

كتاب العتاق

(الإعتاق تصرف مندوب إليه)، قال ﷺ «أيما مسلم أعتق مؤمناً أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضواً منه من النار» ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء. قال: (العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه) شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك ولا ملك للملوك والبلوغ لأن الصبي

كتاب العتاق

اشترك كل من الطلاق والإعتاق في أنه إسقاط إلا أنه إسقاط ملك الرقبة والطلاق إسقاط ملك منافع البضع، وأما إسقاط ملك ما في الذمة فيسمى إبراء وإسقاط ملك القصاص يسمى عفواً فقد ميزت أنواع الاسقاطات بأسماء لينسب إليها مع اختصار، وتسري إضافة للبعض إلى الكل، وهذا على ظاهر قولهما وعلى قوله: بتأويل الأول إلى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ، إلا أنه قدم الطلاق وإن كان غير مندوب إليه على العتق المندوب إليه وصلاً له بمقابله وهو النكاح ولأنه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلاً به أو هو من بيان أحكام النكاح لأن النكاح يوجب ملك الطلاق، وبيان متعلق الحكم يبين نفس الحكم المتعلق لأنه في بيان أنه يملكه على أي وجه من الحل والحرمة والندب والسريان وغير ذلك، ولا يخفى ما في الإعتاق من المحاسن فإن الرق أثر الكفر، فالعتق إزالة أثر الكفر وهو إحياء حكمي لأثر حكمي لموت حكمي، فإن الكافر ميت معنى، فإن لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كأنه لم يكن له روح، قال تعالى ﴿أَوْ مِنْ كَانَ مِيتًا فَأَحْيَيْنَاهُ﴾ [الأنعام: ١٢٢] أي كافرأ فهديناه، ثم أثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب أهليته لما تأهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من إنكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه، وامتنع أيضاً بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز، وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى، فإنه صار بذلك ملحقاً بالأموال في كثير من الصفات، فكان العتق إحياء له معنى، ولذا والله أعلم كان جزاؤه عند الله تعالى إذا كان العتق خالصاً لوجهه الكريم الإعتاق من نار الجحيم التي هي الهلاك الأكبر. قول لإحياؤه معنى بإحيائه معنى أعظم إحياء كما وردت به الأخبار عن سيد الأخيار، منها الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال «أيما امرئ مسلم أعتق امرأ مسلماً استغنى الله بكل عضو منه عضواً منه من النار»^(١)

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له في أنه إسقاط بني على السراية واللزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار إعتاق البعض كإعتاق الكل إما إفساداً في الملك أو تحقيقاً للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق. ومن محاسنه. أنه إحياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقاً بالجمادات إلى كونه أهلاً للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية. وتفسيره في اللغة القوة، يقال: عتق الفرج إذا قوي وطار عن وكره. وفي الشريعة: قوة حكمية يصير المرء بها أهلاً للشهادة والولاية والقضاء.

كتاب العتاق

قال المصنف: (شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في ملكه) أقول: لك أن تقول بعد قوله في ملكه لا يحتاج إلى شرط الحرية. والجواب أن اشتراط الحرية مقصود بالإفادة ولذلك لم يكف بمعلوميته ضمناً. قوله: (وتفسيره في اللغة إلخ) أقول: أي تفسير العتاق بمعنى العتق ففيه استخدام إذا كان المراد من لفظه معنى الإعتاق كما لا يخفى قوله: (ومنها زوال يد الكافر عنه كما إذا اشترى الحرابي إلخ) أقول: لم تزل يد الحرابي عنه في هذه الصورة بل عتقه لأمر آخر كما سيجيء في كتاب السير وزوال يده عنه فيما إذا هرب من دارهم أو ظهر عليها كما يجيء أيضاً قوله: (وشرطه كون المعتق حراً) أقول: فيه استخدام أيضاً.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥١٧، ٦٧١٥، ومسلم ١٥٠٩، والترمذي ١٥٤١، وابن حبان ٤٣٠٨، والطحاوي في المشكل ٧٢٤، وابن الجارود ٩٦٨، والبيهقي ٢٧١/١٠، ٢٧٢، وأحمد ٤٢٠/٢، ٤٢٢، ٤٣٠، ٤٣١، ٥٢٥ كلهم من حديث أبي هريرة. وفي لفظ: «من أعتق...».

ليس من أهله لكونه ضرراً ظاهراً، ولهذا لا يملكه الولي عليه، والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو

وفي لفظ «من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج»^(١) أخرجه الترمذي في الأيمان والنذور، ورواه ابن ماجه في الأحكام والباقون في العتق، وأخرج أبو داود وابن ماجه عن كعب ابن مرة عن النبي ﷺ «أيما رجل مسلم أعتق رجلاً مسلماً كان فكاهه من النار، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاهها من النار» وزاد أبو داود «وأيما رجل أعتق امرأتين مسلمتين إلا كانتا فكاهه من النار يجزي مكان عظمين منهما عظماً من عظامه»^(٢) وهذا يستقل بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لأنه ظهر أن عتقه بعتق المرأتين بخلاف عتقه رجلاً. والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة، ومنه عتاق الطير لجوارحها، وعتق الفرخ إذا قوي على الطيران، وفرس عتيق إذا كان سابقاً وذلك عن قوته، والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك أحد في عصر من الأعصار، وقيل: للقديم عتيق لقوة سبقه، وللخمر إذا تقادمت لزيادة قوتها لقوة تأثيرها، وباعتبار القدم والسبق جاء بيت أوس بن حجر حيث قال:

عليّ ألية عتقت قديماً وليس لها وإن طلبت مرام

عني قدمت وأنها لا ترام بحل، وبعده:

بأن الغدر قد علمت معذ عليّ وجارتي مني حرام

المعنى أنه حلف من قديم أنه لا يغدر ولا يزني بجارته، وكذا تقول: عتقت إذا سبقت وذلك لفضل القوة، والعتق أيضاً يقال: للجمال، ومنه سمي الصديق عتيقاً لجماله، وقيل: لقدمه في الخبر، وقيل: لعتقه من النار، وقيل: لشرفه فإنه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكر أنه يقال للكرم: يعني الحسب، وقيل قالت: أمه لو وضعته هذا عتيق من الموت وكان لا يعيش لها ولد، وكل هذه المفهومات ترجع إلى زيادة قوة في معانيها، وقيل هو اسمه العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه له الجمال أو تفاؤلاً له بالحسب المنيف أو بعدم الموت، وإذا كان العتق لغة القوة فالإعتاق إثبات القوة كما قاله: في المبسوط. والعتق في الشرع: خلوص حكمي يظهر في الآدي عما قدمناه ثابتاً بالرق، ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال: إنه القوة الشرعية. ويمكن أن يكون هذا المعنى من أفراد المعنى اللغوي، وعن هذا قال في الصحاح: العتق الحرية بناء على أن القوة المفسر هو بها لغة أعم من كونها في البدن أو ما يرجع إلى معنى آخر، ولذا أطلقوه في المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع إلى معانٍ مختلفة، إلا أنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق، وبه صرح في المغرب حيث قال: العتق الخروج عن المملوكية، فالإعتاق شرعاً إثبات القوة الشرعية وهو التحرير إثبات الحرية وهي الخلوص، يقال: طين حر للخالص عما يشوبه، ومنه يقال: أرض حرة لاخراج عليها، والكل يرجع إلى معنى القوة. والرق في اللغة الضعف، ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق، وقد يقال: العتق بمعنى الإعتاق في الاستعمال الفقهي تجوز باسم المسبب

وأساببه كثيرة: منها الإعتاق، ومنها دعوى النسب، ومنها الاستيلاء ومنها ملك القريب، ومنها زوال يد الكافر عنه كما إذا اشترى الحربي في دارنا عبداً مسلماً فدخل به دار الحرب فإنه يعتق في قول أبي حنيفة، ومنها الإقرار بحرية العبد إذا اشتراه بعد ذلك.

(١) جيد. أخرجه الترمذي ١٥٤١ بهذا اللفظ من حديث أبي هريرة.

وقال الترمذي: حسن صحيح غريب اهـ.

ورجاله ثقات كلهم رجال مسلم.

(٢) صحيح. أخرجه أبو داود ٣٩٦٧ وابن ماجه ٢٥٢٢ وأحمد ٢٣٥/٤، ٣٨٤ كلهم من حديث كعب بن مرة، وقيل مرة بن كعب حيث وقع الشك في رواية أبي داود، ورواية لأحمد وأعله أبو داود بالانقطاع حيث قال: سالم بن أبي الجعد لم يسمع من شريح بن السمعط اهـ. قلت: لكن ورد من وجه آخر فقد رواه سالم عن معدان بن أبي طلحة عن أبي نجيع السلمي مرفوعاً أخرجه أبو داود ٣٩٦٥ والطيالسي ١١٥٤ والبيهقي ٢٧٢/١٠ وأحمد ١١٣/٤، ٣٨٤ مع تغير يسير في لفظه وهذا إسناد جيد رجاله ثقات، وهو على شرط مسلم، فالحديث صحيح بهذا الشاهد.

قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله، وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهراً لوجود الإسناد

عن السبب كقول محمد: أنت طالق مع عتق مولاك إياك. وسببه الباعث في الواجب تفرغ ذمته وفي غيره قصد التقرب إلى الله تعالى، وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب، وقد يكون نفس الملك في القريب، وقد يكون الإقرار بحرية عبد إنسان حتى لو ملكه عتق، وقد يكون بالدخول في دار الحرب، فإن الحربي لو اشترى عبداً مسلماً فدخل به إلى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة، وكذا زوال يده عنه بأن هرب من مولاة الحربي إلى دار الإسلام، وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره، وهو نفسه ركن الإعناق اللفظي الإنشائي، وشرطه أن يكون العتق حراً بالغا عاقلاً وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختياري أنه مندوب إليه غالباً ولا يلزم في تحققه شرعاً وقوعه عبادة فإنه يوجد بلا اختيار ومن الكافر، بل قد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا إذا غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق، وينفذ عتقه مع تحريره خلافاً للظاهرية، وقد يكون واجباً كال كفارة، وقد يكون مباحاً كالعتق لزيد. والقربة ما يكون خالصاً لله عز وجل. فتحصل أن العتق يوصف بالأحكام من الوجوب والتدب والإباحة والتحرير. هذا وفي عتق العبد الذمي ما لم يخف ما ذكرنا أجر لتمكينه من النظر في الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه، وأما ما عن مالك أنه إذا كان أغلى ثمناً من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله ﷺ: «أفضلها أغلاها» بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب. ويجب تقييده بالأعلى من المسلمين لأنه تمكين المسلم من مقاصده وتفريغه. وأما ما يقال: في عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر، فإن الظاهر رسوخ الاعتقادات وإلها فلا يرجع عنها، ولذا نشاهد الأحرار بالأصالة منهم لا يزدادون إلا ارتباطاً بعقائدهم فضلاً عما عرضت حرية، نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين، وأما تفرغه للتأمل فيسلم فهو احتمال، والله أعلم قوله: (ولا ملك للمملوك) عن هذا قلنا: إن مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور، وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه ﷺ قال «من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد»^(١) رواه أحمد. وكان عمر إذا أعتق عبداً لم يتعرض لماله، قيل: الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل، وللجمهور ما عن ابن مسعود أنه قال لعبد: يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقاً هنياً فأخبرني بمالك، فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول:

وشرطه كون المعتق حراً بالغاً مالكاً ملك اليمين. وركنه ما ثبت به العتق وهو نوعان: صريح، وكتاية. وحكمه زوال الرق والملك عن المحل. وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف إلى ما بعد الموت، وكل منها إما يبدل أو يغيره، وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها. قوله: (شرط الحرية لأن العتق) يعني الإعناق لأنه قال والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله والصبي من أهل العتق، ألا ترى أنه لو ورت أخاه عتق عليه فدل على أن مراده بالعتق الإعناق والصبي ليس من أهله لكونه ضرراً محضاً، ويدل على ذلك قوله لأن المجنون ليس بأهل للتصرف فإن الإعناق تصرف لا العتق وقوله: (ولهذا) أي ولكون البلوغ والعقل شرطاً إذا قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله، لأنه لما أسند إلى حالة منافية الإعناق كان إنكار منه للإعناق والقول قول

(١) حسن. أخرجه داود ٣٩٦٢ وابن ماجه ٢٥٢٩ والدارقطني ١٣٣/٤. ١٣٤. كلهم من طريق عبيد الله بن أبي جعفر المصري عن بكير بن الأشج عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً.

قال صاحب منار السبيل وهو في فروع الحنابلة ١١١/٢.

قال أحمد: يرويه عبيد الله بن أبي جعفر من أهل مصر، وهو ضعيف الحديث كان صاحب فقه أما الحديث، فليس فيه بالقوي اهـ.

وقال ابن حجر في التقريب: ثقة روى له الأئمة الستة.

وقيل: ليه أحمد.

وقال الذهبي في الميزان: وثق وقال أحمد: ليس بالقوي.

قلت: فالرجل من الثقات لرواية البخاري ومسلم عنه، وقد وثقه أبو حاتم، والنسائي كما في الميزان للذهبي.

فالحديث لا أقل أن يكون حسناً والله تعالى أعلم.

إلى حالة منافية، وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا اجتمعت لا يصح لأنه ليس بأهل لقول ملزم، ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله ﷺ «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم» (وإذا قال لعبد أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو) لأن هذه الألفاظ صريحة فيه، لأنها مستعملة فيه شرعاً وعرفاً فأغنى ذلك عن النية والوضع، وإن كان في الإخبار فقد

«أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيد»^(١) رواه الأثرم قوله: (وكذا إذا قال الصبي إلخ) وكذا إذا قال المجنون إذا أفقت فهو حر لا ينعقد كلامهما سبباً عند الشرط لعدم الأهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقاً معتبراً قوله: (لقوله ﷺ إلخ) روى أبو داود والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال ﷺ «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك»^(٢) قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روي في هذا الباب، وقوله: حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة قوله: (لأن هذه الألفاظ صريحة فيه) أي الألفاظ التي تستعمل لإنشاء الإعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق بأي صيغة كان فعلاً أو وصفاً أو مصدراً، فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقتك الله على الأصح، وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محرّم عتيق معتق، ولو في النداء كيا حر يا عتيق فإنه هكذا حر، والمولى كقوله: هذا مولاي أو يا مولاي يعتق وإن لم ينو، والمصدر العتاق عليك وعتقت علي. ولو زاد قوله واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر. ولو قال: أنت عتق أو عتاق أو حرية عتق بالنية، ذكره في جوامع الفقه. فعلى هذا لا بد

المنكر. وقوله لأنه ليس بأهل لقول ملزم: يعني لأن الصبا يوجب الحجر عن الأقوال. فإن قيل: لا نسلم ذلك بل هو أهل له، ألا ترى أن صبيّاً لو أقر بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الأصل لا تسمع دعواه؟ أجيب بأن الملزم ثمة هو يد صاحب اليد وإقراره مؤكد. وقوله: (وإذا قال لعبد أو أمته أنت حر) قال في المبسوط: الألفاظ التي يحصل بها العتق نوعان: صريح وكناية. فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء، أما صيغة الخبر فإن يقول قد أعتقتك أو حررتك، وأما صيغة الوصف فإن يقول أنت حر أو أنت عتيق، وأما المنادي فإن يقول يا حر يا عتيق،

قوله: (ألا ترى أن صبيّاً لو أقر بالرق لزمه) أقول: لعل المراد الصبي الذي كان في يد صاحب اليد قبل أن يعبر عن نفسه، وإلا فالصبي المعبر عن نفسه في يد نفسه كما ستقف عليه في كتاب الشهادات.

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥٣٠ وكذا الأثرم في سننه كما ذكر المصنف كلاهما من حديث ابن مسعود، وكذا ابن عدي في الضعفاء ١/ ٣٣٥ من

هذا الوجه وذكره الذهبي في الميزان ٧١٤ في ترجمة إسحق بن إبراهيم السعدي.

قال البوصيري في زوائد ابن ماجه: فيه السعدي قال البخاري: لا يتابع في رفع حديثه، وقال ابن عدي: ليس له إلا حديثان.

وقال مسلمة: ثقة وذكره ابن حبان في الثقات.

وشيوخه عمير ذكره ابن حبان في الثقات اهـ.

وقال ابن حجر في التقریب عن السعدي هذا: مجهول.

قلت: وفي إسناده ابن ماجه انقطاع يوضحه كلام البخاري الآتي.

قال ابن عدي: قال البخاري: إسحق بن إبراهيم بن عمران بن عمير السعدي لا يتابع في رفع حديثه عن القاسم بن عبد الرحمن.

قال: قال ابن مسعود فذكره بنحوه مرفوعاً، وفيه القصة اهـ. فتبين من ذلك أن جد إسحق هو عمران، وأما عمير فهو جد أبيه، وهذا منقطع بين

إسحق وعمير قطعاً بلا شك.

وقد سمي البخاري الواسطة بينهما وهو القاسم بن عبد الرحمن وقد قال عنه الذهبي: كثير الإرسال.

قال أحمد: علي بن زيد روى عن القاسم الأعاجيب اهـ. فالحديث وإمارة الضعف لائحة على منته.

(٢) تقدم في أول باب الأيمان في الطلاق، وإسناده حسن.

وقال البخاري: حديث عمرو بن شعيب أصح شيء في هذا الباب.

جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عنت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة) لأنه يحتمله (ولا يدين قضاء) لأنه خلاف الظاهر (ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق) لأنه

من إصلاح ضابط الصريح، ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينوه لا إن نوى غيره إلا في القضاء. أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع إذا نوى غيره، فلو قال: نويت بالمولى الناصر لا يصدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى، وينبغي أن يكون هذا إذا لم يكن هازلاً، فإن كان هازلاً فإنه يقع فيما بينه وبين الله تعالى، وإن نوى غيره وهو الكذب هزلاً هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله: ذكر محمد بن الحسن عن أبي يوسف عن إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أبي الدرداء عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه» ونزلت هذه الآية «ولا تتخلوا آيات الله هزواً» [البقرة: ٢٣١] في ذلك^(١) فإنه يقتضي وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به. وذكر يعني محمداً عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه. وزاد الشافعية في الصريح فك الرقبة. ودفع بأنه خلاف الحديث وهو قوله ﷺ لذلك القائل «أليسوا سواء؟ فك الرقبة أن تعين في عتقها»^(٢) وقوله: تصبح حرّاً إضافة للعتق وتقوم حرّاً وتقعّد يعتق في الحال. ولو قال: أنت حر النفس عتق في القضاء، وإن قال: في أفعالك وأخلاقك لا يعتق، هكذا روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة وقال: أما أنا أرى أن يعتق إذا أراد به الحرية، وعن أبي يوسف: يعتق بالنية، قيل: والظاهر قول محمد رحمه الله. وبأدنى تأمل يظهر أن لا فرق بين هاتين العبارتين في المعنى، فإذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل. وعن أحمد أنه صريح واستبعد قوله: (لأنها مستعملة فيه شرعاً وعرفاً) على وجه يتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك أمانة الوضع فوافق قول الإيضاح وغيره حيث قالوا: الصريح ما وضع له والوضع يغني عن النية قوله: (فأغنى عن النية) يعني أنه لا يشترط النية لثبوت العتق، أما نية عدمه بأن ينوي به شيئاً آخر فمعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على ما سيذكر قوله: (والوضع) أي وضع التركيب لا المفرد على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجيء فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعاً نوعياً؛ مثلاً وضع نسبة الفعل الذي عين الواضع صيغته للدلالة على مضي حدثه إلى شيء ليفيد الإخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لإثبات أمر لم يكن وضع آخر له. والحاصل أن الحاجة قائمة إلى إثبات هذه المعاني عند النطق ولا بد من دفعها، وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الألفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها، وهذا لأن أهل اللغة أيضاً يثبتون هذا المعنى: أعني تحرير العبيد والإماء ببعض هذه الألفاظ، فقوله: فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية لم يصرح بفاعل الجعل المذكور، ولا شك أنه الشارع ويفيده قوله كما في البيع أيضاً، وحينئذ فيجب أن يكون المراد بجعل الشارع تقريره، وكذا في الطلاق والعتاق، وقد قدمنا في باب إيقاع

وكذلك لو قال لعبيده هذا مولاي إلخ. وقوله: (وستقرره من بعد) أراد به قوله في مسئلة يا بني على ما سيجيء. وقوله: (ألا إذا سماه حرّاً) استثناء من قوله ولو قال له يا حر قوله: (وكذا عكسه) يعني بأن ناداه بقوله يا حر وكان لقبه آزاد. وقوله:

(١) حسن لشواهد. رواه محمد بن الحسن عن الحسن عن أبي الدرداء مرفوعاً كما ذكر ابن الهمام وكذا رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٧/١٠٤/٢ لكن عن الحسن مرسلاً وكذا رواه الطبري في تفسيره ١٣/٥ عن الحسن مرسلاً والإسناد إلى الحسن صحيح. وأخرج ابن أبي شيبة ٧/١٠٤/٢ عن الحسن عن أبي الدرداء موقوفاً بلفظ: ثلاث لا يلعب بهن النكاح والعتاق والطلاق. وأما إسناد محمد فقيه شيخ أبي يوسف، وهو إسماعيل بن مسلم المكي قال في التريب: كان قتيهاً ضعيف الحديث. لكن للحديث شواهد كثيرة تقدم الكلام عليها فهو حسن لشواهد. تنبيه: ولفظ: نزلت الآية... هو من كلام الحسن، وليس بمرفوع.

(٢) حسن. هو بعض حديث أخرجه أحمد في مسنده ٢٩٩/٤ من طريق طلحة بن مصرف عن البراء بن عازب قال: جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله. علمني عملاً يدخلني الجنة فقال: لئن كنت أنصرت الخطية فأعتق النسمة وفك الرقبة فقال الأعرابي: أو ليستا بواحدة؟ قال: (...). الحديث فقوله: أليسوا سواء من كلام الأعرابي. وإسناده حسن رجاله ثقات.

نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقتضي بثبوت تصديقاً له فيما أخبره، وسنقره من بعد إن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حراً ثم ناداه يا حرّ لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به. ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق، وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخباراً عن الوصف (وكذا لو قال رأسك حرّ أو وجهك حرّ أو رقبتك أو بدنك أو قال لأمتك فرجك حرّ) لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق، وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في

الطلاق تقرير كلام الأصحاب من أن الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحاً لإخباره قبيله. وكلام الكافي في العتق أيضاً مثله، وهو يقتضي أنه على خبريته لم يجعل إنشاء أصلاً، وعلى هذا قرره المصنف في الطلاق، ولفظه في البيع يخالف ذلك، وإنما لا تعتبر النية لأنها إنما تعتبر إذا كان المراد مشتبهاً. والحق أن المعنى متبادر في خصوص المادة، وهو ما إذا كان الخطاب لعبد أو بالإشارة كقوله: هذا حرّ فإنه يعتق به أيضاً، والوضع يعهد باعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعاً جديداً فليكن ثبوت العتق عنده بحكم الشرع به اقتضاء تصحيحاً لإخباره كما مشى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق. ثم هذا التقرير إنما يجري في غير النداء، أما في النداء فالتحرير فيه لا يثبت وضعاً بل اقتضاء على ما سيذكره المصنف. هذا ويلحق بالصريح قوله لعبد وجهتك نفسك أو بعتك نفسك منك فإنه يعتق وإن لم ينو لأن موجب هذا اللفظ إزالة ملكه، إلا أنه إذا أوجبه لآخر يتوقف على قبوله، وإذا أوجبه للعبد يكون مزيلاً بطريق الإسقاط فلا يحتاج إلى قبوله ولا يرتد بالرد، أما إذا قال: بعتك نفسك بكذا فإنه يتوقف على القبول قوله: (ولا يدين لأنه خلاف الظاهر) بخلاف ما لو قال: عنيت أنه كان حراً في وقت فإنه ينظر إن كان العبد من السبي دين، وإن كان مولداً لا يدين كذا في الغاية.

[فروع]. في البدائع: دعا عبده سالماً فأجابه آخر فقال: أنت حرّ ولا نية له عتق المجيب. ولو قال: عنيت سالماً عتقاً في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى إنما يعتق الذي عيناه، ولو قال: يا سالم أنت حرّ فإذا هو عبد آخر عتق سالم لأنه لا مخاطب هنا إلا سالم، وفيه قال لعبد: أنت حرّ أو لزوجه أنت طالق إن نوى العتق والطلاق وقع لأنه يفهم من هذه عند الانفراد ما يفهم عند التركيب، إلا أنها ليست صريحة لأنها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية فتقف على النية، ولو قال: أنت حر اليوم من هذا العمل عتق قضاء لأنه إذا صار حراً في شيء صار حراً في كل الأشياء قوله: (وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور) هذا هو حقيقته تكلم في النداء في مواضع أولها هذا وتعام عبارته فيه فيقتضي تحقيق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقتضي بثبوت تصديقاً له وسنقره من بعد: أي في. مسألة يا ابني. ثانيها فيما إذا لقبه حراً ثم ناداه يا آزاد أو آزاد وناداه يا حرّ أنه يعتق فقال: لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخباراً عن الوصف المذكور، وهذا معاً يفيد أن عتقه باعتبار إخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقاً له، ولا يخفى أنه لا إخبار في النداء إلا ضمناً، فإن قوله: يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فتثبت الحرية شرعاً تصحيحاً لكلامه، وهذا يفيد أن ثبوتها اقتضاء تصحيحاً لإخباره الضمني وهو لا يقتضي نقل الإخبار إلى الإنشاء، وأما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله: يا ابني يا أخي حيث لا يعتق فزاد فيه في ثبوت الإعتاق قيداً آخر وهو أن يكون ذلك الوصف الذي عبر به عن المنادي يمكن إثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل لمجرد إعلامه باستحضاره، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء لأنه لو خلق من مائه كان ابناً له قبل النداء لا به.

