كتاب المكاتب

قال : وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبًا .

م: (كتاب المكاتب)

ش: المناسبة بين الكتابين كون كل منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة يخرج النكاح والطلاق والعتاق على مال ، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة قبل ذكره عقب العتاق كان أنسب ، لأن في الكتابة الولاء ، والولاء حكم من أحكام العتق .

ورد بأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض ، والكتابة ليست كذلك ، بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للإجارة ، لأن نسبة الذاتيات أولى من العرضيات ، وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط ، فكان أنسب بالتقديم .

ثم الكتابة مأخوذ من الكتاب وهو الجمع ، يقال كتبت البغلة إذا جمعت بين شفريها بحلقة ، ومنه كتبت الكتاب ، لأنه جمع الحروف ، وسمي هذا العقد كتابة لما فيه من جمع النجم إلى النجم . وقيل : سمي كتابة لما يكتب فيه من الكتاب على العبد للمولى وللمولى على العبد .

فإن قيل : سائر العقود يوجد فيها معنى الكتابة فلم لا يسمى بهذا الاسم ؟

أجيب : بأنه لا يبطل التسمية كالقارورة سميت بهذا الاسم لقرار المائع فيها ، ولم يسم الكوز ونحوه قارورة وإن كان يقر المائع فيه لئلا تبطل الأعلام .

وشرعًا هو عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه يوجب التحرير يدًا في الحال ، ورقبة في المآل ، ولا يلزم عليه تعليق العتق على مال ، لأنه لا يحتاج فيه إلى لفظ الكتابة ، بل يحصل بقوله أعتقتك على كذا .

والفرق بينهما في الحكم أن الكتابة عقد يقال ويفسخ ، بخلاف العتق ، لأنه من جانب المولى يمين والمكاتب بملك كتابة عبد أو المعتق على مال .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبًا**) ش: إنما استعمل هذا من باب المفاعلة التي تقتضي الاشتراك بين الاثنين ، لأن المولى كتب على نفسه العتق والعبد الأداء فاشتركا في أصل الفعل فالمولى مكاتب بكسر التاء ، والعبد مكاتب بفتحها ، ويأتي الآن بيان القيود التي فيه .

أما الجواز فلقوله تعالى :﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾ (النور : الآية ٣٣) ، وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء ، وإنما هو أمر ندب هو الصحيح ، وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط ، إذ هو مباح بدونه . أما الندبية فمعلقة به ، والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه وإن كان يصح لو فعله .

م: (**أما الجواز**) ش: أي جواز الكتابة يعني الدليل على جوازها م: (**فلقوله تعالى ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً ﴾** (النور : الآية ٣٣)) ش: أي كاتبوا الذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم ودلالة هذا على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب ، سواء كان الأمر للوجوب أو لغيره .

ولما كان مقصود المصنف - رحمه الله - بيان أن عقد الكتابة أمر مندوب أو واجب تعرض لذلك بقوله م: (**وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء**) ش: أي قوله ﴿فكاتبوهم﴾ ليس أمر إيجاب ، واحترز بقوله الفقهاء عن داود الظاهري ومن تابعه ، وعمرو بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب عن الشافعي - رحمه الله - ورواية عن أحمد -رحمه الله - فإنهم قالوا تجب الكتابة إذا سئل العبد ، وكان ذا أمانة وذا كسب ، لأن الأمر للوجوب .

ونفى المصنف ذلك بقوله : م: (**وإنما هو أمر ندب هو الصحيح**) ش: احترز به عن قول بعض مشايخنا إن الأمر للإباحة ثم بين ما يلزم من المحذور من هذا القول بقوله م: (**وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط**) ش: وهو قوله تعالى ﴿ إن علمتم فيهم خيراً ﴾ (النور : الآية ٣٣) .

م: (**إذ هو**) ش: أي عقد الكتابة م: (**مباح بدونه**) ش: أي بدون الشرط . تقريره أن في الحمل على الإباحة ألغى الشرط ، لأنها ثابتة بدونه بالاتفاق ، وكلام الله تعالى منزه عن ذلك . وفي الحمل على الندب إعمال له ، لأن الندبية معلقة به ، وهو معنى قوله م: (**أما الندبية فمعلقة به**) ش: أي بالشرط ، وبين ذلك بقوله م: (**والمراد بالخير المذكور**) ش: يعني في قوله تعالى : ﴿ إن علمتم فيهم خيراً ﴾ .

م: (**على ما قيل : أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق ، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه**) ش: بأن كان غير أمين ولا مشتغل بالكسب م: (**وإن كان يصح لو فعله**) ش: واصل بما قبله ، يعني وإن كان يضر بهم لو فعل المولى عقد الكتابة صح ، وفسرت الثلاثة الخيرية بمثل قولنا وهي الأمانة والكسب ، وبه قال عمرو بن دينار .

وعن ابن عباس -رضي الله عنهما - وابن عمر ، وعطاء : الخير الكسب خاصة . وعن الثوري والحسن البصري أنه الأمانة والدين خاصة ، وقيل هو الوفاء والأمانة والصلاح . وإذا فقد الأمانة فالكسب لا يكره عندنا . وبه قال الشافعي ومالك -رحمهما الله - . وقال أحمد

وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه . ولا يعتق إلا بأداء كل البدل لقوله عليه الصلاة والسلام: « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد » وقال عليه الصلاة والسلام : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » ،

وإسحاق وأبو الحسين بن القطان من أصحاب الشافعي -رحمه الله- يكره .

م: (**وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه ، فلا بد من التزامه**) ش: وبه قالت الثلاثة - رحمهم الله - م: (**ولا يعتق إلا بأداء كل البدل**) ش: وهذا قول جمهور الفقهاء م: (**لقوله عليه الصلاة السلام : « أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد »**) ش: هذا الحديث أخرجه الأربعة : وأبو داود والنسائي في العتق والترمذي في «البيوع» ، وابن ماجة في « الأحكام» عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « **أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق فهو عبد وإذا عبد كاتب على مائة دينار فأداها إلا عشرة دنانير فهو عبد** »[1] . هذا لفظ أبي داود .

ولفظ الترمذي سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **من كاتب عبدًا على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق ، أو قال عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق** » ، وقال غريب .

ولفظ ابن ماجة « **أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها إلا عشرة أواق ثم عجز فهو رقيق** » . وأخرجه الدارقطني في سننه عن ابن عباس الحريري ، عن عمرو بن شعيب به وكذلك الحاكم في المستدرك وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه كلاهما بلفظ أبي داود .

م: (**وقال عليه الصلاة والسلام : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم**) ش: هذا أخرجه أبو داود في العتاق عن إسماعيل بن عياش عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال : « **المكاتب عبد ما بقي من كتابته درهم** »[2] ، وفيه إسماعيل بن عياش لكنه عن شيخ شامي وهو ثقة .

وأخرجه ابن عدي في « الكامل » عن سليمان بن أرقم عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أم سلمة أنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **المكاتب عبد ما بقي عليه درهم أو أوقية** » ، وسليمان بن أرقم ضعيف .

---

(١) حسن : رواه أبو داود (٣٩٢٦) ، والترمذي (١٢٨٣) ، وابن ماجة (٢٥١٩) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(٢) رواه أبو داود (٣٩٢٩) من طريق إسماعيل بن عياش عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . . . مرفوعًا .

قلت: وإسناده حسن . وأخرجه ابن عدي في الكامل (٣/ ٢٥٢) ، وفيه سليمان بن أرقم وهو متروك .

وعن أحمد وأبي داود والنسائي وابن معين أنه متروك . وقال ابن عدي : ولعل البلاء فيه من المسيب بن شريك وهوالذي رواه عن سليمان ، فإنه أشر من سليمان .

وروى مالك - رحمه الله - في « الموطأ » عن نافع عن ابن عمر موقوفًا : «**المكاتب عبد ما بقي عليه شيء من كتابته**»[1] ، وأخرجه ابن أبي شيبة موقوفًا على عمر وابن عمر وعلي وزيد بن ثابت وعائشة -رضي الله عنهم - لم يروه مرفوعًا أصلا . والعجب من الأترازي - رحمه الله- بقوله : وقوله قال ﷺ : « **المكاتب عبد ما بقي عليه درهم** » من كلام زيد بن ثابت .

ثم نقول ولكن روى الشيخ أبو جعفر الطحاوي - رحمه الله - في « شرح الآثار» وقال حدثنا الخطاب بن عثمان قال حدثنا إسماعيل بن عياش عن سليمان بن سليم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال : « **المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم** » ، فنفى أولاً أن يكون هذا مرفوعًا إلى النبي ﷺ ، ثم استدرك وقال: رواه الطحاوي .

م: (**وفيه اختلاف الصحابة -رضي الله عنهم** -) ش: أي وفي وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة -رضي الله عنهم - ، فعند ابن عباس -رضي الله عنهما - يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه يعني يعتق بنفس العقد ، وهو غريم المولى بما عليه من بدل الكتابة .

روى عبد الرزاق في « مصنفه » عن عكرمة بن عمار عن يحيى بن أبي كثير أن ابن عباس- رضي الله عنه - قال : إذا بقي عليه خمس أواق أو خمسة أوسق فهو غريم . وعند ابن مسعود يعتق إذا أدى قيمة نفسه ، وروى عبد الرزاق أيضًا عن المغيرة عن إبراهيم عن ابن مسعود قال : إذا أدى قدر ثمنه فهو غريم ، وعند زيد بن ثابت لا يعتق ولو بقي عليه درهم ، وهو الذي اختاره أصحابنا ، أشار إليه بقوله : م: (**وما اخترناه قول زيد -رضي الله عنه-**) ش: أي زيد بن ثابت - رضي الله عنه - ، وإنما اختاره لأنه مؤيد بالأحاديث التي ذكرناها آنفًا ، وبه قال الثلاثة أيضًا .

وحديث زيد أخرجه الشافعي - رحمه الله - في« مسنده» أخبرنا ابن عيينة عن ابن نجيح عن مجاهد أن زيد بن ثابت -رضي الله عنه - قال في المكاتب: هو عبد ما بقي عليه درهم ، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا سفيان الثوري عن ابن نجيح به سواء ومن طريق الشافعي- رحمه الله - رواه البيهقي في «سننه » ، ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه » أخبرنا ربيع عن سفيان به وذكره البخاري في «صحيحه» تعليقًا فقال : وقال زيد بن ثابت : هو عبد

(١) رواه مالك في الموطأ في باب المكاتب (ص ٣٠٦) .

ما بقي عليه درهم .

وعند علي - رضي الله عنه - يعتق بقدر ما أدى ، وبه قالت الظاهرية عن عبد الرزاق أخبرنا سفيان الثوري عن طارق بن عبد الرحمن عن الشعبي أن عليًا -رضي الله عنه - قال : في المكاتب يعجز قال يعتق ، وبمثل ما ذهب إليه زيد روي عن عمر وعثمان وابن عمر وعائشة وأم سلمة -رضي الله عنهم ، روى ابن أبي شيبة في «مصنفه » حدثنا خالد الأحمر عن ابن أبي عروبة عن قتادة عن معمر الجهني عن عمر -رضي الله عنه - قال : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » .

وأخرج أيضًا عن يزيد بن هارون عن عباد بن منصور عن حماد بن إبراهيم عن عثمان - رضي الله عنه - قال : المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . وأخرج عبد الرزاق عن ابن جريح أخبرني عبد الكريم بن أبي المحارق أن زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة -رضي الله عنهم - كانوا يقولون: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . وأخرج أيضًا عن ابن معشر عن سعيد المقبري عن أم سلمة زوج النبي ﷺ قالت : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » .

م: (**ويعتق بأدائه**) ش: أي يعتق المكاتب بأدائه جميع بدل الكتابة م: (**وإن لم يقل المولى إذا أديتها فأنت حر**) ش: الضمير في أديتها يرجع إلى الألف مثلا أو نحوها ، ويرجع إلى المال، ولكن التأنيث باعتبار المكاتبة ، فإن المكاتبة قد تطلق على البدل ، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - .

وقال الشافعي - رحمه الله - : لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا إن أديته فأنت حر . وفي «شرح الوجيز» : ولو لم يصرح بتعليق العتق بالأداء ولكن نواه عليه في كاتبتك على كذا صحت الكتابة ، وإن لم يصرح بالتعليق ولا نواه لم يحصل العتق ولم تصح الكتابة .

وعن بعض الصحابة إن كان الرجل فقيهًا صحت كتابته بمجرد لفظ كاتبتك على كذا وإلا فلا بد من تعليق الحرية أو بيته ، وأصلا لاختلاف راجع إلى تفسير الكتابة شرعًا ، فعند ضم نجم إلى نجم فلو صرح وقال : ضربت عليك ألفًا على أن تؤديها إلي في كل شهر كذا لا يعتق .

وكذا إذا قال : كاتبتك ولم يقل : إن أديت إلي فأنت حر لا يعتق ، فكذا هنا . وعندنا هو ضم حرية اليد إلي حرية الرقبة عند الأداء فلا يحتاج إلى تعليق العتق بالأداء كما في « مبسوط » شيخ الإسلام .

لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع

م: (لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به) ش: أي بالشرط ، وهو قوله: إن أديت أو إذا أديت ، وقد حققنا أصلا الخلاف الآن . وفي شرح « الكافي »: والحاصل أنه إذا قال لعبده: كاتبتك على ألف درهم على أن تؤدي إلي كل شهر كذا فأنت حر ، فإنه يكون كتابة ، لأن معنى الكتابة ليس إلا الإعتاق على مال مؤجل بنجم بنجوم معلومة ولكن إنما يجوز إذا قبل الكتابة ، لأنه عقد معاوضة فلا بد من الإيجاب والقبول .

وكذلك لو قال كاتبتك على ألف درهم ونجمه وسمى النجوم وقبل العبد فإنه يكون كتابة وإن لم يعلق المعتق بالأداء ولم يقل على أنك إن أديت إلي ألفًا فأنت حر ، لأنه عقد معاوضة فيعتق بحكم المعاوضة لا بحكم الشرط . وعلى قول الشافعي لا بد من التعليق بشرط الأداء . ولو قال لعبده : إن أديت إلي ألفًا فأنت حر فأداه يعتق ، لأن المعتق معلق بالأداء فقد وجد شرطه . قال الكرخي: ولا يكون هذا كتابة وإن كان ثمة معنى الكتابة من وجه ، حتى إن العبد إذا جاء بالبدل فإنه يجبر على قبوله .

أي يصير المولى قابضًا له بالتخلية كما في الكتابة وإن لم يقبل المولى استحسانًا عندنا ، خلافًا لزفر ، فبيان التفرقة بين التعليق والكتابة في مسألة فإنه إذا مات العبد هنا قبل الأداء فترك مالاً فالمال كله للمولى ولا يؤدي عنه فيعتق ، بخلاف الكتابة . وكذا لو مات المولى وفي يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع اكتسابه ، بخلاف الكتابة . ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت فعتقت يعتق ولدها .

ولو قال : العبد للمولى حط عني مائة فحطه المولى عنه فأدى تسعمائة فإنه لا يعتق ، بخلاف الكتابة . ولو أبرأ المولى عن الألف العبد لم يعتق . ولو أبرأ الكاتب عن بدل الكتابة يعتق . ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى إليه يجبر على القبول عند أبي يوسف . وقال محمد في « الزيادات » : لا يجبر على قبولها ، فإن قبلها عتق ، وكذلك لو رد إليه بخيار أو عيب .

وأما الإعتاق على مال فهو خلاف الكتابة وخلاف تعليق العتق بالأداء ، فإنه إذا قال لعبده: أنت حر على ألف درهم فقبل العبد فإنه يعتق من ساعته ويكون البدل واجبًا في ذمته . وكذا إذا قال أنت حر على قيمة رقبتك وقبل ذلك فإنه يعتق من ساعته ويكون البدل واجبًا في ذمته . وكذا إذا قال أنت حر على قيمة رقبتك ، وقيل ذلك فإنه يعتق كذا في « التحفة » وغيره .

م: (كما في البيع) ش: يعني كما يحتاج ثمة إلى قول البائع للمشتري إن ملكتني الثمن ملكت المبيع إن دخول هذا لا لمعنى في مقتضى لفظ البيع ، يعني عن التصريح به بكذا ، هذا لا يحتاج إلى التصريح بقوله إن أديت كذا فأنت حر .

ولا يجب حط شيء من البدل اعتباراً بالبيع

م: (**ولا يجب حط شيء من البدل**) ش: أي من بدل الكتابة عن العبد ، بل هو مندوب وبه قال مالك والثوري . وقال الشافعي وأحمد : يجب به .

وقال أصحاب الظاهر : وفي وقت وجوبه وجهان : أحدهما بعد العتق ، والثاني بعد أداء أكثر البدل ، وقدره الشافعي بما يقع عليه اسم المال لاختلاف أقوال الصحابة في قدر المحطوط والأقل يتنفر ، وكذا قال صاحب « العناية » . وقال الشافعي : يستحق عليه ربع البدل وهو قول عثمان -رضي الله عنه - .

قلت : نص الشافعي ما ذكرناه وحط ربع البدل هو قول أحمد وأسند الشافعي - رحمه الله - بقوله تعالى ﴿ **وآتوهم من مال الله الذي آتاكم** ﴾ (النور : الآية ٣٣) ، ومطلق الأمر للوجوب .

ولنا ما أشار إليه بقوله م: (**اعتباراً بالبيع**) ش: أراد أن عقد الكتابة عقد معاوضة فلا يجب الحط فيه ، كما لا يجب في البيع ، والأمر في الآية للندب ، لأنه معطوف على الأمر بالكتابة ، لأن الأصل أن يكون المعطوف في حكم المعطوف عليه ، كذا في «المبسوط» و«الزيادات» هذه جملة تامة فلا يوجب المشاركة كما في قوله تعالى : ﴿ **وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة** ﴾ (البقرة : الآية ٤٣) .

وأجيب : بأن هذا ليس مثل تلك الجملة ، لأن الثانية مرتبطة بالأولى برجوع الضمير إليها ، فلم تكن مستبدة بنفسها فصح الاستدلال بالعطف ، وفيه نوع تأمل ، والتحقيق أن دلالة الآية على ما ادعاه حقيقة جداً ، لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكاة ، فكأن الله أمرنا أن نعطي المكاتبين في صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء والحط لا يسمى إعطاء ، والمال الذي آتانا الله هو في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين ، فحمله على حط شيء من بدل الكتابة عمل بلا دليل .

وقال ابن حزم في « المحلى » : ناقض الشافعي في قوله حيث حمل قوله تعالى ﴿**فكاتبوهم**﴾ على الندب ، وقوله ﴿ **وآتوهم** ﴾ على الوجوب وهذا محكم انتهى .

وقال ابن جرير الطبري في « التهذيب » : وفي حديث بريرة أيضًا الدلالة على صحة قولنا في قوله تعالى ﴿ **وآتوهم من مال الله** ﴾ (النور : الآية ٣٣) ، يعني من أهل الأموال الذين وجبت في أموالهم الصدقات فأمرهم الله تعالى بإعطاء المكاتبين منها ما فرض لهم فيها بقوله تعالى ﴿**وفي الرقاب** ﴾ ولولا ذلك لم تكن بريرة تسأل عائشة -رضي الله عنها - ، ولا ضرورة لها مع إمكان عجزها عن الكتابة إذا لم تجد سبيلا لا إلى الأداء والرجوع إلى ما كانت عليه من وجوب

قال : ويجوز أن يشترط المال حالاً ويجوز مؤجلاً ومنجمًا . وقال الشافعي : لا يجوز حالاً ولا بد من نجمين ،

نفقتها على مواليها ، ولكنها لما علمت إن شاء الله تعالى ما فرض في أموال أهل الأموال لمن كان بمثل حالها حقًا بقوله تعالى ﴿ وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾ وبقوله ﴿ وفي الرقاب ﴾ تعرضت لطلب ذلك ، وفي ذلك دلالة بينة على أن المراد بقوله تعالى ﴿ وآتوهم ﴾ أهل الأموال .

والدلالة على خطأ من زعم أن قوله تعالى ﴿ وآتوهم ﴾ يعني به أموال المكاتبين خاصة دون سائر الناس غيرهم ، وإنهم أمروا أن يضعوا عنهم من كتابتهم ولولا كان كما قالوا لقال منعوا عنهم من كتابتهم ، ولو كان أمر بإعطائهم من مال الله كتابتهم لقال من مال الله الذي آتاكم ، فإذا لم يكن ذلك محصوراً على أموالهم كان معلومًا أنه خطاب لذوي الأموال بإتيانهم ما فرض الله لهم في أموالهم ، انتهى .

ولئن سلمنا أن المراد بذلك الموالي فالأمر محمول على الندب كما فعل الشافعي - رحمه الله - في قوله تعالى ﴿ فكاتبوهم ﴾ وكما مثل هو وغيره في الأمر بالإشهاد على البيع والكتابة ، وقد قالت بريرة : كاتبت أهلي على تسع وأدنى ، وقالت عائشة -رضي الله عنها - إن أحب أهلك أن أعدها لهم ، فلو كان الحط واجبًا لقال ﷺ : عليها أقل من ذلك إن عليهم أن يحطوا عنها ولأخبر عائشة - رضي الله عنها - بسقوط البعض عنها .

وفي الصحيح أن بريرة جاءت النبي ﷺ تستعين في كتابتها ، فقال ﷺ : «اقضي عنك كتابتك » فدل على وجوب الجميع عليها ولا يرون حطيطه لها منه ، وأعان ﷺ سلمان على كتابته ولم يأخذ مولاه بحط شيء منها ، وكل ما ذكره البيهقي في هذا الباب عن جماعة من الصحابة -رضي الله عنهم - أنهم وضعوا شيئًا من الكتابة فليس في شيء منه أنهم كانوا يرون ذلك واجبًا عليهم فحمل على أنهم فعلوا ذلك على سبيل الندب والفضل .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (ويجوز أن يشترط المال حالاً) ش: أراد بالمال بدل الكتابة م: (ويجوز مؤجلا) ش: بأن يجعله إلى شهر أو شهرين أو سنة أو سنتين م: (ومنجمًا) ش: أي مقسطًا مؤقتًا ، واشتقاقه من النجم وهو الساطع ، ثم سمي به الوقت ، ومنه سمي المنجم ، ثم سمي ما يؤدي فيه من الوظيفة ، ثم منه فقالوا : نجمت المال إذا أديت نجومًا، والكتابة الحالة مثل أن يقول كاتبتك على ألف درهم ، وبه صرح الولوالجي في «فتاواه» ، والكتابة المؤجلة مثل أن يقول كاتبتك على ألف درهم إلى سنة يؤدي كل شهر من النجم، كذا وكل ذلك جائز .

م: (وقال الشافعي : لا يجوز حالاً) ش: غير مؤجل م: (ولا بد من نجمين) ش: وبه قال

لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق ، بخلاف السلم على أصله ، لأنه أهل للملك ، فكان احتمال القدرة ثابتًا ، وقد دل الإقدام على العقد عليها ، فتثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم . ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه ،

أحمد في ظاهر الرواية م: (**لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل**) ش: أي لأن المكاتب لا يقدر على أداء البدل في الحال م: (**لعدم الأهلية قبله للرق**) ش: أي لعدم أهلية الملك قبل عقد الكتابة لأجل الرق ، لأنه كان مملوكًا لا يقدر على شيء وفي زمان يسير لا تثبت القدرة عادة على الكسب على مال كثير .

م: (**بخلاف السلم على أصله**) ش: أي بخلاف السلم على أصل الشافعي - رحمه الله- حيث جوزه م: (**لأنه أهل للملك**) ش: أي لأن المسلم إليه أهل للملك قبل العقد لا يقال هذا إضمار قبل الذكر ، لأنا لا نقول السلم يدل عليه ، لأنه لا تقوم إلا بالمتعاقدين أحدهما المسلم إليه م: (**فكان احتمال القدرة ثابتًا**) ش: وهو عقد جرى بين الحرين والظاهر هو القدرة على ما التزمه م: (**وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت به**) ش: أي إقدام المسلم إليه على عقد السلم عليها أي على القدرة فتثبت أي القدرة .

ولقائل أن يقول : احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت ، لأن المسلمين مأمورون بإعانته والطرق متسعة استدانة وقرض واستيهاب ، واستعانة بالزكاة والكفارات والعشور والصدقات، وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت .

م: (**ولنا ظاهر ما تلونا**) ش: وهوقوله تعالى ﴿ **فكاتبوهم** ﴾ م: (**من غير شرط التنجيم**) ش: والتأجيل فلا جواز على النص بالرأي وبقولنا قال مالك - رحمه الله - وفي «الجواهر» قال أبو بكرة : ظاهر قول مالك - رحمه الله - أن التنجيم والتأجيل شرط فيه ،ثم قال : وعلماؤنا النظار يقولون إن الكتابة الحالة جائزة ويسمونها قطاعة وهو القياس .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن عقد الكتابة م: (**عقد معاوضة والبدل معقود به**) ش: أي بالعقد ، تحرير هذا الكلام أن عقد المعاوضة يعتمد المعقود عليه ولا بد منه ، لأنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز اتباع من لا يملك الثمن وبدل الكتابة معقود به لا محالة م: (**فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه**) ش: أي على الثمن .

والحاصل أن بدل الكتابة ثمن من وجه ، وهذا لا يجوز الاستدلال به على القبض وبيع من وجه ، وهدا عجز عن الأداء يفسخ العقد فوفرنا على الشبهين حظهما لذلك الفسخ عند العجز ،

بخلاف السلم على أصلنا ، لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه . ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ظاهراً ، بخلاف السلم ، لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد إلى الرق . قال : وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الإيجاب والقبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي - رحمه الله - يخالفنا فيه ، وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة ، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء ،لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد ، حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق

ولعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد .

م: (**بخلاف السلم على أصلنا ، لأن المسلم فيه معقود عليه فلابد من القدرة عليه**) ش: لما ذكرنا أن العقد يعتمد ولا بد منه م: (**ولأن مبنى الكتابة على المساهلة**) ش: لأنه عقد كرم ، إذ العبد وما يملكه لمولاه م: (**فيمهله المولى ظاهراً ، بخلاف السلم ، لأن مبناه**) ش: أي مبنى السلم م: (**على المضايقة**) ش: والمماكسة فالظاهر أنه لا يؤخر عند توجه المطالبة نحوه م: (**وفي الحال كما امتنع من الأداء**) ش: أي في عقد الكتابة الحال كما امتنع المكاتب م: (**يرد في الرق**) ش: بالتراضي أو بقضاء القاضي ، بخلاف السلم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وتجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء لتحقق الإيجاب و القبول ، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه**) ش: أراد من قوله يعقل يعلم أن السر إيجاب سالب البيع والشراء ، ومعرفة ذلك أن الصبي إذا أعطى فلوساً وأخذ الحلوى ثم أخذ يبكي ويقول أعطني فلوسي فهو علامة كونه غير عاقل .

وإن أخذ الحلوى ولم يسترد فلوسه فهو عاقل ، كذا نقل عن السلف . قال تاج الشريعة وفي «شرح الطحاوي» : وإذا كان لا يعقل لا يجوز إلا إذا قبل عنه إنسان فإنه يجوز ويتوقف على إدراكه ، فإن أدى هذا القابل عتق . والقياس أن يكون له استرداده وهو قول زفر - رحمه الله - وفي «الاستحسان» ليس له ذلك .

م: (**والشافعي -رحمه الله- يخالفنا فيه**) ش: أي في الحكم المذكور . وفي بعض النسخ يخالفنا في ذلك م: (**وهو**) ش: أي هذا الخلاف منه م: (**بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة**) ش: فإنه لا يجوز عنده فلا يصح الأول له . وعندنا يجوز ، لأنه من أهل التصرف إذا عقل العقد ونقصان رأيه يتميز برأي الولي والتصرف نافع فيصح الإذن م: (**وهذا**) ش: أي هذا الذي ذكرناه م: (**بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء ، لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد**) ش: لأن العقد لا ينعقد بدون القبول .

م: (**حتى لو أدى عنه**) ش: أي عن الغير غير المميز م: (**غيره لا يعتق**) ش: لأن أداء البدل إنما

ويسترد ما دفع . قال : ومن قال لعبده جعلت عليك ألفًا تؤديها إلي نجومًا أول النجم كذا وآخره كذا ، فإذا أديتها فأنت حر ، وإن عجزت فأنت رقيق ، فإن هذه مكاتبة ، لأنه أتى بتفسير الكتابة . ولو قال : إذا أديت إلي ألفًا كل شهر مائة فأنت حر ، فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان ، لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة . وفي نسخ أبي حفص - رحمه الله - لا تكون مكاتبة

يتصور في عقد منعقد لا في عقد باطل م: (**ويسترد ما دفع**) ش: من المال ، لأنه أداء بسبب باطل .

م: (**قال : ومن قال لعبده جعلت عليك ألفًا تؤديها إلي نجومًا أول النجم كذا وآخره كذا، فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبة ، لأنه أتى بتفسير الكتابة**) ش: هذه من مسائل «الجامع الصغير» ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال لعبده إلى آخره . وقوله : لأنه أي لأن المولى .

وفي « الكافي » : صح استحسانًا ، والقياس أن لا يصح ، لأن ذكر النجوم فضل في الكتابة عندنا وجود ذكرها كعدمها ، فبقي قوله : قد جعلت عليك ألف درهم وهو بظاهره ضريبة ، وقوله : إن أديت فأنت حر تعليق .

وجه الاستحسان أن العبرة في العقود للمعاني ، ألا ترى أن المضاربة بشرط الربح كله لرب المال بُضاعة وبشرط المضاربة إقراض ، وقد وجد معنى الكتابة هنا ، لأن معنى الكتابة سنة ، وعادة هذا وعند الإطلاق يصح ، فعند التفسير أولى ولابد من قوله : فإذا أديت فأنت حر .

بخلاف قوله : كاتبتك على كذا حيث لا يحتاج عندنا إلى ذكره ، لأن قوله : جعلت عليك ألف درهم على أن تؤديها كما يحتمل معنى الكتابة يعني يحتمل معنى الضريبة فلا يتعين إلا بقوله : فإذا أديت فأنت حر ، بخلاف قوله : كاتبتك ، فإن الاحتمال يتقدم ها هنا . وأما قوله : إن عجزت فأنت رقيق فضل غير محتاج إليه ولا في قوله كاتبتك ، وإنما ذكره للتفسير والحث على أداء المال عند النجوم .

م: (**ولو قال : إذا أديت إليّ ألفًا كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان ، لأن التنجيم يدل على الوجوب**) ش: لأنه يستعمل التيسير ، وذا إنما يكون عند الوجوب ، لأن المولى لا يستوجب على عبده شيئًا م: (**وذلك بالكتابة**) ش: أي وجوب الدين للمولى على العبد لا يكون إلا بعقد الكتابة ، وأبو سليمان هذا اسمه موسى بن سليمان الجوزجاني صاحب الإمام محمد بن الحسن ، وكانت وفاته بعد المائتين من البحرق ، ونسبته إلى جوزجان مدينة بخراسان مما يلي بلخ .

م: (**وفي نسخ أبي حفص -رحمه الله - لا تكون مكاتبة**) ش: أي وفي رواية : لا تكون

اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة . قال : وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه . أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى .

مكاتبة . قال فخر الإسلام في « مبسوطه » : وهو الأصح م: (**اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة**) ش: يعني إذا قال : إن أديت إليّ ألفًا لا تكون كتابة ويكون تعليق الحرية بالشرط ، ولا يلزم قبول العبد والتنجيم لا يدل على الكتابة لصحتها بدونه كما في الكتابة الحالة ، وصحته التنجيم بدونه كما في الضريبة ولما لم يكن أداء معه وجوداً وعدمًا لم يدل التنجيم على الكتابة والتفاوت بين رواية أبي حفص وأبي سليمان إن العبد إذا أدى الألف مرة لا يعتق على رواية أبي حفص، لأن الشرط أن يؤدي كل شهر مائة .

وعلى الرواية الأخرى يعتق ، لأنه أدى بدل الكتابة . وأبو حفص هذا هو أبو حفص الكبير الإمام المشهور من أصحاب محمد بن الحسن واسمه أحمد بن حفص ، وفاته سنة سبع عشر ومائتين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا صحت الكتابة**) ش: بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضى م: (**خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه**) ش: احترز عن قول ابن عباس – رضي الله عنه – فعنده يعتق بمجرد العقد كما ذكرنا .

م: (**أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة لغة وهو الضم**) ش: كما ذكرنا في أول الكتاب أنه مشتق بمعنى الضم ، يقال : كتبت البغلة إذا ضممت بين شفريها بحلقة م: (**فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه**) ش: أي مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء قبل مالكية النفس في الحال ليست بموحدة فكيف يتحقق الضم، وضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما .

أجيب بأن : مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه . ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش . ولو وطئ المكاتبة لزمه العقر فيتحقق الضم م: (**أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك**) ش: أي المكاتب م: (**البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى**) ش: أي عن السفر، وسواء كان السفر طويلاً أو قصيراً ، وبه قال أحمد والشافعي – رحمهما الله – في قول. وقال في قول آخر : لا يخرج إلى السفر بغير إذن السيد، وبه قال مالك ، وفصل بعض أصحاب الشافعي فقال : إن كان السفر طويلاً لا يخرج بغير إذنه ، وإن كان قصيراً يخرج .

وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ، ولأنه عقد معاوضة ، ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره ، لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه ، فإن أعتقه عتق بإعتاقه ؛ لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بحصول العتق له وقد حصل دونه . قال : وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر ، لأنها صارت أخص بأجزائها توصلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ،

م: (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) ش: من قوله ﷺ : « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» . ولو قال : ذكرنا كان أحسن ، لأنه ذكر الحديث وما رواه اللهم إن كان قد رواه في غير هذا الكتاب فيصدق عليه أنه رواه .

م: (ولأنه عقد معاوضة) ش: أي ولأن عقد الكتابة عقد معاوضة كما مر م: (ومبناه على المساواة) ش: أي مبنى عقد المعاوضة على التساوي م: (وينعدم ذلك) ش: أي المساواة على تأويل التساوي م: (بتنجز العتق ويتحقق بتأخره) ش: أي تتحقق المساواة بتأخر العتق م: (لأنه يثبت له) ش: أي للعبد الذي كوتب م: (نوع مالكية) ش: وهو مالكية اليد م: (ويثبت له في الذمة) ش: أي يثبت للمولى في ذمة المكاتب م: (حق من وجه) ش: وهو أصل البدل، وإنما كان حق من وجه لضعفه ، فإنه ثابت في الذمة مع المنافي ، إذ المولى لا يستوجب على العبد دينًا ، وهذا لا تصح به الكفالة ، فلو ثبت به العتق ناجزًا كما قال ابن عباس على ما فاتت المساواة لا يقال المساواة فاتت على ذلك التقدير أيضًا ، لأن نوع المالكية ثابت عليه من وجه، فأين المساواة ، لأن نوع مالكيته أيضًا ضعيف لبطلانه بعوده رقيقًا .

م: (فإن أعتقه) ش: أي فإن أعتق المولى المكاتب بأن نجز عتقه م: (عتق بإعتاقه ، لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة ، لأنه ما التزمه) ش: أي لأن المكاتب ما التزم بدل الكتابة م: (إلا مقابلاً) ش: بفتح الباء م: (بحصول العتق له) ش: أي ببدل الكتابة م: (وقد حصل دونه) ش: أي حصل العتق دون بدل الكتابة .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) ش: وبه قال الشافعي-رحمه الله - . وقال مالك : لا عقر عليه . وقال أحمد : إن شرط عليها الوطء لا عقر عليه ، وإلا يحد ويؤدب، لأنه وطء حرام وعن الحسن البصري قال : يجب الحد، لأنه وطئ في غير ملكه ، وعندنا وعند الشافعي - رحمه الله - إذا شرط وطأها تفسد الكتابة ، وعند مالك يفسد الشرط ويصح العقد .

وعند أحمد يصح كلاهما م: (لأنها صارت أخص بأجزائها توصلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه ، وإلى الحرية من جانبها بناء عليه) ش: أي على الوصول إلى البدل من

ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية لما بينا . وإن أتلف مالاً لها غرم ، لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها ، إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

جانبه م: (**ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان**) ش: حيث قابلها الشرع بالأعيان ، قال الله تعالى : ﴿ **أن تبتغوا بأموالكم** ﴾ (النساء : الآية ٢٤) ، والآدمي مفرغ منها . ولهذا لو استحقت الجارية يغرم المشتري من العقر وقيمة الولد دون المنفعة ، فعلم أن الوطء في حكم جزء العين ولو كان في حكم المنفعة لما غرم .

فإن قلت: إذا اشترى جارية ثيبًا فوطئها ثم باعها مرابحة ليس عليه أن يبين أنه وطئها . وإذا لحقت بالأعيان لوجب البيان .

قلت: لا يجب ، لأنه لا يقابله شيء من الثمن م: (**وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية**) ش: هذا لفظ القدوري، أي وإن جنى المولى على المكاتبة أو جنى على ولدها لزمته الجناية كما لزمه أرش الجناية على العبد المرهون ، وفي الكفاية لشمس الأئمة البيهقي: جناية المولى على مكاتبه عمدًا لا يوجب المعقود لأجل الشبهة ، ولو قتل المكاتب مولاه لا يجب القود م: (**لما بينا**) ش: أشار إلى قوله ، لأنها صارت الغرض بأجزائها .

م: (**وإن أتلف**) ش: أي المولى م: (**مالاً لها**) ش: أي للمكاتبة م: (**غرم، لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها**) ش: وفي بعضها النسخ في حق أكسابها ونفسه م: (**إذ لو لم يجعل كذلك لأتلفه المولى**) ش: أي على تأويل أنه ملكه م: (**فيمتنع حصول الغرض المبتغى**) ش: أي المطلوب م: (**بالعقد**) ش: هو حصول الحرية لها والمال له .

***

فصل في الكتابة الفاسدة

قال : وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته فالكتابة فاسدة ، أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم ، لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد . وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرًا وجنسًا ووصفًا فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة

م: (**فصل في الكتابة الفاسدة**)

ش: وجه تأخير الفاسد عن الصحيح لا يحتاج المنفي إلى دليل .

م: (**قال : وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمته**) ش: أي على قيمة نفس العبد مثل أن يقول كاتبتك على قيمتك م: (**فالكتابة فاسدة**) ش: بلا خلاف للثلاثة ، وكذا إذا كان المولى ذميًا والعبد مسلمًا لا يجوز كتابته على خمر أو خنزير .

م: (**أما الأول**) ش: وهو ما إذا كانت على خمر أو خنزير م: (**فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم ، لأنه ليس بمال متقوم في حقه**) ش: يعني ليس بمال متقوم في حق المسلم م: (**فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد**) ش: لأنه صار عقداً بلا بدل .

م: (**وأما الثاني**) ش: وهو ما إذا كاتبه على قيمته م: (**فلأن القيمة**) ش: أي قيمة العبد م: (**مجهولة قدرًا**) ش: أي من حيث القدر ، يعني مائة أو مائتين م: (**وجنسًا**) ش: يعني ومن حيث الجنس، يعني ذهبًا أو فضة م: (**ووصفًا**) ش: يعني من حيث الوصف يعني جيداً أو رديئًا م: (**فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة**) ش: ولم يبين جنسها فإنها تفسد وتفحش الجهالة . الأصل أن ما صلح بدلاً في الكتابة ، لأنها مبادلة مال بما ليس بمال، إذ البدل في الحال مقابل كل الحجر وهو ليس بمال، فصار كالنكاح .

فإن قلت: لو كاتبه على عبد يصح، وبه قال مالك، خلافًا للشافعي وأحمد -رحمهما الله-، ويجب عليه قيمة عبد وسط، حتى لو أتى بالعبد الوسط أو قيمته يجبر المولى على القبول. وإن كاتب على القيمة يجبر بهذه التسمية ، فينبغي أن يجوز إذا صرح بالقيمة .

قلت: القيمة فيما نحن بصدده تجب قصداً لا حكمًا لمكان التصريح بالقيمة ، وتجب ثم حكمًا لا قصداً لأنه تصريح بالعبد وقد يثبت الشيء حكمًا وضمنًا لغيره وإن كان لا يثبت قصداً كبيع الأجنبية ونحوها .

فإن قلت: لما لا تجعل قوله : كاتبتك على ثوب كناية ثمن قوله إن أديت إليّ ثوب فأنت حر فإن في هذه الصورة يعتق بأداء أي ثوب كان .

ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد ، لأنه موجب للقيمة، قال : فإن أدى الخمر عتق ، وقال زفر : لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه ، لأن البدل هو القيمة .

قلت: لا يمكنه ذلك، لأن الكتابة متى صحت كان حكمه تعلق بالعبد بثوب معين، لأن الثوب مجهول فلا يمكن أن يجعل كناية عنه .

م: (**ولأنه تنصيص**) ش: تعليل آخر ، أي ولأن قوله : كاتبتك على قيمتك تنصيص م: (**على ما هو موجب العقد الفاسد**) ش: أي ألقيمة ، أراد أن العقد الفاسد يوجب القيمة ، وهو معنى قوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن العقد الفاسد م: (**موجب للقيمة**) ش: فالتنصيص على قيمة العبد تنصيص على موجب العقد الفاسد. ولو نص على العقد الفاسد ينعقد بوصف الفساد، فكذا إذا نص على موجبه .

م: (**قال : فإن أدى الخمر عتق**) ش: أي قال القدوري - رحمه الله - : وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية عن أصحابنا ، وعليه نص الحاكم في الكافي . وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله - في كتاب العيون : رجل كاتب عبده على خمر فالكتابة فاسدة ، فإن أدى القيمة عتق .

وإن أدى الخمر لا يعتق ، وهذا قول زفر . وقال أبو يوسف : أيهما أدى عتق . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه لا يعتق بأداء الخمر، إلا أن يقول : إن أديت فأنت حر فإنه يعتق وعليه قيمة نفسه ، قال الفقيه : هذا كله خلاف رواية المبسوط ، فإن في رواية «المبسوط» : لا يعتق بأداء القيمة ويعتق بأداء الخمر وأن قال المولى : إذا أديت إليّ فأنت حر فعليه قيمته ، انتهى .

وفي « المبسوط » : فإن أداه قبل أن يترافعا إلى القاضي ، وقد كان قال له : أنت حر إذا أديته إذ لم يعلمه فإنه يعتق لأن هذا العقد منعقد مع فساده فتعتق بالأداء وعليه قيمة نفسه ، لأن العقد فاسد فيلزمه أو رقبة لأهل الفساد ، وقد تعذر رده بنفوذ العتق فيه ، فيلزمه قيمته كالمشتري شراء فاسداً إذا عتق المبيع قبل القبض .

م: (**وقال زفر - رحمه الله - : لا يعتق**) ش: يعني وإن أدى الخمر م: (**إلا بأداء قيمة نفسه ، لأن البدل هو القيمة**) ش: يعني في الكتابة الفاسدة ، وقد وقع هكذا في بعض النسخ إلا بأداء قيمة الخمر . قال في الكافي : هذا مشكل .

قلت : لأنه مخالف لعامة الروايات ، فإن عند زفر - رحمه الله - : لا يعتق إلا بأداء القيمة محلاة بالألف واللام بدون إضافته ، وفيه أيضًا إجمال . وقال الكاكي : النسخة الصحيحة لا تعتق إلا بأداء قيمة نفسه كما هو مذكور في عامة النسخ .

قلت : هذا دعوى منه ، بل غالب النسخ لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر ، ولهذا لما قال صاحب «الكافي» : وهذا مشكل سكت ، ولم يقل النسخة الصحيحة كذا . وكذا ذكر تاج الشريعة في

وعن أبي يوسف -رحمه الله - أنه يعتق بأداء الخمر ، لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضًا لأنه هو البدل معنى . وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أديتها فأنت حر ، لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة ، وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية .

«الكفاية» حيث قال : قوله : لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر، وذكر في المبسوط قيمة نفسه مكان قيمة الخمر، وفي « مبسوط » خواهر زاده : وإذا وكل رجلاً بأن يعتق عبدًا على جعل فأعتقه على خمر أو خنزير جاز، وعلى العبد قيمة نفسه.

م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة**) ش: قال السغناقي : هذا الحكم الذي ذكر هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في « المبسوط » و«الذخيرة»، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن يذكر بكلمة عنه .

وقال صاحب « العناية » : هذا صحيح إن كان الألف واللام في القيمة أعني في قوله : ويعتق بأداء القيمة أيضًا بدلاً عن نفسه . وأما إذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكره في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك على ظاهر الرواية عن أبي يوسف .

قلت : سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم ، وما قاله السفناقي باق ، والشراح ما جعلوا الألف واللام في القيمة إلا بدلاً عن نفسه كما صرح بذلك تاج الشريعة وغيره.

والحاصل أن عند أبي يوسف - رحمه الله - : أيهما أدى المشروط أو قيمة نفسه يعتق، وعندهما : إنما يعتق بأداء المشروط إذا قال : إن أديتها فأنت حر ، لأن العتق يكون بالشرط حينئذ ، وصار كما لو كانت على ميتة أو دم فإنه لا يعتق إلا إذا نص على الشرط، وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر ، صرح بذكر الشرط أو لم يصرح على ما يجيء الآن . م: (**ويعتق بأداء القيمة أيضًا**) ش: أي قيمة نفسه ، قال تاج الشريعة وغيره : كما ذكرنا م: (**لأنه هو البدل معنى**) ش: أي لأن أداء قيمة نفسه هو البدل من حيث المعنى .

م: (**وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال : إن أديتها فأنت حر**) ش: فحينئذ يعتق وعليه قيمة نفسه ، لأن العقد الفاسد إذا أتلف فيه المعقود عليه ويجب فيه القيمة كالمبيع إذا أتلف في البيع الفاسد في يد المشتري م: (**لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم**) ش: أي بحصول شرط تعلق به العتق كما إذا كاتب على ميتة أو دم حيث لا يعتق بأدائها ، إلا إذا قال المولى إذا أديته الميتة أو الدم فأنت حر، أما إذا لم يقل فلا يعتق بأدائهما ، لأن العتق لم ينعقد أصلاً فيعتبر فيه التعليق م: (**ولا فصل في ظاهر الرواية**) ش:

ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيهما وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط . وأما الميتة فليست بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه ، فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه . وإذا أعتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته ، لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق ، فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع. قال : ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه ، لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت ، كما في البيع الفاسد ، وهذا لأن المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في

يعني بأداء الخمر ، سواء كان في العقد إن أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل ذلك . م: (**ووجه الفرق بينهما وبين الميتة**) ش: أي في ظاهر الرواية بين الخمر والخنزير وبين الميتة م: (**أن الخمر والخنزير مال في الجملة**) ش: وإن لم يكن متقومًا في حكم المسلم م: (**فأمكن اعتبار معنى العقد فيهما**) ش: باعتبار المالية ، ومعنى العقد هو المعاوضة م: (**وموجبه العتق**) ش: أي موجب معنى العقد هو العتق م: (**عند أداء العوض المشروط ، وأما الميتة فليست بمال أصلاً ، فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه ، فاعتبر فيه معنى الشرط ، وذلك**) ش: أي اعتبار معنى الشرط م: (**بالتنصيص عليه**) ش: أي على الشرط ، وهو أداء الميتة .

م: (**وإذا أعتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته ، لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد**) ش: لأن موجب العقد الفاسد رد المعقود عليه م: (**وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع**) ش: في يد المشتري بعد القبض .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ولا ينقص**) ش: أي القيمة م: (**عن المسمى ويزاد عليه ، لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة**) ش: أي حال كونها بالغة م: (**ما بلغت كما في البيع الفاسد**) ش: إذا تلف المبيع تجب قيمة المبيع لتعذره م: (**وهذا**) ش: أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت م: (**لأن المولى ما رضي بالنقصان**) ش: أي عن المسمى حيث أوجب العقد فيه وإن كانت القيمة أقل .

فإن قلت: ينبغي أن لا يعتبر رضى المولى في النقصان كما في البيع الفاسد، حيث ينقص عن المسمى ويزاد عليه .

قلت: حقيقة المبادلة موجودة ثمة ، لأن البائع يصل إليه عوض حقه بالتمام ، والواجب هو القيمة ، وإنما يصار إلى المسمى عند صحة التسمية ، أما هنا فالمولى محسن لأنه يبيع ماله بماله و﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ وهو إنما رضي بزوال ملكه بقدر ما سمى فلا يجوز النقصان عنه .

م: (**والعبد رضي بالزيادة**) ش: على المسمى م: (**كيلا يبطل حقه**) ش: أي حق العبد م: (**في**

العتق أصلاً فتجب القيمة بالغة ما بلغت . وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة ، لأنه هو البدل

العتق أصلاً) ش: لأنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العتق فيفوت له إدراك شرف الحرية .

فإن قلت: هذا الإبطال إذا لم يعتق بأداء غير الخمر ، أما إذا عتق فلا يلزم هذا .

قلت: يحتمل أن القاضي يرى صحة ما روي عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - فيما إذا كاتبه على خمر ولم يقل إن أديتها فأنت حر فأدى الخمر لا يعتق، فلو قضى بتلك الرواية يبطل حقه في العتق .

فإن قلت: إذا لم يعتق لا يجب عليه السعاية أيضًا فلا يتأتى القول بالزيادة والنقصان .

قلت: يحتمل أن المصنف - رحمه الله - اختار في إتمام التسمية غير ظاهر الرواية . قال السغناقي : قوله : كيلا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلاً لقوله : والعبد رضي بالزيادة لأنه يمكن أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وإن بطل حقه في العتق، لأن ذلك نفع شرب بالضرر ، لأن تحمل الزيادة أضر عليه من العتق ، وكم من عبد لا يرضى بنفس العتق من غير بدل .

وفي وقت غرق الطعام فأولى أن لا يرضى عند إيجاب الزيادة على المسمى ، والأولى في التعليل أن يقال : لما عقد مع مولاه عقد الكتابة الفاسدة وأقدم عليه باختياره ورضاه كان قابلاً قيمة نفسه بالغة ما بلغت ، إذ قيمة نفسه قد تزيد على المسمى .

قلت: هذا الذي ذكره معارض بالمثل، لأنه يمكن أن يكون العبد راضيًا بالزيادة على المسمى وإن حصل له ضرر في الزيادة لاستشرافه شرف الحرية، وكم من عبد لا يرضى بالرق إلا على الاضطرار وكان غرضه حصول الحرية، ولو كان في وقت غرة الطعام بل هذا هو الغالب في العبد، لأن أصل مقصودهم خلاصهم عن أسر الرقبة وتولي أمور أنفسهم فالمصنف ذكر هذا بناء على الغالب والمغلوب في مقابلة الغالب كحكم العدم وادعاء الأولوية في التعليل الذي ذكره لا برهان له فيها، لأن إقدامه على عقد هذه الكتابة الفاسدة ربما يكون عن جهل معتقداً أنها صحيحة إذ لولا حقيقتها ما أقدم عليها ، لأن حال المسلم بناء في ذلك .

م: (**فتجب القيمة بالغة ما بلغت**) ش: أي فتجب قيمة العبد حال كونها بالغة ما بلغت ، وما بلغت في محل النصب باسم الفاعل .

م: (**وفيما إذا كاتبه على قيمته**) ش: هذا راجع إلى قوله في أول الفصل أو على قيمة نفسه م: (**يعتق بأداء القيمة ، لأنه هو البدل**) ش: أي لأن القيمة هو الفرض، إنما ذكر الضمير إما باعتبار المذكور ، وإما بتذكر الخبر ولم يذكر بماذا تعرف القيمة .

وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب ، لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته .

وفي « الذخيرة » و« مبسوط » شيخ الإسلام : وقيمته تعرف بتصادقهما ، لأن الحق فيما بينهما وإما بتقويم القومين ، فإن اتفق الإتيان منهم على شيء جعل ذلك قيمة له وإن اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين، لأن شرط العتق لا يثبت م: (**وأمكن اعتبار معنى العقد فيه**) ش: أي أمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في أداء القيمة بأن أدى ما لا يختلف المقومون فيه بأن يقوم أحدهم بثلاثين والآخر بخمسة وثلاثين، والآخر بأربعين، فلما لم يجاوز أحدهم من أربعين وقد أدى أربعين يكون مؤديًا قيمتها .

م: (**وأثر الجهالة في الفساد**) ش: هذا جواب عما يقال القيمة مجهولة فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة فقال وأثر الجهالة، أي جهالة القيمة في فساد العقد لا فساد العقد لا في بطلان كما في البيع فإنها تفسده ولا تبطله .

م: (**بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب**) ش: هذا أيضًا جواب عما يقال : الكتابة على ثوب كالكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء الثوب كما عتق بأداء القيمة . فقال بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب م: (**حيث لا يعتق بأداء ثوب، لأنه لا يوقف فيه**) ش: أي في الثوب م: (**على مراد العاقد**) ش: لأنه لا يزيد ملكه بأي ثوب كان بل ثوب معين ولا يدري أن هذا المؤدى هو ذلك المعني أم لا .

م: (**لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته**) ش: أي إرادة المولى أراد أن المتعين ينبغي أن يكون مرادًا له حتى يثبت العتق ، والإطلاق على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته ، بخلاف القيمة ، لأنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين .

فإن قلت: فإن أدى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أولاً . قلت: ذكر في « الذخيرة » أن الأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر أو الجنس فإنه لا يعتق العبد بأداء القيمة ولا تنعقد هذه الكتابة أصلاً لا على المسمى ولا على القيمة .

فإن قلت: ينبغي أن يؤدي ثوبًا اعتباراً بجهة التعليق، إذ الكتابة تتضمن المعاوضة والتعليق، فإذا بطل معنى المعاوضة لجهالة الثوب يبقى معنى التعليق فيعتق، كما لو قال: إن أديت إليّ ثوبًا فأي ثوب أدى عتق، كذلك ها هنا .

قلت : التعليق في ضمن المعاوضة فإذا بطلت جهة المعاوضة بطلت تلك الجهة الأخرى

قال : وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز ، لأنه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز ، لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز . وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنه يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق ، وإن عجز يرد في الرق ، لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فأشبه الصداق. قلنا إن العين في المعاوضات معقود عليه ، والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة

أيضًا ، لأن المتضمن يبطل ببطلان المتضمن .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه**) ش: الثوب والعبد م: (**لغيره**) ش: أي حال كون الشيء لغير العبد لا يقال : قوله شيء نكرة فلا يقع ذو الحال ، لأنه تخصص بالصفة ، أعني قوله : بعينه فإن تقديره على شيء معين م: (**لم يجز**) ش: أي عقد هذه الكتابة م: (**لأنه لا يقدر على تسليمه**) ش: ذلك الشيء إلى مولاه ، وبه قال الشافعي وأحمد ، وقال مالك : يجوز ويشتريه ويؤديه وإن لم يبعه الغير يؤدي قيمته م: (**ومراده شيء يتعين بالتعيين**) ش: أي مراد محمد من قوله : على شيء يتعين بالتعيين كالعبد والثوب وغيرهما من المكيل والموزون .

م: (**حتى لو قال : كاتبتك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره**) ش: أي والحال أن هذا الألف لغير العقد م: (**جاز**) ش: أي عقد الكتابة م: (**لأنها**) ش: أي لأن الدراهم وكذا الدنانير م: (**لا تتعين في المعاوضات فيتعلق**) ش: العقد م: (**بدراهم دين في الذمة فيجوز**) ش: وعند الشافعي وأحمد : لا يجوز هذا أيضًا لتعين الدراهم والدنانير عندهما .

م: (**وعن أبي حنيفة رواه الحسن أنه يجوز حتى إذا ملكه وسلمه يعتق**) ش: أي حتى لو ملك ذلك العين وسلمه المولى عتق ، وقال أشهب المالكي : إذا ملكه قبل الفسخ وسلمه جاز م: (**وإن عجز يرد في الرق**) ش: أي وإن عجز العبد عن تسليم العين المذكور إلى مولاه يرد في الرق م: (**لأن المسمى مال، والقدرة على التسليم موهومة**) ش: أي قدرة العبد على تسليم العين إلى مولاه بما يحدث له فيه من الملك موهومة م: (**فأشبه الصداق**) ش: أي أشبه بدل الكتابة من مال الغير صداق المرأة من مال الغير بأن يتزوجها على عبد الغير تصح التسمية فكذا هنا تصح التسمية ، فإذا قدر على تسليمه جاز ، وإذا لم يجز المالك في النكاح رجعت المرأة على الزوج بقيمة العبد أو بمهر المثل . ولو كانت التسمية فاسدة لرجعت بمهر المثل .

م: (**قلنا : إن العين في المعاوضات**) ش: هذا إشارة إلى بيان وجه الظاهر ، وهو أن العين في المعاوضات ، وأراد بالعين بدل الكتابة م: (**معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة**)

إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع ، بخلاف الصداق في النكاح ، لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى . فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد-رحمه الله - أنه يجوز ، لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى . وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يجوز اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب ، والجامع بينهما أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود ،

ش: أي شرط صحة العقد ، ولهذا لم يجز بيع الآبق م: (**إذا كان العقد يحتمل الفسخ**) ش: أي والكتابة تحتمل الفسخ فشرط القدر على المعقود عليه م: (**كما في البيع**) ش: فإنه يحتمل الفسخ فيشترط فيه القدرة على المعقود عليه .

فإن قلت: البدل في الكتابة له حكم الثمن بدليل جواز الكتابة الحالية الثمن معقود به لا معقود عليه ، فلا تكون القدرة عليه شرطًا .

قلت: هذا إذا كان من النقود وليس الكلام فيه ، وإنما كلامنا في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبدل حكم المبيع فيشترط القدرة عليه .

م: (**بخلاف الصداق في النكاح**) ش: هذا جواب عن قوله : فأشبه الصداق وذلك م: (**لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح**) ش: وهو منافع البضع أو التوالد والتناسل م: (**ليس بشرط**) ش: حتى لو تزوج رضيعة يجوز م: (**فعلى ما هو تابع فيه أولى**) ش: أي فالقدرة على ما هو تابع وهو الصداق يصح ، والكتابة بدون ذكر البدل لا يصح فوضح الفرق .

م: (**فلو أجاز صاحب العين ذلك**) ش: أراد في قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز ، أي لو أجاز مالك العين ذلك يعني ما قاله المولى لعبده م: (**فعن محمد -رحمه الله - أنه يجوز ، لأنه يجوز البيع عند الإجازة**) ش: بأن اشترى شيئًا بمال الغير فأجازه الغير يجوز مع أنه مبني على المضايقة والمماكسة م: (**فالكتابة أولى**) ش: بالجواز ، لأن مبناها على المسامحة . وقيل: لأنها لا تفسد بالشرط الفاسد ، بخلاف البيع ، فصار صاحب المال مفوضًا المال من العبد فتصير العين من أكسابه .

م: (**وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يجوز**) ش: أي وإن أجاز صاحب العبد ، وهذه رواية ابن سماعة عن أبي يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - م: (**اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب**) ش: أي «الجامع الصغير» ، أشار به إلى قوله : وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجزه م: (**والجامع بينهما أنه**) ش: أي عقد الكتابة م: (**لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود**) ش: أي والحال أن ملك المكاسب هو المقصود في الحال .

لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها ولا حاجة فيما إذا كان البدل عينًا معينًا ، والمسألة فيه على ما بيناه . وعن أبي يوسف أنه يجوز ، أجاز ذلك أو لم يجز ، غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه، وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح ، والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً.ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن أبي حنيفة - رحمه الله - رواه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق ،

فإن قلت: المقصود من عقد الكتابة هو الحرية .

قلت: موجب الشيء ما يكون عقيب ذلك الشيء ، وما يعقب الكتابة هو ملك الحر وملك المكاسب . وأما الحرية فعند انقضاء عقد المكاتبة لا عقيبه ، فيكون الموجب هو ملك المكاسب .

م: (**لأنها**) ش: أي لأن الكتابة : وفي بعض النسخ «لأنه» أي لأن عقد الكتابة م: (**تثبت للحاجة إلى الأداء منها**) ش: أي من المكاسب م: (**ولا حاجة فيما إذا كان البدل عينًا معينًا**) ش: لغيره، لأن العقد لم ينعقد إذا كان البدل عينًا لغيره فلم يحتج إلى أداء منه، لأن الاحتياج إليه عند صحة العقد م: (**والمسألة فيه**) ش: أي فرض المسألة فيما إذا كان البدل عينًا معينًا ، وقد أشار بقوله : معينًا بعد قوله : عينًا احترازًا من الدراهم والدنانير المعينة ، فإنها وإن عينت لا تتعين عندنا، فتجوز الكتابة حتى إذا كاتبه على ألف فلأن هذه جازت، فإن أدى تلك الألف أو ألفًا أخرى عتق م: (**على ما بيناه**) ش: أشار به إلى قوله ومراده شيء يتعين بالتعيين .

م: (**وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز**) ش: أي روي عن أبي يوسف - رحمه الله - أن الحكم المذكور وهو ما إذا كاتبه على شيء بعينه لغيره أجاز مالك الشيء أو لم يجزه م: (**غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه**) ش: أي غير أن الشأن عند إجازة مالك الشيء يكون العقد على شيء يجب على المكاتب تسليم عين ذلك الشيء إلى المولى م: (**وعند عدمها يجب تسليم قيمته**) ش: أي وعند عدم إجازة مالك الشيء يجب على المكاتب تسليم قيمة ذلك الشيء .

م: (**كما في النكاح**) ش: فإنه إذا نكح امرأة على عبد رجل بعينه يصح العقد، فإن رضي مالك العبد يدفعه إليها فبها وإلا فيجب على الزوج قيمة العبد م: (**والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً**) ش: أي المعنى الجامع بين المقيس الذي هو الكتابة المذكورة والمقيس عليه الذي هو النكاح صحة التسمية في كل منهما لكونه مالاً ، أي لكون التسمية والتذكير باعتبار المسمى مالاً.

م: (**ولو ملك المكاتب ذلك العين**) ش: أراد أن مالك العين لم يجز، ولكن ملك المكاتب العين بسبب من أسباب الملك م: (**فعن أبي حنيفة - رحمه الله - ، رواه أبو يوسف أنه إذا أداه لا يعتق**) ش: أي روى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه أي المكاتب إذا أدى تلك العين التي ملكها لا

وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له : إذا أديت إلي فأنت حر، فحينئذ يعتق بحكم الشرط ، وهكذا عن أبي يوسف - رحمه الله. وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل ، لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط . ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الأعيان ، وقد عرف ذلك في الأصل . وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى .

يعتق م: (وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له : إذا أديت إليّ فأنت حر ، فحينئذ يعتق بحكم الشرط) ش: هذه الرواية هي ظاهر الرواية أن عقد الكتابة لا ينعقد من الأول إلا بالشرط بأن يقول المولى إذا أديت إليّ هذه العين فأنت حر فإنه يعتق عند الأداء لوجود الشرط ولا يعتق بالعقد لعدم انعقاده م: (وهكذا عن أبي يوسف - رحمه الله -) ش: أي وهكذا روي أيضًا عن أبي يوسف - رحمه الله - مثلما روى هو عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يعتق إلا بالشرط ، وهذا رواية الحسن بن أبي مالك - رحمه الله - عنه . وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قول زفر مثل ذلك .

م: (وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل) ش: أي وروي عن أبي يوسف - رحمه الله- رواه عن أصحاب « الإملاء » : أنه يعتق بدفع العين إلى مولاه سواء قال المولى إن أديت إليّ فأنت حر أو لم يقل م: (لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط) ش: كما لو كاتبه على خمر فأدى فإنه يعتق .

م: (ولو كاتبه على عين في يد المكاتب) ش: بأن كان مأذونًا في التجارة والمراد عين معين سوى الدراهم والدنانير ، فإنه لو كاتبه على دراهم أو دنانير في يد العبد من كسبه تجوز الكتابة باتفاق الروايات ، ذكره شيخ الإسلام في « مبسوطه » .

م: (ففيه روايتان) ش: أي ففي حكمه روايتان في رواية كتاب الشرب من الأصل يجوز، وفي رواية كتاب المكاتب من الأصل لا يجوز م: (وهي مسألة الكتابة على الأعيان) ش: وهي التي ذكرت قبيل هذا بقوله : وإن كاتبه على شيء بعينه لم يجز .

وعن أبي حنيفة رواه الحسن : يجوز م: (وقد عرف ذلك في الأصل) ش: أي قد عرف حكم ما ذكر من الكتابة على شيء بعينه في « المبسوط» .

م: (وقد ذكرنا وجه الروايتين) ش: يعني الجواز وعدم الجواز م: (في كفاية المنتهى) ش: وهو كتاب صنفه المصنف - رحمه الله- كتاب حافل عظيم لم يقع في هذه الديار، قيل : إنه موجود في بلاد الهند وأحاله عليه ولم يذكره هنا لطول الكلام فيه .

وجه روايته أنه كتابة على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز ، ولأن البيع يجوز بإجازة مالك

قال : وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - .وقال أبو يوسف -رحمه الله-هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبًا بما بقي، لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط ، فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل في إبدال العقود .ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير ، وإنما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً فكذلك مستثنى . قال : وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانًا ،

العين فالكتابة أولى . وجه رواية عدم الجواز أن كسب العبد وقت العقد وقت ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان مال المولى وإنه لا يجوز ، فكذا هذا .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وإن كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى إليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - **) ش: قيد بقوله : على عبد بغير عينه ، لأنه لو كان العبد معينًا يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق، فكذا استثناؤه عند الثلاثة لا يجوز في العين وغيره لأنه شرط فاسد وصفقة في صفقة .

م: (**وقال أبو يوسف : - رحمه الله - هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فتبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبًا بما بقي**) ش: حتى إذا كان بدل الكتابة مائة ، وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب إذًا خمسون ويسقط خمسون في مقابلة العبد م: (**لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط**) ش: وهذا بالاتفاق بكل ما يصلح بدلاً م: (**فكذا يصلح مستثنى منه**) ش: أي حال كونه مستثنى منه ، فهذا استثناء من حيث المعنى هو الأصل أي كون كل ما صلح بدلاً صلحا مستثنى من البدل م: (**وهو الأصل في إبدال العقود**) ش: بفتح الهمزة جمع بدل .

