون ما احتمله الثلث مصروفاً في عتقه، فيعتق منه بقدره، ويوقف باقيه، وتبطل الوصية له.

فصل: ولو أوصى لأم ولد غيره، ولمدبر غيره صحت الوصية لهما، فإن عتقا بموت سيدهما قبل موت الموصي، كانت الوصية لهما وملكاها بقبولهما، وإن مات الموصي قبل عتقهما كانت الوصية لسيدهما، لأن الوصية للعبد وصية لسيده، فإذا قبلها السيد ملكها، ولذلك جوزنا أن يوصي الرجل لعبد غيره، ولم نجوز أن يوصي لعبد، لأنها تصير وصية لوارثه.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَلَوْ جَنَّتْ أُمُّ الْوَلَدِ جَنَايَةً ضَمِنَ السَّيِّدُ الْأَقْلَ مِنَ الْأَرْضِ أَوْ الْقِيَمَةِ».

قال الماوردي: وهذا صحيح، جناية أم الولد مضمونة على سيدها، لأنه أحدث فيها ما منع من بيعها، ولم يبلغ به العتق الذي يتعلق الحق فيه بذمتها، فصارت كالأمة القن إذا منع السيد من بيعها يلتزم بالمنع غرم جنائيتها.

وإذا كان كذلك ضمن جنائيتها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرض جنائيتها، وخالفت

العبد القن إذا منع من بيعه في الجناية أنه يضمن في أحد القولين جميع جنايته، ولو كانت أضعاف قيمته، لأن بيع أم الولد غير مقدور عليه، فصار ضمانها ضمان إتلاف لا يلزم فيه أكثر من القيمة، وخالفت العبد المقدور على بيعه، لأنه يجوز أن يشتريه راغب بأكثر من قيمته، فلذلك ضمن سيده بالمنع جميع جنايته.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَدَّى قِيمَتَهَا ثُمَّ عَادَتْ فَجَنَّتْ فِيهَا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّ إِسْلَامَهُ قِيمَتَهَا كَأِسْلَامِهِ بِدَنَهَا وَيَرْجِعُ الْمَخْنِيُّ عَلَيْهِ الثَّانِي بِأَرْشِ جِنَايَتِهِ عَلَى الْمَخْنِيِّ عَلَيْهِ الْأَوَّلِ فَيَشْتَرِكَا فِيهَا بِقَدْرِ جِنَايَتَيْهِمَا ثُمَّ هَكَذَا كُلَّمَا جَنَّتْ وَيَدْخُلُ فِيهِ أَنَّ إِسْلَامَهُ قِيمَتَهَا كَانَ كَأِسْلَامِ بِدَنَهَا إِلَى الْأَوَّلِ لَزِمَ الْأَوَّلُ إِخْرَاجَهَا إِلَى الثَّانِي إِذَا بَلَغَ أَرْشُ الْجِنَايَةِ قِيمَتَهَا، وَالثَّانِي أَنَّهُ يَدْفَعُ الْأَقْلَّ مِنْ قِيمَتِهَا أَوْ الْجِنَايَةَ فَإِنْ عَادَتْ فَجَنَّتْ وَقَدْ دُفِعَ الْأَرْشُ رَجَعَ عَلَى السَّيِّدِ وَهَكَذَا كُلَّمَا جَنَّتْ (قَالَ الْمَرْزُوقِيُّ) وَالثَّانِي أَشْبَهُ عِنْدِي بِالْحَقِّ لِأَنَّ إِسْلَامَ قِيمَتِهَا لَوْ كَانَ كَأِسْلَامِ بِدَنَهَا لَوَجِبَ أَنْ تَكُونَ الْجِنَايَةُ الثَّانِيَةُ عَلَى قِيمَتِهَا وَبَطَلَتْ الشَّرْكَةُ وَفِي إِجْمَاعِهِمْ عَلَى إِبْطَالِ ذَلِكَ إِبْطَالُ هَذَا الْقَوْلِ وَفِي إِبْطَالِهِ ثُبُوتُ الْقَوْلِ الْآخِرِ إِذْ لَا وَجْهَ لِقَوْلِ ثَالِثٍ نَعْلَمُهُ عِنْدَ جَمَاعَةِ الْعُلَمَاءِ مِمَّنْ لَا يَبِيعُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ فَإِذَا أَفْتَكَهَا رَبُّهَا صَارَتْ بِمَغْنَاهَا الْمُتَقَدِّمَ لَا جِنَايَةَ عَلَيْهَا وَلَا سَيِّدَهَا بِهَا فَكَيْفَ إِذَا جَنَّتْ لَا يَكُونُ عَلَيْهَا مِثْلُ ذَلِكَ قِيَاسًا (قَالَ الْمَرْزُوقِيُّ) وَقَدْ مَلَكَ الْمَخْنِيُّ عَلَيْهِ الْأَرْشَ بِحَقِّ فَكَيْفَ يَجْنِي غَيْرُهُ وَغَيْرُ مَلِكِهِ وَغَيْرُ مَنْ هُوَ عَاقِلُهُ لَهُ فَيَجِبُ عَلَيْهِ غَرْمُهُ أَوْ غَرْمُ شَيْءٍ مِنْهُ».