(فيعتبر إخباراً عن الوصف) قيل فيه نظر، لأنه إذا لم يكن حر علماً له كان قوله يا حر إنشاء للحرية لا إخباراً عن الوصف. وأجيب بأنه إذا لم يكن علماً كان المنادي في الحقيقة ذاتاً موصوفة بصفة الحرية، والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف، وكان النداء إخباراً بأن المنادي موصوف بهذه الصفة. وقوله: (وسياطيك الاختلاف فيه) يريد الاختلاف في تجزي الإعتاق على

ذلك الجزء، وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه (ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق) لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأنني بعثتك، ويحتمل لأنني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مراداً إلا بالنية قال: (وكذا كنايات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخليه السبيل بالبيع أو الكتابة كما

[فرع] في جوامع الفقه قال لعبد غيره: يا حرّ اسقني ثم اشتراه يعتق، قيل: هذا نقض للقاعدة. أجيب بأنه يمكن إثباته حال النداء بأن أعتق عبد غيره فأجاز المولى فإنه يعتق قوله: (لأن مراده الإعلام) أي إعلام العبد باسم علمه ليحضر بنداؤه، وهذا ظاهر إذا كان علميته له معلومة فيكون قصد غيره استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق إلا أن يريده فيعتق حينئذ قوله: (أو قال لأمته فرجك حرّ) خص الأمة لأن قوله: لعبد فرجك حر فيه خلاف قيل: يعتق كالأمة. وعن محمد لا يعتق لأنه لا يعبر به عنه بخلاف الأمة، ولو قال لها: فرجك عليّ حرام ينوي العتق لا تعتق لأن حرمة الفرج مع الرق يجتمعان، وفي لسانك حر يعتق لأنه يقال: هو لسان القوم، وفي الدم روايتان، ولو قال لها: فرجك حر عن الجماع عتقت، وفي الدبر والاست الأصح أنه لا يعتق لأنه لا يعبر به عن البدن، وفي العتق روايتان، والأولى ثبوت العتق في ذكرك حرّ لأنه يقال في العرف: هو ذكر من المذكور وفلان فحل ذكر وهو ذكرهم قوله: (وسيأتيك الاختلاف فيه) عند أبي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندهما يعتق كله وهي مسألة تجزي الإعتاق الآتية قوله: (ولو قال لا ملك لي عليك) شروع في الكنايات. والحاصل أن ما ليس بصريح من الألفاظ منها ما يقع العتق به إذا نواه، ومنها ما لا يقع به شيء وإن نواه، فالأول نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لا رق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقوله لأمته: أطلتكت أو أنت حر أو قال لعبد: أنت حرة عتق في الجميع إن نوى، ولو قال: أنت لله أو جعلتك لله خالصاً روي عن أبي حنيفة أنه لا يعتق وإن نوى، لأن الأشياء كلها لله بحكم التخليق، وعندهما أنه

ما نذكره، وقوله: (وقد بيناه) يعني في الطلاق. وقوله: (وكذا قوله لأمته قد أطلتكت) يعني إن نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة الإرسال تخليه السبيل، بخلاف قوله طلقتك فإنها لا تعتق لأنه صار صريحاً في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه، وقوله لأن السلطان عبارة عن اليد، يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والإستيلاء فنفيه نفي لليد وكأنه قال لا يد لي عليك، ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز أن تزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب، بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن السبيل المضاف إلى العبد كناية عن الملك لأنه طريق إلى نفاذ التصرف فيه. ولو نفى الملك بأن قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق. فإن قيل: زوال اليد إما أن يكون ملزوماً لزوال الملك أو لازماً له، فإن كان الأول فليكن مجازاً لأن المعجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم، وإن كان الثاني فليكن كناية لأن الكناية ذكر اللازم وإرادة الملزوم. فالجواب أنه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا، ولا بلازم له

قوله: (فالجواب أنه ليس بملزوم، إلى قوله: فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم). أقول: قال المحشي الشهير يعقوب باشا: فيه كلام، فإنه لم لا يجوز أن تعتبر العلاقة بين زوال اليد والإعتاق، فإن زوال اليد لازم للإعتاق. فإن قلت: الإعتاق إزالة الملك عند أبي حنيفة. قلت: نعم لكنه إزالة مخصوصة، ولو سلم فلا يتضح الكلام على قولهما وليس في المسألة خلاف مسموع، بل الصواب في الجواب أن يقال: إن اللفظ المستعمل في حق العبد إنما يحمل على العتق مجازاً إذا كان أصل معناه منافياً للعبدية، سواء كانت المنافسة بسبب العتق أو بسبب آخر، فلاحتمال العتق يحمل عليه مع النية كما في لا سبيل لي عليك. وأما إذا لم يكن منافياً كما في لا بد لي عليك فلا لعدم الضرورة فتأمل اهـ. وفيه بحث، فإن الحصر المستفاد من قوله إنما يحمل على العتق إلخ ممنوع لا بد له من دليل، وكيف لا يمنع والعتق من محتملات كلامه وفيه تسليم المبيع والثلث والبائع بسبيل من حبس المبيع إلى أن يسلم الثلث. وجوابه أن السبيل المضاف لازم للملك ونفيه ملزوم لنفيه فليتأمل قال المصنف: (لأن للمولى على المكاتب سبيلاً إلخ) أقول: مناقض لقوله لأنه يحتمل نفي السبيل بالبيع والكتابة.

يحتمل بالعتق فلا بد من النية، وكذا قوله لأمه قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيك وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله، بخلاف قوله طلقنتك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق) لأن السلطان عبارة عن اليد، وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب، بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقاً بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلاً فلهذا يحتمل العتق (ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق) ومعنى المسئلة إذا كان يولد مثله لئله، فإن كان لا يولد مثله

يعتق لأن الخلوص لا يتحقق إلا بالعتق. والثاني نحو أن يقول لعبده: بنت مني ولأمته بنت عني أو حرمت علي أو أنت برية أو بائن أو بنة أو أخرجني أو أغربي أو استتري أو تقنعي أو أذهبني أو اختاري فاختارت نفسها لأنه يثبت العتق بها وإن نواه، وكذا طلقنتك وكذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما سنذكر، وكذا إذا قال: اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وإن نوى، وفي المعنى اذهب حيث شئت كناية، ولو قال: أنت مثل الحر لا يعتق لأن التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق ذلك. وقال بعض المشايخ: يعتق إذا نوى كقوله لامرأته: أنت مثلاً امرأة فلان وفلان قد ألى من امرأته يصير به مولياً إن نوى الإيلاء قوله: (لأن السلطان عبارة عن اليد) قيل فيه تسامح، بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد، لكن كلام المصنف يفيد أنه التحقق لا التماسه والتجوز فإنه قال: وسمي السلطان به لقيام يده فإنه يقتضي أن المعنى الحقيقي الأصل للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لاتصافه باليد كما تسمي رجلاً بالفضل لاتصافه به، ثم قيل: هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس: كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد، فإذا قال: لا سلطان لي عليك فإنما نفي الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب، بخلاف نفي السبيل لأن نفي الطريق، والطريق المسلوك لا يراد حقيقة هنا فجعل كناية عن الملك، لأن الطريق ما يتوصل به إلى غيره، والملك في العبد يتوصل به شرعاً إلى إنفاذ التصرفات، فإذا صح جعله كناية عنه عتق إذا أَرادَه، بخلاف السلطان فإنه اليد فنفيه نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب، فلو جعل كناية عن العتق وفيه إزالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وأنه لا يجوز، وكذا لا حجة لي عليك. وأعلم أن بعض المشايخ مال أنه يعتق النية في لا سلطان لي عليك، وبه قال الأئمة الثلاثة. وقال بعض المشايخ: إنه ليس ببعيد. وعن الكرخي رحمه الله: فنى عمري ولم يتضح لي الفرق بين نفي السلطان والسبيل، ومثل هذا الإمام لا يقع له مثل هذا إلا والمحل مشكل وهو به جدير. أما أولاً فإن اليد المفسر بها السلطان ليس مراداً بها الجارحة المحسوسة بل القدرة، فإذا قيل له سلطان: أي يد يعني الاستيلاء. وقد صرح في الكافي بأن السلطان يراد به الاستيلاء، وإذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة أو مجازاً فصح أن يراد منه ما يراد بنفي السبيل بل أولى بأدنى تأمل. وأما ثانياً فالمانع الذي عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما وضع له غير مانع، إذ غاية الأمر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي، ولا بدع في ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة، فإن المعنى الحقيقي فيها يصير فرداً من المعنى المجازي، كذا هذا يصير زوال اليد من أفراد المجازي: أعني العتق أو زوال الملك، فالذي يقتضيه النظر كون نفي السلطان من الكنايات قوله: (ووثبت على ذلك) قيل: هذا قيد اتفاقي لا معتبر ولذا لم يذكره في المبسوط. وذكر في الينابيع الثبات ليس بلام. وفي النهاية رأيت بخط شيخني وفي شرح

لانفكاك زوال الملك عنه فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باق إلى أن يسلم. وقوله: (لأن للمولى على المكاتب سبيلاً) يعني من حيث المطالبة ببذل الكتابة، حتى إذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق. قال: (ولو قال هذا ابني) ومن قال لعبده الذي يولد مثله لئله وليس له لسبب معروف هذا ابني (ووثبت على ذلك) ثبت النسب فيعتق عليه. ومعنى قوله ثبت على ذلك ولم يدع به الكرامة والشفقة، كذا في شرح القدوري لأبي الفضل، حتى لو ادعى ذلك صدق. وقيل الثبات شرط النسب

لمثله ذكره بعد هذا، ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة. والعبد محتاج إلى النسب فيثبت نسبه منه، وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق، وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالاً للفظ في مجازة عند تعذر إعماله بحقيقته، ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاي أو يا مولاي عتق) أما الأول فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له، وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتقى الأول، والثاني والثالث نوع مجاز، والكلام للحقيقة والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقاً فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح، وكذا إذا قال لأمته هذه مولاتي لما بينا، ولو قال غنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر، وأما الثاني فلأنه لما تعين الأسفل مراداً التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال يا حرّ يا عتيق فكذا النداء بهذا اللفظ. وقال زفر

القدوري لأبي الفضل أراد بقوله: وثبت على ذلك أنه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق. وفي أصول فخر الإسلام: الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق، ويوافقه ما في المحيط وجامع شمس الأئمة والمجتبى: هذا ليس بغير حتى لو قال بعد ذلك أوهمت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لأجنبية: يولد مثلها لمثله هذه بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز أصّر على ذلك أم لا. قالوا: هذا في معروفة النسب، أما مجهولة النسب إن دام على ذلك ثم تزوجها لم يجز وإلا جاز. قال في المجتبى: عرف بهذا أن الثبات شرط للفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق، وإنما شرط الثبات لثبوت النسب لا العتق لأن ثبوت النسب يصح الرجوع عن الإقرار به دون العتق على ما سمعت من التزوّج بمن أقر ببنيتها. وفي مختصر الكرخي: إذا أقرّ في مرضه بأخ من أبيه وأمه وابن ابن أو بعم وصدقه المقر له ثم أنكره المريض وقال: ليس بيني وبينه قرابة ثم أوصى بماله لرجل ولا وارث له فإن المال كله للموصى له ولا شيء للمقرّ له لأن المريض جحد ما أقر به من ذلك ولم يكن إقراره لازماً، ثم إذا قال: هذا ابني هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت في ملكه؟ قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب، وقيل: تصير أم ولد في الوجهين، وقيل: إن كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير أم ولد له، وإن كان مجهول حتى ثبت نسبه منه صارت أم ولد له وهذا أعدل قوله: (إذا كان يولد مثله لمثله) يعني إذا كان مثله في السن يجوز شرعاً أن يكون ابناً لمثل المدعي في السن هذا هو المراد. وحاصله إذا كان سنه يحتمل كونه ابنه لا المشاكلة حتى لو كان المدعي أبيض ناصعاً والمقول له أسود حالك أو بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب قوله: (وإن كان ينتظم الناصر) قال تعالى ﴿ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم﴾ [محمد: ١١] وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا ﴿وإني خفت الموالي من ورائي﴾ [مريم: ٥] قوله: (فتعين الأسفل فالتحق بالصريح) أو ورد عليه شارح أنه مشترك استعمل في معانٍ فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحاً فلا بد من النية، وقولهم: المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم. على أنا نقول: الصريح يفوق الدلالة، والمتكلم ينادي أنا غنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه حقيقة، وهم يقولون: دلالة الحال من كلامك

لكونه الرجوع عنه صحيحاً دون العتق. وقيل هو شرط اتفاقي. وقوله: (لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب) لأنه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه (وإذا ثبت عتق لاستناد النسب إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف تعلم ثبوت النسب لكنه يعتق إعمالاً للفظ في مجازة عند تعلم الحقيقة) وسيجيء بيان تجوز المجاز (ولو قال هذا مولاي) ظاهر. وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقصر عليه وهو يستعمل في ثلاثة وعشرين معنى، ذكره ابن الأثير. أما مجيئه بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى ﴿ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم﴾ وأما بمعنى ابن العم فكما في قوله تعالى ﴿وإني خفت الموالي من ورائي﴾ وقوله: (والثالث نوع مجاز) يعني الموالة في الدين لأن المولى مشتق

رحمه الله: لا يعتق في الثاني لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي. قلنا: الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به، بخلاف ما ذكره لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان إكراً محضاً (ولو قال يا بني أو يا أخي لم يعتق) لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذ كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حرّ على ما بيناه، وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذر البينة ولا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناً له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام. ويروي عن أبي حنيفة رحمه الله شاذاً أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر. ولو قال يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه، وكذا إذا قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير للابن والبنت من غير إضافة والأمر كما أخبر (وإن قال لفلان لا يولد مثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا: لا يعتق وهو قول الشافعي رحمه الله لهم أنه كلام محال فيرد فيلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل

تدل على أن المراد الأسفل ولا تعتبر إرادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة اهـ. والجواب أن قوله: استعمل في معانٍ فلا يكون مكشوف المراد إن أراد دائماً منعناه لجواز أن ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقتارانه بما ينفي غيره اقتراناً ظاهراً كما هو فيما نحن فيه، ومنعه أن المولى لا يستنصر بعبد لا يلائم ما أسنده به من قوله: تحصل النصرة بهم لأن المراد أنه إذا حزبه أمر لا يستدعي للنصر عبده بل بني عمه وإن كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يأنف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فأين دعاؤه إياهم لذلك من كونهم ينصرونه. وأما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه أراد الكناية قطعاً قلمه فنقول: هذا الصريح وهو قوله: أردت الناصر بلفظ المولى إنما قاله بعد قوله: عما هو ملحق بالصريح في إرادته العتيق فأثبت حكمه ذلك ظاهراً، وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضي والكلام فيه، ونحن نقول: فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى لو أراد الناصر لم يعتق فأين المكابرة. واعلم أن في المسئلة خلافاً ذهب بعض المشايخ أنه لا يعتق في هذا مولاي إلا بالنية وأنه بين الصريح والكناية قلة: (وقال زفر: لا يعتق في الثاني) وهو يا مولاي إلا بالنية، وبقوله قال: الشافعي ومالك وأحمد لأنه يراد به الإكرام بمنزلة قوله: يا سيدي يا ملكي أفاد أنهما من الكنايات بالاتفاق، فإذا قال لعبده: ذلك ناوياً للعتق عتق وهكذا في يا سيد، وقد قيل: إنه يعتق بهما وإن لم ينو، وقيل: إذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في يا سيد. والمختار أنه لا يعتق فيهما إلا بالنية قوله: (بخلاف ما ذكر) وهو يا سيدي يا مالكي لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا بعد العتق لأنه لا يصير سيداً بالعتق لسببه.

والوجه أن حقيقته متعذرة لفرض أن المتكلم حرّ غير عبد فتعين المجاز، ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز أن يريد مجازياً آخر هو الإكرام فلا يتعين لأحدهما إلا بالنية، فقلنا إذا نوى بيا سيدي العتق عتق، أما إذا لم تكن له نية صير إلى الأخف الذي هو الإكرام لأن زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال بلا نية، بخلاف يا مولاي لأنه بحقيقته في الأسفل يثبت العتق وبعد انتفاء الحقائق الآخر بالنافي قوله: (ولو قال يا ابني أو يا أخي لم

من الولي وهو القرب ولا قرب بين المشرقي والمغربي من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه، كذا في بعض الشروح ومصححه الفرض والتقدير. وقوله: (فالتحق بالصريح) يعني بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبداً. وقوله: (وأما الثاني) يعني به قوله يا مولاي. وقوله: (بخلاف ما ذكر) يعني قوله يا سيدي يا مالكي لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق، معناه أن معنى قوله يا مولاي يا من عليه ولاء العتاقة حيث تعين الأسفل مراداً فثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضي سابقة العتق، بخلاف قوله يا سيدي يا مالكي فإن معناه يا من له

قوله: (كذا في بعض الشروح) أقول: يعني شرح تاج الشريعة.

أن تخلق. ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حريته من حين ملكه، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحرية، إما إجماعاً أو صلة للقرابة، وإطلاق السبب وإرادة السبب مستجاز في اللغة تجوزاً، ولأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف

يعتق) لأن النداء لإعلام المنادى بمطلوبية حضوره، فإنما كان بوصف يمكن إثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقاً له كما سلف، وإن لم يكن تجرد للإعلام والبنوة لا يمكن إثباتها من جهة العتق إلا تابعاً لو تخلق من ماء غيره ولا يثبت لثبوت النسب، وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسئلة ما إذا كان العبد معروف النسب وإلا فهو مشكل، إذ يجب أن يثبت النسب تصديقاً له فيعتق. وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله: لو قال لعبد: يا عمي يا خال أو يا أبي يا جدي أو يا ابني أو لجاريته يا عمتي يا خالتي أو يا أختي أو لعبد يا أخي لا يعتق في جميع ذلك، ووجهه على وجه يدفع. وأعلم أنه إذا كان المقصود من النداء استحضار الذات إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهة المنادي بذلك اللفظ جعل مثبتاً له مع النداء وإلا لا، ولا شك أن الأبنية لا يمكن إثباتها لذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره، فقول المصنف: لأنه لو خلق من ماء غيره إلى آخره لا فائدة فيه للقطع بأنه إذا خلق من مائه لا تثبت الأبنية إلا بذلك التحقيق من ذلك الماء لا باللفظ، وهذا على أن ثبوته لا بطريق الاقتضاء، وذلك لأن ما يثبت لتصحيحه يجب كونه خبراً صريحاً بخلاف ما تضمنه النداء بالوصف، وعلى هذا فما قدمنا تقريره في ياحرّ مساهلة لعدم اختلاف الجواب فإن الثابت الحرية، فإن قرر ثبوتها اقتضاء للخبر الضمني أو إثباته منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود. وأما الرواية عن أبي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها إلا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقيق وصف الأبنية، غير أنه يستلزم ثبوت النسب إذا كان العبد مجهول النسب، ومثله يولد له، وعدم العتق إذا كان معلوم النسب قوله: (لهم أن هذا كلام محال) أي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو نفسه، وإذا عدّ لغوا لم يوجب حكماً أصلاً لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق، كما أنه لما لغا قوله: أعنتك قيل أن أخلق لم يثبت به العتق، وهذا بناء على أن شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الأصل فإن المجازي ليس محلاً، وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بأن يكون مثلاً مبتدأ

السيادة والملك عليّ ولم يثبت به شيء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الإكرام والتلطف. وقوله: (ولو قال يا بني أو يا أخي لم يعتق) فرق بينهما وبين قوله يا حرّ في وقوع العتق به دونهما لأن النداء إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان النداء لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضاراً له بالوصف المخصوص كما هو في قوله يا حرّ فإنه قادر على إثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال (على ما بينا) يعني في قوله لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى إلخ، وإذا كان بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابناً له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام، هذا ظاهر الرواية (وروى الحسن عن أبي حنيفة أن يعتق فيها) أي في قوله يا ابني يا أخي.

والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ في ظاهر الرواية يا حرّ يا عتيق يا مولاي، وفي رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة ويقول يا ابني ويا أخي والاعتماد على الظاهر، وقوله: (ولو قال يا ابن) ظاهر. قال: (وإن قال لغلام لا يولد مثله لمثله) إذا قال لعبد وهو أكبر سناً منه (هذا ابني عتق عند أبي حنيفة، وقال لا يعتق) وهو قول أبي حنيفة أولاً (وهو قول الشافعي) وأصل هذه المسئلة أن المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما، وفي التكلم عند أبي حنيفة على ما عرف في الأصول وقد قررناه في التقرير فقالا: الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز، بخلاف الأصغر سناً فإن الحقيقة فيه متصورة

قال المصنف: (لهم أنه كلام محال فيرد عليه هذا أسد أن يقولوا فرق بين إفادة الحكم الشرعي وغيره والكلام المحال لا يفيد الأول فليتأمل قال المصنف: (والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز) أقول: نعم إلا أن اعتباره مشكل هنا فإنه في الاستعارة إلا أن يجعل مثل زيد أسد مجازاً وجوابه في التلويع.

فيحمل عليه تحزراً عن الإلغاء، بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء، وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سبباً لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرض، وأنه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في ستين ولا يمكن إثباته بدون القطع، وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له، أما الحرية

وخبر، ومن سعد بانتهاض وجهه في المبني سعد بهذا الفرع ونحوه، وبه يعرف أن استدلال المصنف كله في غير محل النزاع لأنهم لا ينكرون أن البتة سبب للعق وأنه طريق المجاز، بل يشترطان بعد ذلك شرطاً آخر وهو تصور حكم الأصل: أي الحقيقي. فتحريم محل النزاع أن تقول: اتفقوا على أن المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به، والأصل أن لا يصار إلى المجاز إلا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعيين المجاز بدليل آخر. واختلفوا في جهة الخلفية، فعندهما الخلفية بينهما في الحكم: يعني أن الحكم الذي يثبت المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذي نفس هذا اللفظ إذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب. وعند أبي حنيفة في التكلم: يعني نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملاً في الحرية خلفاً عن هذا ابني مستعملاً في ثبوت البتة. وقيل: بل خلف عن لفظ هذا حر وهو الأصل، والأول أوجه وإن كان معنى الآخر صحيحاً لأنهم لم يحكوا خلافاً سوى في جهة الخلفية، وعلى ما قيل: يكون فيها، وفي الأصل أيضاً أنه نفس اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي أو اللفظ الذي يؤدي ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة. وقال فخر الإسلام في تحرير قول أبي حنيفة: يشترط صحة الأصل من حيث أنه مبتدأ وخبر موضوع للإيجاب بصيغته، فإذا وجد وتعذر الحمل بحقيقته إلى آخر ما ذكره، ولا شك أن صحة الأصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي إنما هو في هذا ابني للأب من، أما في هذا حر فصحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي، واستدل لهما مرة بأنه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له إلى المتجاوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلا بد من إمكانه وإلا استحال لأن الموقف على المحال محال، ومرة بالقياس على مسألة الحلف على مس الماء وشرب ما في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحث عقيب اليمين في الأولى، وتجب الكفارة فيه دون الثانية، فوجوب الكفارة خلف عن البتة، ولما أمكن البتة في الأولى لتصور مس الماء انعقدت في حق الخلف، ولما لم يتصور في الثانية لم يتعذر، فأرأينا الخلف يعتمد قيامه إمكان الأصل، وتارة بأن الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود أولى من غيره. وأجيب عن الأول بأن توقفه على فهم الموضوع له على غير مراد لينتقل عنه إلى اللازم المراد، وفهمه لا يستلزم إمكان تحققه

لإمكان أن يكون العلوق منه واشتهر نسبة من غيره فصار كما لو قال أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق. وقال أبو حنيفة: تصور حكم الحقيقة ليس بشرط، فإنه لو قال لحره اشتريت بكذا كان نكاحاً صحيحاً، والحره ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم. وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدأ وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حر من حين ملكك لأن البتة إذا ثبتت في المملوك كان حراً من حين العلوق وذكر الملزوم وإرادة اللازم هو المجاز فصار كأنه قال هذا حر من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحاً لكلامه، بخلاف ما استشهد به على بناء المفعول لأنه لا وجه للمجاز إذ ليس قوله أعتقتك قبل أن أخلق ملزوماً لقوله أنت حر من حين ملكك لأن الأول يقتضي عدم ورود الملك عليه والثاني يقتضي ورود البتة، والشئ لا يكون ملزوماً لما ينافية وإلا لزم انفكاك الملزوم عن اللازم وهو محال. وقوله: (وهذا يخالف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجهما صحيحتين) جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وإرادة اللازم مجوزة للمجاز، وإن لم يكن الحكم متصوفاً لوجب عليه الأرض في الصورة المذكورة لأن القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازاً عن قوله لك على خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم ومثله، وتقرير جوابه أن القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق بل لما يخالف المال المطلق في الوصف وهو الأرض. (حتى وجب على العاقلة كذا في الستين) بلفظ الشبهة كذا في النهاية،

فلا تختلف ذاتاً وحكماً فأمكن جعله مجازاً عنه. ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلها فهو على الخلاف لما بينا، ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف، وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب، بخلاف الأبوة