الحاصل أن الأصل أن كل ما يصلح إيراد العقد عليه بانفراده يصح استثناؤه من العقد والعبد المطلق يصح إيراد العقد عليه ابتداء ها هنا ، فكذا استثناؤه من العقد .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**أنه لا يستثنى العبد من الدنانير**) ش: هذا قول بالموجب ، يعني : سلمنا هذا الأصل ، ولأن إنما تكون فيما يصلح الاستثناء ، وها هنا ليس كذلك ، لأنه لا يستثنى العبد من الدينار لاختلاف الجنس م: (**وإنما يستثنى قيمته**) ش: يعني إنما يصح استثناء العبد من الدينار بحسب قيمته لا بحسب نفس العبد م: (**والقيمة لا تصلح بدلاً**) ش: لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف م: (**فكذلك مستثنى**) ش: أي فكذلك لا يصلح حال كونه مستثنى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة استحسانًا،**

ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح . أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز ، لأنه يشتمل أجناسًا مختلفة فتتفاحش الجهالة . وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف

ومعناه) ش: أي معنى قول القدوري جائزة م: (أن يبين الجنس) ش: كالعبد والفرس م: (ولا يبين النوع) ش: أنه تركي أو هندي م: (والصفة) ش: أنه جيد أو رديء م: (وينصرف إلى الوسط) ش: فيجوز العقد، وبه قال مالك ، وإنما ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية نظرًا إلى الجانبين، ثم الوسط عند أبي حنيفة في العبد الذي قيمته أربعون درهمًا .

وعندهما على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب ، لأن عقد الكتابة عقد إرفاق ، فالظاهر أن يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب م: (ويجبر على قبول القيمة) ش: أي يجبر المولى ، لأنها أصل من حيث إن المسمى يعرف بها فيجبر على القبول م: (وقد مر في النكاح) ش: أي في باب المهر ، فإنه إذا تزوجها على حيوان وبين جنسه ولم يبين نوعه وصفته فإنه يجوز وينصرف إلى الوسط .

م: (أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول : دابة لا يجوز ، لأنه يشتمل) ش: أي لأن قوله : دابة يشتمل م: (أجناسًا مختلفة) ش: مما يدب على وجه الأرض م: (فتتفاحش الجهالة) ش: فيفضي إلى المنازعة فلا يجوز م: (وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف) ش: بفتح الواو وكسر الصاد على وزن فعيل اسم للغلام، والجمع وصفاء ، والجارية وصيفة وجمعها وصائف، هذا الذي ذكره الفقهاء .

وذكر في «العباب» الوصيف الخادم غلامًا كان أو جارية ، يقال : وصف الغلام بالضم إذا بلغ الخدمة ، والجمع وصفاء . وقال ثعلب : ربما قالوا للجارية : وصيفة والجمع وصائف انتهى . فعلى هذا الفرق الذي ذكره الفقهاء بين الوصيف الذكر والوصيفة للأنثى يكون على هذه الرواية .

فإن قلت: إن العبد إذا كان يطلق على الذكر والأنثى فلا يكون في عطف الوصيف عليه زيادة فائدة بل في المعنى يكون عطف الشيء على مثله .

قلت : العبد في المعرف لا يطلق إلا على الذكر من الأرقاء بدليل أنهم يستعملون في المقابلة الجارية أو الأمة فالوصيف أعم فيكون من عطف العام على الخاص . وإن كان إطلاقه عليهما جميعًا كالوصيف يكون العطف أيضًا صحيحًا مفيدًا لفائدة، وهي أن الوصيف اسم لمن يوصف بالخدمة بأن كان قادرًا عليها ، والعبد أعم من أن يبلغ الخدمة أولى ، فعلى هذا يكون عطف الخاص على العام .

فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه .وقال الشافعي :- رحمه الله -لا يجوز وهو القياس ، لأنه معاوضة فأشبه البيع . ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح ، والجامع أنه يبتنى المسامحة

م: (**فالجهالة يسيرة**) ش: لأنها ترجع إلى الوصف دون الذات م: (**ومثلها يتحمل في الكتابة**) ش: لأنها تشبه البيع من حيث إنها معاوضة ، ألا ترى أنها تقال وتفسخ لشبه النكاح أيضًا من حيث إنها معاوضة مال بما ليس بمال ، فإذا كانت الجهالة في أصلها منع الجواز لشبه البيع ، وإذا كانت في الوصف لا يمنع لشبه النكاح .

م: (**فتعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه**) ش: أي في عقد الكتابة كما لو قال كاتبتك إلى الحصاد والدياس أو العطاء صحت الكتابة ، لأن مبناها على المسامحة .

فإن قلت : كيف جعل المصنف ها هنا العبد جنسًا واحدًا وجعل في الوكالة أجناسًا مختلفة حتى لم يجوز الوكالة بشري العبد مطلقًا .

قلت : اللفظ إن شمل أجناسًا عالية كالدابة مثلا ، أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقًا في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها ، وإن شمل أجناسًا سافلة كالعبد منعه فيما يبتني على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح .

م: (**وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يجوز ، وهو القياس**) ش: وبه قال أحمد -رحمه الله- ومذهبهما هو القياس م: (**لأنه معاوضة**) ش: أي لأن عقد الكتابة عقد معاوضة مال بمال م: (**فأشبه البيع**) ش: في أن تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه ، والبيع مع البدل المجهول والأجل المجهول لا يجوز ، فكذا الكتابة .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي عقد الكتابة م: (**معاوضة مال بغير مال**) ش: أي في الابتداء ، لأن البدل في الابتداء مقابل بفك الحجر وهو ليس بمال م: (**أو بمال**) ش: أي في معاوضة مال في الانتهاء، لأنه يقابل الرقبة م: (**لكن على وجه يسقط الملك فيه**) ش: لأن العبد لا يتملك مالية نفسه ، بل يسقط ملك المولى.

م: (**فأشبه النكاح**) ش: لأن منافع البضع مال عند الدخول ، فيكون معاوضة مال بمال، ألا ترى أن الشرع جعلها كالأعيان لكن على وجه يسقط الملك للزوج ، ولهذا لا يقدر على تمليكها.

م: (**والجامع**) ش: أي المعنى الجامع في كون الكتابة كالنكاح م: (**أنه يبتنى على المسامحة**) ش: أي أن عقد الكتابة يبتنى على المسامحة كالنكاح ، وهذا المقدار كان في إلحاقها بالنكاح م:

بخلاف البيع ، لأن مبناه على المماكسة . قال : وإذا كاتب النصراني عبده على خمرفهو جائز ، معناه إذا كان مقداراً معلومًا والعبد كافراً ؛ لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر ، لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها . وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل ، فيجب عليه قيمته

(**بخلاف البيع ، لأن مبناه على المماكسة**) ش: هذا جواب عن قول الشافعي ، فأشبه البيع أشار بأن قياسه ، الكتابة على البيع باطل الوجود ، قال الفارق وهو ابتناء البيع على المماكسة والمضايقة ، وابتناء الكتابة على المسامحة والمساهلة .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز، معناه إذا كان مقداراً معلومًا والعبد كافراً**) ش: أي معنى الذي في « الجامع الصغير » إذا كان الخمر مقداراً معلومًا ، وأن يكون العبد أيضًا نصرانيًا .

ولو أتى بعبارة محمد كما هي لما كان يحتاج إلى هذا التفسير فإنه قال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل نصراني كاتب عبداً له نصرانيًا على أرطال خمر قال : المكاتبة جائزة ولما لم يأت بهذه العبارة ، أشار بهذا إلى أنه لا بد من قيدين في جواز هذه الكتابة .

الأول : أن يكون الخمر مقداراً معلومًا ، لأن الجهالة مانعة ، والثاني : أن يكون العبد كافراً إلا إذا كان مسلمًا لا يجوز .

ولكن مع هذا إذا أدى الخمر يعتق لتضمن الكتابة تعليقا العتق بأداء البدل المذكور ، وصار كما لو كاتب المسلم عبد المسلم على خمر فأدى المكاتب الخمر فإنه يعتق ، كذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين والرازي ونجم الدين [. . . . .] والنيسابوري في « شرح الجامع الصغير » . وفي « شرح الطحاوي » و«التمرتاشي» : لو أدى الخمر لا يعتق . ولو أدى القيمة يعتق .

م: (**لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا ، وأيهما أسلم**) ش: أي من المولى والعبد م: (**فللمولى قيمة الخمر**) ش: وعند الشافعي ومالك وأحمد -رحمه الله- في رواية ومحمد -رحمه الله- في رواية عنه تفسد الكتابة ، لأنه لا يمكنه تسليم البدل فصار كأنه عجز نفسه .

م: (**لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها ، وفي التسليم ذلك**) ش: أي التمليك والتملك باعتبار كل واحد م: (**إذ الخمر غير متعين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته**) ش: أشار بإذا التعليلية أن الخمر في المسألة المذكورة غير معينة فالملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة .

وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمرًا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض ، لأن القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة ، أما البيع لا ينعقد صحيحًا على القيمة فافترقا . قال : وإذا قبضها عتق ، لأن في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلمًا حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ، ولو أداها عتق وقد بيناه من قبل والله أعلم .

م: (**وهذا**) ش: أي الذي ذكرناه م: (**بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمرًا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض**) ش: لأن العجز كما وقع عن تسليم المسمى لا تصلح عوضًا في البيع بحال ففسد .

قيد بقوله : على ما قاله البعض ، لأنه ذكر بعض المشايخ ينبغي أن يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة والرواية في الكتابة رواية في المبيع .

م: (**لأن القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة**) ش: أي لأن قيمة الخمر تصلح بدلاً في عقد الكتابة .

وأظهر ذلك بقوله م: (**فإنه لو كاتب على وصيف**) ش: أي عبد للخدمة م: (**وأتى بالقيمة يجبر على القبول ، فجاز أن يبقى العقد على القيمة**) ش: لأن البقاء أسهل من الابتداء م: (**أما البيع لا ينعقد صحيحًا على القيمة فافترقا**) ش: أي البيع والكتابة .

م: (**قال : وإذا قبضها عتق**) ش: أي إذا قبض المولى قيمة الخمر ، وهذا لفظ الصدر الشهيد في الجامع الصغير ، أما لفظ محمد -رحمه الله- وإذا أداها عتق ، وقد ذكر فيما مضى م: (**لأن في الكتابة معنى المعاوضة ، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق ، بخلاف ما إذا كان العبد مسلمًا حيث لم تجز الكتابة ، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر**) ش: لكونها غير مال متقوم في حقه فلا يصح .

م: (**ولو أداها عتق**) ش: أي ولو أدى الخمر عتق ، أراد أن العبد المسلم إذا أدى الخمر عتق أيضًا لوجود معنى التعليق كما ذكرناه مستقصى مع الخلاف فيه م: (**وقد بيناه من قبل والله أعلم**) ش: أشار به إلى ما ذكره في أول الفصل بقوله فإن أدى الخمر عتق .

وقال زفر -رحمه الله- : لا يعتق . وفي شرح الكافي ذمي ابتاع عبدًا مسلمًا فكاتبه قال هو جائز ولا يرد ، لأن تخليصه بإزالة ملكه عن المسلم وبالكتابة يجعل هذا المعنى ، وإن كاتبه على خمر أو خنزير لم يجز ، فإن أدى الخمر عتق وعليه قيمته كما في البيع الفاسد .

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال : ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر ، لأن موجب الكتابة أن يصير حرًا يدًا ، وذلك بمالكية التصرف مستبدًا به تصرفًا يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل ، وكذا السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج إلى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة ، لأنه من صنيع التجار ، فإن التاجر قد يحابي في صفقة واحدة ليربح في أخرى ،

م: (**باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله**)

ش: لما بين أحكام الكتابة وأنواعها شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز ، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر**) ش: خلافًا لمالك والشافعي -رحمه الله-في قول م: (**لأن موجب الكتابة أن يصير حرًا يدًا ، وذلك بمالكية التصرف مستبدًا به**) ش: أي حال كونه مستقلاً بالتصرف م: (**تصرفًا يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل**) ش: أي بدل الكتابة ، وانتصاب تصرفًا .

م: (**والبيع والشراء من هذا القبيل**) ش: أي من قبيل التصرف الذي يوصل المتعاقدين إلى مقصودهما ، لأن مقصود البائع الوصول إلى الثمن ومقصود المشتري الوصول إلى العين وذا لا يحصل إلا بالبيع والشراء ، وكذلك ها هنا مقصد السيد الوصول إلى بدل الكتابة ، ومقصود العبد منه الحرية ، وذا يحصل بالبيع والشراء .

م: (**وكذا السفر ، لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج إلى المسافرة**) .

ش: **فإن قلت** : فيه غرور وخطر .

قلت : يبطل بالرهن والوديعة ، فإن فيهما ذلك ويصحان من المكاتب م: (**ويملك البيع بالمحاباة**) ش: وهي بيع شيء يساوي مائة بتسعين مثلا وهو على وزن مفاعلة من حابى يحابي وثلاثية حتى يقال حباه حبوة أي أعطاه والحباء العطاء وحاباه في البيع محاباة . وقال الثلاثة : لا يملك البيع بالمحاباة لأنه تبرع كالهبة والعتق .

ولنا ما قاله بقوله م: (**لأنه**) ش: أي لأن البيع بالمحاباة م: (**من صنيع التجار ، فإن التاجر قد يحابي في صفقة واحدة**) ش: استجلابًا لقلوب الناس إليه م: (**ليربح في أخرى**) ش: أي في صفقة أخرى ، وهذا كما ترى لم يذكر فيه الخلاف .

وقال في « شرح الطحاوي » : ولا يجوز للمكاتب البيع إلا على المعروف في قولهما ، ويجوز في قول أبي حنيفة يجوز بيع المكاتب بالقليل والكثير . وقالا بما يتغابن في مثله .

قال : فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحسانًا ، لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه فبطل الشرط وصح العقد ، لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة ، وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناها بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة ، لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**فإن شرط عليه**) ش: أي فإن شرط المولى على المكاتب م: (**أن لا يخرج من الكوفة**) ش: هذا ليس بقيد ، بل الحكم في غير الكوفة كذلك ، وتخصيصها بالذكر باعتبار وضع المسألة فيها م: (**فله أن يخرج استحسانًا**) ش: وبه قال الشافعي . وفي قول لا يجوز له الخروج بدون الشرط ، فبالشرط أولى وهو القياس .

وأشار إلى وجه الاستحسان بقوله م: (**لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد**) ش: أي الاستقلال ، يقال فلان استبد برأيه أي انفرد م: (**وثبوت الاختصاص بنفسه**) ش: أي اختصاص العمل في الكوفة م: (**فبطل الشرط**) ش: أي شرط المولى عدم خروجه من الكوفة م: (**وصح العقد**) ش: أي عقد الكتابة ، وهذا في نفس الأمر جواب عما قيل هذا الشرط يقتضي بطلان العقد كما في البيع .

فقال وصح العقد م: (**لأنه شرط**) ش: أي لأن هذا الشرط الذي شرطه المولى شرطًا م: (**لم يتمكن في صلب العقد**) ش: لأن الداخل في صلب العقد ما يكون في البدلين وهنا ليس كذلك ، لأنه شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله م: (**وبمثله**) ش: أي بمثل هذا الشرط م: (**لا تفسد الكتابة**) ش: وإنما تفسد إذا تمكن من الشرط في صلب العقد نحو ما إذا قال كاتبتك على أن تخدمني مدة أو زمانًا ، أو كاتب جارية على ألف بشرط أن يطأها ما دامت مكاتبة ونحو ذلك .

م: (**وهذا**) ش: أي هذا التفصيل بين كون الشرط المتمكن في صلب العقد مفسداً وبين كون الشرط الغير المتمكن غير مفسد م: (**لأن الكتابة تشبه البيع**) ش: من حيث إنها تحمل الفسخ في الابتداء م: (**وتشبه النكاح**) ش: أي تشبه النكاح من حيث إنها لا تحتمل الفسخ في الابتداء وتشبه الهبة والنكاح بعد تمام المعقود بالأداء .

قال تاج الشريعة : تشبه البيع من حيث إنها معاوضة ولا تصح بدون البدل ، ويحتمل الفسخ قبل الأداء ، ويشبه النكاح من حيث إنها معاوضة مال بغير مال م: (**فألحقناها بالبيع في شرط تمكنه في صلب العقد كما إذا شرط خدمة مجهولة**) ش: بأن قال كاتبتك على أن تخدمني مدة كما ذكرنا عن قريب م: (**لأنه في البدل**) ش: أي لأن الشرط في البدل فيكون في صلب العقد م: (**وبالنكاح**) ش: أي ألحقناه بالنكاح م: (**في شرط لم يتمكن في صلبه**) ش: أي في صلب العقد

هذا هو الأصل ، أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق ، لأنه إسقاط الملك ، وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقًا في حق هذا الشرط ، والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة . قال : ولا يتزوج إلا بإذن المولى ، لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود والتزوج ليس وسيلة إليه . ويجوز بإذن المولى ، لأن الملك له ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير ، لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه ، إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة ، لأنه لا يجد بدًا من ضيافة وإعارة

فيصح العقد ويبطل الشرط م: (وهذا هو الأصل) ش: أي العمل بالشبهين عند دلالة الدليلين المتقابلين هو الأصل .

م: (أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق) ش: لأن الإعتاق إزالة الملك لا إلى أحد والكتابة كذلك ، لأنه لا يحصل للمكاتب شيء ، وإنما يسقط عنه ملك مولاه م: (لأنه إسقاط الملك) ش: أي لأن عقد الكتابة إسقاط الملك وفك الحجر وإطلاق اليد بمنزلة الإعتاق . م: (وهذا الشرط يخص العبد) ش: أي شرط عدم الخروج يحتمل العبد ، أي يتعلق به م: (فاعتبر) ش: أي عقد الكتابة م: (إعتاقًا في حق هذا الشرط) ش: أي شرط عدم الخروج م: (والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة) ش: كما لو أعتق عبدًا على أنه نائبه فإن الشرط باطل والإعتاق صحيح لقوله عليه السلام « الولاء لمن أعتق » فدل الحديث على أن الشرط الفاسد لا يبطل الإعتاق .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ولا يتزوج إلا بإذن المولى) ش: وبه قالت الثلاثة .

وقال ابن أبي ليلى - رحمه الله - : إن شرط عليه أن لا يتزوج إلا بإذنه لم يتزوج بغير إذنه وإن لم يشترط ذلك جاز له التزوج بغير إذنه ليملكه منافع نفسه م: (لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل إلى المقصود) ش: أي لأجل ضرورة التوسل إلى المقصود فمقصود المولى البدل ، وذلك بقيام الملك ، ومقصود المكاتب تحصيل الكسب للإيفاء م: (والتزوج ليس وسيلة إليه) ش: أي إلى المقصود ، لأن التزوج ليس من اكتساب المال ، بل فيه التزام المهر والنفقة ، وأعاد تاج الشريعة - رحمه الله - الضمير في اليد إلى الاكتساب وليس بظاهر .

م: (ويجوز) ش: أي التزوج م: (بإذن المولى ، لأن الملك له) ش: معنى الملك قائم فيه فهو كالحر فلا يجوز له إلا بإذن م: (ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير) ش: أي ما دون الدرهم ، لأنه قليل يتوسع فيه الناس قاله تاج الشريعة م: (لأن الهبة والصدقة تبرع ، وهو غير مالك ليملكه) ش: بتشديد اللام م: (إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة ، لأنه لا يجد بدًا) ش: أي مفارقة م: (من ضيافة) .

ش: وفي بعض النسخ من إضافة فالأول من ضاف والثاني من أضاف م: (وإعارة) ش:

ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئًا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يتكفل ، لأنه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسًا ومالاً ، لأن كل ذلك تبرع ولا يقرض ، لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب ، فإن وهب على عوض لم يصح ،

شيء مثل الدار أو الثياب استجلابًا لقلوبهم م: (**ليجتمع عليه المجاهزون**) ش: أي على المكاتب وهو جمع مجاهز وهو عند العامة الغني من التجار ، وكأنه أريد به المجهز وهو الذي يبعث التجارة بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به ، كذا قال في المغرب أراد إطلاق المجاهز على الغني لغة العامة والعرب لم تتكلم به ، والمستعمل في اللغة المجهز ولكنه أعم من أن يكون في بعث التجارة بالجهاز وغيره ، يقال جهز بعثه وجهز الجيش وجهز الغازي والميت وغير ذلك وتجهز للسفر إذا استعد والجهاز بفتح الجيم وكسرها جهاز العريس .

م: (**ومن ملك شيئًا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه**) ش: فالمكاتب يملك التجارة فيملك ما هو من ضرورات التجارة كالضيافة والإعارة والشيء اليسير من الهبة أو الصدقة م: (**ولا يتكفل**) ش: سواء كان بأمر المكفول عنه أو بغير أمره وسواء كان بإذن مولاه أو بغير إذنه وحكم كفالته في المال ككفالة المحجور عليه يصح في حقه بعد المعتق لا في الحال م: (**لأنه تبرع محض**) ش: أي لأن التكفل تبرع خالص م: (**فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه**) ش: أى لا يملك التكفل بنوعيه وهما التكفل بالنفس والتكفل بالمال وفسرهما بقوله : م: (**نفسًا ومالاً**) ش: وانتصابهما بتقدير أعني م: (**لأن كل ذلك تبرع**) ش: أي لأن كل التكفيل تبرع ، يعني سواء كان بالنفس أو بالمال أو بأمر المكفول عنه أو بغير أمره .

أما بغير الأمر فظاهر ، وكذا بالأمر لأن الكفيل عند الأداء كالقرض للمكفول عنه والإقراض تبرع ، لأنه إعارة ، وكذا الكفالة بالنفس تبرع محض .

فإن قلت : بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك .

قلت : ربما يعجز عن ذلك فيحبس عليه فيمتنع من الكسب فيتضرر .

وفي « الكافي» للحاكم : ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالبدل بإذن المولى وبانفراده ، وكذلك قبول الحوالة ، فإن تكفل بإذن سيده ثم عجز لم تلزمه تلك الكفالة ، لأن ضمانه كان باطلاً وإن أذن فعتق لزمه الكفالة ، لأنه كفل وهو بمنزلة العبد ، ولو أن عبدًا محجورًا كفل بكفالته ثم عتق لزمته الكفالة . ولو كان المكاتب صغيرًا حين كفل لم يؤخذ بها وإن عتق لزمته الكفالة .

م: (**ولا يقرض لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب**) ش: حتى لو أقرض لا يطلب للمستقرض أكله ، إلا أن يكون مضمونًا عليه حتى لو تصرف فيه يجوز م: (**فإن وهب على عوض لم يصح ،**

لأنه تبرع ابتداء . فإن زوج أمته جاز ، لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد. قال : وكذلك إن كاتب عبده والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي -رحمهما الله- ، لأن مآله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال . وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع ، وقد يكون هو أنفع له من البيع ، لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله، ولهذا يملكه الأب والوصي ،

لأنه تبرع ابتداء) ش: والتبرع غير داخل في عقد الكتابة م: (**فإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر ، فدخل تحت العقد**) ش: أي عقد الكتابة ، وكذا له أن يوكل بتزويجها ، بخلاف ما لو زوجت المكاتبة نفسها حيث لا يجوز .

فإن قلت : فعلى التعليل المذكور ينبغي أن يجوز .

قلت : لأن رقبتها باقية على ملك المولى فيمنع ذلك ثبوت ولاية الاستبداد بها بالتزويج . ولأنه عيب ، فربما يعجز ، فينبغي هذا العيب من ملك المولى .

فإن قلت : فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويج ابنته ومع هذا لا يجوز .

قلت : نعم لكن ابنته مملوكة لمولاه وأمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته . ولو عجز وحاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى أسيراً جديداً فيها ويلزمه ذلك في أمته ومكاتبته . ولو زوج المكاتب أمته عن عبد فعن أبي يوسف أنه يجوز ، وفي ظاهر الرواية لا يجوز .

م: (**قال وكذلك إن كاتب عبده**) ش: أي يجوز ، وبه قال مالك والقاضي الحنبلي وأهل الظاهر م: (**والقياس أن لا يجوز ، وهو قول زفر والشافعي - رحمهما الله -**) ش: وقول أحمد - رحمه الله - م: (**لأن مآله العتق**) ش: أي مال عقد الكتابة العتق م: (**والمكاتب ليس من أهله**) ش: أي من أهل العتق م: (**كالإعتاق على مال**) ش: أي إذا قال المكاتب لعبده أد إليّ ألفًا وأنت حر لا يجوز هذا التعليق فكذا لا يجوز له أن يكاتب عبده لأن الكتابة بالمال كالتعليق .

م: (**وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع**) ش: أي كما يملك تزويج أمته والبيع والشراء ، لأنه عقد اكتساب للمال م: (**وقد يكون هو**) ش: أي عقد الكتاب م: (**أنفع له من البيع ، لأنه**) ش: أي لأن عقد الكتابة م: (**لا يزيل الملك**) ش: أي ملك المولى عن العبد المكاتب م: (**إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله**) ش: أي البيع يزيل الملك قبل وصول البدل وهو الثمن إليه ، فلما ملك البيع فالكتابة أولى م: (**ولهذا يملكه الأب والوصي**) ش: أي ولأجل أن الكتابة لا تزيل الملك قبل وصول البدل إليه يملك الأب الصغير أو وصيه أن يكاتب عبده الصغير .

ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له ، بخلاف الإعتاق على مال ، لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له . قال : فإن أدى الثاني قبل أن يعتق الأول فولاؤه للمولى ، لأن له فيه نوع ملك ويصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئًا يثبت الملك للمولى .قال : فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل

م: (**ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له**) ش: أي ثم المكاتب الأول يثبت للمملوك، أي للمكاتب أراد أنه يثبت بالكتابة مالكية التصرف للثاني والأصل أن من ملك شيئًا يملك تمليكه إلى غيره كالمعير يعير ، والمستأجر يستأجر ، بخلاف المودع ، لأن المالك لم يرض بدفعه إلى غيره .

م: (**بخلاف الإعتاق على مال لأنه**) ش: أي لأن الإعتاق على مال م: (**يوجب فوق ما هو ثابت له**) ش: أي يثبت للمكاتب فوق ما هو ثابت له ، تحريره أن الإعتاق على مال فوق الكتابة ، لأنه إزالة الملك في الحال على وجه لا يرد له ، وهذا غير ثابت للمكاتب ، ففي تجويزه إثبات أمر للمكاتب فوق ما هو ثابت له ، وذلك لا يجوز .

م: (**قال فإن أدى الثاني**) ش: أي مكاتب المكاتب ، أي أدى بدل كتابته م: (**قبل أن يعتق الأول**) ش: أراد قبل أداء الأول بدل الكتابة لأنه لا يعتق إلا بالأداء م: (**فولاؤه للمولى**) ش: أي ولاء مكاتب المكاتب يكون للمولى يعني يعتق لتحقق الشرط ، ويكون ولاؤه للمولى م: (**لأن له فيه نوع ملك**) ش: أي لأن للمولى في المكاتب الثاني نوع ملك ، لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأول فكان كتابه للمولى للأول بمنزلة علة ، ولهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكًا للمولى كالأول م: (**ويصح إضافة الإعتاق إليه**) ش: أي إلى المولى م: (**في الجملة**) ش: يقال مولى زيد ومعتق معتقه ، ولهذا يدخل في الاستئمان على مواليه .

ولو أوصى لمولى فلان وليس له معتق في الأحياء وله معتق معتق يستحق هو الوصية م: (**فإذا تعذر إضافته**) ش: أي إضافة عتق الثاني م: (**إلى مباشر العقد**) ش: وهو المكاتب الأول الذي هو العلة م: (**لعدم الأهلية**) ش: أي لعدم أهلية مباشرة العقد لكونه رقيقًا م: (**أضيف إليه**) ش: أي أضيف العقد إلى المولى الذي هو العلة ، لأن الحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة عند تعذر الإضافة إلى العلة م: (**كما في العبد إذا اشترى شيئًا يثبت الملك للمولى**) ش: فإنه يثبت الملك للمولى لتعذر إثباته للعبد لعدم الأهلية .

م: (**قال : فلو أدى الأول**) ش: أي المكاتب الأول م: (**بعد ذلك**) ش: أي بعد أداء الثاني بدل الكتابة وعتقه ، وكون ولايته للمولى م: (**وعتق**) ش: أي الأول لأداء بدل الكتابة م: (**لا ينتقل**

الولاء إليه ، لأن المولى جعل معتقًا ، والولاء لا ينتقل من المعتق وإن أدى الثاني بعد عتق الأول فولاؤه له ، لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له ، قال : وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز ، لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه، أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة ، وأما الثالث فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة ، بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر . قال : وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب ،

الولاء إليه) ش: أي إلى المكاتب الأول م: (لأن المولى جعل معتقًا والولاء لا ينتقل من المعتق) ش: لأن المولى معتق مباشرة من وجه ، بخلاف جر الولاء ، فإن ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة ولكن تسبيبًا باعتبار إعتاق الأم ، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة . والتعذر عند عدم عتق الأب ، فإذا أعتق زالت الضرورة فينتقل الولاء إلى قوم الأب .

م: (وإن أدى الثاني بعد عتق الأول) ش: أي إن أدى المكاتب الثاني بدل المكاتبة بعد عتق المكاتب الأول بأداء بدل الكتابة م: (فولاؤه له) ش: أي ولاء الثاني للأول م: (لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل) ش: لأنه مباشر للعتق م: (فيثبت له) ش: أي للعاقد وهو المكاتب الأول .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (وإن أعتق عبده على مال) ش: أي إن أعتق المكاتب عبداً على مال م: (أو باعه من نفسه) ش: أي أو باع المكاتب نفس العبد من العبد م: (أو زوج عبده لم يجز ، لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) ش: أراد من توابع الكسب ضروراته مثل إضافة من يعامل معه ، والإعارة له والإهداء إليه بشيء يسير .

م: (أما الأول) ش: أي إعتاق عبده على مال م: (فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض ، وكذا الثاني) ش: وهو بيع عبد على مال فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس .

وكذا الثاني وهو بيع عبد من نفسه م: (لأنه إعتاق على مال في الحقيقة . وأما الثالث) ش: وهو تزويج عبده م: (فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له) ش: لأن من اشترى عبداً ووجد له زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب م: (وشغل رقبته بالمهر والنفقة ، بخلاف تزويج الأمة ، لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر) ش: أشار به إلى قوله : وإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال . م: (قال وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) ش: في جميع ما ذكر ، أي يجوز لهما تزويج أمته وكتابة عبده ، وبه قال مالك وأحمد .

لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ، ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظراً له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية . قال : فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله : له أن يزوج أمته ، وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان

وعن أحمد يجوز إعتاقهما على مال أيضًا . وقال الشافعي لا يملكان كالمكاتب شيئًا من ذلك م: (**لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب ، ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظراً له**) ش: أما في تزويج الأمة فلما مر آنفًا . وأما في الكتابة فلأنه بالعجز يرد رقيقًا ، فربما كان العجز بعد أداء نجوم ، وذلك لاشك في كونه نظراً م: (**ولا نظر فيما سواهما**) ش: أي ما سوى تزويج الأمة والكتابة م: (**والولاية نظرية**) ش: هذا الكلام في معرض التعليل ، يعني إنما لا يجوز سواهما ، لأن ولايتهما نظرية ولا نظر في غيرهما .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**فأما المأذون له**) ش: أي العبد المأذون له في التجارة م: (**فلا يجوز له شيء من ذلك**) ش: أي مما ذكر من الأشياء . وفي بعض النسخ فلا يملك شيئًا من ذلك م: (**عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : له أن يزوج أمته**) ش: أي للمأذون تزويج أمته م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: أي الخلاف المذكور م: (**المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان**) ش: قال السفناقي : الأصل في هذا أن كل من كان تصرفه عامًا في التجارة وغيرها يملك تزويج الأمة كالأب والوصي والجد والمفاوض والمكاتب والقاضي وأمين القاضي وكل من كان تصرفه خاصًا في التجارة كالمضارب وشريك العنان والمأذون لا يملك تزويج الأمة عند أبي حنيفة ومحمد ، كذا ذكره الإمام قاضي خان والمحبوبي .

قلت : وعن هذا قال الكاكي قيل لفظ المفاوض ها هنا سهو من المكاتب لما أن المفاوض كالمكاتب . وقال صاحب العناية ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكاتب عبد الشركة بلا خلاف . واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف . وقال : ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه .

قلت : أراد ببعض الشروح شرح الأترازي فإنه قال في قوله وعلى هذا الخلاف المضارب . . . إلى آخره .