قال الماوردي: اعلم أنه لا تخلو جناية أم الولد إذا تكررت من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تتكرر قبل غرم الأرش، فيكون السيد ضامناً لأروش الجنائيات كلها، وإن كثرت بأقلّ الأمرين من قيمتها أو أروش جنائياتها، ولا يلتزم السيد من الغرم أكثر من قيمتها لا يختلف فيه قول الشافعي، لأن وجوب الأرش في حق الجماعة كوجوبه في حق الواحد.

والقسم الثاني: أن تتكرر جنائيتها بعد غرمها، وقبل استيفاء قيمتها، فيضمن السيد غرم الجناية الثانية والثالثة، كما ضمن غرم الأولة حتى يستوعب غرم جميع القيمة سواء اتفقت الجنائيات أو اختلفت مثل أن تكون الجناية الأولة نصف قيمتها، والثانية ثلث قيمتها، والثالثة ربع قيمتها، فيغرم أرش كل جناية منها حتى يستكمل غرم جميع قيمتها.

والقسم الثالث: أن تتكرر جنابيتها بعد غرم جميع قيمتها في الجنابة الأولى، وهو مسألة الكتاب ففيه قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني أنه يغرم في الجنابة الثانية بأقل الأمرين، وكذلك لو جنت مائة جنابة بعد غرم ما تقدمها ضمن كل واحد منهن بأقل الأمرين، لأمرين:
أحدهما: أن ما أوجب الغرم في الجنابة الأولى موجود فيما بعدها، فوجب أن يكون الغرم كالتي قبلها.

والثاني: أن الأول قد ملك ما أخذه من الأرش، والجاني غيره، فلم يجز أن يؤخذ بأرش جنابيته.

والقول الثاني: أن السيد لا يلتزم غرم أكثر من قيمة واحد، ويرجع الثاني على الأول، فيشركه فيما أخذه، ويرجع الثالث على الأول والثاني، فيشركهما، كالشفعة إذا استحقتها ثلاثة، وحضر أحدهم فأخذها ثم قدم ثان شارك الأول فيها، فإذا قدم الثالث شارك الأول والثاني، وإنما لم يغرم السيد أكثر من قيمة واحدة لأمرين:
أحدهما: أنه في حكم المتلف، ولا يلزم المتلف أكثر من قيمة ما أتلف.

والثاني: أن تسليم قيمتها كتسليم بدنها، وهو إذا سلم بدن عبد قد جنى ثم عاد فجنى اشترك جميعهم في بدنه، كذلك إذا سلم القيمة ثم تكررت الجنابة اشترك جميعهم في القيمة، فإن تساوت أروش جنابياتهم تساوا في القيمة، وإن تفاضلت تفاضلوا بقدرها في القيمة، ولا يمتنع أن يرجع الثاني على الأول بأرش جنابيته، ويرجع الثالث على الأول والثاني، وإن لم يكن واحد منهما جانياً كما لو حفر رجل بئراً في أرض لا يملكها ثم مات فسقطت فيها بهيمة ضمن قيمتها في تركته، فلو استوعبت القيمة جميع تركته ثم سقطت فيها بهيمة ثانية رجع الثاني على الأول، فشاركه في القيمة، فإن سقطت فيهما بهيمة ثالثة رجع الثالث على الأول والثاني فشاركهما في القيمة، وليس أحد منهما جانياً، وبهذا يفسد ما استدل به المزني والله أعلم.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِنْ أَسْلَمَتْ أُمُّ وَلَدِ النَّصْرَانِيِّ حَيْلَ بَيْنَهُمَا وَأُخِذَ بِفَقَّتِهَا وَتَعْمَلُ مَا يَعْمَلُ لَهُ مِثْلُهَا فَإِنْ أَسْلَمَ حُلِيِّ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ وَإِنْ مَاتَ عُتِقَتْ».