في الخارج. ونجيب عن الثاني أن تلك الخلفية بين حكمين شرعيين، ومعنى خلفية حكم شرعي لآخر هو كونه إنما يتعلق شرعاً بتقدير تعذر امتثال الأول، وهذا فرع تعلق الأول، وتعلق الخطاب دائر مع الإمكان الذاتي كال كفارة في الحلف على المس والتيمم للوضوء، فلا يتصور شرعاً خلف استحالة أصله لأنه لا تعلق إذ ذاك، ولم تجب في مسألة الكوز لعدم تعلق وجوب البر، وحينئذ ظهر أنه لا ملازمة بين لزوم إمكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه، ولزوم إمكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازاً، وظهر مما ذكرنا أن حكم اليمين الأصلي هو وجوب البر لا البر نفسه. والجواب عن الثالث أن هذا تصرف باللفظ بأن يستعمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع، ولم يعلم من جهة أهل اللسان أنهم اشترطوا لذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز وهو لا يحتاج شيئاً سوى إلى إدراك الحقيقي، ثم الحاجة إلى إدراكه ليس لنفسه بل لتستعلم العلاقة فإنه ما لم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة إلى مجرد فهمه أيضاً غير مقصود بالذات، فاشتراط إمكان وجود المعنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فإنه يستلزم أن لا يجوز زيد أسد فإنه وزان هذا ابني للأكثر منه، فإن معنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الإنسان أسداً، والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته، وما فرق به من أن هذا مستعار بجملته، بخلاف هذا أسد لأن المجاز في نسبته دون الألفاظ ممنوع. وإذا ثبت انتفاء هذا الشرط فإذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق يتجاوز به فيه تعين نوى أو لم ينو إذ لا مزاحم كي لا يلغى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك، فإنه يكون مجازاً في معنى عتق علي من حين ملكته استعمالاً لاسم الملزوم في لازمه، ثم إن كان هذا دخل في الوجه عتق ديانة قضاء وإلا فقضاء، ولا تصير أمه بذلك أم ولد له، بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لأنه لا طريق فيه إلى المجاز فلغا ضرورة. وقوله: وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره إلخ: جواب عن مقيس آخر لهما، وهو إذا كان قال لآخر: قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحتين فإنه يلغو هذا الكلام بالاتفاق، ولم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال لعدم إمكان معناه الحقيقي. فأجاب بأن لغوه ليس لتعذر الحقيقي بل لتعذر كل منه ومن المجازي لأن المال الذي انقطع سببه مال مخصوص وهو الأرض الواجب على العالقة في سنتين ولا يمكن إثباته إلا

وذلك المال الذي هو مسبب عن القطع لا يمكن إثباته بدون القطع، فما هو مسبب لا يمكن إثباته وما يمكن إثباته ليس بمسبب. وحاصله أن هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو، أما الحقيقة فظاهرة، وأما المجاز فلأن قطع اليد خطأ ملزوم للأرض الذي هو ملزوم للقطع واللازم وهو القطع متنفذ بالملزوم وهو الأرض كذلك. وقوله: (أما الحرية لا تختلف) معناه الحرية التي جعلنا قوله هذا ابني وهي الحرية من حين ملك مجازاً عنها لا تختلف ذاتاً وهو زوال الرق ولا حكماً وهو صلاحية للقضاء والشهادة والولايات كلها (فأمكن جعله) أي جعل قوله هذا ابني (مجازاً عنه) أي عن الحرية على تأويل العتق أو المذكور (ولو قال هذا أبي أو أمي ومثله لا يولد لمثلها فهو على الخلاف) وهو الأظهر. وقوله: (لما بينا) يعني من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابني (ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف) والوجه ما تقدم (وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك) من بنوة أو حرية إلا بواسطة وهو الأب وهي غير ثابتة في كلامه (فتعذر أن يجعل مجازاً عن الموجب) وهذا يشير إلى أن الوساطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدي أبو أبي عتق وقد ذكره بعض الشارحين (بخلاف الأبوة والبنوة) لأن لهما موجباً في الملك بلا واسطة (ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق، ووجه الروایتين ما بينا) أما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لأن البنوة في المملوك سبب الحرية إلخ، فكذلك ههنا الأخوة في الملك توجب العتق، وأما وجه رواية عدم العتق فلقوله في مسألة الجدل لأن هذا الكلام

قوله: (أجيب بأن البنوة إلخ) أقول: فيه أن الأخوة حقيقة في المجاورة في صلب أو رحم على ما صرحوا مجاز في غيرها.

والبنوة لأن لهما موجباً في الملك من غير واسطة، ولو قال هذا أخي لا يعتق في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يعتق، ووجه الروایتين ما بيناه، ولو قال لعبد هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف، وقيل هو بالإجماع

عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزاً بالسبب عن المسبب والذي يمكن إثباته وهو مطلق المال ليس سبباً له فامتنع إيجاب المال مطلقاً فلما ضرورة، بخلاف ما نحن فيه لأن الحرية لا تختلف ذاتها حاصلة عن لفظ حرّ أو لفظ ابني، فأمكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن اللغو. قوله: (ولو قال هذا أبي إلخ) جواب عما قيل: إنه يلغو فقال: بل هو على الخلاف أيضاً، فعند أبي حنيفة يعتق، وأما لو قال لعبد الصغير: هذا جدي فأجاب عنه أولاً بأنه على الخلاف، وقيل: هو الأصح لأنه وصفه بصفة من يعتق بملكه، وثانياً بالفرق، وأنه لا يعتق اتفاقاً، وهو أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب ولا وجود له في اللفظ قوله: (ولو قال هذا أخي) أي لعبد (لا يعتق في ظاهر الرواية) وعن أبي حنيفة يعتق وهي رواية الحسن. وجه الروایتين ما بيناه، فحوالة وجه رواية الحسن على قوله: إن البنوة سبب الحرية في المملوك، ويعرف منه وجه هذا وهو الأخوة سبب لعق المملوك، وحوالة الظاهر على قوله: في هذا جدي، وقيل: لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلى آخر ما ذكر. ونظيره هنا أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب أو الأم، ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكماً، ولأن الأخوة تقال: لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين النسب إلا بدليل، حتى لو قال: من أبي أو من أمي أو من النسب عتق إذا عرف هذا فلا شك في صحة الأصل المذكور، لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعيين لثبوت استعماله كثيراً في معنى الشفقة فيجب المصير إليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين أو يتعين هذا لأنه أيسر كما قرئناه في يا سيدي يا مالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء إلا بالنية. فإن أوجب بأن اعتبار الفائدة الشرعية أولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم هذا أخي فإنه لا يعتق به. ودفعه بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة، وحكم المشترك التوقف إلى القرينة، حتى لو قال: من أبي ونحوه عتق، وبأن العتق بعة الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازاً عن لازمه فامتنع لعدم طريقه، يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات، ولو دار بينهما كان المجاز أولى وإن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي وهي بلا خلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع. وفرق بينه وبين هذا أخي بأنه يحتمل الإكرام والنسب، بخلاف العم فإنه لا يستعمل للإكرام عادة، وهذا بقوي ما أوردناه في هذا ابني فلا يخلص إلا بترجيح رواية العتق في هذا أخي وهي ما نقلها المصنف قوله: (ولو قال لعبد هذا بتي) وكذا إذا قال لأمه: هذا ابني لا يعتق وإن كان يولد مثله لمثله، لأن الأول مجاز عن عتق في المذكر لأنه لجهة البنينة حقيقة. والثاني عنه في الأنثى فانتفى حقيقته لانتفاء محل ينزل فيه، ولا يتجاوز بلفظ الابن في البنات وقلبه اتفاقاً لعدم لازم مشهور وغيره، ولثلاً يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازيين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف، وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع أن الاتفاق على منعه اللهم إلا أن يعتبر المجاز عقلياً في نفس

لا موجب له في الملك إلا بواسطة، وكلك ههنا الأخوة لا تكون إلا بواسطة الأب أو الأم لأنها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وهذه الواسطة غير المذكورة، ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الواسطة. قال في المبسوط إن اختلاف الروایتين في الأخ إنما كان إذ ذكره مطلقاً بأن قال هذا أخي، فاما إذا ذكره مقيداً وقال هذا أخي لأبي أو لأمي فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الأخوة مشترك قد يراد بها الأخوة في الدين، قال الله تعالى ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ وقد يراد بها الإتحاد في القبيلة، قال الله تعالى ﴿وَالْيَاقِينُ إِخْوَانُهُمْ هُودًا﴾ وقد يراد بها الأخوة في النسب، والمشارك لا يكون حجة. فإن قيل: البنوة أيضاً تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق بإطلاق قوله هذا ابني؟ أوجب بأن البنوة من الرضاع مجاز، والمجاز لا يعارض الحقيقة (ولو قال لعبد هذا ابنتي فقد قيل هو على الخلاف. وقيل هو) أي عدم العتق (وبالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى) لأن الذكور والإناث من بني آدم جنسان مختلفان، وإذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمى يتعلق الحكم

لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح (وإن قال لأتمته أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق) وقال الشافعي رحمه الله: تعتق إذا نوى، وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله. له أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين، أما ملك اليمين فظاهر، وكذلك ملك النكاح في حكم ملك العين

إضافة البنت، وكل من لفظ الإشارة والبنت والياء حقيقة، فالتجوز في نسبة المراد بالإشارة بالبنتية إلى مسمى الياء عن نسبته إليه بالعتق فيتعين الأول، وما ذكره المصنف بيان تعذر عتقه بطريق آخر وهو أنه إذا اجتمعت الإشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار، تعلق بالمشار. وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وبين هذا الأصل في باب المهر وهو الذي أراده بقوله: حققناه في النكاح، والمشار إليه هنا مع المسمى جنسان لأن الذكر والأم والأثني في الإنسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى: أعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لأن الثابت ذكر قوله: (وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح) كانت مطلقة والطلاق والكناية، كما لو قال لأتمته: أنت عليّ حرام أو بائن أو بتلة أو بنت مني أو خلية أو برية وحبلك على غارك واخرجي وقومي واذهبي واغربي واختاري فاختارت نفسها وتقنعي، أو قال ذلك لعبده، أو قال له: طلقك لا يعتق في ذلك كله وإن نوى، بخلاف ما تقدم من قوله: أطلقك ونوى حيث يعتق بالاتفاق. وقال الشافعي: يعتق في ذلك كله إذا نوى. وعن أحمد روايتان: إحداهما كقولنا، والأخرى كقوله: قوله: (لأن بين الملكين) أي ملك الرقبة وملك النكاح (موافقة) قوله: (إذ كل منهما إلخ) حاصله أنه إثبات للمشابهة بين الملكين: أعني ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما، أما الأول فإن النكاح في حكم ملك العين شرعاً لا ملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعاً عليه وهو اشتراط التأيد له كما في البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى إنه يبطل به، إذ هو لازم لملك المنفعة: أعني الإجارة، ويستفاد بكل منهما ملك الوطاء بخلاف الإجارة. وأما الثاني فإن كلا من التصرفين إسقاط لملك، ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه، وأما الأحكام التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الأموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها، بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدمياً مكلفاً، فإن هذه خصائص آدمية، فالآدمية مع التكليف هي السبب، وإنما امتنعت بمانع الرق، وبالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضى كالزوجة في حق الخروج، والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظاً للنسب ولا يسلب أهليتها عنه، ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه، ولهذا يصح لفظه العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لأن صحة الأول للمناسبة وهي مشتركة لأنها نسبة بين الطرفين فإذا ناسب الشيء غيره ناسبه الآخر قوله: (ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه) أي ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من

بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح، والمسمى هنا معدوم فلا يكون معتبراً حقيقة ولا مجاز عن الابن لعدم الملازمة بينهما. وقوله: (وإن قال لأتمته أنت طالق أو بائن) ظاهر إلى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الإعتاق إثبات القوة ولهذا تثبت به الأحكام مثل الأهلية والولاية والشهادة فأنى يشبه الطلاق الذي هو إسقاط محض. وتقرير الجواب بالإعتاق أيضاً إسقاط بدليل صحة التعليق فيهما، وأما الأحكام فليست بواردة لأنها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدمياً مكلفاً غير أن الإعتاق إزالة المانع فاستوى الإعتاق والطلاق. وقوله: (ولهذا) أي ولكون العتق محتمل لفظه (يصلح لفظه العتق والتحرير كتابة عن طلاق فكذا حكمه) لأن مبنى المجاز على المناسبة والشي لا يناسب شيئاً إلا الشيء يناسبه، وإنما قال على ما قاله مشايخهم لأن المنصوص عن الشافعي لفظه الطلاق فحسب وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية (ولنا أنه نوى ما لا يحتمله كلامه) لأنه لا مناسبة بينهما تجوز الاستعارة لأن الإعتاق لغة إثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير: إذا قوي رطار

قوله: (والفرق بين النكتتين المذكورتين في الكتاب أن في الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعتاق إثبات) أقول: بعد ما تبين بالدليل الذي نقله من الشافعية أن الإعتاق إسقاط لا وجه لهذا المنع والسند ثم يضيغ التعرض على هذا الكون الأول أقوى.

حتى كان التأييد من شرطه والتأقيت مبطلاً له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعلق فيه بالشرط، أما الأحكام فثبتت بسبب سابق وهو كونه مكلفاً، ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه. ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعتاق لغة إثبات والقوة والطلاق رفع القيد، وهذا لأن العبد الحق بالجمادات وبالإعتاق يحيا فيقدر، ولا كذلك المنكوحة فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازاً عما هو دون حقيقته لا عما هو فوقه، فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانسأغ في عكسه (وإذا قال لعبد أنت مثل الحر

غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعاً ثبوت ذلك المسمى الشرعي، كما لو قال: اسقني ينوي به العتق أو الطلاق لا يقعان. وإنما قلنا: إنه لا يسوغ استعماله فيه لأن مسوغ استعمال اللفظ في المعنى إما وضعه له أو التجوز به فيه، والأول منتف، وكذا الثاني لأن التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة أنواعها، وهذا ما يقال إن نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعاً عاماً، وهذا ما يقال: المجاز موضوع وضعاً نوعياً، وحقيقة الحاصل معنى قوله: كل لفظ بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فملتكم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن يثبت عنه أنه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحقيقه في ذلك الجزئي أو نقل اعتباره. والثابت عنه في علاقة المشابهة أن يكون في وصف خارج ظاهر في المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه في المتجوز به مشبهاً والمتجوز عنه مشبهاً به، وقولهم: يشترط كونه وصفاً مختصاً مرادهم كونه ظاهراً في المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة الاختصاص وإلا لم يكن مشتركاً فلا يتجوز باعتباره إلى ما ليس هو فيه، فللأول لا يجوز بأسد للأبخر والمحموم مع أنهما وصفان ملازمان للأسد لعدم ظهورهما وشهرتهما، وللثاني وجب أو لا يكون المعنى المشترك في محل المجاز أكثر منه في محل الحقيقة. إذا عرف هذا فنقول: الإعتاق إنما هو إثبات تلك القوة التي فصلنا فروعها للعلم بعدم ملك تلك الأمور قبله. والأصل في إضافة عدم الشيء أن يكون إلى عدم المقتضى لا إلى قيام المانع لأن عدمه هو الأصل في عدم الحكم، لأن الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى، ولو سلم فالأصل عدم المقتضى فيبقى على العدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت، ودعواه أنه الأدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضي ملكاً، أما عقلاً فظاهر، وشرعاً لم يثبت بل إنما يثبت شرعاً دوران ذلك الملك مع الحرية فلتكن هي السبب الشرعي، والطلاق لإزالة قيد النكاح فيعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج، وهذا لأن ملكها متحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب، ولا مناسبة بين إزالة المانع في محل ليعمل الملك القائم عمله وبين إثبات الملك الزائل لمحل لعلاقة تجوز التجوز، وهي أن تكون مختصة بالمتجوز عنه: أي ظاهرة مشهورة بثبوتها فيه أقوى منه في محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا، فإن الإسقاط المشترك ثبوته في العتق أكثر وأوفر منه في الطلاق، والتجوز بلفظ الطلاق يقتضي كون الطلاق هو الأكثر إسقاطاً وأشهر به فلذا جاز

عن وكراه: وفي الشرع أيضاً كذلك لأن العبد الحق بالجمادات وبالإعتاق يحيا فيقدر. والطلاق في اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم أطلقت البعير عن القيد إذا حللته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا إثبات قوة الانطلاق، وكذلك في الشرع لأن المنكوحة لم تنزل مالكيته فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين إثبات القوة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة، ولا خفاء أن الأول أقوى والأدنى لا يصلح أن يكون مستعاراً للأعلى على ما نذكر، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح لأن ملك اليمين قد يستلزم ملك المتعة إذا صادف الجوارى الخالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن، وأما ملك النكاح فلا يستلزم ملك اليمين أصلاً، وكل ما كان هو أقوى فإسقاطه أقوى فملك اليمين إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازاً عما دون حقيقته لا عما هو فوقه، وهذا لأن مثل هذا المجاز إنما يكون فيما إذا وجدت وصفاً مشتركاً بين ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في أحدهما أقوى منه في الآخر، وأنت ترى

لم يعتق) لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوق الشك في الحرية (ولو قال ما أنت إلا حرّ عتق) لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق) لأنه تشبيه بحذف حرفه (ولو قال رأسك رأس حر عتق) لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن.

التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه، ولأن العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب في المسبب، بخلاف قلبه فإنه المسبب في السبب وهو ممنوع إلا إن اختص وإلا وجد المسبب دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة، وما قيل: ليس سبباً أيضاً بدليل أن الأمومة لو كانت متزوجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة إنما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف، ولو سلم فالعلة إنما تؤثر عند كون الحكم معدوماً قبلها، ألا يرى أن البول بعد الرياح لا يوجب حدثاً ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث، وعلى من يلتزم أنه يوجب حدثاً يمكن أن يقال: أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة، فمن هذا قيل الكنايات منها ما يقع العتق به نية كقوله: تصدقت عليك بنفسك أو ملكتكها أو هبت نفسك منك أو أوصيت لك بنفسك أو بعث نفسك منك، فهذه كنايات لا يحتاج إلى النية لأن الاحتياج إليها إذا كانت تحتل معاني وهذه لا تحتل غير العتق فاستغنت عنها. ومنها ما يقع بالنية كما تقدم. ومنها ما لا يقع وإن نوى كلفظ الطلاق وكناياته. والتحقيق في مثل الأول أن يقال: إنه ملحق بالصريح كما في مولاي من حيث إن ما سوى العتق انتفت إرادته فتعين فالحق بالصريح، والانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازي، وهذا بناء على أن الصريح يخص الوضعي وإلا فيجعلان صريحاً، وبه قال جماعة، وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا قوله: (ولو قال ما أنت إلا حرّ عتق) لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد: هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الأصول، وقد بيناه في الأصول وأنه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا، وأما كونه إثباتاً مؤكداً فلو رده بعد النفي بخلاف الإثبات المجرد قوله: (ولو قال رأسك حرّ لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه، ولو قال رأس حر عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميعه) وهذا يقتضي أنه لا ينوي كما لو قال: رأسك حر فإنه لا يحتاج إلى النية، لكن المسئلة منقولة في نوادر ابن سماعة لو قال: رأسك حرّ عتق إذا نواه. وفي نوادر هشام قال أبو يوسف: لو خاط مملوكه ثوباً فقال: هذه خيطة حر لا يعتق. وفي الهاروني: لو رآها تمشي فقال: هذه مشية حرّ أو تتكلم فقال: هذه كلام حرّ لم تعتق، إلا أن يقول: أردت العتق وهذا قول أبي يوسف. قال الحسن بن زياد من قول نفسه: يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال: حسبك حرّ أو أصلك حرّ وعلم أنه من سبي لا يعتق لأنه صادق، وكذا لو قال: أبواك حرّان. وفي نوادر المعلي قال أبو يوسف: لو قال: فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء، ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق. وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال: استك حر كان حرّاً، وكذا ذكرها حر وتقدم.

إلحاق الأضعف بالأقوى على وجه التسوية بينهما فتدعي أن ملزوم الأضعف من جنس ملزوم الأقوى وتطلق عليه اسم الأقوى كما إذا كان عندك شجاع وأنت تريد أن تلحق جرأته وقوته بجرأة الأسد وقوته فتدعي الأسدية له بإطلاق اسم الأسد عليه، وهذا كما ترى إنما يكون بإطلاق اسم القوي على الضعيف دون العكس. وإذا ظهر هذا بعد العلم بأن إزالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق دون عكسه، والفرق بين النكتتين المذكورتين في الكتاب أن في الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعتاق وإثبات الطلاق رفع فأنى يتناسبان، وفي الثانية تسليم أن كلا منهما إسقاط لكن الإعتاق أقوى وهو ينافي الاستعارة. وقوله: (وإذا قال لعيبه أنت مثل الحرّ) إطلاقه يشير إلى أنه نوى العتق أو لم ينو لم يعتق. وذكر في المبسوط لم يعتق إلا بالنية، وفي تعليقه إشارة إلى ذلك لأنه قال لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفاً فوق الشك في الحرية، ولا شك أنه إذا نوى الحرية زال الشك. وقوله: (هرفاً) يجوز أن يراد به العرف العام، فإن العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الأوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلاً إلا إذا كان عمرو مشهوراً بصفة كعلم أو خط أو جود أو غيرها، ويجوز أن يراد به العرف الخاص فإن بعض أهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة. وقوله: (ولو قال ما أنت إلا حرّ إلخ) ظاهر.

فصل

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله ﷺ، وقال ﷺ «من ملك ذا رحم محرم

فصل

أعقب العتق الاخباري بالاضطراري قوله: (هذا اللفظ مروى عن رسول الله ﷺ رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال: قال رسول الله ﷺ) «من ملك ذا رحم محرم عتق عليه»^(١) وضعفه البيهقي والنسائي بسبب أن ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق وقال: ضمرة ثقة،

فصل

لما ذكر العتق الحاصل بالإعتاق الاختياري الذي هو الأصل ذكر في هذا الفصل عامة مسائل العتق الذي يحصل بغير اختيار كإرث قريبه. وخروج عبد الحربي إلينا مسلماً وولد الأمة من مولاها، والرحم في الأصل وعاء الولد في بطن أمه، ثم سميت القرابة، وصلة من جهة الولاد رحماً، ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذي لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكراً

فصل ومن ملك ذا رحم محرم

قوله: (ولدت الأمة من مولاها) أقول: فيه شيء، فإن العتق بدعوة المولى كما لا يخفى قوله: (والرحم في الأصل وعاء الولد، إلى قوله: ومنه ذو الرحم) أقول: فيه شيء. قوله: (أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح) أقول: المراد عدم صحة كونه دليلاً لا نفي صحة الحديث.

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٣٩٤٩ والترمذي ١٣٦٥ وابن ماجه ٢٥٢٤ والحاكم ٢١٤/٢ والبيهقي ٢٨٩/١٠ والطحاوي ١٠٩/٣ وأحمد ١٥/٥. ٢٠. والطائسي ٩١٠ كلهم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعاً ومداره على حماد وأخرجه الترمذي بإثر حديث ١٣٦٥ وابن ماجه ٢٥٢٥ وابن الجارود ٩٧٢ والطحاوي ١٠٩/٣ والبيهقي ٢٨٩/١٠ كلهم من حديث ابن عمر ومداره على ضمرة بن ربيعة.

قال الترمذي: حديث ضمرة خطأ عند أهل الحديث ولم يتابع عليه. وقال الحاكم: صحيح الإسناد على شرطهما، وسكت الذهبي مع أن ضمرة بن ربيعة ليس من رجال البخاري ولا مسلم، ثم إن الحديث تكلم فيه غير واحد.

وقد وهم الألباني فصحيح هذا الحديث في الإرواء ١٧٤٦ مع أنه لم يذكره إلا من طريق ضمرة وحماد بن سلمة، ولعله اغتر بتصحيح الحاكم إياه. والصواب أنه لا يرتقي من درجة الحسن أبداً وقد أجاب البيهقي في تبين علة هذا الحديث، فنقل عن أبي داود قوله: لم يحدث بهذا الحديث عن قتادة إلا حماد، وقد شك فيه. قال ويلغني عن الترمذي: سألت البخاري عن حديث حماد عن سمرة فلم يعرفه إلا من طريق حماد.

قال البيهقي: وحماد يشك فيه، وقد رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة وعن عمر موقوفاً، وعن قتادة عن الحسن موقوفاً. وجاء في تلخيص الجبير ٢١٢/٤ ما ملخصه: حديث الحسن عن سمرة.

قال أبو داود والترمذي: لم يروه إلا حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن، ورواه شعبة عن قتادة عن الحسن مرسلاً وشعبة أحفظ من حماد وقال علي المدني: هو حديث منكر.

وقال البخاري: لا يصح. وأما حديث ضمرة عن ابن عمر فقال عنه النسائي: منكر.

وقال الترمذي: لم يتابع ضمرة عليه، وهو خطأ. وقال البيهقي: وهم ضمرة، والمحمول بهذا الإسناد النهي عن بيع الولاء وهبته. وصححه ابن حزم وعبد الحق وابن القطان. اهـ.