ولنا في هذا النقل نظر ، لأن المفاوض يجوز له تزويج الامة بالاتفاق ولا يجوز ذلك من أحد شريكي العنان عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمه الله - ألا ترى إلى ما نص الكرخي في «مختصره» في باب المفاوضة : ويجوز لأحد المفاوضين أن يكاتب عبيد التجارة ويأذن لهم في التجارة ، ولا يجوز أن يعتق شيئًا من رقيق التجارة على مال ، ولا يجوز أن يزوج العبد أيضًا ،

ويجوز أن يزوج الأمة ، ويجوز أن يدفع المال مضاربة ، إلى هنا لفظ الكرخي وذكر تزويج الإماء للمفاوض بلا ذكر الخلاف كما ترى ، وكذلك أثبته القدوري - رحمه الله - في شرحه .

وفي شرح « الكافي » : ولأحد المفاوضين أن يكاتب عبدًا من تجارتهما وله أن يأذن له في التجارة وليس له أن يعتق على مال ولا أن يزوج الأمة ، وليس لشريك العنان أن يزوج الأمة ولا أن يكاتب ، وكذلك المضارب .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح « الجامع الصغير » فهؤلاء الأصناف الأربعة لا يجوز عتقهم عن مال ، ويجوز كتابتهم . وفي الاستحسان وفي قول بشر لا تجوز كتابتهم ، وإن زوج أحد من هؤلاء أمة جاز النكاح بالاتفاق . انتهى . وأراد بالأصناف الأربعة الأب والوصي والشريك المفاوض والمكاتب ، ثم قال الفقيه ولو كان عبدًا مأذونًا أو شريك عنان أو مضاربًا زوج أحد هؤلاء الثلاثة لم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ويجوز في قول أبي يوسف - رحمه الله - ، ولا يجوز كتابة هؤلاء النفر الثلاثة بالاتفاق . ولو زوج أحد من هؤلاء النفر الثلاثة أو من النفر الأربعة التي ذكرنا العبد امرأة لم يجز بالاتفاق .

وفي شرح الطحاوي : الأب والوصي والمفاوض لا يملكون العتق على مال ويملكون الكتابة ، وهؤلاء الثلاثة يملكون تزويج الأمة وليس لهم تزويج العبد . وأما الصبي المأذون والعبد المأذون والشريك شركة عنان والمضارب لا يجوز الكتابة ولا تزويج العبد بالإجماع ، وفي تزويج الأمة اختلاف عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - لا يجوز ، وعند أبي يوسف يجوز ، انتهى . فعلم أن المفاوض لا خلاف فيه في تزويجه الأمة .

م: (هو قاسه) ش: أي أبو يوسف - رحمه الله - قاس المأذون في جواز تزويج الأمة م: (على المكاتب) ش: حينئذ يجوز له تزويج الأمة م: (واعتبره بالإجارة) ش: أي اعتبر التزويج بالإجارة . فإن المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده وأمته ، فكذلك يجوز له أن يزوج أمته .

فإن قلت : لم اختار لفظ القياس في الأول والاعتبار في الثاني .

قلت : نقل الأترازي عن بعضهم أنه قال : استعمل لفظ القياس في المعنيين وهما المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والإجارة ، لأن المماثلة بين هذين المعنيين ظاهرة إذا لكل منهما ، فك الحجر وإطلاق التصرف فاستعمل لفظ القياس كذلك . وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين ، بخلاف التزويج ، فكان استعمال لفظ الاعتبار أليق .

وقال صاحب العناية : فيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرع فذلك لا يكون بين

ولهما أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا ليس بتجارة ، فأما المكاتب يملك الاكتساب ، وهذا اكتساب . ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة ، إذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد .

عينين ، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته .

قلت : المراد من القياس معناه اللغوي ، وهو التقدير ، يقال قاس الطبيب الجراحة إذا قدر بالمسمار غورها ، والمساواة أيضًا يقاس الفعل بالفعل ، أي ساوى أحدهما بالآخر وجعله على مثاله ، وهذا المعنى ظاهر بين المأذون والمكاتب ، لأن بينهما مساواة في فك الحجر وإطلاق التصرف ، والاعتبار رد الشيء إلى نظيره ، فاستعمال هذا بين التزويج والإجارة ، لأن أحدهما نظير للآخر في الفعلية ، لأن كل منهما تصرف مطلقًا ودعوى صاحب العناية - رحمه الله - الترادف بين القياس والاعتبار غير ظاهرة تحتاج إلى برهان .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**أن المأذون له يملك التجارة ، وهذا**) ش: أي تزويج الأمة م: (**ليس بتجارة**) ش: لأنه ليس مبادلة المال بالمال والتجارة كذلك م: (**فأما المكاتب يملك الاكتساب ، وهذا**) ش: أي تزويج الأمة م: (**اكتساب**) ش: لأنه اسم لما يوصل به إلى المال ، وبالتزويج يصل المولى إلى المهر ، فكان اكتسابًا .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن تزويج الأمة ، وهذا دليل آخر م: (**مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة**) ش: أراد أن اعتبار التزويج بالكتابة أولى من اعتباره بالإجارة ، لأن التزويج مبادلة المال بغير المال ، وكذا الكتابة في الابتداء مبادلة مال بغير المال م: (**دون الإجارة**) ش: يعني لا يعتبر بالإجارة م: (**إذ هي**) ش: أي الإجارة م: (**مبادلة المال بالمال**) ش: لأن المنفعة قائمة مقام العين ، فيكون في حكم المال ، ولهذا يصلح مهرًا في النكاح وانتفاء النكاح شرع بالمال م: (**ولهذا**) ش: أي ولأن التزويج ليس من التجارة م: (**لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد**) ش: أي المكاتب والمأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان ، لأن تزويج العبد ليس من التجارة ، لأنه ليس مبادلة المال بالمال ولا هو من اكتساب المال . وقال أبو الخطاب الحنبلي يجوز للمكاتب تزويج عبد ، ولنا ما ذكرناه .

* * *

فصل

قال : وإذا اشترى المكاتب أباه وابنه دخل في كتابته

م: (فصل)

ش: أي هذا فصل في بيان من يدخل في الكتابة ، وبين فيما مضى من يدخل أصلاً . وها هنا يبين من يدخل تبعًا ، والتبع يلي الأصل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**وإذا اشترى المكاتب أباه وابنه دخل في كتابته**) ش: ها هنا أمور، الأول : أنه قدم أباه على ابنه للتعظيم .

وأما في ترتيب قوة الدخول في كتابته فالابن مقدم على الأب ، سواء كان مولوداً في الكتابة أو مشترى ، والمولود مقدم على المشترى ، فإن المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فإنه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الأب والمشترى يحرم بيعه حال الحياة ويقبل منه البدل بعد موت الأب حالاً ، ولا يمكن من السعاية على نجوم الأب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية . وأما الأب فإنه يحرم بيعه حالة حياة ابنه المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالاً ولا مؤجلاً .

الثاني : أنه قال دخل في الكتابة ولم يقل صار مكاتبًا لكان أصلاً ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي وليس كذلك ، بل إذا عجز المكاتب مع الأب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الأصالة .

الثالث : أن حكم أمه إذا اشتراها مثل أبيه أو ابنه ولم يذكرها اكتفاء بالأب ، ولو ذكرها كان أولى ، وهؤلاء كلهم يدخلون في كتابته تبعًا له ، حتى يردون إلى الرق بعجزه كما نبهنا عليه .

وفي « الأجناس » : لو اشترى المكاتب أباه أو جده أو ولده أو أمه ؛ ليس له بيعهم في قول أبي حنيفة . وقالا : ليس له بيع هؤلاء . وفي المجرد قال أبو حنيفة : للمكاتب أن يكاتب أبوه وأولاده المشتراة ، فدل أنهم لم يكاتبوا عليه ، هكذا ذكر صاحب « الأجناس » .

الرابع : يحتاج إلى بيان الفرق بين المشتري في الكتابة من الأولاد بين ما إذا كاتب عبداً على نفسه ولد الصغير ، فإنه إذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء . وإذا أعتق الصغير سقط من البدل ما يخصه وهو أن المشتري تبع من كل وجه ولا معتبر به في أمر البدل لتقرره قبل دخوله في الكتابة وأما الصغير فقد كان مقصوداً بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده ، فلهذا يسقط ما يخصه .

لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتبًا تحقيقًا للصلة بقدر الإمكان ، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه ، وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا يدخل اعتبارًا بقرابة الولادة إذ وجوب الصلة ينتظمهما ، ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية . وله أن للمكاتب كسبًا لا ملكًا غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد ، حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ، ولا يكفي بغيرها حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر .

الخامس : أن شراءه ذوي أرحامه يجوز عندنا وعند الثلاثة لا يجوز ، لأنه تصرف تبرع كالإعتاق . وقال القاضي الحنبلي يجوز ، لأنه تصرف لا ضرر فيه من السيد ، أما لو اشترى قريبه بإذن السيد ففي صحته للشافعي قولان . وعن أبي إسحاق المروزي من أصحابه القطع بالصحة ، وعند أحمد يجوز ، ثم على قول الصحة يتكاتب عليه ثم في كل تصرف لا يجوز للمكاتب فإذا فعله بإذن السيد للشافعي فيه قولان في قول يجوز وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن المكاتب م: (**من أهل أن يكاتب**) ش: على وزن بناء الفاعل م: (**وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتبًا**) ش: بكسر التاء م: (**تحقيقًا للصلة بقدر الإمكان ، ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه**) ش: أراد أن الحر إذا ملك لذي رحم محرم يعتق عليه تحقيقًا لصلة الرحم ، فكذا إذا ملك المكاتب قريبه يتكاتب عليه تحقيقًا لصلة الرحم بقدر الإمكان .

م: (**وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له**) ش: كالأخ والأخت والعم والعمة م: (**لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا يدخل اعتبارًا بقرابة الولادة إذ وجوب الصلة ينتظمهما**) ش: أي ينتظم قرابة الولادة وذا الرحم المحرم غير الولادة م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل أن وجوب الصلة ينتظم القبلين م: (**لا يفترقان في الحر في حق الحرية**) ش: أي إذا اشترى الحر أباه يعتق عليه فكذا إذا اشترى أخاه .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أن للمكاتب كسبًا لا ملكًا**) ش: لوجود ما ينافيه وهو الرق ، ولهذا لا يفسد نكاح امرأته لو اشتراها وتحل الصدقة له ، وإن أصاب كسبًا ولا يملك الهبة كذا في الأسرار م : (**غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد**) ش: أراد أن قدرته على الكسب توجب الصلة في قرابة الولادة م: (**حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد)** ش : وإن لم يكن موسرًا م : (**ولا يكفي بغيرها**) ش: أي ولا يكفي الكسب بغير الصلة م: (**حتى لا يجب نفقة الأخ**) ش: المعسر على الأخ المعسر ، وإن كان يقدر على الكسب والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص بموضع وجوب الصلة م: (**إلا على الموسر**) ش: أي على الأخ

ولأن هذه قرابة توسطت بين بني الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق ، وبالأول في الكتابة وهذا أولى ، لأن العتق أسرع نفوذًا من الكتابة حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه . قال : وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ، ومعناه إذا كان معها ولدها ،

الموسر .

م: (**ولأن هذه قرابة**) ش: أي قرابة الأخوة م: (**توسطت بين بني الأعمام**) ش: التي هي القرابة البعيدة م: (**وقرابة الولاد**) ش: أي وبين قرابة الولاد التي هي القرابة القريبة . الحاصل أن الأخ يشبه بني الأعمام في حق الزكاة وحل الحيلة وقبول الشهادة وجريان القصاص ، ويشبه الولاء في حرمة المناكحة واقتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما إنكاحًا .

فالمشابه للشيئين ذو حظ منهما ، فعملنا بالشبهين م: (**فألحقناها بالثاني**) ش: أي إذا كان كذلك فألحقنا قرابة الإخوة التي هي المتوسطة بالثاني وهو قرابة الولاد م: (**في العتق**) ش: حتى إذا ملك الحر أخاه يعتق عليه ، كما إذا ملك والد ولده م: (**وبالأول في الكتابة**) ش: أي ألحقناها بالأول وهو القرابة البعيدة التي أي بنو الأعمام في حكم الكتابة ، حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته ، كما إذا ملك ابن عمه عملاً بالشبهين وتوفيرًا لهما حفظهما .

م: (**وهذا أولى**) ش: أي العمل على هذا الوجه أولى من العكس م: (**لأن العتق أسرع نفوذًا من الكتابة ، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب**) ش: العبد المشترك بينهما م: (**كان للآخر فسخه ، وإذا أعتق لا يكون له فسخه**) ش: أي فسخ العتق .

فلو قلنا يتكاتب عليه أخوه إذا اشتراه وجب علينا أيضًا أن نقول إذا ملك الحر أخاه يعتق عليه أيضًا ، فحينئذ تلزم العمل بشبه قرابة بني الأعمام ، فلا يبقى حينئذ قرابة الأخوة متوسطة بين القرابتين ، لأن المتوسط ذو حظ من الجانبين ، فما لم يعمل لهما لم يبق المتوسط متوسطًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة**) ش: أراد اشتراء أم ولده ومعها ولده منها على ما يجيء الآن ، والأصل في هذا أن المكاتب إذا اشترى امرأته لا يبطل نكاحها لعدم الملك حقيقة في رقبتها ، وله ملك اليد لا يبطل النكاح م: (**ولم يجز بيعها**) ش: أي بيع أم ولده بعد أن اشتراها ومعها ولده منها ، أما إذا اشترى امرأته ولم يكن لها ولد منه فله أن يبيعها ، لأن النكاح ليس بسبب لاستحقاق الصلة ، فلا يمتنع البيع بسببه ، وكذا المكاتبة إذا اشترت زوجها لم يبطل نكاحها وله أن يطأها بالنكاح ، لأنها لم تملك رقبته حقيقة .

م: (**ومعناه إذا كان معها ولدها**) ش: أي معنى قول محمد إذا اشترى أم ولده دخل ولدها في

أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه . وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم . قال عليه الصلاة والسلام : « أعتقها ولدها »

الكتابة ولم يجز بيعها إذا كان منها ولدًا م: (**أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه**) ش: أراد به ما ذكره في أول الفصل ؛ لأنه من أهل أن يكاتب م: (**وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم**) ش: أي في حكم الحرية .

فإن قلت : إذا ثبت للولد حقيقة فينبغي أن لا يثبت للأم حقها ، وها هنا ثبت للولد حق الحرية ، فينبغي أن لا يثبت للأم تحقيقًا لانحطاط رقبتها عن الولد .

قلت : للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقًا لانحطاط رتبتها .

فإن قلت : لم لا تصير مكاتبه تبعًا للولد .

قلت : العقد إنما ورد على المكاتب ، والولد جزؤه ، فيكون واردًا عليه بخلاف الأم .

م: (**قال عليه الصلاة والسلام : « أعتقها ولدها »**) ش: أورده دليلاً على عدم جواز بيع أم الولد المذكور ، لأنها عتقت بعتق ولدها ، لأنه عليه السلام أخبر بهذا ، ثم هذا الحديث أخرجه البيهقي من رواية أبي أويس وأبي بكر بن أبي سبرة عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس ولم يذكر أبو أويس ابن عباس قال : لما ولدت أم إبراهيم ابن النبي ﷺ قال « **أعتقها ولدها** » .

ثم البيهقي رواه من حديث زياد بن أيوب نا بقية عن سعيد بن زكريا عن ابن أبي بشارة عن ابن أبي حسين عن عكرمة عن ابن عباس قال : لما ولدت مارية قال رسول الله ﷺ : « **أعتقها ولدها** » ثم قال : ولحديث عكرمة علة عجيبة ، ثم روى عن سعيد بن مسروق عن عكرمة عن عمر قال : « **أعتقها ولدها ، وإن كان سقطًا** » .

ثم روى عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال عمر - رضي الله عنه - فذكر نحوه ، قال فعاد الحديث إلى عمر - رضي الله عنه - ثم جعله الصحيح .

قلت : هاتان قضيتان مختلفتان لفظًا ، روى عكرمة إحداهما مرفوعة والأخرى موقوفة ، فلا تعلل إحداهما بالأخرى . وقد أخرج الحاكم في « المستدرك » الرواية المرفوعة وقال صحيح الإسناد ثم ذكر لها متابعة . وأخرجه ابن ماجة من حديث ابن عاصم عن أبي بكر النهشلي عن حسين بن عبد الله ، والنهشلي أخرج له مسلم ووثقه جماعة . وقد جاء للحديث متابعة من وجه آخر بسند جيد .

وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - لأنها أم ولد خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد ، لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ ، إلا أنه يثبت هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعًا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه .

قال ابن حزم : روينا من طريق قاسم بن أصبغ حدثنا مصعب عن محمد حدثنا عبيد الله ابن عمر هو الوقي عن عبد الكريم الحريري عن عكرمة عن ابن عباس قال : «لما ولدت مارية أم إبراهيم -رضي الله عنها- قال رسول الله ﷺ : « **أعتقها ولدها** » ، ثم قال ابن حزم : وهذا خبر جيد السند كل رواته ثقات . وقال في كتاب البيوع صحيح السند وقد بسطنا الكلام فيه في باب الاستيلاد .

م: (**وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب**) ش: يعني لم يجز بيعها م: (**في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - ، لأنها أم ولد ، خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - . وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد ، لأن كسب المكاتب موقوف**) ش: أي متردد بين أن يؤدي البدل فيعتق وما فضل من البدل له ، وبين أن يعجز فيعود هو وماله للمولى .

ولهذا لا يفسد نكاح امرأته بشرائها ولا تصح تبرعاته فعلم أنه لا ملك له م: (**فلا يتعلق به**) ش: أي بكسبه م: (**ما لا يحتمل الفسخ**) ش: وهو الاستيلاد إذ لو تعلق لكان كسبه غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملاً للفسخ ، وكلاهما لا يجوز . والتحرير أن كسبه موقوف وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ ، وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد ، لأن ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله والأقوى لا يجوز أن يكون تبعًا للأدنى .

م: (**إلا أنه يثبت هذا الحق**) ش: وهو امتناع البيع م: (**فيما إذا كان معها ولد تبعًا لثبوته**) ش: أي لثبوت امتناع البيع م: (**في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت**) ش: هذا الحق م: (**يثبت ابتداء**) ش: أي في ابتداء الأمر م: (**والقياس ينفيه**) ش: يعني لا نص فيه يترك به القياس ، بخلاف ما إذا كان معها الولد .

فإن قلت : القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فخصص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم .

قلت : ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر ، وهو قوله عليه السلام : « **أعتقها**

وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى فكان حكمه كحكمه وكسبه له ، لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة . فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه . وكذلك إن ولدت المكاتبة ولداً ، لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً ،

ولدها » ، ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب .

م: (**وإن ولد له ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا**) ش: أشار به إلى قوله ، لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل العتق م: (**في المشترى**) ش: أي في الولد المشترى .

فإن قلت : المكاتب لا يملك التسري ولا وطء أمته وبه قالت الثلاثة ، فمن أين له ولد حتى يدخل في كتابته .

قلت : نعم ، إلا أن له في ملك مكاتبه يداً كالحر ، وذلك يكفي لثبوت النسب منه عند الدعوة وإن لم يحل وطؤه كما في الجارية المشتركة ، وجارية الابن إذا وطئها الأب وادعى الولد ، والدليل على أن المكاتب مثل الحر في ادعاء ما ذكره في المبسوط بقوله جارية بين حر ومكاتب ولدت فادعاه المكاتب قال الولد ولده ، والجارية أم ولد له ، ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها .

ولا يضمن من قيمة الولد شيئًا ، لأن المكاتب بماله في حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحر ، فبقيام الملك له في نصفها هنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق ، ويثبت لها حق أمية الولد في حق امتناع البيع تبعًا لثبوت حق الولد .

م: (**فكان حكمه كحكمه**) ش: أي حكم الولد كحكم المكاتب، وبه قالت الثلاثة - رحمهم الله - . وعند الظاهرية ولده من جاريته حر وهل تصير الأمة أم ولد له ؟، للشافعي - رحمه الله - فيه قولان ، أحدهما أنها تصير أم ولد له ، وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد - رحمهم الله - ، والثاني لا تصير أم ولد له ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، وهو رواية عن أحمد - رحمه الله - م: (**وكسبه له**) ش: أي كسب الولد لوالده م: (**لأن كسب الولد كسب كسبه**) ش: إذ الولد كسبه م: (**ويكون كذلك قبل الدعوة**) ش: بكسر الدال ، أي قبل دعوة النسب ، أراد أن الولد والكسب كانا له قبل الدعوة م: (**فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه**) ش: أي اختصاص المكاتب بكسب ولده ، أراد اختصاصه الذي كان ثابتًا قبل الدعوة .

م: (**وكذلك إن ولدت المكاتبة ولداً**) ش: أي من زوجها أو من زنا يدخل في كتابتها ، وبه قالت الثلاثة م: (**لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً**) ش: أي مقرراً ، فصار من الأوصاف القارة الشرعية ، والأوصاف القارة الشرعية في الأمهات كالتدبير والاستيلاد والحرية والرق يسري إلى الأولاد ، فأشار إلى ذلك بقوله مؤكداً ، واحترز به عن ولد الآبقة ، فإن بيعها لا يجوز وبيع

فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاد .قال : ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولداً دخل في كتابتها وكان كسبه لها ، لأن تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية ، قال : وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت

ولدها يجوز ، لأن امتناع البيع في الآبقة غير مؤكد إذ الإباق مما لا يدوم ، وكذا بيع المستأجرة والحابية ، فإن الأمة إذا اتصفت بهما امتنع بيعها إلا مقرونًا بشيء ، لكنه ليس بمؤكد .

فقولهم الأوصاف القارة احترازًا عن مثل هذين الوصفين . وقولهم الشرعية احترازًا عن السواد والبياض والطول والقصر ، فإنها لا تسري ، وإذا سرت كتابتها إلى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه ، وقال الشافعي في قول : إن للولد ملك المولى فيتصرف فيه كيف شاء .

م: (**فيسري إلى الولد**) ش: أي يسري هذا الوصف وهو حق امتناع البيع إلى الولد م: (**كالتدبير والاستيلاد**) ش: أي كما يسري الوصف الثابت المؤكد في المدبر وأم الولد إلى أولادها .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولداً دخل في كتابتها**) ش: هذا أيضًا بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد، ولهذا كان الولد داخلاً في كتابة الأم م: (**وكان كسبه لها ، لأن تبعية الأم أرجح**) ش: لما ذكرنا أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد . ثم استوضح ذلك بقوله م: (**ولهذا يتبعها في الرق والحرية**) ش: أي يتبع الولد الأم .

وقع في بعض النسخ دخل في كتابتها وكسبه لها ، أي في الدخول يتبعهما خاصة والأول هو الأوجه ، لأن فائدة الدخول هو الكسب ، فإنه قد ذكر في «المبسوط» :لو قتل الابن قاتل خطأ فقيمته للأبوين جميعًا ، ولا يختص بها الأم فينبغي أن تكون في مسألتنا كذا .

قلت : تلك المسألة متصورة فيما إذا قبل الوالدين الكتابة عليه ، وحالهما في ذلك سواء ، إذ لا ولاية لهما عليه ، ولا يمكن جعل تلك القيمة للمولى ، لأن الولد صار مكاتبًا بقبولهما ، فلم يبق للمولى سبيل على كسبه وعلى قيمة رقبته فلابد أن تؤخذ القيمة عنه فتكون للأبوين لأنهما كانا ينفقان عليه في حياته ، وكانا أحق بحضانته .

وأما الولد المولود في الكتابة ، فإن ثبوت الكتابة ها هنا بطريق التبعية وجانب الأم يترجح في ذلك ، لأنه جزء منها ، وهناك ثبوت الكتابة بالقبول وهما في القبول سواء . وفي «الكافي» : لو قبل المولود في الكتابة يكون قيمته للأم ككسبه ، وبه قال الشافعي في قول ، وأحمد ومالك . وفي قول للسيد ، لأنه لا يدخل الولد في كتابتها في قول فيكون قنا للسيد يجوز بيعه وإعتاقه .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت**)

أنها حرة فولدت منه ولداً ثم استحقت فأولادها عبيد، ولا يأخذهم بالقيمة ، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزوج ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- وقال محمد-رحمه الله-: أولادها أحرار بالقيمة ، لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور ، وهذا، لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية أولاده .

ش: أي ادعت م: (**أنها حرة فولدت منه ولداً ، ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم**) ش: أي المكاتب لا يأخذ الأولاد م: (**بالقيمة**) ش: أي بقيمة يؤديها إلى المستحق عندهما على ما يأتي .

م: (**وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزوج**) ش: فتزوج لقوله من زوجة ثم استحقت فإن ولده عبد عندهما ولا يأخذ بالقيمة م: (**وهذا**) ش: أي الحكم الذي ذكرنا في الوجهين م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - وقال محمد - رحمه الله - أولادها أحرار بالقيمة**) ش: وبه قال زفر والثلاثة - رحمهم الله - إلا عن الشافعي - رحمه الله - في قول كقولهما وأكثرهم ذكروا قول أبي يوسف مع أبي حنيفة إلا أن أبا الليث ذكر قول أبي يوسف مع محمد وما ذكره الجمهور أصح ، لأنه قوله المرجوع إليه ، وبه صرح القدوري في كتاب التقريب، فقال قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يثبت للعبد حكم الغرور وأولاده عبيد .

وروى زفر عن أبي حنيفة أنه يكون مغروراً ، وهو قول أبي يوسف الأول ، وذكر رجوعه في الدعوى . وقال محمد أولاده أحرار ثم على قول محمد إن كان التزوج من هؤلاء أعني العبد والمكاتب والمدبر بإذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال . وإن كان بغير إذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر بعد العتق ، هذا إذا غرته المرأة بقولها أنها حرة أو غرها بأن زوجها منه حر على أنها حرة ، فإن الأب يرجع بقيمة الولد على الزوج في الحال ، وإن كان الذي غره عبداً أو مدبراً أو مكاتبًا فلا رجوع له عليهم حتى يعتقوا ، سواء كان العبد مأذونًا له أو لم يكن .

وأما إذا أراد الرجل أن يتزوج امرأة فأخبره رجل أنها حرة ولم يزوجها أباها أو تزوجها رجل على ظن أنها حرة وما قالت زوجني فإني حرة فإنه لا يرجع على المخبر ولا على المرأة ولكن يرجع بقيمة الولد على الأمة إذا أعتقت ، لأنها غرته حين زوجت نفسها على أنها حرة وضمان الغرور كضمان الكفالة .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن المكاتب م: (**شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق**) ش: وهو كون الأولى حراً بالقيمة م: (**وهو الغرور**) ش: أي سبب ثبوت هذا الحق هو الغرور وهما مشتركان فيه م: (**وهذا**) ش: أي وجه اشتراكهما في هذا السبب م: (**لأنه**) ش: أي لأن المكاتب م: (**ما رغب في نكاحها**) ش: أي في نكاح تلك المرأة التي زعمت أنها حرة م: (**إلا لينال حرية أولاده**) ش: وفي بعض النسخ حرية الأولاد .

ولهما أنه مولود بين رقيقين ، فيكون رقيقًا ، وهذا ، لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية وخالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة ، وهذا ليس في معناه ، لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وها هنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق فيبقى على الأصل فلا يلحق بالمكاتب .

م: (ولهما) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف م: (أنه مولود بين رقيقين) ش: لأن أباه رقيق ما دام في الكتابة وأمه ظهرت رقبتها بثبوت الاستحقاق م: (فيكون رقيقًا) ش: كما إذا كان عالمًا بحالها م: (وهذا) ش: توضيح لما قبله م: (لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية) ش: يعني لأن القياس اتباع الولد الأم في الرق والحرية ، لأنه جزؤها .

م: (وخالفنا هذا الأصل) ش: أي تركنا هذا القياس المذكور م: (في الحر) ش: أي فيما إذا كان الرجل حرًا م: (بإجماع الصحابة) ش: فيه نظر لوجود الاختلاف من الصحابة على ما روى ابن أبي شيبة في «مصنفه» في البيوع ، حدثنا أبو بكر بن عياش عن مطرف عن عامر عن علي - رضي الله عنه - : في رجل اشترى جارية فولدت منه أولادًا ثم أقام رجل البينة أنها له قال ترد عليه ويقوم عليه ولدها فيغرم الذي باعها ما غرمه .

قال : حدثنا سفيان بن عيينة عن أيوب بن موسى عن أبي قسيط عن سليمان بن يسار أن أمة أتت قومًا فغرتهم وزعمت أنها حرة فتزوجها رجل فولدت له أولادًا فوجدها أمة فقضى عمر - رضي الله عنه - بقيمة أولادها في كل مغرور غره ، حدثنا عبد الأعلى عن سعيد عن قتادة عن خلاس : أن أمة أتت ناسًا فزعمت أنها حرة فتزوجها رجل ثم إن سيدها ظهر عليها فقضى عثمان - رضي الله عنه - أنها وأولادها لسيدها وجعل لزوجها ما أدرك من متاعه .

م: (وهذا) ش: أي ولد المكاتب م: (ليس في معناه) ش: أي ليس في معنى ولد الحر م: (لأن حق المولى هناك) ش: أي في مسألة الحر م: (مجبور بقيمة ناجزة) ش: أي حالة أراد أن الحكم حرية الولد مع مراعاة حق المستحق وهو المولى بإيجاب قيمته في الحال م: (وها هنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق) ش: فكان المانع من الإلحاق به موجودًا وهو الضرر اللاحق بالمستحق بالتأخير م: (فيبقى على الأصل) ش: وهو أن يكون الولد تابعًا لها م: (فلا يلحق بالمكاتب) ش: في هذا الحكم .

واعلم أن قوله لأن حق المولى هناك تجوز بقيمة ناجزة . . إلى آخره يدل على أن عند محمد - رحمه الله - أولاد المكاتب في الصورة المذكورة أحرار بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق ، وهكذا نص عليه في شرح « الجامع الصغير» ، وفي « المبسوط » خلاف هذا وهو أن قيمة الأولاد والمهر يجب في الحال لوجود الإذن من المولى .

قال : وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة ، وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق ، وكذلك المأذون له . ووجه الفرق أن في الفصل الأول ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها ، لأنه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر، أما لم يظهر في الفصل الثاني ، لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك**) ش: يعني اشترى مكاتب أمة بشراء صحيح ووطئها م: (**بغير إذن المولى**) ش: والباقية تتعلق بقوله وطئ ، وإنما قال بغير إذن المولى ليتبين به فائدة هذا الحكم في إذن المولى ، فلأن يؤاخذ به الإذن بالطريق الأولى .

ألا ترى أنه يفترق هذا فيما إذا وجد الوطء في النكاح فإنه لو كان مأذونًا بالنكاح فنكحها ووطئها يؤاخذ بمهرها في الحال . ولو لم يكن مأذونًا به لا يؤاخذ بالمهر في الحال بل يؤخر إلى ما بعد العتق م: (**ثم استحقها رجل فعليه العقر**) ش: أي مهر المثل م: (**يؤخذ به في الكتابة**) ش: في حال الكتابة من غير تأخير إلى الإعتاق .

م: (**وإن وطئها على وجه النكاح**) ش: أي بغير إذن المولى بالنكاح م: (**لم يؤخذ به**) ش: أي بالعقر م: (**حتى يعتق ، وكذلك المأذون له**) ش: أي العبد المأذون له في التجارة سواء كان قنًا أو مدبراً . حكمه كذلك .

م: (**ووجه الفرق**) ش: أي بين الوطء على وجه الملك والوطء بالنكاح م: (**أن في الفصل الأول**) ش: وهو الوطء على وجه الملك م: (**ظهر الدين في حق المولى ، لأن التجارة وتوابعها**) ش: توابع التجارة كالإعارة والضيافة والهدية اليسيرة ، ولكن المراد هنا هو العقر فإنه من توابع التجارة ، لأنه لولا الشراء لما لزم العقر بل لزم الحد فصار وجوب العقر ملحقًا بدين التجارة ، لأنه من التوابع فتكون م: (**داخلة تحت الكتابة**) ش: لأنه إنما ملك الشراء بسبب الكتابة .

فالحاصل أن الكتابة أوجبت الشراء ، والشراء أوجب سقوط الحد ، وسقوط الحد أوجب العقر ، فالكتابة أوجبت العقر ، وهو معنى قوله م: (**وهذا العقر**) ش: أي الذي وجب على المكاتب بسبب وطء المشتراة م: (**من توابعها**) ش: أي من توابع الكتابة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر ، أما لم يظهر في الفصل الثاني**) ش: وهو الوطء بالنكاح م: (**لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة**) ش: أي فلا يشمله الكتابة .

فوجوب العقر هنا باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة والاكتساب فيتأخر إلى ما

كالكفالة . قال : وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة، وكذلك العبد المأذون له لأنه من باب التجارة فإن التصرف تارة يقع صحيحًا ومرة يقع فاسداً والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل ، فكان ظاهراً في حق المولى

بعد عتقه م: (**كالكفالة**) ش: يعني إذا كفل المكاتب يؤخذ به الحرمة ، لأن الكتابة لا ينتظمها .

م: (**قال : وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبة**) ش: أي في حال الكتابة م: (**وكذلك العبد المأذون له ، لأنه**) ش: أي لأن الشراء م: (**من باب التجارة ، فإن التصرف تارة يقع صحيحًا ومرة يقع فاسداً ، والكتابة والإذن ينتظمانه**) ش: أي الشراء م: (**بنوعيه**) ش: وهما الصحيح والفاسد م: (**كالتوكيل**) ش: يعني إذا وكل وكيلاً يتناول الصحيح والفاسد م: (**فكان**) ش: أى العقر م: (**ظاهراً في حق المولى**) ش: لوجود الإذن منه .