قال الماوردي: إذا أولد النصراني أمته النصرانية صارت أم ولد له يحرم عليه بيعها، وحكمها حكم أمهات الأولاد فإن أسلمت، فقد اختلف الفقهاء فيها بعد الإسلام، فذهب الشافعي رضي الله عنه إلى أنها تكون في حكم أمهات الأولاد لا يحدث لها الإسلام عتقاً ولا استسعاء.

وقال مالك: تعتق بالإسلام.

وقال أبو حنيفة: تستسعى في قيمتها وتعتق بعد أدائها.

وقال أبو يوسف ومحمد: تعتق وتستسعى في القيمة بعد العتق.

وقال الأوزاعي: يعتق نصفها وتستسعى في النصف بنصف قيمتها، وقد مضى الكلام معهم بما أغنى.

وإذا كان الإسلام لا ينافي الرق في العبد القن فأولى أن لا ينافيه في أم الولد، وإذا لم يتنافيا وجب أن تكون بعد الإسلام على حكمها قبله غير أنه يمنع من استخدامها والاستمتاع بها، لتحريم المسلمة على النصراني إلا أن يسلم معها، فيجوز أن يستمتع بها، وهو قبل الإسلام ممنوع من الخلوة بها، وتوضع على يد امرأة ثقة، ولا يجوز بيعها عليه، لأن بيع أم الولد لا يجوز، ولكن يؤخذ بعقدها جبراً، وعلى السيد نفقتها، وله كسبها، فإن مات عتقت بموته، وكان ولاؤها له ثم لعصبته. والله أعلم.

فصل: فإذا ملك المسلم مجوسية، فإن وطئها، فلا حد عليه لأجل الخلاف فيه، وإن كان ضعيفاً، وإن أولدها لحق به ولدها، وإن حرم وطؤها، وصارت له أم ولد كالمسلمة، ولو ملك ذات رحم محرم من نسب أو رضاع حرم وطؤها، وإن كان مالكاً، فإن أولدها لحق به ولدها، وكان حراً، وصارت به أم ولد، وفي وجوب حده إن كان عالماً بالتحريم قولان:

أحدهما: لا حد عليه، لأن وطأه صادق ملكه.

والقول الثاني: عليه الحد لانعقاد الإجماع على تحريمها عليه، وليس موضع يلحق فيه مع وجوب الحد إلا في هذا الموضع على هذا القول، فصار لمخالفة الأصول ضعيفاً.

مسألة: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «فَإِذَا تُوْفِي سَيِّدُ أُمِّ الْوَلَدِ أَوْ أَعْتَقَهَا فَلَا عِدَّةَ وَتُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْحَيْضِ فَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ أَحَبُّ إِلَيْنَا (قَالَ الْمُزَنِّي) قُلْتُ أَنَا قَدْ سَوَى الشَّافِعِيُّ بَيْنَ اسْتِبْرَاءِ الْأَمَةِ وَعِدَّةِ أُمِّ الْوَلَدِ فِي كِتَابِ الْعَدَدِ وَجَعَلَهَا حَيْضَةً فَأَشْبَهُ بِقَوْلِهِ إِذَا لَمْ يَكُونَا مِنْ أَهْلِ الْحَيْضِ أَنَّ يَقُومَ الشَّهْرُ فِيهِمَا مَقَامَ الْحَيْضَةِ كَمَا قَالَ إِنْ الشَّهْرُ فِي الْأَمَةِ يَقُومَ مَقَامَ الْحَيْضَةِ وَقَدْ قَالَ فِي بَابِ اسْتِبْرَاءِ أُمِّ الْوَلَدِ فِي كِتَابِ الْعَدَدِ لَا تَحِلُّ أُمُّ الْوَلَدِ لِلْأَزْوَاجِ إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ إِلَّا بِشَهْرٍ وَهَذَا أَوْلَى بِقَوْلِهِ وَأَشْبَهُ بِأَصْلِهِ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: وهذا كما قال: إذا مات سيد أم الولد عتقت بموته، ولزمها الاستبراء، لأنها قد كانت فراشاً للسيد، فأوجب زواله أن تستبرئ كالزوجات والإماء. واختلف الفقهاء في قدر الاستبراء، فمذهب الشافعي أنها تستبرئ نفسها بحيضة كالأمة.