قلت: أما تصحيح عبد الحق فهو يفهم من قوله: تفرد به ضمرة عن الثوري وضمرة ثقة والحديث صحيح إذا أسنده ثقة ولا يضره انفراجه به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه. اهـ. ووافقه ابن القطان على كلامه كما نقل الزيلعي ٢٧٩/٣ ولم يصححاه بناء على طرق أخرى ونحو ذلك وكلام عبد الحق يكون سديداً إذا لم يحكم أئمة هذا الشأن على علة للحديث اطلعوا عليها، وهذا الحديث رواه أبو داود، وقال: لم يحدث به إلا حماد، وقد شك فيه، ثم أسنده أبو داود ٣٩٥٠ عن قتادة عن عمر موقوفاً.

وقال الترمذي: وهم ضمرة فيه، وهو خطأ عند أهل الحديث. وهذا من الترمذي أنه لم يتخصص هذا الكلام من تلقاء نفسه بل هو كلام كثيره أيضاً.

منه فهو حر» واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولاداً أو غيره، والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره. له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه، والأخوة وما يضاهاها نازلة عن قرابة الولاد

وإذا أسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه، وصوب ابن القطان كلامه، وممن وثق ضمرة بن معين وغيره وإن لم يحتج به في الصحيح. وأما الحديث الثاني وهو قوله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر»^(١) فأخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ. قال أبو داود وغيره: انفرد به عن الحسن عن سمرة، قال: وقد شك فيه، فإن موسى بن إسماعيل قال: في موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد، وقد رواه شعبة مراسلاً عن الحسن عن النبي ﷺ، وشعبة أحفظ من حماد انتهى. وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو أن رفع الثقة لا يضره إرسال غيره. ورواه الطحاوي من حديث الأسود عن عمر موقوفاً^(٢)، وروى من حديث ابن عمر موقوفاً وعائشة وعلي بأسانيد ضعيفة^(٣). وروى الطحاوي بإسناده إلى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلاً زوج ابن أخيه مملوكته فولدت أولاداً فأراد أن يسترق أولادها فأتى ابن أخيه عبد الله بن مسعود فقال: إن عمي زوجني وليدته وأنها ولدت لي أولاداً فأراد أن يسترق ولدي، فقال ابن مسعود: كذب ليس له ذلك^(٤). وفي المبسوط أن ابن عباس قال «جاء رجل إلى النبي ﷺ وقال: يا رسول الله إني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته، وإنني أريد أن أعتقه،

والآخر أنثى (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه، وهذا اللفظ مروى عن رسول الله ﷺ) رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضي الله عنهم وقال ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر» رواه الخمسة إلا النسائي، واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولاداً أو غيره، فإن قيل الضمير في مثله يعود إلى من كما في قوله ﷺ «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن» وأمثاله فلا يكون حجة. أجيب بأن وقوعه جزاء لقوله «من ملك» ينبو عن ذلك لثلا يلزم تحصيل الحاصل فإن تملكه يدل على حرية إذ المملوك لا يملك شيئاً فقولوه فهو حر لو عاد إليه كان تكراراً غيره مفيد، فإن قيل: صح عن رسول الله ﷺ أنه قال «لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه» عطفه بالفاء التي للتنقيب فلا يعتق ما لم يعتقه. أجيب بأن دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض، ومحمله أن مثله يستعمل في حصول الثاني بالأول لا بسبب آخر كما

= وقال البخاري: لا يصح.

وقال النسائي: هذا حديث منكر.

وقال علي المديني شيخ البخاري: هو حديث منكر.

وقال البيهقي: هو وهم.

وقال المنذري في مختصر أبي داود: ضمرة وثقة يحمى وغيره، ولم يخرجوا له في الصحيح كما قال البيهقي، وقد حصل له في هذا الحديث وهم والله أعلم.

قلت: وحديث حماد له ثلاث علل لا أدري كيف غفل الألباني عنها. فالأولى منها أن حماد تغير بآخره كما في التقريب ١/١٩٧ وقد خطأه العلماء فيه، ثم إنه شك فيه أيضاً.

والثانية: أنه من رواية الحسن عن سمرة، وقد اختلف العلماء هل سمع منه أم لا.

والثالثة: رواه الحسن عنه عن عنة والحسن مدلس، وقتادة مدلس.

وله علة رابعة: وهي أن شعبة، وسعيد بن أبي عروبة كل واحد منها أثبت من حماد لو لم يشك فيه، وقد رواه، فلم يستداه أما سعيد، فرواه موقوفاً على عمر كما تقدم.

وأما شعبة فرواه مراسلاً عن الحسن إلى النبي ﷺ ومرسلات الحسن واهية اه. والله تعالى أعلم، ومع ذلك فالحديث حسن.

(١) تقدم في هذا الذي قبله مستوفياً، وهو حسن مع شاهده.

(٢) موقوف. أخرجه الطحاوي ٣/١١٠ بسند جيد عن الأسود عن عمر موقوفاً ومن هذا الوجه أخرجه البيهقي ٢٨٩/١٠. ٢٩٠.

(٣) ذكره هذه الآثار الزيلعي في نصب الراية ٣/٢٨٠.

(٤) موقوف حسن. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ٣/١١٠ من رواية المستورد عن ابن مسعود ورجاله ثقات.

فامتنع الإلحاق أو الاستدلال به، ولهذا امتنع التكاثر على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه. ولنا ما روينا، ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه، وهذا هو المؤثر في الأصل، والولاد ملغى لأنها هي التي

فقال ﷺ فإن الله قد أعنته^(١) قوله: (والشافعي إلخ) ويقولنا قال أحمد، وذكر الخطابي في معالم السنن أنه قول أكثر العلماء. وفي الغاية روي ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة، وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهري وحماد والحكيم والثوري وابن شبرمة وأبو سلمة والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب وإسحاق والظاهرية. وقال مالك: يمتنع في قرابة الولادة والإخوة والأخوات لا غير. وفي المبسوط قال داود الظاهري: إذا ملك قريبه لا يمتنع بدون الإعناق لظاهر قوله ﷺ «لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه»^(٢) ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة. ولأن القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه. ولنا قوله تعالى «وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولداً» [مريم: ٩٢] «إن كل من في السموات والأرض إلا أتى الرحمن عبداً. لقد أحصاهم وعدهم عداً وكلهم آتية يوم القيامة فرداً» [مريم: ٩٥] ثبت به أن الابنية تنافي العبدية، فإذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه، والتعقيب حاصل إذ العتق يعقب الشراء وإنما أثبتنا له الملك ابتداء لأن العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لأنه لا فائدة في إثباته لاستعقاب البينونة قوله: (له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك) في الولاد (ينفيه القياس) على غير القريب من العبيد وعلى سائر الأملاك إذ لا تخرج عن ملك مالكها من رضا واختيار (أولا يقتضيه) القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والإجماع إلا من لا يعتد بخلافه، والأخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق: أي إلحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال: أي الإلحاق بطريق الدلالة لعدم الأولوية والمساواة، بل يجب الإلحاق بغير المحارم من القرابات، فالقرابات ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعدمها كإبناء الأعمام والعمات وأبناء الأخوال والخالات. ويجب رد المتنازع فيه إلى ما هو أشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم، وهو بالثاني أشبه حقيقة فلأن قرابتهم قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية، وأما الثاني فلأننا رأينا أحكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع الكتاب فكذا في هذا الحكم قوله: (ولنا ما روينا) فيضمحل معه جميع المعاني المعينة، والقياس الصحيح بل دلالة النص تقريره (ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه) كما في الولاد (وهذا) أعني كونه قرابة مؤثرة في المحرمية (هو

يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه وضربه فأوجعه وأمثال له. قوله: (والشافعي يخالفنا في غيره) أي في غير الولاد؛ واستدل بأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه، وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس، وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال: أي بدلالة النص إلا إذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه، وههنا

قوله: (وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس) أقول: ولا يبعد أن يعكس فيقال كل ما ينفيه القياس لا يلحق به بدلالة النص وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره بالاستدلال: أي بالقياس.

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١٢٩/٤ ١٣٠ والبيهقي ٢٩٠/١٠ كلاهما من طريق العزمي عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس بهذا السياق.

قال الدارقطني: العزمي تركه ابن المبارك والقطان وابن مهدي.

وأما الكلبي فهو القاتل: كلما حدثت عن أبي صالح فهو كذب.

وذكر البيهقي كلام الدارقطني وزاد: وروي من وجه آخر عن ابن عباس بنحوه وفيه حفص بن أبي داود ضعفه شعبة ويحيى وأحمد وغيرهم اهـ.

وكذا في إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى وهو صدوق إلا أنه سعى الحفظ كما في التقريب.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٥١٠ وأبو داود ٥١٣٧ والترمذي ١٩٠٦ وابن ماجه ٣٦٥٩ والبخاري في الأدب المفرد ١٠ وابن حبان ٤٢٤ والطحاوي

في معاني الآثار ١٠٩/٣ والبيهقي ٢٤٢٥ والبيهقي ٢٨٩/١٠ وابن أبي شيبة ٥٣٩/٨ والطحاوي ٢٤٠٥ وأحمد ٢٣٠/٢ ٤٤٥.٣٧٦ من عدة

طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار

المؤثر في الأصل) وهو قرابة الولاد: يعني هو الذي تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى، ولو سلم فتاية ما صنع أنه أَرانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعلل الأصل بأخرى متعديّة إلى ما لم يتعدّ إليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرّمة لأنها قد ظهر أثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو أدنى الذلتين، فلأن يؤثر في دفع أعلاهما وهو ملك الرقبة أولى، وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص أيضاً يدل على تعيينه وهو ما رويناه فإنه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرّمة لما عرف، وهذا يفيد إلغاء ما عنه، وقول المصنف: (حتى وجبت النفقة) إلزام بمختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] ألزم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقاً، وقولهم إن الحديث لم يثبت غير صحيح ثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع^(١)، وهو غير قاذح لأن الراوي قد يصل وكثيراً ما يرسل، ومعلوم أنه إذا أرسل فلا بد أن يكون عن واسطة، وغاية الأمر أنه عين الواسطة مرة وترك أخرى، ولو كان مرسلًا كان من المرسل المقبول، أما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته. وأما على قول الشافعي: فيقبل إذا عملت الصحابة على وفقه، وأنت سمعت أن الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم، فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم، فإن شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لأنه إلحاق بالأشبهية ولا أثر له، ولو كان صحيحاً عنده فالمعنى الذي ظهر أثره في جنس الحكم أولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع قوله: (والافتراض^(٢) عند القدرة) جواب عن اعتباره لعدم التكاثر فقال: عليه العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل، والافتراض إنما يثبت عند القدرة، وإنما هي قائمة بالحرّ والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق، والكتابة نوع إعتاق فليس كتابة غير الولاد مما تنظم كتابته،

ليس كذلك لأن قرابة الأخوة وما يضاهاها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاثر على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه. ولنا ما رويناه وهو قوله ﷺ «من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه» ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرّمة، وكل من فعل ذلك عتق عليه، أما أنه ملك ذلك فبالإجماع، وأما أن كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لأن هذا المعنى وهو تملك القريب المحرّم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لأنها أي القرابة المؤثرة في المحرّمة هي التي يفترض وصلها، ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح. أما حرمة النكاح فبالإجماع، وأما وجوب النفقة فمذهبي، لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعي وهو قوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ كان ثابتاً البتة فاستدل به. ولمشاينا هنا نكتة وهو قوله هذه قرابة صينت عن أدنى الذلتين وهو ذل النكاح فلأن تصان عن أعلاهما أولى، فإن ادعى أن ذل النكاح أعلى فتلك مكابرة تستدعي تفضيل الإماء على الحرائر وهو باطل قطعاً، وإجماعنا على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فإن رافع الأعلى يرفع الأدنى لا محالة، ولا فرق بين أن يكون المالك مسلماً أو كافراً، وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرّمة للنكاح. فإن قيل: هذه القرابة إن أوجب العتق أوجب باعتبار الصلة على ما أشار إليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الأخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الإعتاق أيضاً. أجيب بأن علة النفقة ليست القرابة المجردة في الأخوة بل بصفة الورثة لقوله تعالى ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ واختلاف الدين يمنع الإرث فكذا ما بينى عليه، وإنما قال أو كافراً في دار الإسلام لأن الحربي لو ملك في دار الحرب ذا

قوله: (حتى وجبت النفقة وحرم النكاح إلخ) أقول: يعني علم تأثير تلك القرابة في جنس هذا الحكم وهو حرمة النكاح قوله: (فلأن رافع الأعلى يرفع الأدنى إلخ) أقول: محل تأمل. ويمكن جوابه بما مر من المصنف في فصل: وعلى الرجل أن ينفق على أبويه في تعليل قوله ولا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم.

(١) مراده حديث ضمرة وحماد: من ملك ذا رحم... تقدم مستوفياً قبل عدة أحاديث، وينبغي أن يكون حسناً لكونه من طريقين.

(٢) قوله (قوله والافتراض إلخ) كذا في عدة نسخ وهو مقدم عن محله اهـ. مصححه.

الإسلام لعموم العلة. والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والافتراض عند القدرة، بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقاً لمقصود العقد. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الأخ أيضاً وهو قولهما فلنا أن نمنع، وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل أهلاً لهذا العتق، وكذا المجنون حتى عتق

بخلاف كتابة الولاد فإنه لكون الجزئية قائمة يدخل لأن الكتابة ترد على جميع أجزائه، على أن عن أبي حنيفة أنه يتكاتب على الأخ وهو قولهما: فلنا أن نمنع. والجواب عن الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار أنه تملك من نفسه وشهادة لها من وجه، وهذا المانع منتف في غير الولاد قوله: (ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام) وكذا لا فرق بين ما إذا كان العبد مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة وهي القرابة المحرمية وقيد بقوله في دار الإسلام لأنه لا حكم لنا في دار الحرب، فلو ملك قريبه في دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافاً لأبي يوسف. وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحربي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الإيضاح. وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافاً. أما إذا أعتقه وخلاه قال في المختلف: يعتق عند أبي يوسف وولاه له وقال لا ولاء له، لكن عتقه بالتخلية لا بالإعتاق فهو كالمرامع ثم قال: المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبداً حريباً فأعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخلية لأنه في دار الحرب ولا تجري عليه أحكام الإسلام. وفي الاستحسان: يعتق من غير تخلية لأنه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين، ولا ولاء له عندهما وهو القياس. وقال أبو يوسف: له الولاء وهو الاستحسان، وذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتاب السير، وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الإيضاح أن يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب، وهنا نص على أنه داخل هناك بعد أن كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الإسلام، وهذا بخلاف استحقاق

رحم محرم منه لم يعتق، فإنه لو أعتقه لم ينفذ عتقه، فكذا لا يعتق عليه بالملك. فإن قيل: عدم إنفاذ العتق بالإعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فإن الصبي والمجنون إذا أعتقا لم ينفذ، وأما إذا ملك ذا رحم محرم منه عتق. فالجواب أن الأصل أن ما يقع من العتق بالملك يقع بالإعتاق أيضاً لأن الوقوع بالملك إنما هو بإلزام الشرع لعدم التصرف منه، وما لزم بإلزامه يلزم بالالتزام أيضاً بالاستقراء، إلا أنا تركنا هذا الأصل في حق الصبي والمجنون بالمانع، وهو أن الإعتاق تصرف ضار من كل وجه، وهما ليسا من أهله لما عرف في موضعه، وكذا إذا أعتق المسلم عبداً حريباً في دار الحرب لم يعتق عليه. قال في النهاية: وبهذا يعلم أن قوله في دار الإسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكره قبله من قوله ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً لا ينحصر تعلقه بقوله أو كافراً. وقوله: (والمكاتب إذا اشترى أخاه) جواب عن قوله ولهذا امتنع التكتاب على المكاتب في غير الولادة. وتقريره: لا نسلم أنه لا يتكاتب عليه، بل قد روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يتكاتب على الأخ أيضاً. ولئن سلمنا فلنما لا يتكاتب عليه لأن المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق لأنه عبد ما بقي عليه درهم، وإنما ألحق بالملك فيما هو المقصود من الكتابة، ومن لا قدرة له على الإعتاق لا يعتق عليه لأن فرض المسئلة عند القدرة. فإن قيل: لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد. أجاب بقوله بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة لأن عتق نفسه كما كان مقصوداً بالكتابة لكونه يتغير بالرق فكذا رق الوالد والولد، فإذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقاً لمقصود العقد، وأما حرية الأخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه أو أبيه. وقوله: (وهذا بخلاف ما إذا ملك بنت عمه) جواب نقض إجمالي. تقريره: لو كان تملك ذي الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي أخت من الرضاعة على ابن عمها إذا اشتراها وليس كذلك. وتقرير الجواب أن المراد بالمحرمية

قوله: (لأن المكاتب ليس له ملك تام إلخ) أقول: فيه بحث، فإن للمكاتب أن يكاتب كما سيجيء في كتاب المكاتب، فلو صح هذا الكلام يلزم أن لا يجوز فليتأمل.

القريب عليهما عند الملك لأنه تعلق به حق العبد فشابه النفقة (ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق) لوجود ركن الإعتاق من أهله في محله ووصف القرية في اللفظ الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين (وعتق المكروه والسكران واقع) لصدور الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل (وإن أضاف العتق إلى ملك أو شرط صحح كما في الطلاق) أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق، وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التملكيات على ما عرف في موضعه

النفقة لأنها منوطة بعلة القرابة الموروثة بالنصر، فلم تجب مع اختلاف الدين قوله: (وعتق المكروه والسكران واقع) في المكروه خلاف الأئمة الثلاثة، والإكراه لا يزيل إلا الرضا والعتق لا يتوقف عليه، ولذا جاز عتق الهازل. وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق قوله: (أما الإضافة إلى الملك) كما يقول: إن ملكتك أو ملكت عبداً ونحوه فهو حرّ (ففيه خلاف الشافعي) أي وحده، فإن مالكاً يوافقنا فيه وكذا عن أحمد. وفرق بينه وبين الطلاق إذ لم يجوز إضافته إلى الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب إليه بخلاف الطلاق. وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك قوله: (فيجري فيه التعليق) لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله، إنما الخلاف في أنه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق إلى وجود الشرط؛ فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله، والخلاف مبني على انعقاد المعلق سبباً في الحال عنده، وعندنا عند وجود الشرط قوله: (وإذا خرج عبد الحرّبي إلينا مسلماً عتق) سواء خرج سيده بعد ذلك مسلماً أو لا. وقيد بالخروج لأنه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق، وبقولنا قالت الأئمة الثلاثة. وقال الأوزاعي: إذا خرج سيده مسلماً يرد إليه. وعند الظاهرية: إذا أسلم عتق خرج أو لم يخرج. وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك^(١). ثم أجاب بأننا لم نقل بهذا إلا لعتق رسول الله ﷺ من خرج إليه مسلماً من عبيد أهل الطائف وهي بعد الخندق بدهر^(٢). وبدعوى نسخ تملك الكافر للمؤمن بقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ٤١] ولا شك في اتجاه الإيراد وهو مما يصلح دليلاً لنا، وفي الجواب ما لا يخفى قوله: (لقوله ﷺ في عبيد الطائف) أخرج أبو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن علي رضي الله عنه واللفظ لأبي داود قال: خرج عبيدان بكسر العين إلى النبي ﷺ يوم الحديبية قبل الصلح، فقال مواليتهم: يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هرباً من الرق، فقال ناس: صدقوا يا رسول الله ردهم إليهم، فغضب رسول الله ﷺ

محرمية أثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لأن الرضاع هو المؤثر، وذكر هذا الجواب إنما هو لزيادة الإيضاح لأنه كان معلوماً من أصل دليله حيث قال: ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك، والصبي جعل أهلاً لهذا العتق وكذلك المجنون، فإذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما كالإرث والهبة عتق عليهما لأن العلة وهي تملك ذي الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فاعتق وكان كالنفقة. قال: (ومن أعتق عبداً لوجه الله تعالى) ومن قال لعبده أنت حر لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله مضافاً إلى محله من غير مانع شرعي فيترتب الحكم عليه، ووصف القرية وهو كونه لوجه الله تعالى في الوجه الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين يعني الشيطان والصنم. وقوله: (وعتق المكروه) واضح وقد تقدم في الطلاق (وإن أضاف العتق إلى ملك) بأن يقول لعبده الغير إن اشتريتك فأنت حرّ (صحح كما في الطلاق) وإن علق بشرط كقوله إن دخلت الدار فأنت حر فكذلك. أما الإضافة ففيه خلاف الشافعي وقد تقدم بيناه، وأما التعليق بالشرط فلأن الإعتاق إسقاط والإسقاط (يجري فيه التعليق) بالإتفاق بخلاف التملكيات.

(١) راجع خبر إسلام سلمان في سيرة ابن هشام ٢٢١/١. ٢٢٧. وكذا في مستدرک الحاكم ٣/٥٩٨. ٦٠٤ حيث ذكرنا قصة إسلامه، وهي قصة غريبة عجيبة، وفيها زيادات لا تثبت إلا أن أصل القصة مشهور، وفيه عبرة كثيرة.

(٢) هو الآتي بعد حديث واحد.

(وإذا خرج عبد الحريري إلينا مسلماً عتق) لقوله ﷺ في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين «هم عتقاء الله تعالى»

وقال: «ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا، وأبى أن يردهم إليهم وقال: هم عتقاء الله سبحانه»^(١) قال الترمذي حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه، ورواه الحاكم وقال: صحيح على شرط مسلم. وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازي جماعة من العبيد خرجوا إلى رسول الله ﷺ عذهم واحداً واحداً أبو بكره ووردان والمنبث والأزرق ومحسن النبال وإبراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق، كل هؤلاء أعتقهم ﷺ، فلما أسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء أن يردوا إلى الرق، فقال ﷺ «أولئك عتقاء الله لا سبيل إليهم»^(٢) وأخرج عبد الرزاق: حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان، حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي كبرة «أنه خرج إلى رسول الله ﷺ وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبداً فأعتقهم رسول الله ﷺ، فهم الذين يقال لهم العتقاء». وفي مراسيل أبي داود: «فلما أسلم مواليتهم رد النبي ﷺ الولاء إليهم» وفي مجهول. وأخرجه البيهقي مرسلًا وقال «ثم وفد أهل الطائف فأسلموا وقالوا: يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال: لا، أولئك

والخلاف فيه بيننا وبين الشافعي بوجه آخر وهو أن زوال الملك عنده يبطل اليمين وعندنا لا يبطله، فإذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافاً له. وقد عرف في الأصول (وإذا خرج عبد الحريري إلينا مسلماً عتق لقوله ﷺ في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين «هم عتقاء الله»)^(٣) روى ابن عباس رضي الله عنهما: أن عبيد من الطائف خرجوا فأسلموا فأعتقهم النبي ﷺ (ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء) وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لأنه في البقاء من الأمور الحكمية دون الجزئية فيجوز بقاءه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها. وقوله: (وإن أعتق

(١) حسن غريب. أخرجه أبو داود ٢٧٠٠ والترمذي ٣٧١٥ والحاكم ١٢٥/٢ كلهم من طريق منصور بن معتمر عن ربيعي بن جراش عن علي مرفوعاً، واللفظ لأبي داود، والحاكم، وصححه الحاكم على شرط مسلم مع أن ابن إسحق مدلس وقد عنعنه، وشيخه أبان بن صالح القرشي فيه كلام، وإن وثق.

وفي الحديث غرابة لأن المشركين اشتروا على رسول الله ﷺ أن يرد من جاءه من مكة، وقد رد غير واحد، وقصة أبي جندل، وأصحابه معروفة، وخبر الطائف الآتي أشهر وأقرب من كون ذلك كان في الحديثية.

وأما الترمذي فذكر في منته زيادة منكدة جداً، وهي أنه ﷺ قال يا معشر قريش لتنتهن، أو ليعثن الله عليكم من يضرب رقابكم بالسيف على الدين قالوا: من هو؟ وقال أبو بكر: من هو؟ وقال عمر: من هو؟ قال: هو خاصف النعل، وكان قد أعطى علياً نعله يخصفها.

وقال الترمذي: حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من حديث ربيعي عن علي، وسمعت الجارود يقول: سمعت وكيعاً يقول: لم يكذب ابن جراش في الإسلام كذبة، وقال ابن مهدي: منصور بن المعتمر أثبت أهل الكوفة اهـ.

ولقد ظننت ما ذكره الترمذي صواباً إلا أنني استكرت المتن عنده لأن علياً كان يكتب عقد الصلح آنذاك، ولم يكن يخصف النعل، ثم إن القصة في الصحيحين وافقهم رسول الله ﷺ على حذف كلمة. رسول الله. من نصب الوثيقة، ووافقهم في رد من جاءه مسلماً من مكة، وقد أبى علي أن يحك. كلمة. رسول الله. فحكها النبي ﷺ. فكيف ههنا يهددهم ويتوعددهم فهذا غريب.

ونظرت في الإسناد، فرأيتهم ثقات معروفون. وكيع ثقة، وإن كان يحيل إلى التشيع، وشريك ثقة، ومن فوقه منصور وابن جراش ثقات. ولم يبق إلا سفيان بن وكيع شيخ الترمذي، فالحمل عليه في هذا الحديث، وليس من قبله، وإنما من قبل وثيقة كما سيأتي.

قال في التقريب عنه: كان صدوقاً إلا أنه ابتلى بوزافة، فأدخل عليه ما ليس من حديثه، فنصح فلم يقبل، فسقط حديثه اهـ. فرحم الله الإمام الترمذي، ولكل جواد كيوه.

الخلاصة: حديث الترمذي لا شيء أما حديث أبي داود والحاكم، فهو غير قوي لأن ابن إسحق لم يصرح بالتحديث، وهو مدلس، وشيخه أبان ابن صالح القرشي فيه كلام، والمتن فيه غرابة، فهو حسن غريب والله أعلم.