***

فصل

قال : وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له ؛ لأنها تلقتها جهتا حرية عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر ، لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة .

م: (فصل)

ش: أي هذا فصل في بيان مسائل أخرى من هذا الباب ، وأتى بها في فصل لكونها نوعًا من جنس مسائل الباب .

م: (**قال : وإذا ولدت المكاتبة من المولى ؛ فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها ، وصارت أم ولد له**) ش: سواء صدقته المكاتبة في ذلك أم كذبته ، لأن للمولى في رقبتها حقيقة الملك ، وللمكاتب حق الملك ، فترجحت الحقيقة على الحق ، فيثبت من غير تصديق ، بخلاف ما لو ادعى ولد أمة المكاتبة ، فإن ثمة لا يثبت النسب إلا بتصديق المكاتبة ، لأن للمولى حق الملك في اكتسابها دون حقيقته ، فيحتاج إلى التصديق م: (**لأنها**) ش: أي لأن الشأن ، وهذا إشارة إلى دليل المتخير م: (**تلقتها**) ش: أي المكاتبة .

وفي بعض النسخ تلقاها م: (**جهتا حرية**) ش: أي جهتان للحرية ، فبالإضافة سقطت النون وارتفاعها بالفاعلية بقوله تلقتها م: (**عاجلة ببدل**) ش: أي أحد الجهتين عاجل ببدل ، وهو المضي على الكتابة م: (**وآجلة بغير بدل**) ش: أي الأخرى آجل بلا بدل ، وهو أن تعجز نفسها وتصير أم ولد فتعتق بعد موته م: (**فتخير بينهما**) ش: أي إذا كان أمرها دائر بين الجهتين فتخير بينهما م: (**ونسب ولدها ثابت من المولى**) ش: سواء جاءت به لستة أشهر أو لأكثر من ستة أشهر م: (**وهو حر**) ش: أي الولد لا يعلم فيه خلاف .

م: (**لأن المولى يملك الإعتاق في ولدها**) ش: لأن الدعوة من المولى كالتحرير ، وإنه يملك تحرير ولدها من غيره قصداً ، فلأن يملك ذلك ضمنًا للدعوة بالطريق الأولى م: (**وما له**) ش: بفتح اللام ، أي والذي له م: (**من الملك**) ش: في الجارية م: (**يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة**) ش: هذا في الحقيقة جواب عما عسى أن يتوهم أن ملك المولى في المكاتبة ناقص . فلا تصح دعوته ، فقال الذي له من ملك الرقبة فيها كان لصحة الاستيلاد ، وإن لم يكن له ملك اليد ، وملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل جواز إعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب ، والمكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبته يثبت نسبه ، فلأن يثبت من المولى أولى .

وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ، ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة ، وإن ماتت هي وتركت مالاً تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جريًا على موجب الكتابة . فإن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد، لأنه حر . ولو ولدت ولدًا آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليها ،

م: (**وإذا مضت على الكتابة**) ش: أراد أنها إذا اختارت الكتابة ومضت عليها م: (**أخذت العقر من مولاها**) ش: أي مهر المثل ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول م: (**لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا**) ش: أشار به إلى قوله في فصل الكتابة الفاسدة أنها صارت أخص بأجزائها .

م: (**ثم إن مات المولى**) ش: يعني بعد مضيها على المكاتبة م: (**عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة**) ش: ولا خلاف فيه ، لأنها التزمت المال لتسلم لها رقبتها بجهة الكتابة ولم تسلم بهذه الجهة فلم يجب البدل .

فإن قلت : كان الواجب أن لا يسقط ، لأن الأكساب تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة .

قلت : الكتابة تشبه المعاوضة ، فبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل ، ويشبه الشرط فبالنظر إليه يسقط ، ألا ترى أنه لو قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثًا تبطل ، فلما عتقت بالاستيلاد بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين . وقلنا بسلامة الإكساب عملاً بشبه المعاوضة . وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملاً بشبه الشرط .

م: (**وإن ماتت هي وتركت مالاً ؛ تؤدي منه مكاتبتها**) ش: أي بدل كتابتها م: (**وما بقي ميراث لابنها ، جريًا على موجب الكتابة**) ش: وقال أحمد : ما في يدها للسيد ، وبه قال الشافعي في قول ، لبطلان الكتابة . فيكون العتق باستيلاد ، فلا يكون ما في يدها للسيد ميراثًا لابنها .

وقال مالك : من كان معها في كتابتها من ورثتها يؤدي ما بقي من الكتابة ويرث من ذكرنا ممن كان في الكتابة على قسمة الميراث ، ولا يرث منها وارث آخر . قال ابن حزم : هذا قول لم يعرف من أحد وخلاف القرآن والسنة والمعقول .

م: (**فإن لم تترك مالاً فلا سعاية على الولد ، لأنه حر . ولو ولدت ولدًا آخر لم يلزم المولى**) ش: بالسكوت ، لأنه بسبب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن محرم الوطء . وهذا محرم وطؤها م: (**إلا أن يدعي لحرمة وطئها عليها**) ش: وفي «مبسوط شيخ الإسلام» هذا إذا مضت على المكاتبة ، أما لو عجزت بنفسها ولم تمض ثم ولدت فإنه يلزم المولى دون الدعوة لحل وطئها حينئذ .

فلو لم يدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد ، لأنه مكاتب تبعًا لها . فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية ، لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها ، قال : وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما ، لأنه تلقتها جهتا حرية ، فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لأن الغرض من إيجاب بدل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه ، فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة ، غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد ،

م: (فلو لم يدع) ش: أي المولى نسب الولد الثاني م: (وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد ، لأنه مكاتب تبعًا لها) ش: أي لأن الولد الثاني دخل في كتابة أمه ، وهذا يؤدي كتابتها على نجوم أمه م: (فلو مات المولى بعد ذلك) ش: أي بعد المكاتبة م: (عتق) ش: أي الولد الثاني م: (وبطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد) ش: أي لأن الولد بمنزلة أم الولد م: (إذ هو ولدها) ش: أي لأنه ولدها م: (فيتبعها) ش: فهي لا تسعى بعد موت السيد ، فكذا ولدها تبعًا لها .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) ش: والقياس أن لا يجوز عند أبي حنيفة لعدم تقومها ، فكيف يؤخذ بمقالته بدل الكتابة ، لكن لو جوزه باعتبار أن عقد الكتابة ترد على المملوك ليتوسل به إلى ملك اليد والمكاسب في المال والحرية في ثاني الحال م: (لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى) ش: كحاجة غيرها م: (وذلك بالكتابة) ش: فكان جائزًا م: (ولا تنافي بينهما) ش: أي بين الكتابة والاستيلاد .

وهذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : أحد ما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل ، والعتق الآخر لا يثبت بهما فكانا متنافيين ، فقال لا تنافي بينهما م: (لأنه) ش: أي لأن الشأن م: (تلقتها جهتا حرية) ش: وهما حصول الحرية بالبدل معجلاً ، وحصولها بلا بدل مؤجلاً . وقال : أي القاضي من أصحاب الشافعي : لا يجوز كتابة أم الولد ، لأن الشافعي قال إذا استولد المكاتبة صارت أم الولد بحالها ، وبه قال أحمد .

م: (فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد) ش: يعني إن مات المولى قبل أداء بدل الكتابة ولفظ القدوري - رحمه الله - : وإذا مات المولى سقط عنها مال الكتابة ، هكذا أثبته في « شرح الأقطع » ، قال الحاكم الشهيد في « الكافي » : فإن مات المولى قبل أن تؤدى عتقت ولا شيء عليها م: (لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة ، لأن الغرض من إيجاب بدل العتق عند الأداء ، فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه) ش: أي على المولى م: (فسقط) ش: أي بدل الكتابة م: (وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة) ش: بالنسبة إلى البدل م : غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد) ش: أي يعتق الأولاد ويخلص لها الكسب .

لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد ، لأن الفسخ لنظرها ، والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة ، لأنها باقية . قال : وإن كانت مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ، ولا تنافي إذ الحرية غير

قال تاج الشريعة أي الأولاد التي اشترتها المكاتبة في حال الكتابة لا الأولاد التي ولدت من مولاها وهذا في الحقيقة لدفع شبهة ترد وهي أن استتباع الأولاد في الحرية والرقبة بالأم إنما يكون إن لو كانت الأولاد متصلة بالأم حالة الحرية والرقبة ، وها هنا الأولاد منفصلة عنها حال عتقها ، فكيف يعتق الأولاد بعتقها عند موته ؟ . فأجاب عنها بهذا ، وقال : عدم العتق للأولاد المنفصلة إنما يكون إذا لم تكن الأولاد داخلة في كتابة الأم بطريقة التبعية ، وها هنا دخلت في كتابتها تبعًا لها ، فلذلك عتقوا بعتقها وبطلت الكتابة في حق الأم في حق البدل وتبقى في حقها في حق الأولاد والأكساب ، وإليه أشار بقوله .

م: (**لأن الكتابة انفسخت في حق البدل**) ش: أي في حق الأم في حق بدل الكتابة م: (**وبقيت**) ش: أي الكتابة م: (**في حق الأكساب والأولاد ، لأن الفسخ لنظرها**) ش: أي لأن فسخ الكتابة أي بطلانها لأجل نظرها م: (**والنظر فيما ذكرنا**) ش: وهو سقوط الكتابة في حق البدل وبقاؤها في حق الأولاد والأكساب ، لأنه على تقدير إنقاصها في حق الأولاد والأكساب تصير الأولاد أرقاء لورثة المولى ، وكذا تصير الأكساب ملكًا لهم وله نظر لهم في ذلك .

قيل : في كلامه تعالى ، لأنه علل البطلان بانتفاع بقاء الكتابة من غير فائدة ، ثم علله بالنظر لها والمعلول الواحد بالشخص لا يعلل بعلتين مختلفتين .

وأجيب : بأن للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب ، وجهة هي عليه وعلل الثانية بالأولى .

م: (**ولو أدت المكاتبة**) ش: بنصب المكاتبة ، أي لو أدت أم الولد بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو أدت بدل الكتابة م: (**قبل موت المولى عتقت بالكتابة**) ش: لا بالاستيلاد م: (**لأنها باقية**) ش: أى لأن الكتابة باقية ، وبه قال مالك وأحمد . وقال الشافعي : لا تعتق لبطلان الكتابة على ما ذكره ابن القاضي .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن كاتب مدبرته جاز**) ش: ولا نعلم فيه خلافًا إلا ما روي عن الشافعي أن التدبير وصية ، والكتابة رجوع عنها ، وإنما وضع المسألة في المدبرة لمناسبة أم الولد ، وإن كانت هذه الأحكام في المدبر أيضًا كذلك . وفي « المبسوط» وضعها في المدبر م: (**لما ذكرنا من الحاجة**) ش: عند قوله لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة م: (**ولا تنافي**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال : التدبير يقتضي الحرية بلا بدل ، والكتابة ببدل فبينهما منافاة فقال : ولا تنافي بين الكتابة والتدبير م: (**إذ الحرية غير**

ثابتة ، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : تسعى في الأقل منهما . وقال محمد - رحمه الله - تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة ، فالخلاف في الخيار والمقدار ، فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار ، أما الخيار ففرع تجزؤ الإعتاق ، والإعتاق عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقتها وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجلة بالتدبير، ومؤجلة بالكتابة فتخير . وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة ، فلا معنى للتخيير .

ثابتة) ش: في المدبرة م: (**وإنما الثابت مجرد الاستحقاق**) ش: أي استحقاق الحرية لا حقيقتها فتوجهت إليها جهتا عتق عاجل ببدل وآجل بلا بدل ، فانتفى التنافي .

م: (**وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة**) ش: أراد ثلثي قيمتها مدبرة لا قنة ، لأن الكتابة عقدت حال كونها مدبرة ، قيد بقوله : ولا مال له ، لأنه لو كان له مال غيرها ؛ تخرج هي من الثلث ؛ تعتق ويسقط عنها بدل الكتابة ، كما لو أعتقها ، ذكره في المبسوط ، وقد علم أن المدبر يعتق من الثلث عند أكثر أهل العلم ؛ إلا عند النخعي وداود م: (**وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: أي هذا المذكور من الخيار بين السعي في ثلثي القيمة ، وجميع بدل الكتابة هو عند أبي حنيفة -رحمه الله .

م: (**وقال أبو يوسف - رحمه الله - : تسعى في الأقل منهما**) ش: أي من ثلثي القيمة وجميع بدل الكتابة ولا تجبر م: (**وقال محمد - رحمه الله - : تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف**) ش: بين أصحابنا الثلاثة في موضعين م: (**في الخيار والمقدار ، فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار . ومع محمد - رحمه الله - في نفي الخيار ، أما الخيار ففرع تجزؤ الإعتاق ، والإعتاق عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**لما تجزأ بقي الثلثان رقيقتها**) ش: لأنه لم يخرج من الثلث .

وفي بعض النسخ بقي الثلثان رقيقًا م: (**وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين**) ش: أحدهما م: (**معجلة بالتدبير**) ش: والأخرى م: (**ومؤجلة بالكتابة فتخير**) ش: على صيغة المجهول من المضارع ، لأن في التخيير فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الأجل وأداء أقل المالين أعسر لكونه حالاً وإن كان حبس المال متحدًا . م: (**وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة ووجب عليها أحد المالين**) ش: وهما بدل الكتابة والقيمة م: (**فتختار الأقل لا محالة**) ش: بفتح الميم لأن العاقل لا يختار إلا الأقل م: (**فلا معنى للتخيير**) ش: لأنه لما بقي عليها بدل الكتابة حالاً ووجب عليها ثلثا القيمة بالتدبير حالاً لم يكن التخيير مفيدًا .

فيلزمه أقل المالين بلا خيار ، كما لو أعتق عبده على ألف أو ألفين فإنه يلزمه الأقل بلا خيار

وأما المقدار فلمحمد - رحمه الله - أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير ، فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ، ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة ، فها هنا يسقط الثلث ، فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة . ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء ، وهذا ، لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة ، لأنها استحقت حرية الثلث ظاهراً .

عندهم ، فكذا هنا .

فإن قلت : ينبغي أن يسعى في ثلثي قيمتها عندهما ، لأن الإعتاق لما لم يتخير عندهما بعتق كلها بالتدبير يعتق بعضها ، وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها فحسب .

قلت : صحة كتابة المدبر للنظر لها وهو في أداء بدل الكتابة لاحتمال كونه فجاء الاختيار .

م: (**وأما المقدار فلمحمد - رحمه الله - أنه قابل البدل بالكل**) ش: أي أن المولى قابل كل الكتابة بكل الذات ، لأنه أضاف العقد إلى ذاتها ، فقال كاتبتك على هذا والمحل قابل لها كالقنة فتصير كلها مكاتبة م: (**وقد سلم لها الثلث بالتدبير**) ش: فيجب أن يسقط بقدر من ثلث البدل ، وبه قال مالك م: (**فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته**) ش: أي بمقابلة التدبير ، لأنه سقط من الثلث ، فإذا أوجبنا البدل بمقابلة كله يكون خلفًا وهو باطل .

م: (**ألا ترى**) ش: توضيح لما قبله م: (**أنه**) ش: أي الشأن م: (**لو سلم لها الكل**) ش: أي كل البدل م: (**بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فها هنا يسقط الثلث**) ش: يعني فيما إذا لم يخرج من الثلث يسقط م: (**فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة**) ش: يعني لو كاتب عبده أولاً ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه يسقط عنه ثلث البدل بالاتفاق ، وهي المسألة التي تلي هذه المسألة ، لأنه عتق ثلثه بالتدبير ، ولهذا لو أدى كل البدل في حياته يعتق كله ، فلو كان ثلثه يستحق بالتدبير ولم يرد عليه عند الكتابة لما عتق كله بالأداء .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها ، فلا يسقط منه شيء ، وهذا**) ش: أي بيان ذلك وتوضيحه م: (**لأن البدل وإن قوبل بالكل**) ش: أي لأن بدل الكتابة وإن قوبل بكل ذات المدبرة م: (**صورة**) ش: أي من حيث الصورة ، حيث قال : كاتبتك ، فإنه مقابل بكل صورة م: (**وصيغة**) ش: أي : ومن حيث الصيغة أيضًا ، لأن كان الخطاب عبارة عن كل الذات .

م: (**لكنه مقيد بما ذكرنا**) ش: أي كل البدل مقيد بما ذكرنا ، وهو مقابلة بثلثي رقبتها م: (**معنى وإرادة**) ش: أي من حيث المعنى والإرادة ، لأن البدل قوبل بما يصح مقابلته ، وما لا يصح فيما يصح ، فصح فيما يصح مقابلته م: (**لأنها استحقت حرية الثلث ظاهراً**) ش: يعني بالتدبير ، ولكن

والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار هذا كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثًا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة ، كذا ها هنا ، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه ، لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء

الاستحقاق غير متقرر لجواز أن تموت قبل المولى ، فإذا مات تقرر الاستحقاق ، فبطلت الكتابة بمقابلة ما وراء المتسحق بالتدبير ؛ وهو الثلث .

م: (**والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته**) ش: فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء .

فإن قلت : لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى ، لأنه في مقابلة الثلثين لا الكل .

قلت : أما هذا لا يلزم على أبي يوسف - رحمه الله - لأنه لا يقول يجزئ الإعتاق ، وأما على قول أبي حنيفة - رحمه الله - فالجواب ما مر إن حكمنا بصحة الكتابة نظراً للمدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حر ويغرم كل البدل ، فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظراً له .

م: (**وصار هذا**) ش: هذا الحكم م: (**كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثًا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة**) ش: أي إرادة المطلق ، لأن الظاهر أنه يدفع الألف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لوقوع الطلقتين أولاً بلا مال ، ثم تطليقه ثلاثًا على ألف يدل على أن مراده مقابلة الألف بالواحدة الباقية .

فإن قلت : كيف تكون هذه المسألة المدبرة التي كوتبت ، لأن وقوع الطلقتين هناك ظاهر ، فلأجل هذا جعل البدل بإزاء ما بقي فللمدبرة حق العتق والملك كامل فيها ، ولهذا حل وطؤها فيجوز أن يثبت بإزائه البدل .

قلت : قد سقطت مالية هذا الثلث ها هنا ، ولهذا لو أتلفها إنسان لا يضمن إلا قيمة الثلثين ، فيكون البدل بأي الباقي م: (**كذا ها هنا**) ش: أي هذا الحكم في مسألة المدبرة التي كوتبت .

م: (**بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة**) ش: جواب عما قاسه محمد بقوله : وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة م: (**وهي المسألة التي تليه**) ش: أي المسألة التي فيها تأخير التدبير عن الكتابة هي التي تأتي تلو الحكم الذي فيه تأخير الكتابة عن التدبير م: (**لأن البدل مقابل بالكل ، إذ لا استحقاق عنده في شيء**) ش: أي عند عقد الكتابة ، فيكون البدل في مقابلة الكل ، فإذا عتق بعض

فافترقا ، قال : وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة ، لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك ، فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولامال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة ، أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقالا : تسعى في الأقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ماذكرنا ، أما المقدار فمتفق عليه ، ووجهه ما بينا . قال : وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط

الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة م: (**فافترقا**) ش: أي افترق حكم تقدم الكتابة على التدبير ، وحكم تأخرها ، فلم يصح قياس محمد على تقدمها .

م: (**قال**) ش: القدوري م: (**وإن دبر مكاتبته صح التدبير**) ش: ولا يعلم فيه خلاف ، لأنه يملك بتخير العتق فيه ، فيملك التعليق بشرط الموت أيضًا ، وكذا الحكم في مدبر مكاتبة ، لكن ذكر لفظ التأنيث لما ذكرنا من المناسبة م: (**لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله تلقتها جهتا حرية م: (**ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك**) ش: وبه قالت الثلاثة ، لأن النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة . وإذا عجزت نفسه كان كل ذلك على المولى ، فله أن يدفع عن نفسه ذلك .

وفي « الذخيرة » : هذا فصل اختلف المشايخ فيه ، وهو أن المكاتب إذا أراد تعجيز نفسه وقال المولى لا أعجزك هل تفسخ الكتابة ؟ قال محمد بن سلمة : إذا أبى المولى ذلك التعجيز فله ذلك ولا تفسخ الكتابة بتعجيز ، قال أبو بكر البلخي : هذا خلاف ما ذكره أصحابنا في كتبهم ، فإنهم قالوا للعبد أن يعجز نفسه .

م: (**فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا تسعى في الأقل منهما فالخلاف**) ش: بين أصحابنا الثلاثة م: (**في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا**) ش: أراد به قوله أما الخيار ففرع يجزئ الإعتاق . . إلى آخره .

م: (**أما المقدار**) ش: وهو القول بالثلثين سواء كان ذلك في بدل الكتابة أو قيمتها على قول أبي حنيفة - رحمه الله - وكذا على قولهما م: (**فمتفق عليه ، ووجهه ما بينا**) ش: أشار به إلى قوله لأن البدل مقابل بالكل إلى آخره ، هذا لهما ، أما محمد فإنه لما مر على أصله لا يحتاج إلى فرق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه فيه ، وسقط**

بدل الكتابة ، لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه ، والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضاء العبد ، والظاهر رضاه توسلاً إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له ، لأنا نبقي الكتابة في حقه . قال : وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة ، فهو جائز استحسانًا . وفي القياس لا يجوز ،

بدل الكتابة لأنه) ش: أي لأن المكاتب م: (**ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق ، وقد حصل له دونه**) ش: أي حصل له العتق بلا بدل الكتابة م: (**فلا يلزمه**) ش: أي إذا حصل له العتق بلا بدل ، فلا يلزمه البدل بعده م: (**والكتابة وإن كانت لازمة**) ش: جواب عن سؤال مقدر ، تقديره أن يقال : الكتابة من جانب المولى فلا يقبل الفسخ ، فقال والكتابة وإن كانت لازمة م: (**في جانب المولى ، ولكنه يفسخ**) ش: أي لكن عقد الكتابة .

وفي بعض النسخ : لكنها - أي الكتابة - تفسخ م: (**برضاء العبد ، والظاهر رضاه**) ش: لأن اللزوم كان لتعلق حقه ، فإذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه ، كما لو باعه المولى أو أجره برضاه، والظاهر رضاه .

م: (**توسلاً إلى عتقه بغير بدل**) ش: ، لأنه إذا رضي به ببدل قبلاً بدل يكون أرضى م: (**مع سلامة الأكساب له**) ش: هذا جواب عن ما عسى أن يقال : قد يكون راضيًا ببدل نظرًا إلى سلامة الأكساب له فقد تكون الأكساب كثيرة بفضل بعد أداء البدل منها له جملة ، فقال الأكساب سالمة له .

م: (**لأنا نبقي الكتابة في حقه**) ش: أي في حق الأكساب ذكر الضمير على تأويل المكسوب أو المال . قال تاج الشريعة : أي في حق الكسب أو المكاتب وقوله أو المكاتب لا وجه له على مالا يخفى . وقال الكاكي : ذكر هذا دفعًا لشبهة ترد على قوله مع سلامة الأكساب له وهي ما يقال ينبغي أن لا تسلم له الأكساب ، ويجب أن يكون للمولى كما قالت الأئمة الثلاثة .

لأن الأكساب أكساب عبده ، كما لو عجز نفسه وعاد إلى الرق ، والأكساب في يده بجامع أن في كل منهما انفساخ الكتابة ، فأجاب عنها بقوله : لأنا نبقي الكتابة في حق الأكساب نظرًا للمكاتب ، كما أن انفساخ تمثله للمكاتب بعد الإعتاق وفيه نظر .

لأن الرواية لم توجد في كتب محمد ومن بعده من المتقدمين كالطحاوي والكرخي وأبي الليث وغيرهم ينبغي أن تكون الأكساب للمولى بعدما أعتقه كما تجزئ بعد المكاتبة .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحسانًا . وفي القياس: لا يجوز**) ش: وبه قال الشافعي ومالك . وفي

لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربًا ، ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير . وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه ، لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا ، فلا يكون ربا .

« الحلية » وبه قال أبو يوسف وزفر .

م: (**لأنه اعتياض عن الأجل**) ش: أي لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال ، لأن الأجل غير مال ، وهو معنى قوله م: (**وهو ليس بمال والدين مال ، فكان ربا**) ش: لأن الكتابة عقد معاوضة ، وهذا لا يجوز في عقد المعاوضة ، وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلاً عن ألف وذلك عين الربا .

لا يقال هلا جعلت إسقاطًا لبعض الحق ليجوز ، لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقًا .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكونه ربا م: (**لا يجوز مثله**) ش: أي مثل هذا الصلح م: (**في الحر**) ش: بأن كان للحر على مثله دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلاً لا يجوز وقد مر في الصلح ، م: (**ومكاتب الغير**) ش: بأن كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة لا يجوز .

م: (**وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به**) ش: أي على الأداء البدل إلا بالأجل . م: (**فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به**) ش: أي ببدل الكتابة ، فلو كان مالاً من كل وجه لصحت الكفالة به م: (**فاعتدلا**) ش: إذا كان الأمر كذلك فاعتدل الأجل ومال الكتابة تحرير بأن الأجل مال من وجه باعتبار أنه لا قدرة له إلا به ، وبدل الكتابة مال من وجه .

ألا ترى أنه لا يصلح نصابًا للزكاة ، والمكاتب عبد والمولى لا يستوجب على عبده شيئًا فصار كالحقوق التي ليست بمال ، ولهذا لا تصح الكفالة به ، فإذا كان مالاً من وجه والأجل أيضًا مال من وجه فاستويا م: (**فلا يكون ربا**) ش: لوجود الاعتدال وهو المساواة ، وبه قال أحمد .

قيل : فيه نظر من وجهين ، الأول : أن المال ما يتمول به وهو يعتمد الإحراز وذلك في الأجل غير متصور . الثاني : أن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظًا ومعنى .

أما لفظًا فلأن أعطى متعد إلى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام ، وأما معنى فلأنه قال : الأجل في حق المكاتب مال من وجه ، فإن أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجه

ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه ،والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة ، بخلاف العقد بين الحرين ، لأنه عقد من كل وجه فكان ربا ، والأجل فيه شبهة . قال : وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم يجز الورثة

فات الاعتدال ، إذ الدين مال من وجه ، وإن المراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل .

أجيب عن الأول : أن ما ذكرتم أن المال ما يتمول به وبحرز صحيح إذا كان ملاء من كل وجه ، وليس ما نحن فيه كذلك ، وإنما المراد به ها هنا إنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الأداء عليه توقفها على عين الدراهم .

وعن الثاني : بأن أعطى ضمن يعني اعتبر ومعناه اعتبر لأجل حكم المال ، فإن الشيء يجوز أن يكون جهة في شيء ولا يكون معتبراً فبين بأنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحًا للقصد ونظرًا للمكاتب .

م: (**ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه**) ش: لأنه إسقاط باعتبار أنه فك الحجر ، ولعقد الكتابة شبه بالتعليق بالشرط ، لأنه تعليق العتق بشرط الأداء ، فيكون من هذا الوجه يمينًا .

م: (**والأجل ربا من وجه**) ش: لأن حقيقة الربا يكون بين المالين والأجل ليس بمال م: (**فيكون شبهة الشبهة**) ش: أي يكون كون الأجل ربا شبهة وقعت في شبهة العقد ، فشبهة الشبهة لا اعتبار لها ، والشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة .

فإن قلت : لو كان عقد المكاتبة عقداً من وجه كما ذكرتم كان ينبغي أن يجوز بيع المولى من مكاتبه درهمًا بدرهمين ، وذا لا يجوز ذكره في « المبسوط » .

قلت : المكاتب كالأجنبي من وجه فتجري بينهما صريح الربا بدون شبهة لما ذكرنا ، كذا ذكره المحبوبي م: (**بخلاف العقد بين الحرين**) ش: جواب عن قوله ولهذا لايجوز مثله في الحر .

تقريره ، لأن العقد بين الحرين ، أي عقد الصلح بين الحرين على الوجه المذكور إنما لا يجوزم: (**لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة**) ش: فاعتبرت ، فلذلك لم يصح .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف**) ش: أي والحال أن قيمة المكاتب ألف درهم م: (**ثم مات**) ش: أي المولي م: (**ولا مال له غيره**) ش: أي والحال أنه لا مال للمولى غير المكاتب .

م: (**ولم يجز الورثة**) ش: أي التأجيل ، لأن المريض لم يتصرف في حق الورثة إلا في حق التأجيل فكان لهم أن يردوه ، إذ بتأجيل المال أخر حقهم ، وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون

فـإنه يؤدي ثلثي الألفين حـالاً والباقي إلى أجله ، أو يـرد رقيـقًا عند أبـي حنيفـة وأبي يوسف - رحمهما الله - . وعند محمد - رحمه الله - يؤدي ثلثي الألف حالاً والباقي إلى أجله ، لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبـه على قيمـته فله أن يؤخرها ، فصـار كما إذا خـالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز ، لأن له أن يطلقها بغير بدل .

إجازتهم م: (فإنه) ش: أي المكاتب م: (يؤدي ثلثي الألفين حالاً) ش: وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهمًا وثلث درهم .

م: (والباقي) ش: بنصب الياء يؤدي الباقي وهو ستمائة وست وستون وثلثا درهم م: (إلى أجله) ش: أي على الذي عليه م: (أو يرد رقيقًا) ش: أي أو يرد المكاتب إلى حاله التي كان فيها رقيقًا م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله -) .

م: (وعند محـمد-رحمه الله - يؤدي ثلثي الألف حـالاً والباقي) ش: أي يؤدي الباقي م: (إلى أجله) ش: الذي عينه م: (لأن له) ش: أي للمريض م: (أن يترك الزيادة) ش: أي على القيمة لأنه لم يتعلق بها حق الورثة .

ثم فسر ترك الزيادة على القيمة بقوله م: (بأن يكاتبه على قيـمته) ش: أي يكاتبـه على قدر قيمته وهو الألف م: (فله أن يؤخرها) ش: أي الزيادة ، لما جاز له ترك أصله جاز له ترك وصفه وهو التعجيل بالطريق الأولى .

ألا ترى أنه يجوز له أن يكاتبه على قدر قيمته ، فالزيادة على قيمته لا تعتبر من ماله ، وإنما يعتبر من ماله الألف ، فلا يصح في ذلك تأجيله في ثلثي الألف ، ويصح في الزيادة .

قال صاحب « العناية » : ولو قال : لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أ ن يؤخرهما كان أحسن فتأمل .

قلت : لما كـان جـواز ترك الزيادة على القـيـمـة لعـدم تعلق حق الورثة به فكذلك ترك ثلث الألف ، لأنه لا حق لهم فيـها ، وحـقهم في الثلثين ، فـمن فهم ذلك يلزم فهم هذا فلا حـاجة حينئذ إلى ما ادعاه من الأجنبية .

م: (فصار) ش: أي حكم هذا م: (كما إذا خالـع المريض امرأته على الألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل) ش: أراد أنه لو خـالع امـرأته في مـرض مـوته على ألف إلى سنة ولا مـال له غيره ولم يجز الورثة التأجيل فإنه يعتبر من كل المال ، لأنه لو تركه صح بأن يطلقها بلا بدل فصح تأجيله .

لهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليه أحكام الأبدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل ، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع ، بخلاف الخلع ، لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ، ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم يجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أدِّ ثلثي جميع الثمن حالاً ، والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع ، وعنده

م: (**لهما**) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: (**أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليه**) ش: أي على بدل الرقبة ، وفي بعض النسخ عليها . قال الكاكي -رحمه الله-: أي على الزيادة .

وقال الأترازي : -رحمه الله-والتأنيث بتأويل العين التي كوتب عليها ، وإنما قال هذا دفعًا لوهم من يقول إن الكتابة صلة لأنه بدل ما ليس بمال وهو فك الحجر ، فكان كالخلع ، وكان قياس محمد -رحمه الله-صحيحًا فقال إن له حكم العوض ، ولهذا لو كان بدل الكتابة داراً يأخذها الشفيع .

م: (**أحكام الأبدال**) ش: من أخذ الحق بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس في المطالبة ، فإنه لو باع داراً قيمتها ألف بألفين فالشفيع يأخذها بألفين ، وكذا لو باعها المشتري مرابحة يبيعها بألفين ، ولو أدى المشتري ألفًا وماطل في ألف للبائع أن يحبسه .

م: (**وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل**) ش: لأن المبدل لما كان متقومًا كان حكم بدله حكمه ، فجميع المسمى متعلق به حق الورثة ، وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض إسقاط ثلثه م: (**والتأجيل إسقاط معنى**) ش: أي إسقاط حق الورثة معنى .

م: (**فيعتبر**) ش: أي التأجيل م: (**من ثلث الجميع**) ش: أي جميع البدل م: (**بخلاف الخلع ، لأن البدل فيه لا يقابل المال**) ش: لأن البضع في حالة الخروج لا يعتبر مالاً م: (**فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل ، فلا يتعلق بالبدل**) ش: أراد أن حق الورثة لم يتعلق بالمبدل لكونه غير مال ، فكذا لا يتعلق بالبدل .