وقال أبو حنيفة: تستبرئ نفسها بثلاثة أقراء كالحررة من طلاق.

وقال سفيان: تستبرئ نفسها بقرءين.

وقال الأوزاعي وإسحاق بن راهويه تستبرئ نفسها بأربعة أشهر وعشر عدة الوفاة، وبه قال عبد الله بن عمرو بن العاص، وقد مضت هذه المسألة في العدد بما أفنع.

وإذا كان الاستبراء عن وطء في ملك لم تكن فيه إلا كالأمة، ولا يتعين بحدوث الحرية كما لو أعتقت الأمة المستبرأة.

فصل: وإذا تقرر أنها في الاستبراء كالأمة لم يخل حالها من أن تكون حاملاً، أو حائلاً، فإن كانت حاملاً فاستبرأؤها بوضع الحمل، لأنه يستوي فيه استبراء الأمة وعدة الحررة، وإن كانت حائلاً لم يخل حالها من أن تكون من ذوات الحيض أو مؤيسة فإن كانت من ذوات الحيض استبرأت نفسها بحيضة واحدة كالأمة، وإن كانت مؤيسة ففي استبراء نفسها قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني أنها تستبرئ نفسها بشهر واحد، لأن كل حيضة في العدة، تقابل شهراً كالحررة تعتد بثلاثة أشهر عن ثلاثة أقراء.

والقول الثاني: تستبرئ نفسها بثلاثة أشهر، لأنه أقل الزمان الذي يعلم فيه استبراء الرحم، لقول النبي ﷺ: «يَكُونُ خَلْقُ أَحَدِكُمْ نُطْفَةً أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ عَلَقَةٌ أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ مُضْغَةٌ أَرْبَعِينَ يَوْمًا» فصار انعقاده مضغاً في الشهر الثالث، فلذلك تقدر الاستبراء بثلاثة أشهر، واستوت في الحررة والأمة كاستوائها في الحمل، وكذلك لو عجل السيد عتقها استبرأت نفسها كما لو مات.

مسألة: قَالَ الْمَزْنِيُّ: قُلْتُ أَنَا: «قَدْ قَطَعَ فِي خُمْسَةِ عَشَرَ كِتَابًا بِعِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَوَقَّفَ فِي غَيْرِهَا».

قال الماوردي: أما مذهب الشافعي، فلم يختلف في قديم ولا جديد في عتق أمهات الأولاد بموت السيد، وتحريم بيعهن في حياته وقد نص عليه في الكتب التي ذكرها المزني. وأما قوله: «ووقف في غيرها»، فلاصحابنا في الجواب عنه ثلاثة أجوبة:

أحدها: أنه سهو منه في النقل، وأنه لم يقف عنه في شيء من كتبه.

والثاني: أنه توقف حكاية عن غيره ممن يقف في عتقهن، ومنع جواز بيعهن.

والثالث: أنه توقف استيضاحاً بحكم الاجتهاد، وإفساداً لدعوى الإجماع رداً على مالك في ادعائه الإجماع في تحريم بيع أمهات الأولاد بناءً على أصله في أن الإجماع إجماع أهل المدينة، وأن من خالفهم من غيرهم محجوج لا ينتقض به إجماعهم، لأن علياً عليه السلام استجد خلافه في جواز بيعهن بالكوفة بعد أن وافق أبا بكر وعمر بالمدينة، فلم يعتد مالك بخلافه بعد خروجه عنها، والشافعي يخالفه فيما يعتقده من الإجماع في تحريم بيعهن، وفيما يراه من إجماع أهل المدينة فيهن يعني الرد عليه في الأمرين من غير توقف في حكم العتق، وتحريم البيع، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمُزْنِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «وَقَالَ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ الْقَدِيمِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَقَالَ فِي هَذَا الْكِتَابِ إِنَّا كَالْمَمْلُوكَةِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهَا إِلَّا أَنَّهَا لَا تُبَاعُ وَفِي كِتَابِ الرَّجْعَةِ لَهُ أَنْ يَخْتَدِمَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ (قَالَ الْمُزْنِي) قُلْتُ أَنَا: وَهَذَا أَصْحَحُ قَوْلُهُ لِأَنَّ رَفْعَهَا لَمْ يَزَلْ فَكَذَلِكَ مَا كَانَ لَهُ مِنْ وَطْئِهَا وَخِدْمَتِهَا وَإِنْكَاحِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا لَمْ يَزَلْ. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ».