(٢) حسن لشواهده. ذكره الزيلعي في نصب الراية ٢٨١/٣ ونسبه للواقدي في مغازيه، والواقدي ضعيف عند أهل الحديث لكن أخرجه ابن هشام في السيرة ٨٦/٤ باب عتقاء ثقيف عن ابن إسحق قال: حدثني من لا أنهم عن عبد الله بن مكرم عن رجال من ثقيف قالوا... فذكر نحوه.

ورواه البيهقي ٢٢٩/٩ من طريق ابن إسحق.

وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في نصب الراية ٢٨١/٣ في باب الجهاد، وكذا أبو داود في مراسيله، وأعله ابن القطان بأن عبد ربه بن الحكم لا يعرف حاله لكن يتقوى بشواهده.

ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (وإن أعتق حاملاً عتق حملها تبعاً لها) إذ هو متصل بها (ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها) لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصوداً لعدم الإضافة إليها ولا إليه تبعاً لما فيه من قلب الموضوع، ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم

عتقاء الله وردّ إلى كل رجل ولاء عبده^(١) قوله: (ابتداء) احتراز عن بقاء الرق فإنه يبقى بعد الإسلام بعد ثبوته بطريقه قوله: (عتق حملها) بإجماع الأربعة، ولو استثناء لا يصح كاستثناء جزء منها خلافاً لأحمد وإسحاق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين، وقولهم: مروى عن ابن عمر وأبي هريرة. وقال أبو يوسف: إذا خرج أكثر الولد فأعتقت لا يعتق هو لأنه كالمفصل في حق الأحكام حتى تنقضي به العدة. ولو مات وهو في هذه الحالة ورث، بخلاف ما إذا مات قبل خروج الأكثر قوله: (ثم إعتاق الحمل صحيح) عند الجمهور خلافاً للظاهرية فإنهم لا يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قبله وتعتق أمه تبعاً له، ولا يجوز بيع الأم إذا عتق ما في بطنها ويجوز هبتها. والفرق أن استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصداً فكذا حكماً بخلاف الهبة قوله: (لما فيه^(٢) من قلب الموضوع) وأما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس، وقد يقال: هذا إنما يرد نقضاً لو كان عتق أم الولد تبعاً لعتق ابنها بالنص وهو منتف إذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقة رقه. وليس كذلك لأنه يعلق حراً فلا يرد نقضاً أصلاً لاحتياج إلى الجواب بأنه خرج بالنص على خلاف القياس، وسنذكر أنه إنما يعتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين أعتقه قوله: (والقدرة عليه) أي على التسليم فلذا لم يجز بيع الأبوي ويجوز عتقه قوله: (على ما مر في الخلع) الحوالة غير رائجة فإنه لم يذكره في هذا الكتاب، والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على أجنبي أن العتق على مال معاوضة فإنه يملك العبد به نفسه وتحدث لها القوة الشرعية وذلك أي شيء نفيس، ولا يجوز اشتراط العوض إلا على من يسلم له المعوض كما في البيع والإجارة، بخلاف المرأة فإنها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها لأن ذلك كان ثابتاً لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الأجنبي، فإذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه، وكذا لا يصح بطريق الكفالة لأنه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل، فلذا لو قال للامة: أعتقت ما في بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لأقل

حاملاً ظاهر. واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لحاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة. وأجيب بأنه لما أعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الأم بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الامة، واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط على ما سيجيء. وقوله: (واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز) قيل عليه سلمنا ذلك، لكن ينبغي أن يتوقف العتق على أن يبلغ الحمل إلى حد يكون من أهل القبول، وهو أن يكون عاقلاً يعقل العقد كما مر في خلع الصغير حيث قال فيه: وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول بأن كانت عاقلة تعقل العقد. وأجيب بأن ذلك في صريح الشرط، وأما ههنا فالمسئلة المذكورة بكلمة علي وكان ذكر المال ههنا

قوله: (فيجوز بقاؤه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها) أقول: الكلام في عتقهم بالخروج إلينا فكيف يلزم الاسترقاق ابتداء قبل ثبوت عتقهم فليتأمل قوله: (واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لحاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة) أقول: الأنسب لتمشية السؤال طرح قوله بخلاف الهبة قال المصنف: (ولو أعتق الحمل على مال صح) أقول: قال في الكافي: ولو أعتق الحمل على مال بأن قال لأمته أعتقت ما في بطنك على ألف درهم عليك فقبلت اهـ. وفيه بحث.

(١) ضعيف. أخرجه البيهقي في سننه ٢٢٩/٩ من طريق ابن إسحق عن عبد الله بن مكرم الثقفي.

وقال البيهقي: هذا منقطع وكرره في ٣٠٨/١٠ وأعله بالانقطاع

قلت: وتقدم أن للحديث شواهد كثيرة لكن الزيادة: ورد على كل رجل ولاءه. فهذه غريبة.

وأما أصل الحديث، فله شواهد أسندها البيهقي ٢٢٩/٩ من عدة طرق عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ أعتق من خرج إليه من أهل الطائف. وإن كان في إسناده حجاج بن أرطاة إلا أنه اكتسب قوة بمجموع هذه الطرق، وتعدد مخارجها.

(٢) قوله: (قوله لما فيه الخ) مؤخر عن محله كتبه مصححه.

يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافترقا (ولو أعتق الحمل على مال) صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه، ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة، واشترط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع، وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه، لأنه أدنى مدة الحمل. قال: (وولد الأمة من مولاهما حرًا) لأنه مخلوق من مائة فيعتق عليه، هذا هو الأصل، ولا معارض له فيه لأن ولد الأمة لمولاهما (وولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجح

من ستة أشهر منه عتق بلا شيء لأنه لا يجب له على أمته شيء بسبب غيرها قوله: (لأقل من ستة أشهر منه) أي من وقت العتق، فلو جاءت به لستة أشهر فصاعداً منه لا يعتق إلا أن يكون حملها توءمين جاءت بأولهما لأقل من ستة أشهر ثم جاءت بالثاني لستة أشهر أو أكثر، أو تكون هذه الأمة معتدة عن طلاق أو وفاة فولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق، وإن كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الإعتاق حينئذ فيعتق لأنه كان محكوماً بوجوده حين أعتقه حتى ثبت نسبه، وعلى هذا فرّع ما لو قال: ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فألقت جنيناً ميتاً، إن ضربها بعد العتق لأقل من ستة أشهر تجب دية الجنين لأبيه إن كان له أب حر لأنه حر، وإن لم يكن تكون لعصبة المولى لأن المولى قاتل فلا يستحق الإرث، وإن ضرب لستة أشهر لا شيء عليه لأنه عبده كذا ذكر قوله: (فيعتق عليه) التحقيق أنه يعلق حرّاً إلا أنه يعلق مملوكاً ثم يعتق كما يقتضيه ظاهر العبارة فإنه يجب القطع بأن إبراهيم بن النبي ﷺ لم يكن قط إلا حراً. وفي المبسوط: الولد يعلق حرّاً من المأمين لأن ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة، بخلاف ابنه من جارية الغير فإن ماءها مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بأنه مخلوق من مائتها بيقين، بخلاف الرجل، ولذا لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي عن الأب، ويثبت النسبة منها بالزنا وبعد الملاعة حتى يتوارثان دون الأب فكان ماؤها أولى بالاعتبار عند التعارض، أو لاستهلاك مائه بمائتها لأنه في موضعه ويزداد قوة منها لأمته، أو ترجح بالحضانة والتربية أو لأنه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض ويعتق بعتقها ويستثنى من بيعها والزواج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوجها مع العلم برقها وفي هذا إجماع، حتى لو كان الزوج هاشمياً كان ولده هاشمياً مرقوقاً، بخلاف المغرور فإنه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا: يعلق حرّاً في حقه فتجب

وصفاً للإعتاق، ولا يلزم من بطلان الوصف بطلان الأصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغير، وفيه نظر لأنه يقتضي أنه إن ذكر بكلمة الشرط توقف، ولا بد فيه من رواية، واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لأنه قال فيه: وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول، فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول وللحمل ليس منه. والأولى أن يقال: لما علم المعتق عدم كون الحمل أهلاً للخطاب وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصداً للإعتاق بلا مال أو يحمل حاله على ذلك صوتاً لكلامه عن الإلغاء. وقوله: (على ما مر من الخلع) قال في النهاية: هذه حوالة غير رائجة، ويحتمل أن يكون مراده مسألة الخلع في الجامع الصغير، فإن في شروحه فرق بين الخلع والإعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الأجنبي دون الإعتاق لما ذكرنا في الخلع أن الأجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شيء لهما بمقابلة المال، فكما جاز عليها جاز على الأجنبي، والإعتاق يثبت القوة الحكمية التي لم تكن للعبد قبله، وكان في مقابلة شيء يحصل له، والأجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري. وقوله: (وإنما يعرف قيام الحبل) واضح لأن التيقن بوجود الحمل في البطن إنما يحصل بذلك. وقوله: (منه) أي من وقت العتق. قال: (وولد الأمة من مولاهما حرًا لأنه مخلوق من مائة فيعتق عليه هذا هو الأصل) يعني أن الأصل أن يخلق الولد من ماء صاحب الماء (ولا معارض له فيه)

قال المصنف: (فيعتق عليه) أقول قال ابن الهمام: الولد يعلق حرّاً فإنه يجب القطع بأن إبراهيم بن النبي ﷺ لم يكن قط إلا حراً لا أنه يعلق مملوكاً ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة. وفي المبسوط: الولد يعلق حرّاً من المأمين اهـ. ولو أجزيت العبارة على ظاهرها لم يتفرع على ما سبق كما لا يخفى قال المصنف: (هذا هو الأصل) أقول: أي كون الولد مخلوقاً من ماء الوالد بأن يكون له دخل فيه هو الكثير الغالب وإن كان يقع خلافاً قليلاً كعيسى وآدم عليهما السلام فلا يرد أنه كيف يكون هذا هو الأصل مع ترجيح جانب الأم فليتأمل.

جانب الأم باعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائة بمائها والمنافاة متحققة والزواج قد رضي به، بخلاف ولد المغرور لأن الوالد ما رضي به (وولد الحرة حرّ على كل حال) لأن جانبها راجع فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية والتدبير وأمومية الولد والكتابة، والله تعالى أعلم.

قيمه قوله: (كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية) أورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما، فالرقّ هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته، وهو حق الله تعالى أو حق العامة على ما اختلفوا فيه. والملك هو تمكن الإنسان من التصرف فيه ما لم يحم به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حقه، فأول ما يؤخذ الأسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الإسلام، فالملك عام يشمل بالجماد والحيوان والرق خاص بالإنسان، وبالباع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق، وبالعق يزول كل منهما، لكن زوال الملك قصداً ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فيبين بهما أنه يتبع الأم في الخاص العام، ولذا إذا تولد بين المأكول وغير المأكول كالحمار الإنسي مع الحمار الوحشي يؤكل، وإذا تولد بين الوحش والإنسية كالبقرة ينزوي عليها حمار وحش يجوز التضحية به، ولاختلاف مفهوميهما قد يختلفان في الكمية في شخص فهما كاملان في القن. ورق أم الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عققهما عن الكفارة والملك فيهما كامل. والمكاتب عكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حرّ. وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بأن المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته. والحاصل أن الولد يتبع الأم في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد، وفي النسب يتبع الأب وفي الدين يتبع خير الأبوين ديناً، والله سبحانه أعلم.

أي في الولد لأن ماء الأمة لا يعارض ماءه لأن ماءها مملوك له فيكون الماءان له، بخلاف أمة الغير لأن ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة، ولولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض الماءين. ويرجع بجانب الأم بأمر: منها الحضانة، وفيه نظر لأن حق الحضانة إنما يثبت بعد الولادة فلا يجوز أن يكون مرجحاً لما هو قبلها. ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائها في موضعه. ومنها يتيقن كونه مخلوقاً من مائها بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكماً من جانبها حكماً فقط والأول أرجح لا محالة. ومنها أن الولد ما دام جنيناً فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها إلى أن ينفصل حساً وشرعاً، أما حساً فإنه يتنفس بنفسها ويتنقل بانقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها، وأما شرعاً فلأنه يعتق بعتقها وفيه نظر لأن الكلام في إثباته فلا يستدل به عليه. وقوله: (والمنافاة متحققة) جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض وتقريره: التعارض موجود لأن المنافاة متحققة، فإنه لو اعتبر جانب الأم كان مملوكاً لسيدها، ولو اعتبر جانب الأب لا يكون مملوكاً لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف الولد من المولى فإنه للمولى: أي جانب اعتبر. وقوله: (والزوج قد رضي به) جواب عما يقال إذا اعتبر جانب الأمة حتى يكون الولد مملوكاً لمولاهما يتضرر الأب والضرر مدفوع شرعاً. وتقريره: الزوج قد رضي برق الولد حيث أقدم على تزوج الأمة عالمّاً بأن الولد يرق به، وفيه نظر لأن العلم بكون الولد رقيقاً بتزوج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته. وقوله: (بخلاف ولد المغرور) ظاهر (وولد الحرة حر على كل حال لأن جانبها راجع) على ما ذكرنا (فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية وإنما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان، فإن في المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه، فعلى هذا يكون قوله: (والتدبير وأموية الولد والكتابة كالتفسير لذلك) والله تعالى أعلم.

قوله: (وفيه نظر لأن حق الحضانة إلخ) أقول: قال المحشي الشهير بيقوب باشا: أجب بأن حق الحضانة حق ثابت للأم سواء قبل الولادة أو بعدها فيجوز أن يكون مرجحاً لجانب الأم والكلام في ترجيحه فيتم كما لا يخفى اهـ. وفيه شيء قوله: (جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض إلخ) أقول: لا بد لنا في التعارض من وجه يثبت فيه وليس بظاهر قوله: (وفيه نظر لأن العمل بكون الولد رقيقاً بتزوج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته) أقول: ولا يخفى عليك أنه يتم المرام بعلمه بعد شرعيته.

باب العبد يعتق بعضه

(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر) ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا:

باب العبد يعتق بعضه

لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض، وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة إلى بيان أحكامه أمس منها إلى ما يندر وجوده، وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله قوله: (وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة) وتعتبر قيمته في الحال، والاستسعاء أن يؤجره فيأخذ نصف قيمته من الأجرة. ذكره في جوامع الفقه، وسيجيء أنه إذا امتنع عن السعاية فعل ذلك إذا كان له عمل معروف، وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا، وإنما يصار إليه عند امتناعه فتكون الإجازة تنفذ عليه جبراً، وظاهر أن هذا إذا عين مقداراً كربعك حر ونحوه، فلو قال: بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان، ولو قال: سهم منك حر فقياسه في قول أبي حنيفة أن يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسعى في خمسة أسداسه، وقوله: عتق ذلك القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فإنه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قول المصنف، وقالوا: يعتق كله فإنه عن زوال الرق: أي وقالوا يزول الرق عنه كله. ثم قال المصنف رحمه الله بعد وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق، وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي: يعني فيما إذا كان المولى واحداً أو كان لشريكين والمعتق موسر، أما إذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الإعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض. والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع، فإنهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي وعدمه، فإن القائل العتق أو الإعتاق يتجزأ لم يرد به بالمعنى الذي يريد به قائل أنه لا يتجزأ وهو زوال الرق أو إزالته إذ لا خلاف بينهم في عدم تجزيه بل زوال الملك أو إزالته، ولا خلاف في تجزيه فلا ينبغي أن يقال: اختلف في تجزي العتق وعدمه أو الإعتاق، بل الخلاف في التحقيق ليس إلا فيما يوجب الإعتاق أولاً بالذات، فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجب، غير أن زوال الرق لا يثبت إلا عند زوال الملك عن الكل شرعاً كحكم الحدث لا يزول إلا عند غسل كل الأعضاء وغسلها متجزئ، وهذا لضرورة أن العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع وإنكاح بنته ونفسه، ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعاً فقطع بعدم تجزيه والملك متجزئ قطعاً، فلزم ما قلنا: من زوال الملك عن البعض، وتوقف زوال الرق على زوال

باب العبد يعتق بعضه

أخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفاً فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم (وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة وقالوا: يعتق كله. وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي) يعني إذا كان المعتق واحداً أو موسراً إن كان العبد مشتركاً، وأما إذا كان معسراً فملك الساكت باقي كما كان حتى جاز له أن يبيع ويهب على ما يجهى، وكل ما لا يتجزأ (فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله) قال صاحب الميزان: المعنى من قولنا الإعتاق يتجزأ ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ لأنه محال بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الإعتاق يتجزأ فيتصور ثبوته في النصف دون النصف. وحاصل الخلاف راجع إلى أن إعتاق النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا؟ عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقاً ولكن زال الملك بقدرة.

باب العبد يعتق بعضه

قوله: (آخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفاً فيه إلخ) أقول: أو لأن إعتاق الكل أفضل وأكثر ثواباً أو لأنه أكثر وقوعاً

(يعتق كله) وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رحمه الله، فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق كله. لهم أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية، وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك، أو هو إزالة الملك لأن الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة، وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره. والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراء ضرورة عدم التجزي. والملك متجزئ كما في بيع والهبة فيبقى على

الملك عن الباقي، وحينئذ فينبغي أن يقام الدليل من الجانبين على أن الثابت به أولاً زوال الملك أو الرق لأنه محل النزاع، والوجه متنهض لأبي حنيفة، أما المعنى فلأن تصرف الإنسان يقتصر على حقه وحقه الملك، أما الرق فحق الله أو حق العامة على ما تقدم فيلزم أن الثابت بالإعتاق زوال الملك أولاً ثم يزول الرق شرعاً اتفاقاً إذا زال لا إلى مالك، وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى إعتاقاً وإلا لكان البيع والهبة إعتاقاً، فإنه إنما يلزم لو كان البيع والهبة إزالة الملك لا إلى مالك، لأن ذلك هو المسمى بالعتق لا إزالة الملك كيفما كان. وأما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال «من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوّم عليه قيمة عدل فأعطى شركاء حصصهم وعتق العبد عليه، وإلا فقد عتق منه ما عتق»^(١)

وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل (لهم أن الإعتاق إثبات العتق الذي هو قوة حكمية وإثباتها بإزالة ضدها الذي هو الرق) لأن المحل لا يخلو عن أحدهما، فإزالة أحدهما توجب إثبات الآخر وهما لا يتجزآن بالاتفاق، فكذلك الإعتاق وإلا لزم تخلف المعلول عن العلة أو تجزي العتق، لأنه إذا تجزأ فلما أن يثبت بإعتاق البعض عتق كل الرقبة أو لا يثبت شيء أو يثبت بعضه، وعلى كل من الأولين يلزم تخلف المعلول عن العلة وعلى الأخير يلزم تجزي العتق (فصار) الإعتاق (كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء) في عدم التجزي. فإن قلت: قد تقدم أن الإعتاق عند الشافعي إسقاط كالطلاق فكيف جعله هنا إثباتاً للعتق. قلت: يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهم إن الإعتاق إلخ (ولأبي حنيفة أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك) وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف (أو هو) أي الإعتاق (إزالة الملك) لا إثبات العتق بإزالة ضده الذي هو الرق ولا هو إزالة الرق ليلزم عدم التجزي (لأن الملك حقه) أي حق المعتق (والرق حق الشرع) لأن الكافر لما استتفك أن يكون عبداً لله جازاه الله فصيروه عبد عبده أو حق العامة لأن الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه (وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره) وهذا كما ترى بناء لكلامه على أحد أمرين كل منهما مستقل بإفادة المطلوب، وتقديره الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك والملك متجزأ فإلعتاق كذلك، وإنما قلنا بأنه إثبات العتق بإزالة الملك لا بإزالة الرق لأن الإعتاق تصرف، وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالإعتاق لا يتعدى ولاية

قوله: (حتى جاز له أن يبيع ويهب) أقول: يعني عبده قوله: (أو يثبت بعضه) أقول: أي بعض العتق قوله: (أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك وهو الوصف إلخ) أقول: قوله وهو راجع إلى الملك) قال المصنف: (وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف إلخ) أقول: أي التصرف الذي له حكم هو التصرف الذي يدخل إلخ فحكم التصرف من إضافة الصفة إلى الموصوف قوله: (لأن الإعتاق تصرف إلى آخر قوله: فولايته إنما تكون على الملك) أقول: فيكون الإعتاق هنا مجازاً في الإزالة التي هي سببه كما لا يخفى حيث لم يوجد إثبات العتق ولا يقدر عليه.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٢٣ و ٢٥٢٢ و ٢٥٢٤ ومسلم ١٥٠١ وأبو داود ٣٩٤٠ و ٣٩٤١ والترمذي ١٣٤٦ والنسائي ٣١٩/٧ وابن ماجه ٢٥٢٨ وابن الجارود ٩٧٠ وابن حبان ٣٤١٦ ومالك ٧٧٢/٢ والشافعي ٦٦/٢ وأحمد ١٥٠٢/٢. ١٤٢. ١١٢. ١٥٦. والبغوي ٢٤٢١ والبيهقي ٢٧٥/١٠ من عدة طرق كلهم من حديث ابن عمر.

قال أيوب في روايته عن نافع ولفظ: وإلا فقد عتق منه ما عتق. لا أدري شيء قاله نافع أو شيء في الحديث. قال ابن حجر في الفتح ١٥٤/٥: وقد وافق أيوب على الشك في هذه الزيادة يحيى بن سعيد أخرجه مسلم والنسائي، وهي في حديث مالك، ولم يشك مالك في وصلها، وقد رجح الشافعي وغيره إثبات هذه الزيادة في المرفوع حيث قال: لا أحسب عالماً بالحديث يشك في أن مالكاً أحفظ لحديث نافع من أيوب لأنه كان أكرم له.

الأصل، وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد، والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله، وبقاء الملك في بعضه يمنعه، فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتباً إذ هو مالك يد إلا رقة، والسعاية كبذل الكتابة، فله أن يستسعيه. وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق، غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ، بخلاف الكتابة المقصودة لأنه عقد يقال ويفسخ، وليس في الطلاق

أفاد تصور عتق البعض فقط. وقول أيوب: لا ندري شيء قاله نافع أو هو شيء في الحديث لا يضر، إذ الظاهر بل الواجب أنه منه، إذ لا يجوز إدراج مثل هذه من غير نص قاطع في إفادة أنه ليس من كلام رسول الله ﷺ، فلم يوجب في الحديث علة قادحة، وكذا ما رواه البخاري أيضاً عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال «من أعتق شقصاً في مملوك فخلاصه عليه في ماله إن كان له مال، وإلا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه»^(١) أي لا يغلي عليه الثمن، أفاد عدم سراية العتق إلى الكل بمجرد عتق البعض وإلا لكان قد خلص قبل تخلص المعتق هذا هو الظاهر. وأما ما روي لهما من حديث ابن عمر عن النبي ﷺ «من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركاً له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق» وفي لفظ «فقد عتق كله»^(٢) فإنما يقتضي عتق كله إذا كان له مال يبلغ قيمته، وليس مدعاها ذلك بل إنه يعتق كله بمجرد إعتاق بعضه كان له مال أو لا، فقد أفادت الأحاديث

المتصرف، وولاية المتصرف إنما تكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته إنما تكون على الملك، وأما أن الملك متجز فذلك بالإجماع لكنه تعلق به أمر غير متجز وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزئته ولا تجزئة عتقه كجواز الصلاة فإنه أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو الأركان، وكذلك الطهارة أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الأعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزئتها ولا عتقها وهي إرادة الصلاة، هذا تقرير أحد الأمرين. وتقرير الآخر الإعتاق إزالة الملك والمملك متجز، فالإعتاق إزالة متجز وإزالة المتجز متجز، وبيان ذلك ما ذكرناه وهذا أسهل مأخذاً، ثم إذا تجزى الإعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فتجب عليه السعاية (والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده) أي عند أبي حنيفة لأن الإضافة (أي إضافة الإعتاق إلى بعض توجب ثبوت المالكية) للعبد (في الكل) باعتبار العتق لأنه لا يتجزأ (وبقاء الملك في بعضه يمنعه) عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق فإنه لا يتجزأ، فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل، والعمل بالدليلين ممكن بإنزاله مكاتباً فعملنا بهما وجعلناه مكاتباً لأن المكاتب مالك يد ومملوك رقة كالمستسعى، ويجوز أن يكون معناه إذ هو أي معتق البعض مالك يد لأجل السعاية مملوك رقة كالمكاتب، ويجوز أن يكون معناه إضافة العتق إلى البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما. وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول أبي حنيفة، فقلنا إنه حرّ يدأ مملوكاً رقة كالمكاتب عملاً بالدليلين، وإذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبذل الكتابة (فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق) فإن قيل: لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقاً إذا عجز. أجاب بقوله: (غير أنه إذا عجز لا

قوله: (ولا غلثها) أقول: لم يعد الجار جرياً على مذهب الكوفيين قوله: (وتقرير الآخر الإعتاق إلخ) أقول: فالإعتاق حينئذ على حقيقته قوله: (باعتبار العتق لأنه لا يتجزأ) أقول: فيه أن العتق لم يحصل بعد عنده قال المصنف: (لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله) أقول: فيه بحث، فإن اللازم كما قرره آنفاً خلاف ذلك ولعل هذا مستغنى عنه، ويكفي في إثبات المطلوب لما كان بعضه مملوكاً وبعضه غير مملوك كان كالمكاتب قوله: (وهو وقت أداء البذل) أقول: فيه بحث، والظاهر وهو العجز قوله: (حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله) أقول: ولو مات المدبر من ثلث ماله.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٤٩ و ٢٥٢٧ ومسلم ١٥٠٣ وأبو داود ٣٩٣٨ و ٣٩٣٩ والترمذي ١٣٤٨ وابن ماجه ٢٥٢٧ وابن حبان ٤٣١٨ و ٤٣١٩ وأحمد ٢/ ٢٥٥. ٤٢٦. ٤٧٢ من عدة طرق كلهم من حديث أبي هريرة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٢٤ من حديث ابن عمر بدون الزيادة. وهذه الزيادة عند الطحاوي في معاني الآثار ٣/ ١٠٦ من طريق الليث عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً وفيه: فعليه عتقه كله. ورواية من طريق عبيد الله وآخره: فعليه عتقه كله. وقال ابن حجر في الفتح ١٥٥/٥: هذه الزيادة وصلها أبو نعيم في مستخرجه على مسلم وآخره: فقد عتقه كله.