م: (**ونظير هذا**) ش: أي نظير أصل المسألة المذكورة م: (**إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة ، وقيمتها ألف ثم مات ولم يجز الورثة**) ش: ، أي التأجيل م: (**فعندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله-وأبي يوسف -رحمه الله- م: (**يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالاً ، والثلث إلى أجله**).ش: أي أداء الثلث إلى أجله الذي عينه .

م: (**وإلا**) ش: أي وإن لم ترض بذلك م: (**فانقض البيع ، وعنده**) ش: أي عند محمد -

يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى . قال : وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم يجز الورثة ، يقال له أدّ ثلثي القيمة حالاً أو ترد رقيقًا في قولهم جميعًا ، لأن المحاباة هاهنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما .

رحمه الله-م: (**يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه**) ش: أي على الثلث ، فيقال له عنده عجل ثلثي القيمة والباقي عليك إلى أجل م: (**لما بينا من المعنى**) ش: أشار به إلى ما ذكر من الدليل من الطرفين .

والحاصل أن المكافأة في جميع الثمن وصية من الثلث عندهما ، لأن التأجيل تبرع من المريض من حيث إن الوارث يصير ممنوعًا عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعًا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبة لجريان أحكام الأبدال كما ذكرنا ، وعند محمد -رحمه الله-الأجل فيما زاد يصح من رأس المال ويعتبر في قدر القيمة من الثلث .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم يجز الورثة ، يقال له أد ثلثي القيمة حالاً أو ترد رقيقًا في قولهم جميعًا ، لأن المحاباة ها هنا في القدر**) ش: وهو إسقاط ألف درهم .

م: (**والتأخير**) ش: وهو تأجيل الألف الأخرى م: (**فاعتبر الثلث فيهما**) ش: أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الإسقاط والتأخير ، لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضًا ، ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الإسقاط ولا في حق التأخير ، والله أعلم .

***

باب من يكاتب عن العبد

قال : وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم ، فإن أدى عنه عتق ، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفًا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه بحكم الشرط، وإذا قبل العبد صار مكاتبًا ، لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ، ولو لم يقل على أني إن أديت إليك ألفًا فهو حر فأدى لا يعتق قياسًا ، لأنه لا شرط والعقد موقوف . وفي الاستحسان يعتق ، لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ، ويتوقف في حق لزوم الألف

م: (باب من يكاتب عن العبد)

ش:أي هذا الباب في بيان من يكاتب بطريق الفضول أو النيابة عن العبد وتأخيره عن تصرفات الأصيل ظاهر البرهان .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) ش: أي يصير مكاتبًا وقوله عن عبد ، أي قبل الحر الأجنبي عقد الكتابة عن العبد فضوليًا ، وقيد بالحر احترازًا عن المسألة التي تليها .

م: (وصورة المسألة) ش: أي المسألة المذكورة م: (أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفًا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق بأدائه) ش: أي بأداء الحر ، وذا يصح من غير قبول العبد ، ولا يعلم فيه خلاف . م: (بحكم الشرط) ش: ،لأنه تعليق العتق بأداء الألف م: (وإذا قبل العبد صار مكاتبًا) ش: خلافًا للثلاثة ، فإن عندهم يبطل العقد ولا يتوقف م: (لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته) ش: أي على إجازة العبد م: (وقبوله إجازة) ش: لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة . فإذا قبله كان ذلك إجازة منه ، فيصير مكاتبًا ، لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ، ولو وكله العبد بذلك فقد عقده عليه فكذا إذا جاز بعد العقد .

م: (ولو لم يقل على أني) ش: أي لو لم يقل الحر المذكور لمولى العبد على أني م: (إن أديت إليك ألفًا فهو حر) ش: بل قال كاتبه على ألف فقال : فعلت عليه .

م: (فأدى) ش: أي فأدى الحر الألف م: (لا يعتق قياسًا) ش: وبه قالت الثلاثة م: (لأنه لا شرط) ش: حتى يعتق بوجوده م: (والعقد موقوف) ش: على إجازة العبد ، فإن أجاز جاز لما قلنا . م: (وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق) ش: أي في توقف العتق م: (بأداء القائل فيصح) ش: أي العقد . م: (في حق هذا الحكم ، ويتوقف في حق لزوم الألف

على العبد ، وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب . ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد ، لأنه متبرع

على العبد) ش: نظراً للعبد وتصحيحاً للعقد بقدر الإمكان .

فإن قلت : ما الفرق بينه وبين البيع ، فإن بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيز فيما له وفيما عليه ، وهنا لا يتوقف فيما له ؟ قلت : إن ما له ها هنا إسقاط ، وهو لا يتوقف على القبول ، وما عليه إلزام وهو يتوقف عليه . م: (وقيل : هذه هي صورة مسألة الكتاب) ش: أراد أن المسألة التي قال فيها : كاتب عبدك على ألف ، ولم يقل : على أني إن أديت إليك ألفاً فهو حر ، هي صورة مسألة «الجامع الصغير» ، وأشار بهذا إلى أن شراح « الجامع الصغير» - رحمهم الله- اختلفوا في صورة المسألة فصورها بعضهم بما ذكره بقوله : وصورة المسألة أن يقول . . . إلى آخره ، وصورها آخرون بما ذكره في قوله : ولو لم يقل على أني . . . إلى آخره .

م: (ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد ، لأنه متبرع) ش: حيث لم يأمره بالأداء ولا هو مضطر في أدائه وحل له أن يسترد ما أدى إلى المولى إن أداه بحكم الزمان يسترده ، لأن ضمانه كان باطلاً وصورته أن يقول كاتب عبدك على ألف على أني ضامن يرجع عليه لأن ضمانه كان باطلاً لأنه ضمن غير الواجب وإن أداه بغير ضمان لا يرجع لأنه متبرع ، فلو أدى البعض له أن يرجع ، سواء أدى بضمان أو غير ضمان ، ولكن لو أدى البعض بعد إجازة العبد لا يرجع ، لأن ثم حصل مقصود آخر وهو براءة ذمة العبد عن بعض البدل ، هذا إذا أراد أن يرجع على المولى قبل إجازة العبد ، فلو أراد الرجوع بعد إجارة العبد ، فلو أدى بحكم الضمان يرجع لما ذكرنا ، وإن أدى بغير الضمان لا يرجع سواء أدى الكل ، أو البعض ، هذا إذا قال الحر للمولى كاتب عبدك على ألف .

فإن قال: أعتقته بألف فهو على أربعة أوجه: إما أن يقول أعتقه بألف ولم يزد عليه ، أو قال: أعني بألف ، أو قال : أعتقه بألف ، أو قال :أعتقه عن نفسك بألف علي ، ففي الأول لا يجب على الفضولي شيء إذا أعتقه . ولو أدى يسترد منه ، ولو استهلكه يضمنه . وفي الثاني يقع العتق عن الأمر ، ويلزمه المال عند علمائنا الثلاثة-رحمهم الله- استحساناً اقتضاء . وفي الثالث لا يلزمه شيء من المال ، لأن الولاء يثبت للمأمور ، فهو المنتفع بملكه فلا يستوجب البدل على الأمر ، لأنه منفعة للزوج في إيقاع الطلاق ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- والصدر الشهيد . وذكر شيخ الإسلام خواهر زاده -رحمه الله- أن المال يلزم الأمر بالإعتاق ، ويقع العتق عنه ، لأن قوله على إيجاب ضمان على نفسه ، ولا حجة له إلا بعد وقوع العتق عنه . وفي الوجه الرابع لا يلزمه المال وله أن يسترده إذا أداه إليه كما في قوله كل طعامك بعوض علي ، بخلاف قوله طلق امرأتك عن نفسك بألف علي حيث يلزمه الألف لما ذكرنا كذا في «جامع شيخ الإسلام» .

قال : وإذا كاتب العبد عن نفسه ، وعن عبد آخر لمولاه ، وهو غائب ، فإن أدى الشاهد ، أو الغائب عتقا ، ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ، وهذه الكتابة جائزة استحسانًا . وفي القياس تصح على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه . وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعًا ، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعًا ، حتى عتقوا بأدائها . وليس عليهم من البدل شيء .

م: (قال) ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: (وإذا كاتب العبد) ش: أي إذا كاتب المولي عبداً م: (عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب) ش: بجر غائب ، لأنه صفة لقوله عبد آخر م: (فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ش: أي الشاهد والغائب جميعًا . م: (ومعنى المسألة) ش: أراد شرح المسألة المذكورة المنقولة من « الجامع الصغير » م: (أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ، وهذه الكتابة جائزة استحسانًا . وفي القياس تصح) ش: أي الكتابة .

م: (على نفسه لولايته عليها ، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه) ش: كما لو جمع بين عبده وبين عبد غيره فباعهما . وعند الثلاثة لا يصح في حق العبد الغائب .

م: (وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعًا، والكتابة على هذا الوجه مشروعة ، كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعًا حتى عتقوا بأدائها ، وليس عليهم من البدل شيء) ش: فإذا نفذ العقد فلا يتوقف على قبول الغائب شيء من بدل الكتابة ، ولا يعتبر رده الكتابة إجازة .

ولو اكتسب شيئًا لا يأخذه المولى من يده وليس للمولى أن يبيعه من غيره ولو أبرأه المولى أو وهبه بدل الكتابة لا يصح ، إذ ليس عليه شيء من البدل ، أما لو أبرأ الحاضر أو وهبه البدل عتقا جميعًا ، كذا ذكره المحبوبي وغيره .

فإن قيل : ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها ، لأن الأولاد تابعة لها من كل وجه ، حتى أن المولى لو أعتق الأولاد ،لم يسقط من البدل شيء ويعتق الأولاد ، إذ لا عتق لمولى الأم ، بخلاف العبد الغائب ، فإنه مقصود بالكتابة ، من وجه ، حيث أضيف العقد إليهما مقصودًا ، حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر نفذ عتقه وبطلت الكتابة ، ولا يعتق العبد الغائب سقطت حصته من الكتابة ، ويجب على الحاضر حصته لا غير ، ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبول نفوذ مما هو مقصود من وجه بلا توقف .

فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجها القياس .

وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون

وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر ، فله أن يأخذه بكل البدل ، لأن البدل عليه لكونه أصلاً فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه . قال وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول ، أما الحاضر فلأن البدل عليه ، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه ، وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه . قال : وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه ، لأن الحاضر قضى دينًا عليه

فيه جهة أصالة أو لا تصحيحًا للعقد ، ونظر المكاتب ، ولاشتماله على المسامحة .

م: (وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله) ش: أي فللمولى م: (أن يأخذه) ش: أي أن يأخذ العبد الحاضر م: (بكل البدل ، لأن البدل عليه لكونه أصلاً فيه ، ولا يكون على الغائب من البدل شيء ، لأنه تبع فيه) ش: أي في العقد ، وهذا بذلك على أن النظر في مجرد التبعية لا معتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (وأيهما أدى عتقا) ش: أي الشاهد والغائب ، قيل: هذا تكرار ، لأنه قال في أول المسألة ، فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا .

وأجيب : بأنه أعاده تمهيداً لقوله م: (ويجبر المولى على القبول) ش: وفي القياس لا يجبر في الغائب ، وبه قالت الثلاثة ، لأن الغائب متبرع غير مطالب بشيء من البدل ، ولكن الاستحسان أن يجبر عليه حتى يعتقا جميعًا بأداء الغائب ، لأن حكم العقد ثبت في الغائب فيما لا يضر به ، ولكنه بمنزلة البيع بحكم العقد في حق الحاضر .

وفي « جامع المحبوبي » : إلا أنه يقبل منه المال حالاً ولا يمكنه من السعاية على نجوم الحاضر نص عليه محمد في المكاتب .

وأشار المصنف إلى وجه الاستحسان بقوله م: (أما الحاضر فلأن البدل عليه ، وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه ، وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين) ش: بأن استعار إنسان من آخر شيئًا ليرهن ثم أدى المعير الدين .

م: (يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه) ش: وفي بعض النسخ إلى استخلاص الرهن عنه .

م: (وإن لم يكن الدين عليه) ش: أي على معير الرهن ، فكذا هنا يجبر المولى على القبول من الغائب وإن لم يكن البدل عليه ، لأنه محتاج إلى استفادة الحرية .

م: (قال : وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه ، لأن الحاضر قضى دينًا عليه) ش: ومثله لا يرجع م:

والغائب متبرع به غير مضطر إليه . قال : وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا ، فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء ، والكتابة لازمة للشاهد ، لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه ، حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا ، قال : وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز ،

(**والغائب متبرع به غير مضطر إليه**) ش: أي من جهة الحاضر ، بخلاف معير الرهن ، فإنه مضطر فيه .

فإن قيل : الغائب ها هنا معير الرهن مضطر ، ولهذا يرجع على المستعير بما أدى، فكيف قال غير مضطر إليه . فالجواب أنه كهو في جواز الأداء من غير دين عليه لا في الاضطرار .

فإن الاضطرار إنما هو إذا فات له شيء حاصل ، وها هنا ليس كذلك ، بل إنما هو بعوضيه أن يحصل له الحرية ، وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانًا .

فإن قلت : حق الحرية حاصل بالكتابة فإنه لو لم يؤده فكان مضطراً .

قلت : هو متوهم ، وهو حق الرجوع لم يكن تابعًا فلا يثبت به .

م: (**قال : وليس للمولى أن يأخذ العبد الغائب بشيء لما بينا**) ش: أراد قوله ، لأنه تبع فيه .

م: (**فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء**) ش: يعني لا يؤثر قبوله في لزوم بدل الكتابة عليه ، وكذلك رده لا يؤثر في رد عقد الكتابة عن الحاضر .

م: (**والكتابة لازمة للشاهد ، لأن الكتابة نافذه عليه**) ش: أراد بالشاهد العبد الحاضر ، يعني أن الكتابة لزمت الحاضر قبل إجازة الغائب ، فبعد إجازته لا يتغير ذلك ، والأصل هذا لم يكن للمولى أن يأخذ الغائب وإن قبل .

م: (**من غير قبول الغائب ، فلا يتغير بقبوله**) ش: يعني أن الكتابة قبل القبول نافذة على الشاهد من غير وجوب البدل ، فلا يتغير بقبوله .

فليس للمولى أن يأخذه بشيء من بدل الكتابة . م: (**كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه ، حتى لو أدى لا يرجع عليه ، كذا هذا**) ش: أي حكم الغائب .

م: (**قال : وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز**) ش: يعني إذا قبلت عقد الكتابة عن نفسها وعن ابنيها فالعقد جائز والحكم في العبد كذلك ، وليس في وضع المسألة في أمة فائدة سوى ما ذكره الفقيه أبو جعفر في « كشف الغوامض »أن رواية الجامع من الفائدة ما

وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ، ويجبر المولى على القبول ويعتقون ، لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعًا على ما بينا في المسألة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي .

ليس في مكاتب المبسوط فإن هناك المسألة فمن كاتب عبدًا على نفسه وأولاده الصغار .

فلولا رواية « الجامع الصغير » لكان لقائل أن يقول للأب على الصغير من الولاية ما ليس للأم ، فرواية « الجامع الصغير » تبين أن ذلك كله سواء ، وفائدة وضع المسألة في الصغيرين وإن كان في الكبيرين كذلك هي ترتيب ما ذكره من الجواب بقوله وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويعتقون ، لأنه لولا هذا الوضع كان لقائل أن يقول في مثل هذا الموضع إذا أدى أحد الابنين ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر ، لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية ، بخلاف الأمة وابنها . فإن أداء الأم كأداء ابنها بطريق أنها تستتبعه ، وكذلك أداء الابن كأداء أمه لدخوله في كتابتها تبعًا . أما أداء رهن الابن ليس كأداء أخيه لما أنه لا تبعية بينهما ، ولهذا وضع هذه المسألة في المبسوط في الأولاد الصغار ليفيد هذه الفائدة ، ولكن اختار في الجامع لفظ التثنية ، لأنه أقل ما يتحقق فيه هذه الفائدة . وقال تاج الشريعة : إنما قيد بالصغيرين ليجوز مطلقًا قياسًا واستحسانًا .

م: (**وأيهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون ، لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعًا على ما بينا في المسألة الأولى**) ش: وهي كتابة العبد عن نفسه وعن العبد الغائب ، وذلك أن الأم إذا أدت فقد أدت دينًا على نفسها ، وكل من الولدين إن أدى فهو متبرع غير مضطر ، وفي ذلك لا رجوع .

فإن قلت : إذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر ، لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية .

قلت : إن أحدهما إذا أدى كان أداؤه كأداء الأم ، لأنه تابع لها من كل وجه . ولو أدت الأم عتقوا ، فكذا إذا أدى أحدهما .

م: (**وهي أولى بذلك من الأجنبي**) ش: أي الأم أولى بذلك من الأجنبي . قال تاج الشريعة : أي من العبد الأجنبي ، أي لما جاز هذا العقد في حق الأجنبي على ما ذكر في المسألة الأولى فأولى أن يجوز عند الأم في حق ولدها ، لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي .

قال صاحب العناية : لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز هنا قياس واستحسان ، لأن الولد تابع لها ، بخلاف الأجنبي وأرى أنه الحق والله أعلم .

قلت : أشار بذلك إلى ما قاله تاج الشريعة بقوله إنما قيد الصغيرين ليجوز مطلقًا قياسًا واستحسانًا ، وقد ذكرناه آنفًا .

باب كتابة العبد المشترك

قال : وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة ، فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة -رحمه الله-. وقالا هو مكاتب بينهما ، وما أدى فهو بينهما . وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده ، خلافًا لهما ، بمنزلة العتق ، لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ . وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن وإذنه له بقبض البدل

م: (باب كتابة العبد المشترك)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام العبد المشترك ، ولما كان الواحد قبل الاثنين قدم حكم كتابة الواحد ، ثم أعقبه بحكم كتابة الاثنين وما فوقهما .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (وإذا كان العبد بين رجلين) ش: وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى م: (أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه) ش: بأن قال كاتب نصيبك من العبد م: (بألف درهم ويقبض) ش: بنصب الضاد ، أي وأن يقبض م: (بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة - رحمه الله - . وقالا : هو مكاتب بينهما) ش: أي بين الشريكين م: (وما أدى) ش: أي المكاتب من المال م: (فهو بينهما) ش: أي بين الشريكين م: (وأصله) ش: أي أصل الاختلاف . وقال الكاكي : أصل قوله فالمال للذي قبض.

م: (أن الكتابة تتجزأ عنده) ش: أي عند أبي حنيفة م: (خلافًا لهما بمنزلة العتق) ش: أي بمنزلة تجزؤ الإعتاق عنده خلافًا لهما . ولما كانت لا تجزؤ عندهما كان بكتابة أحدهما نصيبه صار كله مكاتبًا على ما يجيء الآن . م: (لأنها) ش: أي لأن الكتابة م: (تفيد الحرية من وجه) ش: لأن يكون حرًا من حيث اليد م: (فتقتصر على نصيبه عنده) ش: أي فتقتصر الكتابة على نصيب المكاتب بكسر التاء عند أبي حنيفة -رحمه الله- م: (للتجزؤ) ش: أي لأجل تجزؤ الكتابة .

م: (وفائدة الإذن) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره أن يقال إذا كانت الكتابة تتجزأ فما الفائدة في إذن أحدهما للآخر بالكتابة ، فقال : وفائدة الإذن م: (أن لا يكون له) ش: أي الشريك الذي لم يكاتب م: (حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن ، وإذنه له بقبض البدل) ش: أي الشريك الذي لم يكاتب .

قال الكاكي : إنما ذكر هذا ، يعني قوله : وفائدة الإذن لئلا يتوهم أن الإذن شرط في حق جواز كتابة نصيبه ، فإنه لو كاتب نصيبه صحت الكتابة ونفذت بالإجماع عند أبي حنيفة -

رحمه الله-في نصيبه . وعندهما في الكل ويثبت للساكت حق الفسخ بالاتفاق ، فلو لم يفسخ حتى أدى البدل عتق حظه عند أبي حنيفة ، وللساكت أن يأخذ من المكاتب نصف ما أخذ من البدل ، لأنه عبد مشترك .

قلت : كيف يقول نفذت بالإجماع ، وفيه خلاف مالك والشافعي -رحمه الله- على ما نبين ، فنقول : إن أذن أحد الشريكين للآخر بالكتابة جازت ، خلافًا لمالك والشافعي في قول، وبغير الإذن أيضًا يجوز عندنا ، ولكن لصاحبه نقضه .

وقال الشافعي ومالك : لا يجوز . وقال أحمد والحسن وابن أبي ليلى : يجوز بغير الإذن أيضًا ولا ينقضه صاحبه ، فإذا أدى العبد البدل ومثله للساكت يعتق .

فإن قيل : الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الإعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال . ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ ، فمن أين كتابة ذلك؟ .

أجيب : بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة ، وإنما هي تشتمل عليها ، فيجوز أن يكون لها حكم يختص وهو ولاية الفسخ لمعنى توجيه ، وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة .

ويصرف الإنسان في خالص حقه إنما يتنوع إذا لم يقصر به الغير ، ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ، ولهذا ينفسخ بتراضيهما فيتحقق المقتضى ، وانتفى المانع .

وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وإن قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه ، فإنه إذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه والإعتاق والتعليق وإن كان فيها ضرر، لكن المحل لا يقبل الفسخ ، أما الإعتاق فظاهر ، وأما التعليق فلأنه يمين .

ثم اعلم أن هذا الذي ذكرنا إذا كاتبه أحد الشريكين ، فأما إذا كاتبه الشريكان معًا كتابة واحدة يجوز ، وبه قالت الثلاثة ، فإذا أدى إلى أحدهما حصته لم يعتق نصيبه أو وهب له عتق.

ثم المكاتب بالخيار بعد إعتاق أحدهما إن شاء عجز ويكون الشريك بالخيار بين التضمين والسعاية في نصف القيمة ، والعتق في قول أبي حنيفة -رحمه الله-وبين العتق والسعاية إن كان معسرًا ، وعند أبي يوسف -رحمه الله- يضمن المعتق إن كان موسرًا ويسعى العبد من نصف قيمته إن كان معسرًا . وعند محمد -رحمه الله- يضمن الأقل من نصف القيمة ونصف ما بقي من كتابته ، وكذا العبد يسعى في الأقل عند البدل ، أي بدل الكتابة .

إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعًا بنصيبه عليه ، فلهذا كان كل المقبوض له ،

م: (إذن للعبد بالأداء فيكون) ش: أي الشريك الآذن م: (متبرعًا بنصيبه) ش: من الكسب م: (عليه) ش: قال صاحب « العناية » : أي على المكاتب ، فلهذا كان كل المقبوض له ، ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد، أي فيكون الآذن متبرعًا بنصيبه على العبد .

قلت : فيه تعسف والضمير للعبد كما قال غيره من الشراح م: (فلهذا) ش: أي فلأجل كون الشريك الآذن متربعًا بنصيبه من الكسب م: (كان كل المقبوض له) ش: أي لشريك الكاتب ، ثم إذا تبرع الآذن بقبض الشريك لم يرجع .

فإن قيل : المتبرع يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق كان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وسلامة المبيع للمشتري .

وكمن تبرع بالمهر عن الزوج ثم جاز الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع، لأن مقصوده سلامة البضع للزوج ولم يحصل وها هنا أيضًا مقصوده بالتبرع حصول عتقه ولم يحصل بالعجز .

أجيب : بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث إن مقصود الأول قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبدًا له من كل وجه ، والمولى لا يستوجب على عبده شيئًا ، بخلاف البائع أو الزوج ، لأن ذمتهما صالحة لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده .

وفي « الكافي » : ليس للساكت أن يأخذ منه نصيبه ، لأن الإذن له بقبض البدل إذن للمكاتب بالأداء والإذن بالأداء تبرع منه بنصيبه من الكسب على المكاتب وقد تم بقبض المكاتب فسلم كله كرب الوديعة إذا أمر المودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل ، هكذا هذا إلا إذا نهاه قبل الأداء فيصح نهيه ، لأنه تبرع ولم يتم ولو أذن وهو مريض وأدى من كسب بعض الكتابة صح من كل ماله ، لأن الكسب إذا لم يكن موجودًا حالة الإذن فالآذن لم يتبرع بشيء من ماله حتى يعتبر من الثلث .

وإنما يتبرع لمنافع العبد حيث أذن له بصرفها في أداء بدل الكتابة وتبرع المريض بالمنافع يعتبر من جميع المال لا من الثلث ، لأن حق الورثة يتعلق بالأعيان ، لا بالمنافع، وإن كان قد اكتسب قبل الكتابة فأذن له في أداء بدل الكتابة يعتبر من الثلث لوجود الكسب وقت الإذن ، وتعلق حق الورثة .

وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ ، فهو أصيل في النصف وكيل في النصف ، فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز . قال : وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول ، لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه ، وصار نصيبه أم ولد له ، لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة

م: (**وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو**) ش: أي الشريك المكاتب م: (**أصيل في النصف**) ش: الذي له م: (**وكيل في النصف**) ش: الذي لشريكه .

م: (**فهو**) ش: أي البدل م: (**بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز**) ش: أي كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الأكساب فهي بينهما فكأن المصنف مال إلى قولهما ، فلذلك أخره فافهم .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (**وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه**) ش: أي فادعى الواطئ الولد وصحت دعوته وثبت النسب منه م: (**ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه**) ش: أي فادعى الواطئ الآخر الولد وصحت دعوته وتثبت النسب منه كما في المدبرة المشتركة فإنه يقتصر أمية الولد فيها على نصيبه بالإجماع م: (**ثم عجزت فهي أم ولد للأول**) ش: أي الجارية كلها تصير أم ولد للواطئ الأول بطريق التبيين .

م: (**لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيه**) ش: أي في نصيبه ، وفي بعض النسخ فيها أي في الجارية م: (**وصار نصيبه أم ولد له**) ش: بناء على أن الاستيلاد في المكاتبه يتجزأ عند أبي حنيفة -رحمه الله- لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاد إلا بتملك نصيب صاحبه ، وهذا لا يمكن ، أشار إليه بقوله .

م: (**لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك**) ش: بسائر الأسباب ، فكذا بالاستيلاد م: (**فتقتصر أمومية الولد على نصيبه**) ش: أي إذا كان الأمر كذلك يقتصر كون الجارية أم ولد على نصيب الواطئ الأول . م: (**كما في المدبرة المشتركة**) ش: بأن استولدها أحدهما فإنه تقتصر أمومية الولد على نصيبه بالإجماع فيتحرى الاستيلاد بالاتفاق والمشتركة الجامع أن كلاً من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك .

فإن قلت : التدبير لا يقبل الفسخ والكتابة تقبل فجاز أن يكون الاقتصار على النصف في المدبرة لعدم قبول التدبير للانفساخ .

وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول،لأنه زال المانع من الانتقال ، ووطؤه سابق ، ويضمن لشريكه نصف قيمتها ، لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ، ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد ، ويكون ابنه ، لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائمًا ظاهراً وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف ، لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر ،

قلت : الاقتصار لعدم قبول التدبير ،الانتقال من ملك إلى ملك على أن نقول الكتابة لازمة في حق المولى أيضًا .

فإن قلت : جاز أن تنفسخ الكتابة بعجزها .

قلت : جاز أن ينفسخ التدبير والاقتصار أيضًا بقضاء القاضي .

م: (**وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً**) ش: قيد بقوله ظاهراً، لأن الظاهر أن تمضي على كتابتها فكان ملكه باقيًا ، وأما بالنظر إلى التعجيز لم يبق ملكه فيها .

م: (**ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن ، وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول ، لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق**) ش: فتصير أم ولد له من ذلك الوقت ، لأن السبب هو الوطء فصار كما إذا سقط الخيار يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوائد .

م: (**ويضمن لشريكه نصف قيمتها**) ش: أي نصف قيمة الجارية م: (**لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها**) ش: أي ويضمن أيضًا نصف عقر الجارية م: (**لوطئه جارية مشتركة**) ش: أي لأجل وطئه الجارية المشتركة م: (**ويضمن شريكه**) ش: أي شريك الثاني م: (**كمال العقر**) ش: أي عقر الجارية .

فيكون النصف بالنصف قصاصًا ، ويبقى للأول على الثاني نصف العقر م: (**وقيمة الولد**) ش: أي ويضمن أيضًا قيمة الولد م: (**ويكون**) ش: أي الولد م: (**ابنه**) ش: بالنظر الثاني بالنظر إلى الظاهر والحقيقة كما بالنظر إلى الظاهر ، فيكون الولد ابنه ، أي ابن الثاني بالنظر إلى الظاهر ، فيكون الولد ابنه بالقيمة . م: (**لأنه بمنزلة المغرور ، لأنه حين وطئها كان ملكه قائمًا ظاهراً**) ش: لأنه وطئها على حسبان أن نصفها ملكه ، وظهر بالعجز بطلان الكتابة فتبين أن لا ملك له، فصار كالمغرور .

م: (**وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف**) ش: في موضعه في باب الاستيلاد ، وأما بالنظر إلى الحقيقة فلزوم كمال العقر ، أشار إليه بقوله م: (**لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر**) .

وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز ، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها . وإذا عجزت ترده إلى المولى لظهور اختصاصه ، وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة - رحمه الله - . وقال أبو يوسف ومحمد : -رحمهما الله -. هي أم ولد للأول ، ولا يجوز وطء الآخر ، لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له ، لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن

ش: فإن قيل : فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للأول عند أبي حنيفة ، لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ، ولا قيمة لأم الولد عنده ، فكذا لابنها .

أجيب : بأن هذا على قولهما ، وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد .

قيل : هذا ليس بشيء .

والجواب الصحيح : أن عن أبي حنيفة روايتين في تقوم أم الولد ، فيكون الولد متقومًا على أحدهما ، فكان حرًا بالقيمة .

وقيل : عدم تقومها ليس على الإطلاق ، بل متقوم في الجملة فإنه لو كاتب أم ولده جاز بالاتفاق وفيه نظر ، لأن جواز كتابتها لا يدل عند تقومها لاحتمال أن تنعقد الكتابة في حقها بمعني التعليق لا المعاوضة .

وأجيب : بأنه لا يسلم انعقادها تعليقًا بدليل ردها إلى الرق عند العجز ويبطل الكتابة ، ولا يمكن إبطال التعليق بوجه .

قيل : إبطاله عند العجز لفوات وصف الشرط وهو أن يؤدي كل شهر كذا ، وعند العجز فات هذا الوصف .

وأجيب : بأنه لو كان كذلك لم يكن إبقاء عند الكتابة إذا لم يطلب المولى ورده إلى الرق . ولما صح إبطاله يطلب إلى المولى عند العجز وبقاؤه عند عدم طلبه دل أنه انعقد كتابة لا تعليقًا .

م: (**وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة**) ش: يعني قبل العجز م: (**جاز ، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها**) ش: بفتح الهمزة جمع بدل م: (**وإذا عجزت ترده**) ش: أي العقر م: (**إلى المولى لظهور اختصاصه**) ش: أي اختصاص المولى به . م: (**وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة - رحمه الله - ، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله - هي أم ولد للأول**) ش: وهي مكاتبة له تعتق بأداء البدل إلى الأول .

م: (**ولا يجوز وطء الآخر**) ش: أي الثاني من الشريكين م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لما ادعى الأول الولد صارت أم ولد له ، لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن**) ش: لأن

وقد أمكن بفسخ الكتابة ، لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه . بخلاف التدبيرلأنه لا يقبل الفسخ ، وبخلاف بيع المكاتب ، لأن في تجويزه إبطال الكتابة، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبًا . وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ، ولا يكون حراً عليه بالقيمة ، غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر ، لأن الواطئ لا يعرى عن إحدى الغرامتين .

الاستيلاد وطلب الولد وإنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ .

ولكن كذا ما يثبت به ، ولهذا لا يكمل في القنة بالإجماع م: (**وقد أمكن**) ش: أي تكميل الاستيلاد ها هنا م: (**بفسخ الكتابة ، لأنها قابلة للفسخ فتفسخ**) ش: تكميلاً للاستيلاد م: (**فيما لا تتضرر به المكاتبة**) ش: وهو أمومية الولد ، لأنه لا ضرر لها فيها ، بل لها فيها نفع حيث لم يبق محلاً للابتذال بالبيع والهبة .

ويعتق مجانًا بعد موت المولى م: (**وتبقى الكتابة فيما وراءه**) ش: ما لا يتضرر وهو كونها أحق في أكسابها وأكساب ولدها وسقوط الحد عن الثاني في وطئه .

م: (**بخلاف التدبير**) ش: جواب عن قياس أبي حنيفة المنازع فيه على المدبرة المشتركة . وتقريره أن المدبر خلاف ذلك م: (**لأنه لا يقبل الفسخ**) ش: يعني إلا إذا استولد مدبرة مشتركة فإنه لا يكمله ، ويقتصر على نصيب المستولد ، لأنه لا يمكن تكميلها ، إذ التدبير لا يقبل الفسخ فيكون مانعًا للنقل من ملك إلى ملك .