قال الماوردي: أما استخدام السيد لها واستمتاعه بها، فمما لم يختلف مذهب الشافعي في جوازه كما لم يختلف مذهبه في عتقها لموته وتحريم بيعها في حياته، وأما تزويجه بها، فلا يصح لأنه مستبيح لها بالملك، فلم يثبت له عليها نكاح كالأمة، ولكن لو أعتقها جاز له أن يتزوجها لأنها قد حرمت عليه بالعتق، فجاز أن يستبيحها بالنكاح.

فأما إذا أراد أن يتزوجها بزواج، ففيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: قاله في الجديد، واختاره المزيني يجوز أن يتزوجها جبراً، وإن لم تأذن، لأنه يملك الاستمتاع بها كما يملك استخدامها، فجاز أن يعقد على استمتاعها بالنكاح، كما يجوز أن يعقد على استخدامها بالإجازة، ولأن المهر من كسبها، فلم يكن لها تفويته على سيدها كسائر أكسابها.

والقول الثاني: قاله في القديم يجوز أن يتزوجها بإذنها، وليس له إجبارها، لأن منعه من بيعها قد أوهن تصرفه فيها، فمنع من الإجبار لضعف تصرفه فيها.

والقول الثالث: لا يجوز أن يتزوجها وإن أذنت، لنقصان كل واحد منهما عن حال الكمال، فعلى هذا هل يتزوجها الحاكم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الإصطخري: يجوز له تزويجها إذا رضيت ورضى

سيدها، ولا يجوز أن يزوجه إذا لم يجتمعا على الرضا، لأن الحاكم يملك من عقود المناكح ما ضعف عنه الأولياء.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لا يجوز للحاكم تزويجها لأنه لما منع من تزويجها إذا لم يجتمعا على الرضا منع منه وإن اجتمعا عليه لضعف كل واحد منهما أن يكون لإذنه تأثير.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من عقد نكاحها. فإن قيل: بأنه لا يصح كانت مقصورة على استمتاع السيد إن شاء، وهي محرمة على غيره إلا بعد العتق، وإن قيل: بجواز تزويجها كان صحة العقد عليها معتبراً بتقدم الاستبراء، لأنها قد كانت فراشاً للسيد فلم يجز العقد عليها إلا بعد زواله بالاستبراء، فإن عقد قبل الاستبراء بطل النكاح، لأن لا يصير الفراش مشتركاً ومهرها إذا صح العقد ملك للسيد دونها، لأنه من جملة كسبها، وكذلك لو وطئت بشبهة ووجب بها المهر كان ملكاً للسيد.

فصل: فأما تزويج ولد أم الولد من غير السيد، فقد ذكرنا أنه في حكمها في عتقه، والمنع من بيعه، فإن كان الولد جارية كان في تزويج السيد لها ما قدمناه من الأقاويل الثلاثة كالأم، لكن يجوز أن يزوجه من غير استبراء لأنها ليست فراشاً للسيد بخلاف الأم، وإن كان الولد غلاماً لم يكن للسيد إجباره على النكاح، لأنه ليس بكسب فيجبره عليه بخلاف الأم، وليس لهذا الغلام أن يتزوج بغير إذن السيد، لما عليه من الرق، وفي جواز تزويجه بإذن السيد وجهان تخريجاً من الأقاويل في أمه والله أعلم بالصواب.

ونسأله التوفيق فيما توخيناه وكتبناه من هذا الكتاب، والحمد لله رب العالمين، وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

آخر ما ذكرناه والحمد لله رب العالمين كثيراً
هذا آخر كتاب الحاوي والحمد لله على ما يسر
من إكماله، وصلى الله على سيدنا محمد
وآله وصحبه وسلم