والعفو عن القصاص حالة متوسطة، فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم، والاستيلاء متجزئ عند، حتى لو استولد

أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجوده السراية وإن وردت في العبد المشترك. واستدل أيضاً بدلالة الإجماع وهو أن العتق إذا كان معسراً لا يضمن بالإجماع، ولو كان إعتاق البعض إعتاقاً للكل وإتلافاً له لضمن مطلقاً، كما إذا أتلفه بالسيف أو بالشهادة به لإنسان ثم رجع بعد القضاء فإنه يضمن موسراً كان أو معسراً، لكن قد يقال: في هذا إن السعاية تقوم مقامه فلا يتعين، وحيث ثبت الاقتصار لزم أن يكون المراد بالعتق في قوله عليه الصلاة والسلام: «فقد عتق منه ما عتق»^(١) زوال الملك، وكذا يلزم في قول: كل من نقل عنه القول: بتجزئه كالحسن، وهو مروي عن علي وعمر، بخلاف ما قيل إن قول عمر قولهما: فقد أسند الطحاوي إلى عبد الرحمن بن يزيد قال: كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها، وكان بيني وبين أمي وأخي الأسود فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيراً، فذكر الأسود ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: أعتقوا أنتم، فإذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم فيه أعتق وإلا ضمنكم^(٢) أثبت لعبد الرحمن الإعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت في العبد إعتاقهما وإنما قلنا ذلك لأن الرق لا يتجزأ زوالاً عند أحد فلزم المطلوب، وهو أن النازل بالإعتاق بالذات زوال الملك، وإذا ثبت ذلك لزم في إعتاق بعض العبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر: أي يزول ملكه عنه ويبقى كمال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها، وإذا ظهر أن ما زال بالإعتاق هو الملك والرق ثابت في كله ولازمه شرعاً أن لا يبقى في الرق لزم أن يسعى العبد في باقي قيمته لاحتباس مالية الباقي عنده، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البذل، وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقاً كله إلا أنه يخالفه في أنه لو عجز لا يرد إلى الاستخدام، بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا إلى مالك صدقة عليه به وإنما يلزم المال ضرورة الحكم الشرعي وهو تضمينه قسراً، بخلاف المكاتب فإن عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال ويفسخ بتعجيله نفسه، وعلى هذا ما إذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيئاً من قيمة الولد لأنه ما صنع في الولد شيئاً ولأنه لم يثبت حق الشريك في الولد لأنها كانت مكاتبه حين ولدت والمكاتبه أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها، والاعتراض أنه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لأن التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه، وإذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكروا

يرد رقيقاً لأنه إسقاط لا إلى أحد) والإسقاط لا إلى أحد ليس فيه معنى المعاوضة لا أنها إنما تتحقق بين اثنين، وإذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة لا يقبل الفسخ (بخلاف الكتابة المقصودة) فإنها إسقاط من المولى إلى المكاتب إقذاراً على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ، وفي بعض النسخ لأنه إسقاط لا إلى أجل: يعني بخلاف الكتابة المقصودة فإن الإسقاط فيها إلى أجل وهو وقت أداء البذل. وقوله: (وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة) جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص. ووجهه أنا لم نثبت العتق في الكل لإمكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة بصار إليها، وليس في الطلاق والعفو ذلك (فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم، وأما الاستيلاء فهو متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه) حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله. فإن قيل: لو كان الاستيلاء متجزئاً لا طرد في القنة أيضاً. أجاب بأنه إنما لم يتجزأ في القنة لأن المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد

(١) هذه الزيادة تفرد بها مالك وقد شك أبووب هل هي من كلام نافع أو هي في المرفوع، وتقدم قبل قليل عقب حديث ابن عمر ترجيح الشافعي على أنها مرفوعة، ومال إليه ابن حجر لكن الذي رجحه البخاري عقب حديث ٢٥٢٥ عدم هذه الزيادة، وقال: ورواه الليث وابن أبي ذئب وابن إسحق وجويرية ويحيى بن سعيد وإسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر مختصراً.

وأقر ابن حجر في الفتح ١٥٥/٥ بذلك فقال: قوله مختصراً يعني بدون زيادة: فقد عتق منه ما عتق اهـ.

فرواية هؤلاء وكلهم أثبات ثقات سوى ابن إسحق فهو ثقة وليس بثبت. أولى من رواية مالك والله أعلم.

(٢) موقوف. أخرجه الطحاوي في معاني الآثار ١٠٨/٣ من طريق النخعي عن عبد الرحمن بن يزيد بهذا اللفظ، ورجاله ثقات.

نصيبه من مدبرة يقتصر عليه . وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاء (وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما) نصيبه عتق ، فإن كان موسراً فشريكه بالخيار ، إن شاء أعتق ، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد ، فإن ضمن رجع المعتق على العبد (والولاء للمعتق ، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن كان المعتق معسراً فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين . وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الأعصار ، ولا يرجع

من إلحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء غير مفيد لأنه إن أريد إلحاق إزالة الرق بها في عدم التجزي فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزأ زوالاً أو إلحاق إزالة الملك بها فيه فغير صحيح ، لأنهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزأ . وأقصى ما يمكن في تقريره أن يجعل إلحاقاً لزوال الملك لا إلى مالك في عدم التجزي بأن يتنزل ويدعى أن المتجزئ زوال الملك إلى مالك لا إلى غير مالك إلحاقاً بالأمر المذكورة ، فإن في الطلاق زوال ملك لا إلى مالك وفي العفو زوال حق لا إلى مستحق آخر والاستيلاء زوال ملك كذلك : أعني ملك بيعها وهبتها . والجواب أولاً أنه إلحاق بلا جامع لأن عدم التجزي في الأصول لعدم التصور ، إذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة ، ولا نصفها مستولداً ونصفها لا ، ولا إسقاط نصف حق القتل ، فإن القتل بثبوت حقه لا نصفه ، فعمه لا يثبت وهو معنى سقوط القصاص ، وليس عدم التجزي فيها لأن الزوال لا إلى مالك ، بل لا أثر لكون الزوال إلى مالك أو لا إليه ، بخلاف زوال ملك الرقية ، وهذا معنى قول المصنف : وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة : أي ليس فيهما إلا زوال كليهما أو بقاؤهما ، (فأثبتناه في الكل^(١)) أي فأثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحاً للمحرم ، وهو الحرمة ، فإنه اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به . وأما الاستيلاء فمتجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر عليه ، حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله ، ولو مات المدبر عتقت من ثلث ماله ، وإنما كمل في القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه من حين الاستيلاء فصار مستولداً جارية نفسه فثبت عدم التجزي ضرورة قوله : (وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) أي زال ملكه عنه (فإن كان) المعتق (موسراً فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه) منجزاً أو مضافاً ، وينبغي إذا أضافه أن لا تقبل منه إضافته إلى زمان طويل لأنه كالتدبير معنى ، ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء (وإن شاء ضمن المعتق) قيمته إذا لم يكن بإذنه ، فإن كان بإذن الشريك فلا ضمان عليه له (وإن شاء استسعى العبد) فيها (فإن ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق ، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما في الوجهين) أي في الإعتاق والسعاية (وهذا) كله (عند أبي حنيفة رحمه الله) هكذا ذكر في الأصل ، وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسعي وأن يكاتبه وهو يرجع إلى معنى الاستسعاء ، ولو عجز استسعى ، ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاخره جبراً ، ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من النقيدين لا يجوز إلا أن يكون قدراً يتغابن الناس فيه ، لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر ، وكذا لو صالحه على عوض أكثر ، وإن كاتبه على عروض قيمتها أكثر من قيمته جاز ، ولو كان الساكت صبيّاً والمعتق موسراً فالخيار بين التضمين

ملكه بالضمان فكمل الاستيلاء وصار كأنه استولد جارية نفسه لا أن الاستيلاء عنده غير متجزئ قال : (وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) وكلامه واضح . ونوقش مناقشة لفظية ، وهي أن أبا حنيفة لا يثبت عنده شيء من العتق فما وجه صحة قوله عتق؟ وأجيب بأن المراد به ثبت استحقاق العتق أو زال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد . وقوله : (فالولاء بينهما) يشير إلى أن الاختلاف في صفة السبب بأن يكون إعتاق أحدهما بمال وإعتاق الآخر بدونه لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعاً وقوله : (لهما في الثاني) يعني أن يسار المعتق يمنع السعاية قوله : (فإن في الرجل يعتق نصيبه إن كان

(١) هذه القولة ليست بالنسخ التي بأيدينا ، مصححه .

المعتق على العبد والولاء للمعتق) هذه المسئلة تبتنى على حرفين أحدهما تجزي الإعتاق وعدمه على ما بيناه،

والسعاية لوليه، والتضمين أولى لأنه أنظر، ولو لم يكن له ولي انتظر بلوغه ليختار. قيل: هذا في موضع ليس فيه قاض، فإن كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيماً ليختار التضمين أو الاستسعاء، وليس للولي اختيار العتق لأنه تبرع بمال الصبي، وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء، أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة، وأما العبد المأذون فالقياس أنه يكون له حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون أن يكاتب، ولكن قال: سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن إبطاله، وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وإن كان لا يملك الكتابة ابتداءً. وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لأنهما ليسا من أهل الولاء فثبت الولاء لأقرب الناس إليهما وهو المولى، وإن لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى لأن كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة، وتقدير القيمة يوم الإعتاق، فلو كان فيه صحيحاً ثم عمي يجب نصف قيمته صحيحاً، وقلبه لو كان أعمى يوم العتق فأنجلي بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لأنه حال ثبوت سبب الضمان، وكذا يعتبر اليسار والإعسار وقت العتق، فلو كان موسراً وقت العتق فأعسر لا يسقط عنه الضمان، ولو كان معسراً فأيسر لا ضمان. ولو اختلفا في قيمته يوم أعتقه، فإن كان العبد قائماً نظر إلى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره، وكذلك إن أراد أن يستسعي العبد، ولو تصادقا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول: المعتق كالغاصب لأنه ضامن وينكر الزيادة. ولو اختلفا في اليسار والإعسار فقال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل وأنت موسر، نظر إلى حاله يوم ظهر العتق إما لأنه كالمنشئ للعتق في الحال أو لأنه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال، فإن كان في الحال موسراً فالظاهر شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى، وإن كان معسراً في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى، وهو المستأجر مع رب الطاحونة إذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال. ولو تصادقا على أن العتق كان سابقاً عليه في مدة يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في إنكار يساره لأنه ينكر المعنى الموجب للضمان، وإذا كان موسراً يوم أعتقه فاختر الشريك ضمانه ثم بدا له أن يبرئه ويستسعي الغلام لم يكن له ذلك. وروى ابن سماعة عن محمد أنه إن قضى القاضي له بالضمان أو رضي به المعتق فليس له أن يستسعي الغلام بعد ذلك وإلا فله. قيل ما ذكر في الأصل من الإطلاق محمول على ذلك التفصيل، وقيل: بل في المسئلة روايتان، ولو مات الساكت قبل أن يختار شيئاً فلورثته من الخيار ما كان له لأنهم قائمون مقامه بعد موته، وليس هذا تورث الخيار بل المعنى الذي أوجب الخيار للمورث ثابت للورثة، فإن شاءوا أعتقوا وإن شاءوا استسعوا العبد وإن شاءوا ضمنوا المعتق، فإن ضمنوه فالولاء كله للمعتق لأنه بأداء الضمان إليهم يملك نصيبهم كما كان يملك بالأداء إلى المورث، وإن اختاروا الإعتاق أو الاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الإناث لأن معتق البعض كالمكاتب، والمكاتب لا يورث عنه وإنما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلقه في ذلك الذكور من أولاده دون الإناث إذ الولاء لا يورث، وإن اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لأن كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس لهم ذلك إلا أن يجتمعوا على التضمين أو الاستسعاء. قال في المبسوط: هذا هو الأصح لأنه صار كالمكاتب لا يملك بالإرث، فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته، والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم لا يثبت لهم بالإعتاق ابتداءً، ولكنهم خلفاء المورث يقومون مقامه، وليس للمورث أن يختار التضمين في البعض

والثاني أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع. لهما في الثاني قوله ﷺ في الرجل يعتق نصيبه، إن كان غنياً ضمن، وإن كان فقيراً سعى في حصة الآخر، قسم والقسمة تنافي الشركة. وله أنه احتبست مالية نصيبه عند

والسعاية في البعض فكذا الورثة، ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئاً فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسراً. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لأن نصيبه من العبد باقٍ على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختار ضمانه، فإذا هلك على ملكه فليس له أن يتقرر الضمان على شريكه بعد ذلك، وهذا لأن صحة اختيار التضمين معلق بشرط هو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لأن الميت لا يحتمل التملك. وجه ظاهر الرواية أن وجوب الضمان عليه بالإعتاق لأن السبب وهو الإفساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب، وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب، وهذا لأن تضمينه من وقت العتق وكان محلاً للتملك عند ذلك، بخلاف ما لو باعه نصيبه أو وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وإن كان القياس جوازه كالتضمين لأن هذا تملك للحال وهو غير محل له. وفي جامع قاضيهان: لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته في قول أبي حنيفة رحمه الله، بل يسقط لأن الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلات تسقط بالموت، وعندهما يؤخذ به لأنه ضمان إتلاف، وإنما عرف استسعاء العبد عند عسرتة بالنص بخلاف القياس قوله: (وقالا ليس له) أي الساكت (إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار، ولا يرجع المعتق على العبد إذا ضمن والولاء للمعتق) قال المصنف (وهذه المسئلة تبني على حرفين أحدهما تجزي الإعتاق) عنده (وعنده) عندهما فيسمى وهو حرّ مديون وتقدم بيانه (والثاني أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع) لهما فيه أن جميع النصوص التي ظاهرها تجزي الإعتاق كقوله «فقد عتق منه ما عتق» وحديث «فعليه خلاصه في ماله» وقوله عليه الصلاة والسلام «من أعتق عبداً بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله إن كان موسراً»^(١) في الصحيحين، وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم «من أعتق عبداً بين اثنين، فإن كان موسراً قوم عليه ثم يعتق»^(٢) والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث أبي المليلح عن أبيه «أن رجلاً أعتق شقصاً له من غلام، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال: ليس

غنياً ضمن، وإن كان فقيراً سعى في حصة الآخر» والقياس فيه أحد الأمرين، إما وجوب الضمان على المعتق موسراً كان أو معسراً لأنه بإعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه بأنه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الإفساد لا

قال المصنف: (لهما في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام، إلى قوله: تنافي الشركة) أقول: وأجاب صاحب الكافي بأن في الحديث أن الضمان يجب على المعتق عند يساره وإذا لا ينفي وجوب السعاية على العبد لوصف التجيز وفائدة القسمة في نفي الضمان لو كان فقيراً اهـ. واعترض عليه ابن الهمام بأن هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيراً تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسراً يعين الجهة التي تفيد بها تلك الإفادة. وأجاب صاحب العناية أيضاً بأن النبي ﷺ قسم على وجه الشرط، والمعلق بالشرط يقتضي عند الوجود، ولا يقتضي العدم عند العدم، فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسراً وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبي حنيفة اهـ. وفيه بحث.

(١) صحيح. هذا اللفظ لم يروه البخاري بعد بحث وإنما أخرجه الشافعي ٦٦/٢ وأبو داود ٣٩٤٧ والطحاوي ١٠٦/٣ والبيهقي ٢٧٥/١٠ كلهم من حديث سالم عن ابن عمر مرفوعاً بنحوه.

وأخرجه مسلم ١٥٠١ وهو مكرر ويدون تكرار ١٦٦٧ ح ٥٠ ومن طريق البيهقي ٢٧٥/١٠ كلاهما عن سالم عن أبيه مرفوعاً بهذا اللفظ، أي لفظ المصنف ابن الهمام.

قال النووي عتبه: قال العلماء: الركن الغش والبخس، وأما الشطط، فهو الجور، والمراد يقوم قيمة عدل لا ينقص ولا زيادة.

(٢) صحيح. أخرجه البخاري ٢٥٢١ بهذا اللفظ من طريق سالم عن أبيه مرفوعاً. تنبيه: ولعل مراد ابن الهمام في الحديث الذي قبله عندما قال في الصحيحين هذه الرواية مع أن سياق كلامه يدل على إدخال البخاري أيضاً في الحديث المتقدم.

العبد فله أن يضمه كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في صبيغ غيره حتى انصبيغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبيغ الآخر موسراً كان أو معسراً لما قلنا فكذا ههنا، إلا أن العبد فقير فيستسعيه، ثم المعتبر يسار التيسير، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغني، لأن به يعتدل النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من

الله شريك، وأجاز عتقه^(١) رواه أحمد وأبو داود وزاد رزين «في ماله». وفي لفظ «هو حر كله ليس لله شريك» وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه ﷺ «من أعتق نصيباً له في مملوك أو شركاً له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق»^(٢) كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير، ولذا اختار الطحاوي قولهما. وجهه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند إعساره الاستسعاء والقسمة تنافي الشركة. واستدل لأبي حنيفة رحمه الله بقوله: (إنه أي الساكت (احتبست) على البناء للفاعل (مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمه) وإن وقع احتباسها عنده بغير اختياره (كما إذا هبت الريح فألقت ثوب إنسان في صبيغ غيره فانصبيغ به فإن لصاحب الصبيغ أن يضم مالك الثوب قيمة صبيغه موسراً كان أو معسراً لما قلنا، إلا أن العبد فقير فيستسعيه) ويأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون، وهذا يفيد أن تضمين المعتق على خلاف القياس لأنه إذا كان القياس تضمين العبد كان تضمين غيره، وهذا لأنه وإن حصل إفساد نصيبه بعتقه الاختياري لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما إذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره. وأورد عليه أنه معارضة للنصوص بالتعليق فإنها أوجبت السعاية إذا كان المعتق معسراً لا إذا كان موسراً. وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفي الاستسعاء عند نفي الإعسار فجاز أن يثبت عند عدمه أيضاً بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا أورده شارح. وأجاب: والتحقيق في إirاده أن النصوص قسمت فأعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه، فقال: عند اليسار التضمين، وعند عدمه وهو الإعسار الاستسعاء، والقسمة تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء

يختلف باليسار والإعسار، وإما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لأنه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعدياً ولا يلزمه الضمان، وإن تعدى ضرر تصرفه إلى ملك الغير كمن سقى أرضه فتزت أرض جاره أو أحرق الحصاد في أرضه فاحترق شيء من ملك جاره، ولكنهما تركا القياس بالحديث المروي، رواه نافع عن ابن عمر، ومثله روى عروة عن عائشة. وجه الاستدلال أنه (قسم والقسمة تنافي الشركة) ووجه قول أبي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر. وقوله: (لما قلنا) يريد به قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه. وقوله: (إلا أن العبد فقير فيستسعيه) قيل عليه إذا سعى، فالقياس أن يرجع على المعتق لأنه هو الذي ورّطه وصار كالعبد المرهون فإنه يرجع على الراهن بما سعى. وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنعه للعبد، والعبد إنما سعى في بدل رقبته ومالته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد، بخلاف المرهون فإن سعايته ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن، ومن كان مجبراً على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معير الرهن. فإن قيل: ما ذكر من وجه أبي حنيفة فإنما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل. أجيب بأن النبي عليه الصلاة والسلام قسم على وجه الشرط لأنه ﷺ علق الاستسعاء بفقر المعتق، وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه لأن المعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ولا يقتضي العدم عند العدم. فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسراً. وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه أبي حنيفة.

قوله: (ولكنهما تركا القياس إلخ) أقول: ويمكن أن يقال تركا القياس للتعارض أيضاً فليتأمل. وفي الكافي: نعمل بالقياس في الحاليين ليكون عملاً بهما قوله: (أجيب بأن النبي ﷺ إلخ) أقول: فيه بحث.

(١) صحیح. أخرجه أبو داود ٣٩٣٣ والطحاوي ١٠٧/٣ وأحمد ٧٥٠٧٤/٥ من عدة طرق كلهم عن همام عن قتادة عن أبي المليح عن أبيه مرفوعاً.

ورجاله كلهم ثقات رجال البخاري ومسلم.

وفي رواية لأحمد: هو حر كله ليس لله شريك.

(٢) صحیح. تقدم قبل خمسة أحاديث.

القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه، ثم التخريج على قولهما ظاهر، فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم

عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الإعسار وحيث يندفع ذلك الجواب. وقد أجيب أيضاً بنحوه وهو أن القسمة ذكرت بلفظ الشرط، وهو إنما يقتضي الوجود عند الوجود، وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمة تنافي الشركة مطلقاً، بل ذاك إذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه الصلاة والسلام «وإذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد» وليس بشيء إذ لا أثر لتعدد الشرط ووحده في اختلاف حكم القسمة. وفي الكافي: جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيراً، ولا يخفى أن هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيراً تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسراً بعين الجهة التي تفيد بها تلك الإفادة. فإن قيل: فمن أي وجه أفادت القسمة نفي الشركة؟ فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهراً في أن المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره. وغاية ما يمكن أن يقال إن اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لأنه المحتاج إلى بيانه إذا كان على خلاف الدليل الظاهري، وذلك أن الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسراً أو معسراً فلا يجوز تضمين المعتق، فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لأن الدليل منصوب عليه وهذا لأن الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصوراً فنفي القصر وبقي جوازه. ولا يخفى أن في هذا تقليل معارضة الدليلين لأنه في قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه

في نفي أصل جوازه، وهذا الاعتبار واجب ما أمكن. وتحقيقه أن النص ورد مخصصاً للقياس، إذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعين الاستسعاء إنما هو في غير ما إذا كان المقصود التقرب إلى الله تعالى بنفس التصرف في المحل، أما إذا كان وله قدرة على إتمامها وجب كالشروع في صوم التطوع خصوصاً وعدم إتمامها يوجب إتماماً للآخر هو العبد، بخلاف ما إذا لم يكن قادراً فإنه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة. وأما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من أن الاستسعاء عندهما على خلاف القياس في صورة الإعسار بناء على أن ضمان إتلاف وهو بعيد عن التوجيه، إذ لا شك في أن عتق ما يملكه مشروع وعبادة، والإتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضماناً لأنه ليس جنابة على الغير وإن فسدت مالية باقي العبد، كمن هدم جداره فانهدم جدار غيره. فالحق أن القياس ليس إلا الاستسعاء والنص خصصه. وفي المسئلة قول الثوري والليث: أن الساكت بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن ولا سعاية أصلاً، وسبب هذا القول: إعلالهم لفظ السعاية في حديث أبي هريرة^(١). قال النسائي: أثبت أصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائي وسعيد بن أبي عروبة، وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن أبي عروبة: يعني في ذكر السعاية، قال: وبلغني أن هماماً روى هذا الحديث عن قتادة فجعل الكلام الأخير «وإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه» من قول قتادة. وقال عبد الرحمن بن مهدي: أحاديث همام عن قتادة أصح من حديث غيره لأنه كتبها إماماً. وقال الدارقطني: سمعت أبا بكر النيسابوري يقول: ما أحسن

وقوله: (ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لايسار الغني وهو ملك النصاب) هذا هو

(١) صحيح. يشير المصنف لحديث أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: من أعتق شخصاً من مملوكه، فعليه خلاصه في ماله، فإن لم يكن له مال فمؤم المملوك قيمة غدل، ثم استشعني غير مشقوق عليه.

أخرجه البخاري ٢٤٩٢ ومسلم ١٦٦٧ ح ٥٤ بهذه الزيادة وهي: ثم استشعني غير مشقوق عليه. فكلما ابن الهمام، واختلاف العلماء على هذه اللفظة والراجع ثبوتها، ففي رواية البخاري ومسلم المتقدمة هو من طريق سعيد بن أبي عروبة عن قتادة، ولم ينفرد سعيد، فقد تابعه جرير في رواية البخاري ٢٥٠٤ وساق إسناده جرير مسلم أيضاً ١٥٠٣.

وقال البخاري عقب حديث ٢٥٢٧ حيث ذكره من طريق سعيد عن قتادة بهذه الزيادة قال البخاري: وتابعه حجاج بن حجاج، وأبان وموسى بن خلف على قتادة أ.

وكذا تابعه جرير بن حازم كما تقدم، وحديث أبي هريرة هذا تقدم تخريجه في الحديث الثاني من هذا الباب.

السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته لعدم التجزي. وأما التخريج على قوله فخير الإعتاق لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزأ عنده، والتضمين لأن المعتق جان عليه بإفساده نصيبه حيث امتنع عليه

ما رواه همام وضبطه فصل قول النبي ﷺ من قول: قتادة. ورواه ابن أبي عروبة وجريز بن حازم عن قتادة فجعلوا الاستسعاء من قول: النبي ﷺ، وأحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام. قال الخطابي: اضطرب سعيد بن أبي عروبة في السعاية، فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها، فدل على أن ذلك ليس من متن الحديث، ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر في السنة عنه عليه الصلاة والسلام «من أعتق شركاً له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق»^(١) قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر، فإن سعيد بن أبي عروبة من الأثبات في قتادة، وليس هو بدون همام عنه. وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء فيه ورفعوا إلى النبي ﷺ وهم جريز بن حازم وأبان بن يزيد العطار وحجاج بن أرطاة ويحيى بن صبيح الخراساني. وقال الشيخ تقي الدين: وقد أخرجه الشيخان في صحيحهما، وحسبك بذلك: يعني برفعهما الاستسعاء. وفي المسئلة مذاهب أخرى ضعيفة: مثل أنه لا يعتق شيء أصلاً ولو بإذن الشريك، وأنه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته، وأن له التضمين وإن كان معسراً، وهو منقول عن زفر وبشر المريسي، وأنه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول: ابن سيرين قوله: (ثم المعتق يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت) وهو ظاهر الرواية، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد، وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخام وثياب البدن (لا يسار الغني) أي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ (لأن بيسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق وجانب الساكت لأن مقصود المعتق القرية وتتميمها بضمائه ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لأنه أسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير أسرع في تحقيق مقصودهما فوجب. وهذا في الحقيقة تعليل للنص وإلا فصریح النص أوجب الضمان عند مجرد تملك قيمته الحصه لأنه المراد بقوله عليه الصلاة والسلام: «وكان له مال يبلغ ثمن العبد» باتفاق المتكلمين عليه قوله: (ثم التخريج على قولهما) أي تخريج تفصيل المسئلة على قولهما: (فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار) فلم يكن الضمان منقولاً إليه عما وجب على العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره. وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصه فلأن العتق كله من جهته لعدم التجزي فكان إعتاق بعضه إعتاق كله، ويسعى في حالة إعساره حرّاً مديوناً. وأما التخريج على قول أبي حنيفة: فإثباته خيار الإعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق منجز عنده فلا يعتق الباقي بعق المعتق نصيبه (والتضمين) بالجر: أي وخيار التضمين للمعتق (لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه بالبيع والهبة ونحو ذلك) من الوصية والصدقة والإجارة والإعارة والإمهار والاستخدام ونحو ذلك (مما سوى الإعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاء والكتابة.

ظاهر الرواية، ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن. والحسن قد روى استثناءه، وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم العتق، وكذا حال المعتق في يساره وإعساره، فإن قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه نظر إليه يوم ظهر العتق كما في الإجارة إذا اختلفا في انقطاع الماء وجريانه، وقوله لا يسار الغني إشارة إلى نفي ما ذهب إليه بعض أصحابنا أن الشرط يسار الغني، حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو أقل من النصاب كان معسراً اعتباراً للياسر المعهود. وقوله: (لأن به) أي بيسار التيسير (يعتدل النظر من الجانبين) جانب المعتق والساكت (بتحقيق ما قصده المعتق من القرية وإيصال بدل حق الساكت إليه) وهذا لأن قصد المعتق بالإعتاق القرية، وتماثل ذلك بعق ما بقي وذلك إنما يحصل بإيصال حق الساكت إليه، وإذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من إتمام قصده وإيصال بدل حق الساكت إليه فلا معنى للعدول إلى

(١) صحيح. أخرجه الجماعة، وتقدم في الحديث الأول من هذا الباب مستوفياً.

البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه، والاستسعاء لما بينا، ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمناً فيصير كأن الكل له وقد عتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستعسي إن شاء والولاء للمعتق في الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان. وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه، وإن شاء استعسى لما بينا، والولاء له في

قوله: (والاستسعاء) بالجر عطفاً على التضمين: أي وإثبات خيار الاستسعاء (لما بينا) من أنه احتبس مالية نصيبه عنده، وإنما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت لأنه ملكه بأداء الضمان من وقت الإعتاق. فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء، فكذا لمن قام مقامه وصار كالغاصب إذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فإنه يرجع على القاتل لأنه ملكه بالضمان وللمالك التضمين، فكذا للغاصب، ولأنه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي أو استسعاؤه. وقوله: (ضمناً) جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالملكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، فأجاب بأن ذلك في الملك قصداً حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه تملك قصداً، ولا يلزم من عدم الثبوت قصداً عدمه ضمناً (والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته لأنه ملكه بالضمان) غايته أن بعضه يبدل وهو لا يمنع الولاء (و) أما (في حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استعسى لما بينا) من احتباس ملكه (والولاء له) أي للساكت: أي مشتركاً بينه وبين المعتق (في الوجهين) أي في الإعتاق والاستسعاء (ولا يرجع المستعسى) على المفعول: أي العبد (على المعتق بشيء بإجماع بيننا) خلافاً لابن أبي ليلى فإنه يرجع عنده على المعتق إذا أيسر، وإنما لا يرجع بالاتفاق، أما على قوله: فإنه يسمى لفكاك رقبته، وأما على قولهما: فلأنه إن لم يكن ساعياً لفكاك رقبته فليس هو بسعايته يقضي ديناً على المعتق إذ لا شيء على المعتق إذا كان معسراً (بخلاف) العبد (المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكك أو يقضي ديناً على الراهن فلذا يرجع على المعتق) إذا أيسر، ونظير الأول ما إذا أعتق أمته على أن تتزوج فأبت تسعى في قيمتها وهي حرة، وكذا لو أعتقها على خمر مثلاً تسعى في قيمتها وهي حرة، وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت عتقاً ويسعى في قيمته وهو حرّ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية، بخلاف المريض إذا أعتق عبده فإنه يسعى وهو رقيق لأن تصرف المريض فيما لا يحتمل النقض موقوف عنده (وقول الشافعي في الموسر كقولهما. وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع

غيره. وقوله: (ثم التخريج على قولهما ظاهر) يعني إذا علم أنّ هذه المسئلة مبنية على حرفين: أي أصليين. بقي الكلام في التخريج وهو على قولهما ظاهر لأن الإعتاق إذا لم يكن متجزئاً كان المعتق موقعاً للعتق في النصيبين جميعاً ويساره مانع عن السعاية فوجب عليه الضمان وانتفت السعاية فلا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للأصل الثاني، فلو رجع لكان عليه السعاية (والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته) للأصل الأول (وأما التخريج على قوله فخير الإعتاق) للشريك بناء على الحرف الأول لأن الإعتاق إذا كان متجزئاً كان ملكه في الباقي قائماً فجاز إعاقه، وأما التضمين فلأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة. ولقاتل أن يقول: التضمين على مذهبه لا يعتمد على أحد الأصلين. أما على الأصل الثاني فظاهر، وأما على الأصل الأول فلأن التجزي إن لم يكن مانعاً عن الضمان فلا يكون موجباً له. والجواب أن الحرفين مبنى المسئلة من حيث المذهبيين لا من حيث كل واحد منهما، والضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزي لا محالة. على أننا نقول: إن التجزي إن لم يوجب الضمان من حيث هو تجزئ يوجب من حيثية أخرى وهو إفساد النصيب فكان معتمداً عليه في الجملة وقوله: (والاستسعاء) معطوف على قوله والتضمين. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله وله أنه احتبس مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الأصل الثاني (ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك) أي أخذ القيمة (بالاستسعاء) بناء على الأصل الثاني، فكذا من قام مقامه كالمدير إذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له أن يرجع بما ضمن على القاتل (ولأنه ملكه

الوجهين لأن العتق من جهته، ولا يرجع المستسعي على المعتق بما أدى بإجماع بيننا لأنه يسعى لفكاك رقبته أو لا يقضي ديناً على المعتق إذ لا شيء عليه لعسرتة، بخلاف المرهون إذ أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي ديناً على الراهن فلهذا يرجع عليه. وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما. وقال في المعسر: يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لأنه لا وجه إلى تضمين الشريك لإعساره ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به، ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساكت فتعين ما عيناه. قلنا: إلى الاستسعاء سبيل لأنه لا يفتقر إلى الجناية بل تبنتي السعاية على احتباس المالية فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف

ويوهب) وهذا قول للشافعي (وجهه) عنده (أنه لا وجه لتضمين الشريك لإعساره ولا لاستسعاء العبد لأنه ليس بجان ولا راض به، ولا لإعتاق الكل لأنه إضرار بالساكت فتعين ما عيناه. قلنا: نخار لن يستسعي) قوله: غير جانٍ إلخ. قلنا: لا يفتقر إلى الجناية، بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صيغ الثوب المطار، وقد يتمسك له بما روي من الزيادة في قوله: فقد عتق منه ما عتق ورق مارق. ويدفع بأنها كما قال: أهل الشأن ضعيفة مكذوبة، ولو ثبت لزوم كون المراد بالرق فيها الملك مجازاً لا امتناع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد. والحق أنه لا يحتاج إليها بل بقوله «عتق منه ما عتق» كفاية، فإنه إذا لم يعتق إلا ذلك القدر، إن لم يلزم بقاء الباقي رقيقاً يلزم بقاؤه مملوكاً والملك هو المطلق للتصرف. والجواب أن ما في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله: «فعلبه خلاصه في ماله إن كان له مال وإلا استسعى غير مشقوق عليه»^(١) يوجب استسعاءه عند إعساره، ولا اعتراض على الشارع مع أن وجهه ما قدمنا. واعلم أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسعى إن اختار ذلك، وأن هذا هو معنى قوله: غير مشقوق عليه. والأوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله: «ليس لله شريك»^(٢) فإنه يفيد تنجيز العتق كله كما قال: أو عدم تفرقه وهو الأولى. وإذا لم يقرر ولا ضمان على المعسر لزوم الاستسعاء وإلا بطل حقه مجاناً جبراً بفعل غيره ولا نظير له في الشرع، والاستسعاء بلا جنائية في الشرع ثابت كما في العبد المرهون إذا أعتقه سيده المعسر، ولأن الشرع اضطره إلى فكاك رقبته حيث حكم، وله ولاية الإيجاد والإعدام بنفاذ عتق ذلك القدر، وأن لا يقرر الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غير مختار فيه، وللشافعي قول آخر هو كقولهما: في اليسار والإعسار، واختاره المزني من أصحابه قوله: (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة) وعتق (وكذا إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار) العبد بذلك (مكاتباً له) أي في حكم المكاتب (ويزعم أنه حرم عليه استرقاقه

بأداء الضمان ضمناً فصار كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعي إن شاء) وقوله ضمناً جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعي كالمكاتب فكيف قيل ذلك. وتقديره أن ذلك ضمني والضمنيات لا تعتبر. وقوله: (والولاء للمعتق في هذا الوجه) يعني إذا ضمن المعتق وهو ظاهر. وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله احتبست مالية نصيبه. وقوله: (ولا يرجع المستسعي على المعتق) ظاهر، وقد قدمناه جواباً لسؤال. قوله: (وقول الشافعي في الموسر) بيان لموضع خلاف الشافعي، فإنه ذكر في أول الباب مطلقاً فاحتاج إلى أن يبينه ههنا. وقوله: (ولا راض به) أي بالإعتاق لأن الرضا إنما يتحقق

قوله: (وقد قدمناه جواباً لسؤال) أقول: أراد ما تقدم في ذلك الورق وهو قوله قيل عليه، إلى قوله: وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان.

(١) حديث أبي هريرة تقدم مراراً. رواه الجماعة.

(٢) هو بعض حديث أبي المُلَيْح، وقد تقدم قبل عدة أحاديث.

السالب لها في شخص واحد. قال: (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتباً في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لأننا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه، ولا

فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه) إن شاء أو يعتقه (لأننا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان) في دعواه عتق الشريك (أو صادقاً لأنه مكاتبه) إن كان صادقاً (أو مملوكه) إن كان كاذباً (فلهذا يستسعيانه) أما في الصديق فظاهر، وأما في الكذب فلتتمكن الإنسان من أمر عبده أن يسعى ويأتيه بأكسابه (ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه) أي حق كل منهما (في الحالين) حال يسار الآخر وإعساره (في أحد شيئين) السعاية أو التضمين إلا أن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الإعسار حقه في أحدهما عيناً وهو السعاية، وهذا (لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده) أي عند أبي حنيفة (وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك) الإعتاق، وشهادة الآخر ليست نافذة عليه لأنه فرد ويشهد لنفسه، ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهم على الآخر أنه أعتق لم

بعد العلم والمولى منفرد بالإعتاق ولا يكون العبد عالمًا به فلا يكون راضياً. وقوله: (فتعين ما عيناه) يعني عتق ما عتق ورق ما رق (وقلنا إلى الاستسعاء سبيل لأن الاستسعاء لا يفترق في وجوده إلى الجنائية) كما في إعتاق العبد المهرن إذا كان الراهن معسراً (بل ينبغي على احتباس المالية) وهو موجود كما تقدم غير مرة، وإذا كان إلى الاستسعاء سبيل لا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للملكية الحاصلة من إعتاق البعض والضعف السالب لها بصحة البيع وأمثلة في شخص واحد. قال: (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه) كلامه واضح إلا ما ننبه عليه قوله: (بالمعتق) أي بالإعتاق. وقوله: (في زعمه) أي في زعم كل واحد منهما. وقوله: (فيصدق) يعني كل واحد منهما في حق نفسه. وقوله: (لأنه مكاتبه) أي على تقدير الصدق. وقوله: (أو مملوكه) يعني على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش، وإنما تيقنا بحق الاستسعاء على التقديرين لأن المولى إذا كان كاذباً في قوله أعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى، والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى، وإذا كان صادقاً في قوله أعتق الشريك يكون مقرأ بأن العبد صار مكاتباً باعتبار تجزئ الإعتاق عند أبي حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة أخذ بدل الكتابة وذلك أيضاً جائز. وقوله: (لأن حقه في الحالين) أي لأن حق المولى في حال اليسار والإعسار (في أحد شيئين) أي التضمين أو الاستسعاء. وقوله: (وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك) اعترض عليه بأنه لم يتعذر التضمين على

قوله: (وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما إلخ) أقول: ولك أن تقول من أين علم أن اعتقاد كل منهما ذلك فيجوز أن يكون خبره غير مطابق لاعتقاده. لا يقال: وضع المسألة فيه، ألا ترى إلى قوله شهد فإن الشهادة هي الإخبار الذي يكون عن موطاء قلب، لأنه لو سلم أن معناها ما ذكرته فللقاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر، قال ابن الهمام بعد تقرير جواب الشارح: وهذا صريح في أن لا تحليف في المسألة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذباً كان أو صادقاً، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما. وقال شارح: هذا كله أي تعيين استسعائهما العبد إلخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلاً يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر، فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء، أما لو أراد أحدهما التضمين أو إراداه ونصبيهما متفاوتا فترافعا أو رفعهما ذو حصة فيما لو استرفاه بعد قولهما فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلاً يقول إن صاحبه حلف كاذباً، واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه، ولو اعترفا أنهما أعتقا معاً أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة، فإنه إن نكل صار معترفاً أو باذلاً فصاراً معترفاً فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا اهـ. ففي قوله وهذا صريح في أنه لا تحليف في المسألة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذباً كان أو صادقاً، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما إلخ بحث لأن الصدق ليس مطابقة الحكم للاعتقاد بل للواقع والإقدام على اليمين بناء على الاعتقاد تأمل قوله: (أنه أعتقه صاحبه يحلف إلخ) أقول: من أين علم أنه يحلف فإنه يجوز أن ينكل والتكول بذل عند أبي حنيفة ثم لا يحلف على فعل صاحبه بل على فعل نفسه. والجواب أنه يحلف على الحاصل بأنه ليس له على حق التضمين فلي تأمل.

يخلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه في الحالين في أحد شيئين، لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده، وقد تعذر التضمنين لإنكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية، والولاء لهما لأن كلاً منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاؤه له، وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن كانا موسرين فلا سعاية عليه) لأن كل واحد منهما يبرأ عن سعائته بدعوى العتاق على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما، إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبت لإقراره على نفسه (وإن كانا معسرين سعى لهما) لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً على ما بيناه إذ المعتق معسر (وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما) لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره، وإنما يدعي عليه السعاية فلا يتبرأ

تقبل للمعنى الثاني فإنهما يشتان لأنفسهما حق التضمنين أو يشهدان لعبيدهما، وإنما أثبتنا ما أثبتنا في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمناً للشهادة (فتعين السعاية) وهو عبد عند أبي حنيفة حتى يؤدي لأن المستسعى كالمكاتب. وأورد أن التضمنين غير متعذر لأنه لما أنكر يحلف، فإن نكل جاز التضمنين. وأجيب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذي أعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لأن المالك إلى السعاية، وهذا صريح في أن لا تحليف في المسئلة وحيث لا معنى لقوله في الكتاب كاذباً كان أو صادقاً، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما. وقال شارح: هذا كله أي تعين استساعتهما العبد إلخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلاً يدعي على الآخر الضمان والضمان مما يصح باله فيستحلف عليه وهو أوجه، فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاضٍ بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء، أما لو أراد أحدهما التضمنين أو أرادته ونصيهما متفاوتا فترافعا أو رفعهما ذو حصة فيما لو استرقاه بعد قولهما: فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلاً يقول: إن صاحبه حلف كاذباً واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه، ولو اعترفا أنهما عتقا معاً أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة، فإنه إن نكل صار معترفاً أو باذلاً فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا: قوله: (وقال أبو يوسف ومحمد: إن كانا موسرين فلا سعاية عليه) لواحد منهما (لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعائته) وإنما يدعي الضمان على صاحبه (لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت عليه لإنكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه) بثبوت سببها حيث أقر بعتق الشريك مع يساره (وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقاً كان أو كاذباً) لفرض أن المعتق معسر. وقوله: (على ما بيناه) أي من أن العبد مملوكه أو مكاتبه إلا أن عندهما لا يكون مكاتباً بل حر مديون (وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى للموسر منهما لأنه لا يدعي الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعي السعاية عليه فلا يتبرأ عنه، ولا يسمى للمعسر لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئاً للعبد من السعاية، والولاء موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحيله) أي يثبت (لصاحبه) حيث ادعى أنه هو الذي أعتق والعتق لا يتجزأ: أي لا يثبت به إلا ما لا يتجزأ أصلاً من زوال الرق (وهو) أي صاحبه (يتبرأ عنه فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على إعتاق أحدهما) فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال قوله: (ولو قال أحد الشريكين) في عبد (إن لم يدخل فلان) يعني العبد (الدار غداً فهو حر وقال الآخر إن دخلها غداً فهو

تقدير التحليف فإنه لما أنكر يحلف، فإذا نكل وجب الضمان. وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتعين السعاية فلا فائدة في التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف لأن ماله إليه. وقوله: (على ما بيناه) يريد به قوله لأننا تيقنا بحق الاستسعاء كاذباً كان أو صادقاً، كذا في النهاية. وقيل هو إشارة

عنه (ولا يسمى للمعسر منهما) لأنه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئاً للعبد عن السعاية، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفاً إلى أن يتفقا على اعتاق أحدهما (ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حرّ، وقال الآخر إن دخل فهو حرّ فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف وسمى لهما في النصف الآخر، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد: يسمى في جميع قيمته) لأن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول، ولا يمكن القضاء

حرّ، فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف وسمى لهما في النصف الآخر) بينهما (وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) على تفصيل يقتضيه مذهب أبي يوسف وهو أنه إنما يسمى في النصف لهما إذا كانا معسرين، فلو كان أحدهما موسراً يسعى في الربح للموسر، ولو كانا موسرين لا يسعى لأحد، وإليه أشار المصنف بعد هذا بقوله: ويتأتى التفرع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق، فإنما جمع بينه وبين قول أبي حنيفة: في أنه لا يجب إلا النصف (وقال محمد: يسمى في جميع قيمته) لهما إن كانا معسرين، وينصفه للموسر إن كان أحدهما معسراً، ولا يسمى في شيء إن كانا موسرين، وهذه على وزن المسألة السابقة أعني إقرار كل منهما أنه هو الذي اعتق، وهناك إذا كان أحدهما معسراً والآخر موسراً لا يسمى إلا للموسر، فكذا هذا، وهذا لأن الذي أخذ السعاية أبداً يكون هو الساكت والآخر معتق، فإذا كان أحدهما موسراً فإنه يتبرأ من تضمين المعسر فيأخذ السعاية وعلى إنزال المعسر هو الساكت فزعمه أن لا سعاية له على العبد وإنما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول إلى شيء مطلقاً كما لو كانا موسرين فإن كلاً يزعم أن حقه تضمين الآخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية قوله: (لأن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول) وهو الذي تحقق شرطه الذي علق عليه عتق العبد (ولا يمكن القضاء على المجهول) ولا التوزيع لأنه يؤدي إلى إسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته وزاعطائه لغير مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لأنه غير واقع في المعين فلم ينافه التوزيع (فصار كما إذا قال لغيره لك على أهدنا ألف فإنه لا يقضي بشيء للجهالة) فكذا لا يقضي بسقوط شيء لذلك، وإذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل قوله: (ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حائث ببقين، ومع التيقن بالسقوط كيف يقضي به، والجهالة) المانعة من القضاء بالسقوط (ترفع بالشيوخ) أي شيوع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين (وتوزيعه) عليها فصار المقضى عليه بالسقوط الموليين فلا جهالة في المقضى عليه، وإنما تلزم لو قضي على أحدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية

إلى قوله لأنه مكاتبه أو مملوكه (ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غداً فهو حرّ وقال الآخر إن دخل فهو حرّ فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا عتق النصف وسمى لهما في النصف، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف) لكن عند أبي حنيفة لا فرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً لأن يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد، فحالهما في استحقاق النصف الباقي على السواء. وعند أبي يوسف: إن كانا معسرين فكذلك، وإن كانا موسرين لم يسع الواحد منهما في شيء لأن كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعي الضمان على شريكه لأن يسار المعتق يمنع السعاية، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً يسعى في ربع قيمته للموسر منهما لأن المعسر يدعي الضمان على شريكه ويتبرأ عن سعاية العبد فتسقط حصته عنه، والموسر يدعي السعاية على العبد فيسمى له في حصته (وقال محمد رحمه الله: يسمى في جميع قيمته) بينهما نصفين إن كانا معسرين وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما في شيء، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً سعى في نصف قيمته للموسر منهما لأن المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها، فإن يسار المعتق عنده أيضاً يمنع وجوب السعاية. وجه قول محمد فيما إذا كان معسرين وأن المقضى عليه بسقوط حقه في السعاية وهو

على المجهول فصار كما إذا قال لغيره لك على أهدنا ألف درهم فإنه لا يقتضي بشيء للجهالة، كذا هذا. ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حائث بيقين، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل، والجهالة ترتفع بالشيوخ والتوزيع، كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان، ويتأتى التفرع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق (ولو حلقا على عبيدين كل واحد منهما لأحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما) لأن المقضى عليه بالعتق مجهول، وكذلك المقضى له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء، وفي العبد الواحد المقضى له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول (وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب) لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتاق على ما مر (ولا ضمان عليه) علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم (وكذا إذا ورثاه، والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً، وإن كان معسراً سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه، وعلى هذا الخلاف إذا ملكا، بهبة أو صدقة أو وصية، وعلى هذا إذا اشتراه

أحدهما بتمامه وكون التعيين في نفس الأمر يمنع التوزيع متنف بما في كتاب التحري: عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدري المعتق ولا المعتقة ثم أجمع في ملك واحد ثم مات فإنه يحكم بعتقهن وتسعى كل واحدة في تسعة أعشار قيمتها، وصار (كما إذا أعتق أحد عبديه لا بعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر) في الثاني (أو البيان) في الأول فإن العتق يوزع عندنا لعدم الأولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصفه للورثة، وقيد موته معتبر لأنه إذا لم يمت إنما يطالب بالبيان خلافاً للشافعي في أنه يقرع بينما في قول، وفي قول الوارث: يقام مقامه فإنه إثبات الورثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثته في الثاني وإسقاط جميع حق المستحق في الأول وإسقاط بعضه للضرورة أولاً. وقيل إن الجهالة في المقضى عليه لا تمنع القضاء إذا كان المقضى له معلوماً بدليل أن من طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر للتيقن به وإن كان المقضى عليها منهن مجهولة، لكن لما كان المقضى له معلوماً جاز القضاء، كذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد. وهذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل إلى آخر النهار قوله: (ولو حلقا على عبيدين إلخ) يريد أن يفرق بين السابقة، وهي ما إذا حلف كل من رجلين على عبد واحد. وهذه وهي ما إذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال أحدهما: إن دخل فلان غداً فعبدي حر وقال الآخر: إن لم يدخل فلان فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه (لم يعتق واحد منهما) ولا شيء منهما في قول: الكل (لأن المقضى عليه) بعتق عبده وهو أحد الموليين (مجهول والمقضى له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء) ولو اشتراهما إنسان صح وإن كان عالماً ببحث أحد المالكين لأن كلاهما يزعم أنه يبيع عبده، وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر، كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح، وإذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لأن زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لأن المقضى عليه معلول. ولو قال: عبده حر إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال: امرأته طالق إن كان دخل اليوم عتق وطلقت، لأن باليمين الأول هو مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقر بوجود شرط الأولى. وقيل: لم يعتق ولم تطلق لأن أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده، وكل منهما يحتمل