م: (**وبخلاف بيع المكاتب**) ش: هذا جواب عن سؤال يرد على المدبرة بأن قيل : هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمنًا لصحة البيع فيما إذا باع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمنًا لصحة الاستيلاد فقال م: (**لأنه في تجويزه**) ش: أي البيع .

م: (**إبطال الكتابة ، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبًا**) ش: ولو أبطلناها يتضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح ، وقيل : يجوز أن يكون قوله : وبخلاف بيع المكاتب بيانًا لقوله ، وتبقى الكتابة فيما وراءه ، فإن البيع مما لا يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت . م: (**وإذا صارت كلها أم ولد له**) ش: أي للأول ، هذا كلام متصل بقوله : صارت كلها أم ولد للأول يعني لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له .

م: (**فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ، ولا يكون حراً عليه بالقيمة ، غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة**) ش: وهي شبهة كونها مكاتبة بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة . أو أنها تبقى مكاتبة فيما يتضرر به بالإجماع ، ولا حد على واطىء مكاتبته م: (**ويلزمه جميع العقر، لأن الواطئ لا يعرى عن إحدى الغرامتين**) ش: وهما الحد والعقر .

وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة ، لأن الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل . وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي إبقائه في حقه نظر للمولى . وإن كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بإبدال منافعها . ولو عجزت وردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا . قال : ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف - رحمه الله - نصف قيمتها مكاتبة ، لأنها تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان التملك ،

م: (**وإذا بقيت الكتابة**) ش: متصلة بقوله : وتبقى الكتابة فيما وراء ما لا يتضرر م: (**وصارت كلها مكاتبة له**) ش: أي للأول م: (**قيل**) ش: هذا جزاء إذا بقيت ، وقائله الأتريدي .

م: (**يجب عليها نصف بدل الكتابة ، لأن الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل. وقيل**) ش: وهو قول عامة المشايخ .

م: (**يجب كل البدل ، لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة**) ش: أي لضرورة تكميل الاستيلاد م: (**فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل**) ش: لأن الثابت بالضرورة لا يتعدى فيبقى العقد الأول كما كان .

م: (**وفي إبقائه**) ش: أي إبقاء عقد الكتابة قيل يجوز أن يكون هذا جواباً عما يقال : الكتابة تنفسخ فيما لا يتضرر به المكاتب وهي لا تتضرر بسقط نصف البدل فيجب أن تنفسخ .

ووجهه أن في إبقاء عقد الكتابة م: (**في حقه**) ش: أي في حق نصف البدل م: (**نظر للمولى**) ش: المستولد م: (**وإن كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه**) ش: أي بسقوط البدل فرجحنا جانب المولى ، لأن الأصل في الكتابة عدم الفسخ .

م: (**والمكاتبة : هي التي تعطي العقر لاختصاصها بإبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق يرد إلى المولى لظهور اختصاصه**) ش: أي اختصاص المولى الأول المستولد م: (**على ما بينا**) ش: أي في تعليل أبي حنيفة .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف - رحمه الله -**) ش: في إعتاق المكاتب بين اثنين ، فإن عنده يضمن المعتق قيمة نصيب شريكه مكاتبًا . فكذلك هنا يضمن . م: (**نصف قيمتها مكاتبة**) ش: أي حال كونها مكاتبة م: (**لأنها تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه**) ش: أي النصف سواء م: (**موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان التملك**) ش: وهو لا يختلف باليسار والإعسار .

وفي قول محمد -رحمه الله- يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز ، وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما . قال :وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير ، لأنه لم يصادف الملك ، أما عندهما فظاهر ، لأن المستولد تملكها قبل العجز . وأما عند أبي حنيفة -رحمه الله -فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء ، فتبين أنه مصادف ملك غيره ، والتدبير يعتمد الملك ، بخلاف النسب ، لأنه يعتمد الغرور على ما مر . قال : وهي أم ولد للأول ، فلأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها ، لأنه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة والولد ولد للأول ، لأنه صحت دعوته لقيام المصحح ، وهذا قولهم جميعًا

م: (وفي قول محمد - رحمه الله - يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ، لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز، وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما) ش: أي بين الاعتبارين م: (يجب أقلهما) ش: لأنه متيقن .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها) ش: أي بعدما استولدها الأول م: (ثم عجزت بطل التدبير، لأنه لم يصادف الملك ، أما عندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (فظاهر ، لأن المستولد تملكها قبل العجز) ش: فانفسخت الكتابة قبل التدبير ، فلا يصح تدبيره . م: (وأما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه) ش: أي التدبير م: (مصادف ملك غيره، والتدبير يعتمد الملك) ش: أي غير المدبر في التدبير يعتمد ظاهر الملك ، فلا يصح بدونه .

م: (بخلاف النسب ، لأنه يعتمد الغرور) ش: لا الملك يعني يثبت النسب بمجرد الغرور كما لو اشترى أمة فاستولدها فاستحقت لم يبطل النسب، وكان الولد حراً بالقيمة ، فكذا ها هنا م: (على ما مر) ش: أشار به إلى قوله : ويكون ابنه، لأنه بمنزلة المغرور . م: (قال : وهي أم ولد للأول) ش: أي الجارية التي دبرها الثاني بعد استيلاد الأول ثم عجزت أم ولد للأول م: (لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا) ش: يعني في تعليل أبي حنيفة -رحمه الله- .

وهو قوله وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول ، لأنه زال المانع من الانتقال م: (ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها ، لأنه تملك نصفها بالاستيلاد ، وهو تملك بالقيمة والولد ولد للأول ، لأنه صحت دعوته لقيام المصحح) ش: وهو الملك في المكاتبة . م: (وهذا قولهم جميعًا) ش: وإن الاختلاف مع بقاء الكتابة ، وها هنا ما بقيت ، لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره .

ووجهه ما بينا . قال : وإن كانا كاتباها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة - رحمه الله -. وقالا : لا يرجع عليها، لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة . والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق ، وقد قررناه في الإعتاق ، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة -رحمه الله -، لأن الإعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه ، لأنها مكاتبة قبل ذلك

م: (ووجهه ما بينا) ش: أي في تعليل القولين ، أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفًا من قوله وتبين أن الجارية . . . إلى آخره وأما طرفهما قوله : لأنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له . . . إلى آخره .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (وإن كانا كاتباها) ش: أي الجارية م: (ثم أعتقها أحدهما وهو موسر) ش: أي والحال أنه موسر غني م: (ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها) ش: أي قيمة الجارية .

م: (ويرجع بذلك) ش: وفي بعض النسخ يرجع به م: (عليها عند أبي حنيفة -رحمه الله - . وقالا لا يرجع عليها ، لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة . والجواب فيه) ش: أي في إعتاق أحد الشريكين القن م: (على الخلاف في الرجوع) ش: فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد ، وعندهما لا يرجع .

م: (وفي الخيارات) ش: فعند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث ، إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى في العبد ، وإن شاء ضمن لشريكه قيمة نصيبه . وعندهما ليس إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار . م: (وغيرها) ش: أي وغير الخيارات وهو الولاء وتريد الاستسعاء ، فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن ضمن المعتق فالولاء بينهما ، وإن ضمن العتق فالولاء للمعتق.

وعندهما للمعتق في الوجهين جميعًا وإلى ترديد الاستسعاء فإنهما لايريان الاستسعاء مع اليسار ويقولان إن كان المعتق موسراً يضمن نصيب الساكت ، وإن كان معسراً يسعى العبد لنصيب الساكت وأبو حنيفة يراه م: (كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق) ش: في باب العبد يعتق بعضه هذا كله إذا عجز .

م: (فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة -رحمه الله - ، لأن الإعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه ، لأنها مكاتبة قبل ذلك) ش: إن معتق البعض عنده كالمكاتب ، وهنا نصيب صاحبه مكاتب بالكتابة السابقة ، فلا

وعندهما لما كان لا يتجزأ بعتق الكل فله أن يضمنه قيمتة نصيبه مكاتبًا إن كان موسرًا ويستسعى العبد إن كان معسرًا لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار . قال : وإن كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فإن شاء الذي دبره يضمن المعتق نصف قيمته مدبرًا وإن شاء استسعى العبد ، وإن شاء أعتق ، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى للعبد أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله -ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه ، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء وإعتاقه يقتصر على نصيبه ، لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء أيضًا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرًا ، لأن الإعتاق صادف المدبر . ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن ، لأن المنافع

يصير مكاتبًا بالإعتاق ، وإنما يؤثر في نصيب صاحبه يجعل مكاتبًا بعد العجز ، فلهذا تقتصر ولاية التضمين على ما بعد العجز . م: (وعندهما لما كان لا يتجزأ بعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبًا إن كان موسرًا ويستسعى العبد إن كان معسرًا ، لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار) ش: أي يختلف الضمان بيسار المعتق وإعساره .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير » : م: (وإن كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فإن شاء الذي دبره يضمن المعتق نصف قيمته مدبرًا، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء أعتق) ش: هذا ظاهر ، وإن عكس المسألة أشار إليه بقوله . م: (وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ، ويستسعى العبد أو يعتق ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -. ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده ، فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه ، لكن يفسد به) ش: أي بالتدبير م: (نصيب الآخر) ش: لسد باب النقل عليه م: (فيثبت له خيرة الإعتاق) ش: أي فيثبت له الخيار م: (والتضمين والاستسعاءكما هو مذهبه) ش: أي مذهب أبي حنيفة .

م: (فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء وإعتاقه يقتصر على نصيبه ، لأنه يتجزأ عنده ، ولكن يفسد به) ش: أي بالإعتاق م: (نصيب شريكه) ش: لسد باب الاستخدام عليه م: (فله أن يضمنه قيمة نصيبه ، وله خيار العتق والاستسعاء أيضًا كما هو مذهبه) ش: أي مذهب أبي حنيفة م: (ويضمنه قيمة نصيبه مدبرًا) ش: أي حال كونه مدبرًا م: (لأن الإعتاق صادف المدبر) ش: فيعتبر قيمته مدبرًا .

م: (ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين . وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن ، لأن المنافع

أنواع ثلاثة: البيع وأشباهه ، والاستخدام وأمثاله ، والإعتاق وتوابعه . والفائت البيع فيسقط الثلث. وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان ،لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاثة عنده ، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الإعتاق والاستسعاء ، لأن المدبر يعتق ويستسعى.وقال أبو يوسف ومحمد- رحمهما الله - : إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل ؛ لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قنًا ، لأنه صادفه التدبير وهو قن . وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل ، لأن الإعتاق لا يتجزأ

أنواع ثلاثة : البيع) ش: أي أحدها م: (وأشباهه) ش: أي أشباه البيع في كونه خروجًا عن البيع كالهبة والصدقة والإرث و الوصية ، لأن في كل ذلك يزول الملك عن الرقبة كالبيع .

م: (والاستخدام) ش: أي النوع الثاني الاستخدام م: (وأمثاله) ش: أي أمثال الاستخدام نحو الإجارة والإعارة والوطء م: (والإعتاق) ش: أي النوع الثالث الإعتاق م: (وتوابعه) ش: أي توابع الإعتاق كالكتابة والاستيلاد والتدبير والإعتاق على مال ، لأن كل واحد منهما يؤول إلى الحرية كالإعتاق م: (والفائت البيع) ش: أي الفائت من هذه الأنواع في المدبر النوع الذي هوالبيع ، يعني جوازه م: (فيسقط الثلث وإذا ضمنه لا يتملكه بالضمان ، لأنه) ش: أي لأن المدبر م: (لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبراً فأبق) ش: فإنه يضمنه ولا يتملكه ، فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك.

م: (وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاثة) ش: أي خيار الإعتاق والتضمين والاستسعاء م: (عنده) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- م: (فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين) ش: لأنه بمباشرة التدبير يصير مبرئًا للعتق عن الضمان ، لأن تضمينه متعلق بشرط تملك العين بالضمان وقد فات ذلك بالتدبير .

بخلاف الأول فها هنا نصيبه كان مدبرًا حين أعتق فلا يكون شرط التضمين تمليك العين منه ، كذا ذكره المحبوبي م: (وبقي خيار الإعتاق ، والاستسعاء ، لأن المدبر يعتق ويستسعى ، وقال أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله -إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل ، لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً ، لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قنًا) ش: أي حال كونه قنًا .

م: (لأنه صادفه التدبير وهو قن . وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل ، لأن الإعتاق لا يتجزأ

فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً ، ويسعى العبد في ذلك إن كان معسراً ، لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما.

فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده) ش: أي التدبير يعتمد الملك م: (ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً ويسعى العبد في ذلك) ش: أي في النصف م: (إن كان معسراً ، لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما) .

***

obeikandl.com

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال : وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله ، فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيزه ، و انتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظراً للجانبين . والثلاثة هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع

م: (باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام الكتابة عند موت المكاتب وعند عجزه عن أداء مال الكتابة وعند موت المولى ، وتأخير هذه الأحكام ظاهر التناسب ، لأن الموت والعجز بعد العتق .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وإذا عجز المكاتب عن نجم) ش: النجم هو الطالع ، ثم سمي به الوقت المضروب ، ومنه قال الشافعي أقل التأجيل نجمان ، أي شهران ، ثم سمي به ما يؤدي الوظيفة ومنه حديث عمر -رضي الله عنه - أنه حط عن مكاتب أول نجم حل عليه . أي أول وظيفة من وظائف بدل الكتابة ، ومنه قولهم نجم الدية ، أي أداؤها نجومًا ، والمعنى هنا إذا عجز عن وظيفة من وظائف بدل الكتابة .

م: (نظر الحاكم في حاله ، فإن كان له دين يقبضه) ش: أي يطلبه ويقبضه ، م: (أو مال يقدم عليه) ش: يعني يأتي من وجه من المؤجر م: (لم يعجل) ش: أي القاضي م: (بتعجيزه) ش: المصدر مضاف إلى مفعوله . وطرأ ذكر الفاعل بتعجيز القاضي إياه ، ويجوز أن يكون مضافًا إلى فاعله وطوى ذكر المفعول م: (وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة نظراً للجانبين) ش: أي جانب المولى وجانب المكاتب .

وقال الشافعي وأحمد : فإن كان له مال عند غائب مسافة السفر لم يلزم التأخير لطول المدة، وإن كان ما دونها لزمه التأخير إلى أن يحضره ودينه على إنسان إن كان حالاً ، ومن عليه [. . .] وجب التأخير إلى استيفائه .

كما لو كانت له وديعة عند غيره وإن كان مؤجلاً أو على معسر فلا يجب التأخير ولو حل نجم وهو نقد وله عروض يلزمه التأخير إلى بيعه . وفي « شرح الوجيز » : مدة التأخير للبيع ثلاثة أيام ولا يلزم أكثر من ذلك ، وعند مالك إذا عجز نجم يفسخ الكتابة بعد أن يتلوم الأيام وتجتهد في مدة التلوم فيمن يرجى له دون من لا يرجى ، كذا في «الجواهر » .

م: (والثلاثة) ش: أي ثلاثة أيام م: (هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار) ش: أي لإظهارها م: (كإمهال الخصم للدفع) ش: أى لأجل دفعه المدعي ، لأن المراد من الخصم هو المدعى عليه ، والألف واللام فيه بدل من المضاف إليه ، وصورته أن يتوجه عليه الحكم وقال لي بنية حاضرة

والمديون للقضاء فلا يزاد عليه ، فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - . وقال أبو يوسف -رحمه الله -: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي-رضي الله عنه- إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ، ولأنه عقد إرفاق حتى كان أحسنه مؤجله ، وحالة الوجوب بعد حلول نجم

يؤخر يومًا أو يومين أو ثلاثة . م: (**والمديون للقضاء**) ش: بالجر عطفًا على كإمهال ، أي وكإمهال المديون لأجل قضاء الدين ، صورته ادعى عليه رجل مالاً وأثبته فقال : أمهلني يومًا أو يومين أو ثلاثة لأدفعة إليك فإنه يمهل إلى ثلاثة ولا يزاد .

وجعلوا التقدير من باب التعجيل دون التأخير . والأصل فيه قصة موسى مع الخضر صلوات الله عليهما وسلامه حيث قال في الكرة الثالثة ﴿ هذا فراق بيني وبينك ﴾ (الكهف: الآية ٧٨) ، وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام ونظائره كثيرة م: (**فلا يزاد عليه**) ش: أي على ما ذكره من المدة .

م: (**فإن لم يكن له وجه**) ش: أي جهة يتحصل منها المال م: (**وطلب المولى تعجيزه عجزه**) ش: أي القاضي م: (**وفسخ الكتابة ، وهذا**) ش: أي الذي ذكرنا . م: (**عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - وقال أبو يوسف - رحمه الله - : لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي - رضي الله عنه - إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق**) ش: رواه ابن أبي شيبة في « مصنفه » في «البيوع »، حدثنا عباد بن العوام عن الحجاج عن حصين عن الشعبي عن الحارث - رحمه الله- عن علي - رضي الله عنه - قال : «في إذا تتابع على المكاتب نجمان فلم يؤد نجومه رد في الرق» .

ورواه البيهقي في «سننه» من حديث الحارث عن علي -رضي الله عنه - م: (**علقه بهذا الشرط**) ش: أي علقة علي -رضي الله عنه - بهذا الشرط ، والمعلق بالشرط معدوم قبله ، وهذا لا يعرف قياسًا ، فكان كالمروي عنه ﷺ ، وفيه قال أحمد وابن أبي ليلى وابن عيينة والحسن -رحمهم الله- .

وقيل : هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض ، لأنه يفيد الوجود عند الوجود فقط . والجواب ما أشار إليه « فخر الإسلام » : أنه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا ينزل عن أحدهما كما لو قال إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق . م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن عقد الكتابة م: (**عقد إرفاق**) ش: أي رفق مبناه على المسامحة م: (**حتى كان أحسنه مؤجله**) ش: أي أحسن عقد الكتابة مؤجله ، أراد أن التأجيل والتنجيم أحسن من الكتابة الحالة ، وإن كانت الحالة جائزة عندنا ، وبه قال مالك -رحمه الله- . وعند الشافعي وأحمد -رحمهما الله- لازمان م: (**وحالة الوجوب بعد حلول نجم**) ش: أي حالة وجوب الأداء ، يعني إذا تم النجم الأول صار المال حالاً

فلا بد من إمهال مدة استيساراً وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان . ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين ، وهذا ، لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيًا به دونه . بخلاف اليومين والثلاثة ، لأنه لابد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيراً ، والآثار متعارضة ، فإن المروي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم فردها فسقط الاحتجاج بها

والعجز عن البدل في الحال لا يثبت الفسخ إلا بعد تأجيل مدة أخرى م: (**فلا بد من إمهال مدة استيساراً**) ش: يعني تمكينًا للعبد من الأداء أزيل لعذره .

م: (**وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان**) ش: أي حق الآجال مجتمع عليه العاقدان وهو النجم الثاني فإذا مضى مضى الثاني تحقق العجز فيوجب الفسخ لوجود مدة التأجيل الذي اتفق عليها العاقدان . م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- م: (**أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز ، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين، وهذا**) ش: أي كون العجز سببًا للفسخ .

م: (**لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضيًا به دونه**) ش: أي فيفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضيًا لبقاء الكتابة بدون ذلك النجم الذي شرط أو فيفسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضيًا به بدونه على اختلاف الروايتين، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبدل المولى به ويحتاج إلى قضاء القاضي ، فيه روايتان .

م: (**بخلاف اليومين والثلاثة ، لأنه لابد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيراً**) ش: هذا كأنه جواب عما يقال إذا كان مقصوداً لمولى الوصول إلى المال عند حلول نجم كان ينبغي أن يتمكن عن الفسخ من غير إمهال ، فأجاب بخلاف اليومين . . . . . إلى آخره .

م: (**والآثار متعارضة**) ش: جواب عما استدل به أبو يوسف بأثر علي -رضي الله عنه-، فبين ذلك بقوله : م: (**فإن المروي عن ابن عمر -رضي الله عنه - أن مكاتبة له عجزت عن أداء نجم فردها**) ش: فهذا يعارض أثر علي -رضي الله عنه - .

م: (**فسقط الاحتجاج بها**) ش: أي بالآثار للتعارض ، فإن الأثرين إذا تعارضا وجهل التاريخ تساقطا ، فيصار إلى ما بعدهما من الحجة ، فبقي ما قالاه من الدليل بقوله : إن سبب الفسخ متحقق سالمًا عن المعارض .

قلت : هذا الذي ذكره الشراح كلهم ، وفيه نظر ؛ لأن الأثر الذي نسبه المصنف إلى ابن عمر

قال : فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز ؛ لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر، فبالعذر أولى . ولو لم يرض به العبد لابد من القضاء بالفسخ ، لأنه عقد لازم تام فلابد من القضاء أو الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض . قال : وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق

لم يصح على هذا الوجه ولا أخرجه أحد من أصحاب الآثار . وإنما المنقول عنه ما رواه ابن أبي شيبة في« مصنفه» ثنا وكيع وابن أبي زائدة عن أبان بن عبد الله البلخي عن عطاء أن ابن عمر - رضي الله عنهما - كاتب غلامًا على ألف دينار فأداها إلا مائة فرده في الرق ، والأثر الذي استدل به أبو يوسف ثابت فكيف يقع التعارض بين ما ثبت وبين ما لم يثبت ، والآفة في مثل هذا الموضع من التقليد.

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**فإن أخل بنجم**) ش: المراد بالإخلال بمركزه إذا ترك موضعه الذي عينه الأمير .

وقال تاج الشريعة : خل الرجل افتقر وذهب ماله ، وكذلك أخل به م: (**عند غيرالسلطان**) ش: أي عند غير القاضي ، والقاضي يطلق عليه السلطان ، وكذا على كل من له حكم حتى أن الرجل سلطان في بيته ، والسلطان في الأصل اسم للحجة ثم أطلق على الحاكم بطريق قولهم للرجل العادل عدل .

م: (**فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز ، لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر ، فبالعذر أولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ ، لأنه عقد لازم**) ش: من جهة المولى لا يقدر على الانفراد م: (**تام**) ش: يعني ليس فيه شرط خيار .

م: (**فلا بد من القضاء أو الرضاء كالرد بالعيب بعد القبض**) ش: يعني إذا وجد المشتري بالبيع عيبًا بعد القبض فإنه لا ينفرد بالفسخ ، فكذا هذا ، وبه قال مالك والشافعي في قوله وفيه رواية أخرى ذكرها في الذخيرة أن هذا عيب يمكن قبل أداء الكتابة فينفرد بالفسخ بدون القضاء ، كما لو وجد المشتري عيبًا قبل القبض وبه قال الشافعي في قول وأحمد .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق**) ش: قال الأترازي : وقوله : عجز وقع في الفسخ على صيغة المبني للفاعل من الثلاثي ، وكذلك إن كان وقع أيضًا .

وعندي الوجه فيه أن يقال بلفظ المبني للمفعول من مزيد الثلاثي ، ، لأن بمجرد العجز لا تنفسخ الكتابة ولا يعود المكاتب إلى الرق ، بل يحتاج بعد ذلك إلى القضاء أوالرضى ، ألا ترى إلى ما قال في أول الكتاب وإذا عجز المكاتب لم يعجل الحاكم تعجيزه . وقال أيضًا فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه إن طلب المولى من الحاكم تعجيز المكاتب عجزه

لانفساخ الكتابة ، وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه ، لأنه ظهر أنه كسب عبده ، وهذا ، لأنه كان موقوفًا عليه أو على مولاه وقد زال التوقف . قال : فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده ، وهذا قول علي وابن مسعود - رضي الله عنهما - ،

الحاكم، ويدل على هذا ما قال الشيخ أبو نصر في شرحه في التعليل بقوله وذلك لأن في تعجيزه فسخ الكتابة .

قلت : لا يحتاج تطويل عظيم بل الأوجه عجز على بناء الفاعل من الثلاثي ، لأن هذا الكلام مترتب على ثبوت العجز قبل هذا فكان هذا مطاوع لذلك الفعل المتعدي ، أعني التعجيز السابق ، فكان قائلاً يقول إذا عجز المكاتب بحكم الحاكم أو برضاه كيف يكون حكمه ، فقال وإذا عجز عاد إلى الرق فافهم .

م: (**لانفساخ الكتابة ، وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه ، لأنه ظهر أنه كسب عبده، وهذا**) ش: أي وجه الظهور . م: (**لأنه**) ش: أي لأن الكسب م: (**كان موقوفًا عليه أو على مولاه**) ش: لأنه إن أدى بدل الكتابة فهو له وإلا فلمولاه م: (**وقد زال التوقف**) ش: بالعجز .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه**) ش: أي من بدل الكتابة م: (**من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي**) ش: من ماله بعد أداء بدل الكتابة م: (**فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده**) ش: أي المولودون في الكتابة ، وكذا المشترون فيها .

م: (**وهذا قول علي وابن مسعود -رضي الله عنهما-**) ش: قول علي -رضي الله عنه - أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا أبو الأحوص عن سماك عن قابوس بن أبي المخارق- رحمه الله- عن ابنه قال : بعث علي محمد بن أبي بكر -رضي الله عنه- على مصر فكتب إليه يسأله عن مكاتب مات وترك مالاً وولداً ، فكتب إليه إن كان ترك مكاتبه يدعى مواليه فيستوفون، وما بقي كان ميراثًا لولده . ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن الثوري وإسرائيل عن سماك مثل ذلك .

فإن قلت : أخرجه البيهقي في سننه من طريق الشافعي -رحمه الله- أنا عبد الله ابن الحارث عن ابن جريج .

قلت: لعطاء المكاتب يموت وله ولد أحرار ويدعي أكثر مما بقي عليه من كتابته ، قال : يقضى عنه ما بقي وما فضل فلبنيه .

وبه أخذ علماؤنا . وقال الشافعي - رحمه الله - تبطل الكتابة ويموت عبداً وما تركه لمولاه ، وإمامه في ذلك زيد بن ثابت - رضي الله عنه - ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل ، وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً أو يثبت قبله أو بعده مستنداً لا وجه إلى الأول

قلت : أبلغك هذا عن أحمد ، قال زعموا أن عليًا كان يقضي به وقال الشافعي -رحمه الله- لا أدري أثبت عنه أم لا .

قلت : هذا ثابت عن علي كما ذكرناه والحسن . وقال مالك نحواً من ذلك . وقال ابن حزم : وبه يقول معبد والحسن وابن سيرين والنخعي والشعبي وعمرو بن دينار والثوري وأبو حنيفة والحسن بن حي وإسحاق بن راهويه . وأما قول ابن مسعود فرواه البيهقي من حديث محمد بن سالم عن الشعبي قال كان عبد الله يقول يؤدي إلى مواليه ما بقي عليه من مكاتبة ولورثته ما بقي .

م: (**وبه**) ش: أي بقول علي وابن مسعود -رضي الله عنهم - م: (**أخذ علماؤنا ، وقال الشافعي - رحمه الله - : تبطل الكتابة ويموت**) ش: أي المكاتب م: (**عبداً وما تركه لمولاه**) ش: وبه قال أحمد وقتادة وأبو سليمان وعمر بن عبد العزيز . وقال الأترازي : وبه قال النخعي والشعبي .

قلت : قد ذكرناه عن ابن حزم آنفًا أنه ذكر النخعي والشعبي فيمن قال بقولنا ، م: (**وإمامه**) ش: أي إمام الشافعي .

م: (**في ذلك**) ش: أي فيما ذهب إليه م: (**زيد بن ثابت -رضي الله عنه-**) ش: رواه البيهقي من حديث محمد بن سالم عن الشعبي قال : كان زيد يقول : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم لا يرث ولا يورث .

م: (**ولأن المقصود من الكتابة**) ش: هذا استدلال بالمعقول ، تقريره : أن المقصود من الكتابة م: (**عتقه**) ش: أي عتق المكاتب م: (**وقد تعذر إثباته**) ش: أي إثبات العتق ، لأن الميت المكاتب ليس بمحل للعتق م: (**فتبطل**) ش: أي الكتابة .

م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى بيان بطلان العتق م: (**لأنه**) ش: أي لأن العتق م: (**لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوراً**) ش: أي على ما بعد الموت م: (**أو يثبت قبله**) ش: أي قبل الموت م: (**أو بعده مستنداً**) ش: أي أو يثبت بعد الموت حال كونه مستنداً إلي حال حياته ، فهذا ثلاثة أحوال كلها باطلة . أشار إليه بقوله : م: (**لا وجه إلى الأول**) ش: وهو أن يثبت بعد الممات مقصوداً م:

لعدم المحلية ، ولا إلى الثاني لفقد الشرط وهو الأداء ، ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال، والشيء يثبت ثم يستند. ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى ، فكذا بموت الآخر ، والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق ، بل أولى ، لأن حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أنفى للمالكية منه للملوكية

(**لعدم المحلية**) ش: لأن الميت ليس بمحل لإنشاء العتق ، ولا بد له من محل . م: (**ولا إلى الثاني**) ش: أو إلى قضاء الثاني وهو أن يثبت العتق قبل الموت م: (**لفقد الشرط ، وهو الأداء**) ش: لأن المعلق بالشرط لا يسبق الشرط وإلا يلزم وجود المشروط .

قيل : وجود الشرط وهذا بخلاف موت المولى ، فإن العقد يبقى ويعتق بالأداء إلى ورثته ، لأن المولى ليس بمعقود عليه ، بل هو عاقد والعقد يبطل بهلاك المعقود عليه لا بموت العاقد .

م: (**ولا إلى الثالث**) ش: أي ولا وجه أيضًا إلى الثالث ، وهو أن يثبت العتق بعد الممات يستند إلى حال حياته ، لأن الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ، وهو معنى قوله م: (**لتعذر الثبوت في الحال**) ش: أي ثبوت العتق م: (**والشيء يثبت ثم يستند**) ش: هذا لم يثبت فلم يستند . م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن عقد الكتابة م: (**عقد معاوضة**) ش: احترز به عن النكاح والوكالة ونحوهما م: (**ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى**) ش: فالكتابة لا تبطل بموت المولى م: (**فكذا بموت الآخر**) ش: وهو المكاتب م: (**والجامع بينهما**) ش: أي بين موت المولى وموت المكاتب في عدم البطلان .

م: (**الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق**) ش: يعني إذا جاز إبقاء العقد بعد موت المولى لحاجته إليه ليصل إلى مقصوده ، وهو الولاء ، فكذا يجوز إبقاء العقد بعد موت المكاتب لحاجته ليصل إلى مقصوده ، وهو شرف الحرية م: (**بل أولى**) ش: أي بل إبقاء العقد في جانب المكاتب أولى م: (**لأن حقه**) ش: أي حق المكاتب ، م: (**آكد من حق المولى ، حتى لزم العقد في جانبه**) ش: حتى لو أراد المولى أن يبطله ليس له ذلك، بخلاف المكاتب ، فإن الذي استحق المولى من قبله ليس بلازم ، حتى لو عجز نفسه يبطل حقه ، فإذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب . وأنه ألزم أولى أن لا تبطل.

قيل : قوله ولا يجوز أن يكون جوابًا عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد ، لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ، وجهه ما بيناه آنفًا . م: (**والموت أنفى**) ش: بالنون والفاء من النفي ، وهو صيغة أفعل للتفضيل م: (**للمالكية منه**) ش: أي من الموت م: (**للمملوكية**) ش: أراد أن موت المكاتب ، لأن بقاء الكتابة تنتقل من صرف المكاتب إلى المالكية والمعتقية ، وهي عبارة عن القادرية والفاعلية ومن طرف المكاتب إلى المملوكية وهي عبارة عن

فينزل حيًا تقديراً ، أو يستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ، ويكون أداء خلفه كأدائه ،

المقدورية والمفعولية والموت آنفًا للقادرية والفاعلية منه للمقدورية والمفعولية ، إذ القادرية لا تجتمع مع الموت ، والمقدورية تجتمع معه .

ولما أسقط الشرع اعتبار أقوى المناقضين في فصل موت المكاتب لحاجة العبد لا حصول شرف الحرية وحاجة المالك إلى ما يتعلق بالمعتقية من الآثار والأحكام ، فلأن يسقط اعتبار أدنى المناقضين كان ذلك أولى ، أو نقول المالكية قدرة المملوكية عجز ، والموت عجز أيضًا ، فالمنافاة بين القدرة والعجز والتحقيق هاهنا أن الإجماع انعقد على جعل المولى معتقًا بعد موته بالطريق الأولى ، لأن الإعتاق فعل ، وكونه معتقًا وصف وليس بفعل ، والموت ينافي الأفعال ولا ينافي الصفات ، فإذا جعل معتقًا بعد الموت كان جعل المكاتب معتقًا بالطريق الأولى .

م: (فينزل حيًا تقديراً) ش: إذا كان الأمر كذلك ينزل المكاتب حيًا تقديراً ، وهذا جواب عن الترديد الذي ذكره الخصم .

تحريره أن ثبوت الحرية على كل طريق ممكن ولا يلزم الفساد ، لأنه لو ثبت الحرية بعد الموت ينزل حيًا كما ينزل الميت في حق بقاء التركة ، على حكم ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق .

وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث لو ثبت قبل الموت تستند الحرية مع إسناد سببها ، وهو معنى قوله م: (أو يستند الحرية) ش: وفي بعض النسخ أو يسند الحرية م: (باستناد سبب الأداء) ش: الذي هو عقد الكتابة م: (إلى ما قبل الموت) .

ش: فإن قيل : يلزم تقديم المشروط على الشرط .

أجاب المصنف : بقوله م: (ويكون أداء خلفه كأدائه) ش: فلا يلزم من ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء ، بل يقدر الأداء قبل العتق .

فإن قيل : الأداء فعل حسي ، والإسناد إنما يكون في التصرفات الشرعية .

أجيب : نعم فعل النائب مضاف إلى المنوب ، وهذه الإضافة وشريعته من رمى صيدًا فمات الرامي قبل أن يصيب ثم أصاب صار مالكًا له ويورث عنه ، والميت ليس بأهل .

ولكن لما صح السبب والملك يجب بعد تمام السبب فالملك وتمامه بالإضافة إلى آخر من أجزاء حياته فكذا ها هنا لما كان السبب منعقدًا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الأداء ، والأداء جائز بعد الموت .

والحكم هو وقوع العتق مما يمكن إثباته من حين الموت كالملك ، ثم حكمنا بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته إما بأن يقام الترك الموجود في أجزاء حياته مقام التخلية من المال والمولى وهو الأداء المستحق عليه ، أو يكون أداء خلفه كأدائه .

توضيح هذا : أنه متى غلب على ظنه الموت وظهرت أماراته وانقطع رجاء الحياة يكون الظاهر أنه يخلي بين المال والمولى ليصل بذلك إلى شرف حرية نفسه ، وحرية أولاده وسلامة أكسابه .

فعلم من ذلك أن الإشراف على الموت سبب لأداء المال ، فإذا أدى خلفه عنه استند الأداء إلى ما قبل الموت ، فصار كأنه أداه بنفسه ، ويكون المراد من قوله بإسناد سبب الأداء ، أي بإسناد هو الأداء لا العقد ، إذ لو أريد من سبب الأداء العقد لاستند الأداء إلى زمان العقد وليس كذلك ، بل الاستناد إلى ما قبيل الموت .

ولو أريد بالسبب الموت فله وجه أيضًا ، لأنا إنما نثبت الإسناد بالضرورة وهي تندفع بالاستناد إلى ما قبيل الموت .

فلا تستند إلى أول العقد ، هذا ما قرره شيخ تاج الشريعة - رحمهما الله - .

فإن قيل : لو قذفه قاذف بعد إذ أبدل الكتابة في حياته يحد قاذفه ، ولو حكم بحريته في آخر حياته ينبغي أن يحد قاذفه والحال أنه لا يحد .

قلنا : تثبت الحرية في آخر حياته لضرورة حاجته إليها ، والثابت بالضرورة لا يعدي موضعها ، فلا تظهر في حق أخصائه ، فلا يحد قاذفه ، مع أن الحدود تدرأ بالشبهات ، والحرية ها هنا تثبت مع الشبهة ، وما يثبت الاستناد يثبت من وجه .

م: (وكل ذلك ممكن) ش: والإشارة إلى ما ذكره من قوله وينزل حيًا ، وقوله أو يستند الحرية . . . إلى آخره ، ويكون أداء خلفه كأدائه م: (على ما عرف تمامه) ش: أي تمام أصل هذا الخلاف م: (في الخلافيات) ش: أراد بها نسخ الخلافيات ، فإن المحققين من أصحابنا المتقدمين صنفوا نسخًا مشتملة على المسائل الفقهية الخلافية ، وطريقة الخلاف . وذكروا فيها كثيرًا من المسائل الخلافية ، غير أنهم ما ذكروا من مسائل المكاتب إلا هذه المسألة وحدها .

وقد قال صاحب « العناية » : عليك باستحضار القواعد الأصولية لاستخراج ما يحتاج إليه القياس ، فإن تعذر ذلك فارجع إلى الأصول الجدلية بادعاء إضافة الحكم إلى المشترك وسد طريق ما يرد من رده وادعى الإضافة إلى المختص في هذا الموضع وأمثاله ، فإن يسر الله

عليك ذلك يقبض من عنده بعد الجثو على الركب بحضرة المحققين ، فذلك الفوز العظيم قدره ، وإلا فإياك ودعوى معرفة الهداية ، فتكون من الجهله الذين ظهر عند ذوي التحصيل عذرهم فألحق بالآخرين الذين ضل سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعًا انتهى كلامه .

فنقول - وبالله التوفيق - : المدعي ها هنا أن موت المكاتب لا يوجب الفسخ ، لأن موت المولى لا يوجبه ، فكذا موت المكاتب ، لأن العدم في الصورة الاتفاقية ثابت بالإجماع ، فكذا في النزاعية بالقياس عليه ، لأن العدم في الاتفاقية إنما كان لتحصيل المصالح المتعلقة بالعقد بشهادة المناسبة ، فكذا في النزاعية وهي الإضافة في الدعوى ، فإن منع حققها في تلك الصورة .

أجيب : إنما هي محققة فيها ، فإن المسألة المتعلقة بالعقد أمور مطلوبة ، فإن منع المطلوبة أجيب بأنه مكابرة ، لأنها هي المطلوبة في التحقيق عند العقلاء ، فإن كان عاقلاً لو خير بين أن يحصل المصالح المتعلقة بالعقد وبين أن لا يحصل فإنه كان يختار الحصول على عدم الحصول .

فإن قيل : الأصل في الحكم في الأصل أن لا يضاف إلى المشترك لرجحانه .

أجيب : بأن الحكم يضاف إلى ما هو اللازم فيهما أو في الفرع على تقدير اللزوم في الأصل ، وأنه هو المشترك بينهما .

تحقيقه أن الحكم في الأصل أن يضاف إلى المشترك ، لأنه يضاف إليه أو إلى ما يحقق الإضافة إليه ، يعني تحقق إضافة إلى الإضافة إلى المشترك لقيام الدليل على كل واحد منهما وهو المناسبة . فأما ما كان يكون مضافًا إلى المشترك فإذا ثبت هذا نقول العدم في الاتفاقية يدل على أحد الآمرين ، أحدهما المشترك بين الوجوبين ، وهو كون الوجوب محصلاً للمصالح المتعلقة بالعقد لا يكون عنه أصلاً . يعني لا في الأصل وهو الصورة الاتفاقية ، ولا في الفرع وهو الصورة النزاعية .

والثاني المشترك بين العدمين وهو المانع عن الوجوب قطعًا ، فإنه إذا لم يتحقق أحدهما يلزم الوجوب في الاتفاقية بالمقتضى السالم عن المعارضين القطعيين ، أحدهما مانعة المشترك بين العدمين ، معاوضة للمقتضى للوجوب . وأما بيان الأمرين فلأنها تقتضي العدم فيهما ، والثاني شمول العدم ، أما كون مانعية المشترك بين العدمين معاوضة للمقتضى للوجوب ، وأما بيان الأمرين فلأنها تقتضي العد فيهما لأن المشترك بين العدمين إذا كان مانعًا فيهما كان العدم في الاتفاقية ثابتًا . وأما كون شمول العدم معارضًا للمقتضى للوجوب فظاهر ، وأما بيان سلامة المقتضى على تقدير عدم الأمرين فلأنهما منتفيان على هذا التقدير .

وقال : وإن لم يترك وفاء وترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه ، فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد ؛ لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه ، فيخلفه في الأداء ، وصار كما إذا ترك وفاء وإن ترك ولداً مشترى في الكتابة قيل له : إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقًا قال : وهذا عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ، وأما عندهما يؤديه إلى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة ، والجامع أنه مكاتب عليه تبعًا له ، ولهذا يملك المولى إعتاقه، بخلاف سائر أكسابه .

أما انتفاء مانعية المشترك فظاهر ، وأما انتفاء شمول العدم فلانتفاء لازمه وهو عدم علية المشترك من لوازم شمول العدم من لوازم علية المشترك بالضرورة أن المشترك بين الوجوبين إذا كان علة راجحة للوجوب في إحدى الصورتين يلزم الوجوب في الأخرى عملاً بالعلة الراجحة فيلزم شمول العدم ، فثبت أن العدم في النزاعية من لوازم أحد الأمرين ، فيكون العدم في الاتفاقية مستلزمًا لأحدهما بالضرورة ودليل على الآخر والحال أن العدم في الاتفاقية مستلزمًا لأحدهما بالضرورة ، ودليل على الآخر والحال أن العدم في الاتفاقية ثابتة بالإجماع فيلزم أحد الأمرين ، فأيهما لزم يلزم المدعي وهو العدم في النزاعية ، فافهم .

م: (**وقال**) ش: أي القدوري : م: (**وإن لم يترك وفاء**) ش: أي ما يؤدي به بدل الكتابة م: (**وترك ولداً مولوداً في الكتابة سعى في كتابة أبيه على نجومه**) ش: وهذا بالاتفاق لدخوله في كتابته م: (**فإذا أدى حكمنا بعتق أبيه قبل موته وعتق الولد**) ش: أي حكمنا بعتق الولد أيضًا م: (**لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء ، وصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كما إذا ترك وفاء**) ش: يعني لو ترك وفاء كان يعطي بدل الكتابة منه ويحكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق ولده أيضًا .

م: (**وإن ترك ولداً مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤدي بدل الكتابة حالة أو ترد رقيقًا قال**) ش: أي المصنف – رحمه الله – : م: (**وهذا**) ش: يعني هذا الحكم المذكور في الولد المشترى م: (**عند أبي حنيفة – رحمه الله – ، وأما عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد – رحمهما الله – م: (**يؤديه إلى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة**) ش: أي قياسًا عليه م: (**والجامع**) ش: أي المعنى الجامع بين المقيس والمقيس عليه م: (**أنه مكاتب عليه**) ش: أي أن الولد المشترى مكاتب على أبيه المكاتب م: (**تبعًا له**) ش: أي حال كونه تابعًا لأبيه م: (**ولهذا**) ش: [illegible] لأجل كونه تبعًا له م: (**يملك المولى إعتاقه**) ش: أي إعتاق الولد المشترى في الكتابة ، وهذا الاستدلال على أن المشترى في الكتابة كالمولود فيها م: (**بخلاف سائر أكسابه**) ش: فإن المولى لا تصرف له في أكسابه ، ولهذا لا يقدر على إعتاق عبده ، وبقولهما قال مالك .

ولأبي حنيفة - رحمه الله - وهو الفرق بين الفصلين أن الأجل يثبت شرطًا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل ، لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسري حكمه إليه لانفصاله ، بخلاف المولود في الكتابة ، لأنه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم إليه ، وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه ، فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه ؛ لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه في الكتابة ، فيكون هذا حرًا يرث عن حر، وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة ؛ لأن الولد إن كان صغيرًا فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيرًا جعلا كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر . قال : وإن مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينًا وفاء بمكاتبته

م: (ولأبي حنيفة - رحمه الله - وهو الفرق بين الفصلين) ش: يعني فصل الولد المشترى في الكتابة وفصل الولد المولود فيها م: (أن الأجل يثبت شرطًا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى) ش: أي الولد المشترى م: (لم يدخل) ش: أي في العقد م: (لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسري حكمه إليه) ش: أي حكم العقد إلى الولد م: (لانفصاله) ش: أي لكونه منفصلاً وقت العقد لا تبعًا له .

م: (بخلاف المولود في الكتابة ، لأنه متصل) ش: أي لكونه متصلاً به م: (وقت الكتابة ، فيسري الحكم إليه ، وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه) ش: أي حيث دخل الولد المولود في الكتابة في حكم عقد الكتابة سعى في نجوم والده المكاتب .

م: (فإن اشترى ابنه ثم مات) ش: ذكر تفريعًا على مسألة القدوري ، وهو من مسائل الجامع الصغير م: (وترك وفاء ورثه ابنه ، لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته ؛ يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت ، لأنه تبع لأبيه في الكتابة ، فيكون هذا حرًا يرث عن حر ، وكذلك) ش: الحكم م: (إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) ش: قيد به ، لأنه لو كانا مكاتبين كل واحد بعقد على حدة لا يرثه ابنه ، كذا ذكره المحبوبي م: (لأن الولد إن كان صغيرًا فهو تبع لأبيه ، وإن كان كبيرًا جعلا كشخص واحد ، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته) ش: أي بحرية الولد في حال حرية الأب م: (في تلك الحالة) ش: يعني آخر جزء من أجزاء حياته م: (على ما مر) ش: من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (وإن مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينًا وفاء بمكاتبته) ش: أي ترك دينًا على الناس فيه وتأييد الكتابة إنما قال دينًا ، لأنه لو كان عينًا لا يتأتى القضاء بالإلحاق بالأم ، إذ يمكن الوفاء في الحال .

فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب ؛ لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة ، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم ، لكن على وجه يحتمل أن يعتق فيجر الولاء إلى موالي الأب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً . وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه فقضى به لموالي الأم فهو قضاء بالعجز ، لأن هذا الاختلاف في الولاء مقصود ، وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبداً واستقر الولاء على موالي الأم ، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب ، وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء ، فلهذا كان تعجيزاً

قال السغناقي : ذكر هذه المسألة والتي بعدها وهي قوله : فإن اختصم موالي الأم إلى آخره لبيان الفرق بينهما م: (**فجنى الولد فقضى به**) ش: أي بأرش الجناية أو بموجب الجناية م: (**على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب ، لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة**) ش: وكل ما يقرر شيئًا لا يبطله م: (**لأن من قضيتها**) ش: أي قضية الكتابة م: (**إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم**) ش: فلا ينافي القضاء على عاقلها كون الأب مكاتبًا .

م: (**لكن على وجه**) ش: يعني استلزام الكتابة إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه م: (**يحتمل أن يعتق**) ش: المكاتب م: (**فيجر الولاء إلى موالي الأب**) ش: لأن الولاء كالنسب ، والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب ، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه كما إذا كذب الملاعن نفسه عاد النسب إليه ، فكذلك الولاء ، فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم ثبوت ملزومه م: (**والقضاء بما يقرر حكمه**) ش: أي حكم عقد الكتابة م: (**لا يكون تعجيزاً**) ش: لأن كل ما يقرر شيئًا لا يبطله لئلا يعود على موضوعه بالنقض .

م: (**وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه**) ش: هذه هي المسألة الثانية ، صورتها مات هذا الولد بعد الأب واختصم موالي الأب وموالي الأم ، فقال موالي الأم مات رقيقًا والولاء لنا ، وقال موالي الأب مات حراً والولاء لنا م: (**فقضى به**) ش: أي بولايته م: (**لموالي الأم فهو قضاء بالعجز**) ش: فتفسخ الكتابة اقتضاء م: (**لأن هذا الاختلاف في الولاء مقصود**) ش: لأن كلاً من الفريقين قصدهم الولاء م: (**وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها ، فإنها إذا فسخت مات عبداً، واستقر الولاء على موالي الأم ، وإذا بقيت**) ش: أي الكتابة م: (**واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب ، وهذا**) ش: أي بقاء الكتابة وانتقاضها م: (**فصل مجتهد فيه**) ش: لما ذكرنا أن في مذهب زيد بن ثابت - رضي الله عنه - أن الكتابة تنفسخ لموت المكاتب ، فإذا كان كذلك م: (**فينفذ ما يلاقيه من القضاء**) ش: لأن صيانة القضاء المجمع عليه أولى من إمضاء كتابته ، واختلف الصحابة - رضي الله عنهم - في بقائها .

م: (**فلهذا**) ش: أي فلأجل نفوذ القضاء م: (**كان تعجيزاً**) ش: فتنفسخ الكتابة قبل فسخ

قال : وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك ، فإن العبد يتملكه صدقة والمولى عوضًا عن العتق

الكتابة معنى على نفوذ القضاء ولزومه ، وذلك لصيانة القضاء عن البطلان ، وفي صيانته بطلان ما يجبر عليه وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطلانين أرجح .

أجيب : بما ذكرنا آنفًا من أن صيانة القاضي . . . . إلى آخره .

ثم اعلم أن في مسألة الإرث إذا ظهر للولد ولاء من قبل الأب عند أداء البدل ، فهو إلى الأم لا يرجعون بما عقلوا من جناية الولد في حياة المكاتب على موالي الأب ، لأنه إنما حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فلا يستند عتقه إلى أول عقد الكتابة ، فكان موالي الأم عند حياته مواليه حقيقة ، فلم يرجعوا بما عقلوا ، إنما يرجعون بما عقلوا عن جناية بعد موت الأب قبل أداء البدل ، لأن عتق الأب لما استند إلى حال حياته بين أن ولاءه كان لموالي الأب في ذلك الوقت ، وموالي لا يجبرون على الأداء فيرجعون بما أدوا .

وذكر التمرتاشي هذا الذي ذكرنا فيما إذا مات عن وفاء ، فإن مات لا عن وفاء قال الإسكاف - رحمه الله - : تنفسخ الكتابة ، حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابة لا يقبل منه . وقال أبو الليث - رحمه الله - : لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه ، حتى لو تطوع قبل القضاء يقبل منه .

م: (**قال**) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (**وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه**) ش: أراد أن المكاتب إذا أخذ شيئًا من الزكاة وأداه إلى مولاه من بدل الكتابة م: (**ثم عجز**) ش: أي عن الكتابة م: (**فهو طيب للمولى لتبدل الملك**) ش: أي لتغير الملك بتغير السبب م: (**فإن العبد يتملكه صدقة**) ش: أي حال كونه صدقة م: (**والمولى عوضًا عن العتق**) ش: أي يتملكه المولى حال كونه عوضًا عن العتق ، وفي بعض النسخ عوضًا عن العين .

فإن قلت : إن ملك الرقبة للمولى فإنه يتبدل الملك .

قلت : إن ملك الرقبة للمولى مقلوب في مقابلة ملك السيد ، ولهذا التصرف للمكاتب لا للمولى ، وله أن يمنع المولى من التصرف وبالعجز يصير الأمر على العكس ، فكان تبدلاً وقد نظر صاحب العناية فيه بأن قال لا نسلم أن ذلك تبدل ، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين ، ولعل أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلاً .

قلت : أول كلامه منع مجرد ، والثاني دعوى بلا برهان . وقوله ولعل الأولى فيه نظر ، لأنه لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة ، وليس المراد منه التبدل حقيقة بأن يراد تبدل الذات ، وإنما المراد التبدل الحكمي فافهم .

وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة - رضي الله عنها - « هي لها صدقة ولنا هدية » . وهذا بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي ، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك، فلا نطيبه ، ونظيره المشتري شراءً فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب ، وهذا عند محمد - رحمه الله - ظاهر ، لأن بالعجز يتبدل

م: (وإليه) ش: أي وإلى التبدل ويحل بعد التبدل م: (وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة- رضي الله عنها - هي لها صدقة ولنا هدية) ش: يروى عنها قالت : جاءتني بريرة فقالت : إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني ، قالت : إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة إلى أهلها ورسول الله ﷺ جالس فقالت : إني قد عرضت ذلك عليهم قالوا : إلا أن يكون الولاء لهم . فسمع ذلك رسول الله ﷺ فأخبرته عائشة - رضي الله عنها - ، فقال : « خذيها واشترطي الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » ففعلت عائشة - رضي الله عنها - ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله ثم قال : « أما بعد فما بال رجال يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ، قضاء الله حق وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق » .

وأخرج البخاري ومسلم أيضًا ودخل النبي ﷺ وبرمته على النار فقرب إليه خبزًا وإدام من أدم البيت فقال : « لم أر البرمة » فقيل لحم تصدق به على بريرة وأنت لا تأكل الصدقة ، قال : « هو لها صدقة ولنا هدية » .

م: (وهذا) ش: أي الحكم المذكور م: (بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي) ش: أي بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذه من مال الزكاة لغني أو هاشمي فإنه لا يباح لهما م: (لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا نطيبه) ش: فلم يتبدل سبب الملك ، ولهذا ليس للضيف أن يعطي شيئًا مما تقدم عليه ، لأنه لم يصر ملكًا حتى يتولى الإعطاء إلى الغير .

م: (ونظيره) ش: أي نظير ما ذكر م: (المشتري شراءً فاسداً) ش: بأن اشترى رجل طعامًا مأكولاً بيعًا فاسداً م: (إذا أباح لغيره لا يطيب له) ش: أي لا يطيب للغير تناوله ، لأن في الأولى الملك غير مستقر لوجوب الفسخ ، بخلاف الثاني م: (ولو ملكه يطيب) ش: بأن باعه بيعًا صحيحًا أو وهبه حل له التناول .

م: (ولو عجز قبل الأداء إلى المولى) ش: أي ولو عجز المكاتب عن الكتابة قبل أداء ما أخذه من الزكاة إلى المولى م: (فكذلك الجواب) ش: يعني أنه طيب للمولى على الصحيح م: (وهذا) ش: أي وكون هذا طيبًا قبل الأداء أيضًا م: (عند محمد - رحمه الله - ظاهر ، لأن بالعجز يتبدل

الملك عنده ، وكذا عند أبي يوسف - رحمه الله- وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده ، لأنه لا خبث في نفس الصدقة ، وإنما الخبث في فعل الأخذ لكونه إذلالاً به فلا يجوز ذلك للغني من غير حاجة ، وللهاشمي لزيادة حرمته ، والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه ، والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة حيث يطيب لهما ، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده . قال : وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدي ، لأن هذا . موجب جناية العبد في الأصل ولم يكن عالمًا بالجناية عند الكتابة ، حتى يصير مختاراً للفداء ، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع ، فإذا زال

الملك عنده) ش: بقيد الملك ، فإن عند المكاتب إذا عجز ملك المولى إكسابه ملكًا مبتدأ، وهذا وجب نقض الإجارة في المكاتب إذا أجر أمته ظئراً ثم عجز م: (وكذا عند أبي يوسف - رحمه الله-) ش: أي وكذا يطيب له عند أبي يوسف أيضًا .

م: (وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده) ش: فإن للمولى نوع ملك في إكسابه وبالعجز يتأكد ذلك الحق ، ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ، ولهذا إذا أجر المكاتب أمته ظئراً ثم عجز لا يوجب فسخ الإجارة م: (لأنه لا خبث في نفس الصدقة) ش: وإلا لما فارقها أصلاً م: (وإنما الخبث في فعل الأخذ لكونه إذلالاً به) ش: أي بالأخذ م: (فلا يجوز ذلك) ش: أي الإذلال والهوان م: (للغني من غير حاجة ، وللهاشمي لزيادة حرمته والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه ، والفقير إذا استغنى وقد بقي) ش: أي والحال أنه قد بقي م: (في أيديهما ما أخذا من الصدقة حيث يطيب لهما) ش: أي لابن السبيل الواصل وطنه، والفقير الذي استغنى . ولهذا لو مات ابن السبيل والفقير حل لوارثهما الغني ما تركاه من الصدقة .

م: (وعلى هذا) ش: أي على ما ذكرنا م: (إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده) ش: لأن الخبث ليس في نفس الصدقة وقد قال بعض المشايخ على قول أبي يوسف لا يطيب ، لأن المكاتب عنده لا يملك إكسابه ملكًا مبتدأ وبالعجز يتأكد ذلك ، والصحيح ما ذكره المصنف على الإطلاق ، فلذلك بينها عليه بالصحيح .

م: (قال) ش: أي في « الجامع الصغير» : م: (وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه) ش: أي فإن المكاتب الذي عجز م: (يدفع) ش: على صيغة المجهول ، أي يدفع إلى ولي الجناية م: (أو يفدي) ش: على صيغة المجهول أيضًا ، أراد أن المولى لا يكون مختاراً م: (لأن هذا موجب جناية العبد في الأصل) ش: أي لأن هذا الحكم يعني أحد الأمرين هو مقتضى جناية العبد في أصل المسألة كما علم في بابه م: (ولم يكن) ش: أي المولى م: (عالمًا بالجناية عند الكتابة ، حتى يصير مختاراً للفداء ، إلا أن الكتابة مانعة من الدفع) ش: لتعذره م: (فإذا زال) ش: أي المانع م:

عاد الحكم الأصلي ، وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما قلنا من زوال المانع ، وإن قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - ، وقد رجع أبو يوسف -رحمه الله - إليه ، وكان يقول أولاً : يباع فيه وإن عجز قبل القضاء ، وهو قول زفر، لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة ، كما في جناية المدبر وأم الولد . ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال

(عاد الحكم الأصلي) ش: وهو الدفع والفداء .

م: (وكذلك) ش: أي وكما مر من عود الحكم الأصلي م: (إذا جنى المكاتب ولم يقض به) ش: أي بموجب الجناية عليه م: (حتى عجز) ش: عن الكتابة ، يعني يدفع أو يفدي م: (لما قلنا من زوال المانع) ش: من الدفع م: (وإن قضى به عليه في كتابته) ش: أي وإن قضى بموجب الجناية على المكاتب م: (ثم عجز فهو دين) ش: أي ما قضى به من موجب الجناية دين في ذمته م: (يباع فيه) ش: وعند الثلاثة بالعجز يرد إلى الرق يجبر سيده ، وعند زفر - رحمه الله - وهو قول أبي يوسف -رحمه الله - أولاً يباع في قيمته في الفصلين ، إلا أن يقضي المولى عنه على ما يأتي الآن م: (لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء) ش: أراد انتقال الحق بالقضاء من الموجب الأصلي وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع ، فإذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة القضاء م: (وهذا قول أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - وقد رجع أبو يوسف -رحمه الله - إليه) ش: أي إلى قولهما .

م: (وكان يقول أولاً : يباع فيه) ش: أي في موجب الجناية م: (وإن عجز قبل القضاء وهو قول زفر ، لأن المانع من الدفع) ش: إلى ولي الجناية م: (وهو الكتابة قائم وقت الجناية ، فكما وقعت) ش: الجناية م: (انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد) ش: فإن جنايتهما موجبة للقيمة بنفس الوقوع ، إلا أن حكم جناية المدبر وجوب القيمة على المولى ، لأن كسبه له ، وحكم جناية المكاتب ، لأن كسبه ملكه .

وقوله : انعقدت موجبة يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن أرش الجناية ، وهو مخالف لما ذكر من رواية الكرخي و« المبسوط » أن الواجب هو الأول من القيمة ومن أرش الجناية ، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجناية .

م: (ولنا أن المانع) ش: من الحكم الأصلي م: (قابل للزوال) ش: لقبول الكتابة الفسخ والزوال م: (للتردد) ش: أي لتردد المكاتب بين أن يؤدي فيعتق وبين أن يعجز فيرد إلى الرق م: (ولم يثبت الانتقال في الحال) ش: أي الانتقال عن الموجب الأصلي .

فيتوقف على القضاء والرضاء ،صار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد ، لأنهما لا يقبلان الزوال بحال. قال : وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه ، وقيل له أد المال إلى ورثة المولى على نجومه، لأنه استحق الحرية على هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك ، فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء ،

فإن قيل : قوله ولم يثبت الانتقال عن الحال متنازع فيه ، لأن مذهب زفر - رحمه الله - أن جناية المكاتب تصير مالاً في الحال من غير توقف على الرضاء والقضاء ، فما وجب أخذه في الدليل .

قلنا : ظهوره فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لإمكان عود الموجب الأصلي . م: **(فيتوقف على القضاء والرضاء ، وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده ، كذا هذا)** ش: أي لحكم العبد المبيع الآبق قبل القبض حكم المكاتب المذكور م: **(بخلاف التدبير والاستيلاد ، لأنهما لا يقبلان الزوال بحال)** ش: فكان الموجب في الابتداء هو القيمة .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب)** ش: أي العبد المكاتب م: **(إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه)** ش: لإفضائه إلى وصوله . الحاصل أن الحرية حق العبد ، والكتابة سببها ، فتكون الكتابة حقه ، والحق لا يبطل بالموت كما لو كان على آخر دين ومات الآخر م: **(وقيل له)** ش: أي للمكاتب م: **(أد المال إلى ورثة المولى على نجومه)** ش: أي مؤجلاً م: **(لأنه استحق الحرية على هذا الوجه ، والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ، ولا يتغير)** ش: وهذا لأن المولى لما كان صحيحًا صح تصرفه بتأجيل الكل كإسقاطه ، بخلاف ما إذا كان مريضًا وكاتب ، فإن المكاتب يؤدي ثلث القيمة حالاً أو يؤدي رقيقًا لأنه لما كان مريضًا لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كإسقاطه .

فإن قلت : أين علم ها هنا أن المولى كان صحيحًا .

قلت : وضع المسألة على الإطلاق يدل على ذلك ، لأن ذلك هو المطلق من الأحوال . م: **(إلا أن الورثة)** ش: استثناء من قوله فلا يتغير قبل ، كأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل ، فصار للورثة وهو نظير ، فقال : إلا أن الورثة م: **(يخلفونه في الاستيفاء)** ش: فلا يكون تغيراً في عود الكتابة لأنها باقية ، كما كانت ، فكما أن في سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيراً فكذلك دين الكتابة .

فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه ، لأنه لم يملكه، وهذا ، لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة ، وإن أعتقوه جميعًا عتق وسقط عنه بدل الكتابة ، لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم ، وقد جرى فيه الإرث ، وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى ، إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه ، لأنا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحًا لعتقه ، والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب

وقال الطحاوي في « مختصره » : ومن مات وله مكاتب كاتب المكاتبة التي على المكاتب موروثة من مولاه كما يورث عنه سائر أمواله سواها ، وكان للمكاتب إذا أدى لمولاه لا لورثته . وقال الأسبيجابي في « شرحه» : المكاتب لا يورث وإنما يورث ما في ذاته من الكتابة ، فإن أدى وعتق يكون الولاء من الميت لا من الورثة حتى أنه يرثه المذكور من عصبة الميت دون الإناث .

م: (**فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه ، لأنه لم يملكه**) ش: أي لأن المعتق لم يملك المكاتب حتى يصح عتقه . وفي شرح « الأقطع » : وقال الشافعي - رحمه الله - ينفذ عتقه ، وهذا الخلاف فرع على أصل وهو أن المكاتب لا يصح بيعه ولا يصح أن يملك .

وقال الشافعي- في أحد قوليه- : يجوز م: (**وهذا**) ش: توضيح لما قبله م: (**لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك ، فكذا بسبب الوراثة**) ش: فإن لم يملك لم يصح عتقه ، لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم م: (**وإن أعتقوه جميعًا**) ش: أي مجتمعين م: (**عتق**) ش: استحسانًا ، والقياس أن لا يعتق هنا أيضًا ، لأنه أضيف تصرفهم إلى ما ليس بملكهم ، غير أن الاستحسان جوزه فصح م: (**وسقط عنه بدل الكتابة ، لأنه**) ش: أي لأن عتقهم جميعًا م: (**يصير إبراء عن بدل الكتابة**) ش: هذا وجه الاستحسان م: (**فإنه**) ش: أي بدل الكتابة م: (**حقهم وقد جرى فيه الإرث**) ش: أي في بدل الكتابة فلهم أن يتركوا حقهم .

م: (**وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق ، كما إذا أبرأه المولى**) ش: فإنه كان يسقط ويعتق ، فكذلك ها هنا م: (**إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة**) ش: وهذا جواب عما يقال اجعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه فقال : م: (**لا يصير**) ش: أي إعتاق أحد الورثة ، وفي بعض النسخ لا يكون م: (**إبراء عن نصيبه ، لأنا نجعله إبراء**) ش: أي لأنا نجعل إعتاق الكل إبراء م: (**اقتضاء**) ش: أي بطريق الاقتضاء هم يجعلون غير المنطوق منطوقًا لتصحيح المنطوق م: (**تصحيحًا لعتقه**) ش: لأنه لا يتصور من الورثة إلا بهذا الطريق ، لأنهم ما ملكوا فجعل إعتاقهم إبراء للبدل تصحيحًا لتصرفهم وصونًا لكلامهم عن الإلغاء .

م: (**والإعتاق لا يثبت بإبراء البعض**) ش: أي الإعتاق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض بدل الكتابة م: (**أو أدائه**) ش: أي أو أداء بعض البدل وقوله م: (**في المكاتب**) ش: يرجع إلى

لا في البعض ولا في الكل ، ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة ، والله أعلم .

الصورتين م: (لا في البعض) ش: أي لا يثبت في بعض المكاتب م: (ولا في الكل) ش: أي في كل المكاتب ، وفي بعض النسخ لا في بعضه ولا في كله ، إن أعتقه معلق بسقوط جميع البدل، فإذا لم يكن إثبات المقتضى لا يثبت المقتضى . م: (ولا وجه إلى إبراء الكل) ش: يعني في صورة إبراء البعض ، لأن الكل حق الكل وهو معنى قوله م: (لحق بقية الورثة والله أعلم) ش: لأن الكل مشتركون فيه .

فائدة : شرط الخيار جائز في عقد الكتابة عندنا خلافًا للثلاثة .

تمّ الجزء العاشر من البناية في شرح الهداية

ويليه الجزء الحادي عشر مبتدئًا بكتاب الولاء

* * *

obeikandl.com