الحائث منهما مجهول. والمجهول لا يجوز القضاء عليه (فصار كما إذا قال لغيره لك على أهدنا ألف درهم فإنه لا يقضي عليه بشيء للجهالة كذا هذا. ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حائث بيقين، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل، والجهالة ترتفع بالشيوخ والتوزيع) جواب عن قوله المقضى عليه مجهول. فإن قيل: في التوزيع فساد وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق وإيجابه للمعتق. أجيب بأن ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد، وذلك لأننا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه إبطال حق العبد من كل وجه، وأما إذا قلنا بالتوزيع فقد كان

رجلان وأحدهما قد حلف بعته إن اشترى نصفه. لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق، وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه، وله أنه رضي بإفساد نصيبه فلا يضمنه، كما أذن له بإعتاق نصيبه صريحاً، ودلالة ذلك أنه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا، وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا، ولا

تحققه وعدم تحققه. قلنا: ذاك في مثل قوله إن لم يدخل فعبدني حرّاً، بخلاف إن لم يكن دخل فإنه يستعمله المماري في الدخول وعدمه في الماضي لتحقيق الدخول فيه، وحقيقة شرطه ظهور أنه لم يدخل في الماضي، وكذا إن دخل بخلاف إن دخل. وعن أبي يوسف يعتق ولا تطلق لأنه باليمين الثانية صار مقرراً بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب إقراره بنزول الطلاق قوله: (وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما) بعقد واحد بأن خاطب البائع الأب والآخر معاً بأن قال بعثكما هذا العبد بكذا قبلاً (عتق نصيب الأب لأنه ملك شقصاً من ابنه) فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيئاً، ولو كان موسراً سواء علم الشريك أنه ابن الآخر أو لم يعلم، ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريك أبيه إن شاء وإن شاء أعتقه (وهذا عند أبي حنيفة) وأجمعوا أنهما لو ورثاه لا يضمن الأب، وكذا كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع منه ولفظ الحديث: أعني قوله عليه الصلاة والسلام «من أعتق شركاً له لخب»^(١) يفيد كون العتق اختيارياً (وقال: في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسراً. وإن كان معسراً سعى الابن فيه، وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهية) معاً (أو صدقة أو وصية وعلى هذا) الخلاف أيضاً (إذا اشتراه رجلان أحدهما حلف بعته إن اشترى نصفه) أما لو حلف بعته إن اشتراه لا يعتق لأنه لم يوجد الشرط وهو شراء كله (لهما أنه) أي الأب (أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق) الاختياري لثرتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب إعتاق (وصار كما إذا العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه) لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختاراً فيه. وله أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أو لا يكون برضا من له حق التضمين، ولما باشر العقد معه مختاراً وهو علة الملك الذي علة العتق، والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة كان راضياً بإفساد نصيب نفسه فلا يضمنه، فصار كما إذا أذن له بإعتاقه صريحاً. وعلم مما ذكر أن المراد من العلة في قوله: شاركه فيما هو علة العتق علة العلة، والدليل على أن إعتاقه يثبت اختيارياً بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة إذا نوى بالشراء عتقه

فيه إبطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى. وقوله: (ويأتى التفريع فيه) قد أمضيناه في أثناء الكلام. وقوله: (ولو حلفا على عيدين) ظاهر، وكذلك قوله وإذا اشترى الرجلان إلا ما نذكره. قوله: (ولا ضمان عليه) أي على الأب. وقوله: (وكذا لو ورثاه) يعني بالاتفاق. وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فماتت عن أخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه، أو امرأة لها زوج وأب ولها غلام وهو أبو زوجها فماتت المرأة صار غلامها ميراثاً بين زوجها وأبيها. وقوله: (وقالا في الشراء) إشارة إلى ما ذكرناه من الاتفاق في صورة الإرث. وقوله (قد حلف بعته إن اشترى نصفه) إنما قيد بالنصف، لأنه إذا حلف بعته ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لأن الشرط شراء كل العبد ولم يوجد. ووجه قولهما على ما ذكره في الكتاب ظاهر. ووجه قوله ما ذكره فيه. وتقريره الشريك الآخر رضي بإفساد نصيبه ومن رضي بذلك لا يضمن المفسد (كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحاً ودلالة ذلك) أي الدليل على رضاه بإفساد نصيبه (أنه شاركه فيما هو علة العتق، وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا) والمشاركة في علة العتق رضا بالعتق لا محالة، والمراد بالعلة علة العلة لأن الشراء علة التملك والتملك في القريب علة العتق، والحكم يضاف إلى علة العلة إذا لم تحصل العلة للإضافة إليها، وههنا كذلك لأن التملك حكم شرعي يثبت بعد مباشرة علته بغير اختيار، بخلاف الإرث فإنه لا إعتاق هناك ولهذا لا يخرج

قوله: (لأنه إذا حلف بعته ثم اشتراه بشركة الآخر) أقول: الظاهر أن يقال لأنه إذا حلف بعته بعد أن اشتراه بدل قوله ثم اشتراه بشركة الآخر إلخ، ولم توجد هذه العبارة في النسخ التي رأيناها غير هذه النسخة ولا بد منها أو ما يفيد معناها.

(١) هو بعض حديث ابن عمر رواه الجماعة وتقدم مراراً.

يختلف الجواب بين العلم وعدمه، وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب، كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للأمر ولا يعلم الأمر بملكه (وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر

عنها، وهذا بخلاف ما لو قال أحد الشريكين للآخر: إن ضربته فهو حر فضربه عتق نصيبه، فإن له أن يضمه، ولم يعتبر رضاه بمباشرته شرط العتق رضاه بالعتق لأن وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط، بخلاف قبول الإيجاب في البيع لأنه مباشرة العلة لأن العلة هو العقد، وكل من باشره فهو مباشر علة العتق. ولو قيل: سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا. قلنا: لا شك أن له تأديب عبده إذا اقتضاه حاله، ومنعه منه ضرر لا يلزمه بالزامه إياه، فخلفه عليه أن لا يضره ظلم منه، فلا يصح أن يقال: إن لم يلتزمه يبطل حقه في التضمين لكنه يقتضي أنه لو قال: إن ضربت هذا العبد اليوم ظلماً فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه، وإطلاق الجواب بخلافه، وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لأنه ضرر والعاقل لا يرضى به ولأن وضعه لإثبات ملكه لا لزواله فمدفوع بالضرورة، لأن من علم أن عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختاراً جزم العقل بأنه رضا منه بما يترتب عليه، وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه إثبات ما يترتب عليه، وللعاقل في ذلك أغراض صحيحة دنيوية من استفادة المدح والولاء، وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخروية من الأجر. لا يقال: رضا الأب بالشراء رضا بالإعتاق والرضا بالإعتاق رضا بالضمان. وأبو حنيفة رحمه الله يشبهه إذا كان المعتق موسراً واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه؟ لأننا نقول: كونه رضا بالضمان لا يوجب إمكان تضمين الآخر له، إلا إذا لم يكن رضا بإعتاقه كما ذكرنا. وأما إيرادنا على قولهما: هكذا الإعتاق لا يتجزأ على قولهما: فإعتاق البعض إعتاق الكل، ولا يمكن إعتاق الكل إلا بتملك نصيب الآخر، ولا يملك إلا بالضمان. والجواب أنه تملك ضمني فلا توجه له هنا قوله: (وهذا ضمان إفساد) جواب عما يقال: كونه رضي بإعتاق شريكه لا يوجب إسقاط الضمان كما لو استولد الأمة بإذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال: ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان إفساد، وبسطه أن الضمان في العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاء، فلو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه لا يسقط ضمانها له، ومن حكم ضمان التملك أيضاً أنه يثبت مع اليسار والإعسار، وإنما جعلنا ضمان الاستيلاء ضمان تملك لأن وضع الاستيلاء لطلب الولد وهو يستدعي التملك فأثبتناه. وضمان إتلاف وهو ضمان الإعتاق، ويقال ضمان جنابة وليس بصواب لأنه لا جنابة في عتق الإنسان ما يملكه الله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك، فصح أن يقال: ضمان إتلاف وضمان إفساد وإن لم يكن عليه إثم في هذا الإفساد نعم لو قصد بعتقه قصداً فاسداً أثم به أما وضع العتق فليس مقتضياً لزومه، ثم كون ضمان الإعتاق ضمان إتلاف هو ظاهر الرواية من علمائنا ويختلف باليسار والإعسار بالنص، بخلاف القياس، ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالأبنية وعدمها. وروى عن أبي يوسف أنه ضمان تملك فلا

به عن الكفارة. وقوله: (وهذا ضمان إفساد) يجوز أن يكون جواباً عما يقال إنما كان الرضا مسقطاً للضمان أن لو كان ضمان إفساد، وأما إذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما إذا استولد أحد الشريكين الجارية بإذنه فإنه لا يسقط به الضمان لأنه ضمان تملك إذ الاستيلاء موضوع لطلب الولد لا للعتق، فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك. ووجه الجواب أنه ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا، وإنما قيد بقوله في ظاهر قولهما لأنه روي عن أبي يوسف أن هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار فلا يسقط به الضمان. وقوله: (ولا يختلف الجواب بين العلم) أي بالقرابة (وعنده في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن الحكم يدار على السبب) أي العلة (كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للأمر ولا يعلم الأمر بملكه) والسبب قد وجد بما مر. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين ما إذا كان عالماً بالقرابة وبين ما إذا لم يكن عالماً بها في حكم الضمان لأن الرضا لا يتحقق إلا إذا كان عالماً بها. وقوله: (وإن بدأ الأجنبي) ظاهر مما تقدم، وكذلك قوله: (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر) وإنما قيد بقوله ممن يملك كله لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه ضمن للساكت بالإجماع. وقوله: (والوجه قد ذكرناه) إشارة إلى قوله

فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب) لأنه ما رضي بإفساد نصيبه (وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده. وقالوا: لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: يضمن إذا كان موسراً) ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئاً عنده، والوجه قد ذكرناه (وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قناً ولا يضمن المعتق والمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً ولا يضمنه الثلث الذي ضمن، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا العبد كله للذي دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكه

يختلف باليسار والإعسار. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالماً بالأبنية فلا يضمن الأب أو غير عالم فضمنه، لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالماً. وفي ظاهر الرواية لا فرق بينهما لأن المسقط لحقه في التضمنين مباشرته لسبب إسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله، كما إذا أطعم الغاصب المغضوب للمغضوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب. والنظير المذكور في الكتاب ما إذا قال: لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للأمر ولا يعلم الأمر به حاله فإنه ليس له أن يضمن الأكل إذا علم مستقيم أيضاً، وإنما قلنا: على خلاف القياس لأن القياس أن لا يختلف ضمان الإتلاف باليسار والإعسار، ألا يرى أن من أثلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسراً. فإن قلت: قد أسلفت أن القياس ليس إلا الاستسعاء لأن العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو التضمنين للإتلاف. قلنا: قد حكى خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين للوجهين المذكورين. ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه، وكل منهما غير صحيح في نفس الأمر لفرض ورود النص على إطلاق مقتضاهما من الاستسعاء وإنما التضمنين دائماً، وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص أو خفي عليه. والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوع أو صلاته قادراً على إتمامه حيث يجب عليه إتمامه، فإن لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع إليه قوله: (وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب النصف الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب قيمة نصيبه لأنه ما رضي بإفساد نصيبه) لأن دلالة ذلك ما كان إلا قبوله البيع معه وهو متنفذ هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه (وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده، وهذا عند أبي حنيفة) وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده (وقالوا: لا خيار له) أي للأجنبي، بل يتعين التضمنين على ما مر من أن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما قوله: (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة) للبائع (وقالوا: إن كان موسراً يضمن، ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه) وهو أنه لما باعه منه فقد رضي بعق نصيبه ولرضا بعق نصيبه يمنع التضمنين وهذا هو المراد بقوله: قد ذكرناه وإلا فهو لم يذكر أن البيع ممن يعتق عليه رضا بعق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع قوله: (وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر) فأراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولم يدبر والمدبر الضمان وهما المراد بقوله: (فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر) ثلث قيمة العبد قناً، وليس له أن يضمن المعتق شيئاً، وإذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد إن شاء على وزان ما تقدم فيما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت

لهما أنه أبطل وله أنه رضي. قال: (وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان) أي أراد، لأن مرید الضمان إنما هو الساكت والمدبر دون المعتق، فكان المراد بالجمع التثنية، أو أطلق الجمع بطريق التغليب (فللساكت أن يضمن المدبر ولا يضمن المعتق والمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً ولا يضمنه الثلث

موسراً كان أو معسراً) وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعبه فيكون نصيبه به، ولما كان متجزئاً عنده اقتصر على نصيبه، وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسد بإفساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعاً وهبة على ما مر، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سبباً ضمان تدبير المدبر وإعتاق هذا المعتقد، غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا، وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير، ولا يمكن ذلك في الإعتاق لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف

حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبي حنيفة (وللمدبر أن يضمن المعتقد ثلث قيمته مدبراً ولا يضمنه الثلث الذي ضمن) أعني ثلثه قناً (وهذا) كله (عند أبي حنيفة وقالوا العبد كله للذي دبره أولاً ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسراً كان أو معسراً وأصل هذا) الخلاف (أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة خلافاً لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعب العتق) إذ هو عتق مضاف (فيكون معتبراً به، ولما كان التدبير) (متجزئاً عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين) حيث امتنع على كل منهما البيع، وما في معناه من الهبة والوصية والصدقة والأمهار فثبت لكل منهما خمس خيارات^(١) أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدبر أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسداً بإفساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا، (فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت) هو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر (سبباً ضمان) أحدهما (تدبير المدبر) الذي أفسد عليه ما أفسد (و) الآخر (عتق هذا المعتقد) فإنه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتقد حيث استحق به العبد خروجه إلى الحرية بالسعاية أو التضمين (غير أن) الساكت له (تضمين المدبر) ليس غير (ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل) في الضمان لأن به يعتدل جانباً الضامن والمضمون له، فإنه لما ملك المضمون بدل ملكه وجب في تحقيق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله، فحيث أمكن هذا لا يعدل عنه (ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) خلافاً للشافعي حيث جعله ضمان إتلاف، فإذا جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه أولى،

الذي ضمن) وبيان ذلك أن قيمة العبد إن كانت سبعة وعشرين ديناراً مثلاً فإن الساكت يضمن المدبر تسعة والمدبر يضمن المعتقد ستة، وذلك لأن قيمة المدبر ثلثا قيمة القن لما نذكر، فبالتدبير تلفت منه تسعة فكان الإتلاف بالإعتاق واقعاً على قيمة المدبر وهي ثلثا قيمة القن وهي ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة، فيضمن المدبر المعتقد تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التي هي نصيب الساكت مع تلك الستة التي يضمنه إياها (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: العبد للمدبر ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسراً كان أو معسراً) قوله: (وأصل هذا) ظاهر. وقوله: (على ما مر) إشارة إلى قوله لأن المعتقد جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة إلخ، وقوله: (غير أن له أن يضمن المدبر) بيان حصر الضمان على المدبر بعد ما كان الإعتاق أيضاً سبب ضمان، وتقرير ذلك أن ضمان المدبر ضمان معاوضة وضمان المعتقد ضمان جناية وإتلاف، والأصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل إلى غيره إلا عند العجز؛ أما أن ضمان المدبر ضمان معاوضة فلا يضمن ما أتلفه بالتدبير وهو كان قابلاً للنقل فكان ضمانه مقابلاً بذلك فانهقد سبب الضمان موجباً لملك المضمون، بخلاف ضمان الإعتاق فإنه يضمن ما أتلفه، وما أتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضماناً من غير تملك المضمون وذلك

قال المصنف: (غير أن له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة) أقول: يعني ثبت ضمان المعاوضة في ضمن ضمان الإفساد. لا يقال إذا كان ضمان معاوضة ينبغي أن لا يختلف باليسار والإعصار كما في سائر المعاوضات لأنه ضمان إفساد يتضمن ضمان المعاوضة ولا معتبر بالضمينيات فليتأمل.

(١) قوله: (خمس خيارات) كذا في النسخ والمعدود ستة اهـ. من هامش نسخة العلامة البحراني.

الأصلين، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر، ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً لأنه أقصد عليه نصيبه مدبراً، والضمان يتقدر بقيمة المتلف، وقيمة المدبر ثلثا قيمته قناً على ما قالوا، ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لأن ملكه يثبت مستنداً وهو ثابت من وجه دون وجه، فلا يظهر في حق التضمنين والولاء بين المعتق والمدبر أثلاً ثالثاً لثلاث المدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار. وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما صار كله مدبراً للمدبر وقد أقصد نصيب شريكه لما بينا فيضمنه، ولا يختلف

وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم: ضمان جنايه. والدليل على اعتبارهم إياه ضمان جناية ما في قاضيهان: لو غصب عبداً فأبقي وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أداها، والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة، وكذا لو غصب مدبراً فاكسب عنده أكساباً ثم أبقي ولم يرجع حتى مات كانت الأكساب للغاصب لصيرورته ملكاً له عند أداء الضمان، ومما يدل على ذلك صحة إقرار المأذون بالغضب في

خالص ضمان الجناية، وأما أن الأصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح (ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) ومما يدل على أن ضمان المدبر ضمان معاوضة أن من غصب مدبراً فاكسب عند الغاصب كسباً ثم أبقي فلم يرجع من إباقه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب. قال في النهاية، والمسئلة في آخر باب النهي من أصول الفقه لشمس الأئمة السرخسي وإنما يكون الكسب له إذا كان المدبر ملكاً للغاصب عند أداء الضمان، فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل لضمان معاوضة فلان يعتبر ضمان المدبر وما أتلفه بتدبيره قابل للنقل لضمان معاوضة كان أولى. وقوله: (لأنه عند ذلك مكاتب أو حرز على اختلاف الأصلين) قال الإمام جلال الدين ابن المصنف: هذا غير مستقيم وكذا قوله لا بد من رضا المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب ولا حرز، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق، والمستسعي عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ، وإنما الصحيح أن يقال لأنه عند ذلك مدبر. وأقول: للساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب، كما أن من فيه حق البيان كذلك على ما سيجيء في هذا الكتاب في مسألة الثابت والخارج والداخل أن للمولى بيان حق الإيجاب الأول في كل واحد من الثابت والخارج، فما دام له حق البيان كان كل منهما حراً من وجه عبداً من وجه، فكان الثابت كالمكاتب، فكذا ههنا ما دام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب، وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي وقوله: (على ما قالوا) إشارة إلى أن فيه اختلافاً. قال بعضهم: نصف قيمة القن لأن قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكله ومنفعة الإجارة وما شاكلها وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخر. وقال بعضهم: قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم وهو مدة عمره من حيث الحرز والظن. والأصح ما قاله في الكتاب لأن منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة، وقيل الفتوى على الأول.

قال المصنف: (لكونه قابلاً للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير) أقول: أي قبل ثبوت حكم التدبير، فإن ملكه يتضمن الساكت يستند إلى ذلك الوقت قوله: (فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل، إلى قوله: كان أولى) أقول: هذا يخالف لما يجيء في كتاب الغصب فراجع مع أنه يهدم ما شيدوه في بيان نفي ثبوت حق تضمين الساكت للمعتق عن أساسه لأن بناءه على عدم إمكان ضمان المعاوضة في المدبر فتدبره. وجوابه أن ذلك ضرورة أن لا يجتمع البذل والمبدل في ملك شخص واحد على ما سيجيء في كتاب الغصب، وما ثبت بالضرورة لا يعدو موضعها فليتأمل قال المصنف: (لأنه عند ذلك مكاتب أو حرز على اختلاف الأصلين إلخ) أقول: قال الأستاذ مولانا جلال الدين ابن المصنف: قوله لأنه عند ذلك حر أو مكاتب على اختلاف الأصلين غير صحيح، وكذا قوله ولا بد من رضا المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بحر ولا مكاتب، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق، والمستسعي عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا تنفسخ هذه الكتابة بالرضا ولا بالتفاسخ، وإنما الصحيح أن يقال لأنه عند الإعتاق مدبر ولا يقبل النقل من ملك إلى ملك أهـ. ولك أن تقول: كلام المصنف مبني على التشبيه فإنه شبه بهما على الأصلين في عدم قبول النقل قوله: (وأقول للساكت حق الاستسعاء، إلى قوله: فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي) أقول: هكذا وجد في بعض النسخ، إلا أن قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ إلخ محل بحث فتأمل فيه.

قوله: (وبالوجه الثاني يتدفع ما قيل، إلى قوله: يضمن للساكت قيمة نصيبه إلخ) كلامه هذا يتضمن الاعتراف بقصور الوجه المذكور في الكتاب عن إفادة المدعي سالماً عن الارتباب. ولك أن تقول: المراد أن الملك المستند لا يظهر في حق ضمان الإنساد، لأنه لما لم يكن ثابتاً من وجه لم يكن الإعتاق إتلافاً محضاً لملكه فيغلب جانب عدم الإنساد والجناية على جانب الوجود، بخلاف استسعاء العبد فإنه ضمان الاحتباس لا ضمان الإنساد على ما مر قوله: (وقوله والولاء بين المعتق والمدبر أي عصبية المدبر) أقول: فيه بحث.

لك في قولهم: ضمان جناية. والدليل على اعتبارهم إياه ضمان جناية ما في قاضيخان: لو غصب عبداً فأبقي وقضي على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مرابحة على القيمة التي أداها، والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة، وكذا لو غصب مديراً فاكسب عنده أكساباً ثم أبقي ولم يرجع حتى مات كانت الأكساب للغاصب لصيرورته ملكاً له عند أداء الضمان، ومما يدل على ذلك صحة إقرار المأذون بالغصب في الحال مع أن إقراره بالإتلافات مؤخراً إلى ما بعد العتق، وإذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لأنه ممكن (لكونه) أي نصيب الساكت (قابلاً للنقل من ملك إلى ملك) في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سبباً لضمان المعاوضة (لأنه) أي العبد (عند ذلك مديراً) وفي بعض النسخ حر (أو مكاتب على اختلاف الأصلين، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال) فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف:

الحال مع أن إقراره بالإتلافات مؤخراً إلى ما بعد العتق، وإذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لأنه ممكن (لكونه) أي نصيب الساكت (قابلاً للنقل من ملك إلى ملك) في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سبباً لضمان المعاوضة (لأنه) أي العبد (عند ذلك مديراً) وفي بعض النسخ حر (أو مكاتب على اختلاف الأصلين، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال) فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف: هو غير مستقيم لأنه عند الإعتاق ليس حراً ولا مكاتباً، بل بعد العتق يصير كذلك، والمستسعى عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ، وإذا كان كذلك فإذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم أن لا يكون ضمان معاوضة إذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان إفساد (فلهذا يضمن) الساكت (المدير) ليس غير (ثم للمدير أن يضمن المعتق ثلث قيمته مديراً لأنه إنما أفسد عليه نصيبه مديراً) فإن المدير كان متمكناً قبل عتقه من استخدامه وإجارته وإعارته إلى موته فامتنع بعثه كل ذلك وهذا معنى الإفساد عليه وإنما أفسده مديراً والمدير مال مقوم حتى لو كان مديراً لشريكين فأعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مديراً وإن لم يملكه بالضمان (وقيمته المدير ثلثا قيمته قنأ) فلو كانت قيمته قنأ: سبعة وعشرين ديناراً ضمن له ستة دنائير لأن ثلثيها وهي قيمة المدير ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة قوله: (على ما قالوا) طريقته في مثله الإشعار بالخلاف، فقيل: قيمته قيمته قنأ وهو غير سديد لأن القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة، وقيل: نصف قيمته قنأ: لأنه يتفجع بالملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الأول، وقيل: تقوم خدمته مدة عمره حزرراً فيه فما بلغت فهي قيمته، وقيل: ثلث قيمته قنأ لأن الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل، وإنما زال الأخير فقط وإليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى، إلا أن الوجه يخص المدبرة، وقيل: يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيع هذا فائت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته، وهذا حسن عندي وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لأن البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع، وقيل: قيمة خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم، والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاها، وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لأنه حريداً وإن بقيت الرقبة قوله: (ولا يضمنه) أي لا يضمن المدير المعتق (قيمة ما

وقوله: (ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان) يعني أن المدير لما أدى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنأ ملك المدير نصيب الساكت واجتمع في ملك المدير ثلثا العبد، وله أن يضمن قيمة ما كان له في الأصل وهو الثلث مديراً، فإن نصيبه بعد تدبيره كان متفعلاً به من الوجه الذي ذكرنا وفسد بالإعتاق فيضمن، وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذي تملك على الساكت بأداء الضمان لوجهين: أحدهما أنه ملك المضمون مستنداً والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين. والثاني أنه لما انتقل نصيب الساكت إلى المدير قام المدير مقام الساكت في ذلك الثلث، والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه. وبالوجه الثاني يندفع ما قيل على ما في الكتاب أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وهو موسر يضمن للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وإن ثبت له الملك مستنداً وهو ثابت من وجه دون وجه. ووجه ذلك أن

باليَسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الإستيلاء، بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جنابة، والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر. قال: (وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوماً ويوماً تخدم المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: إن شاء المنكر استسمى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها) لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على

ملكه بالضمان من جهة الساكت) وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثها قناً وثلثها مدبراً (لأن ملكه فيه) أي في ثلثه قنا (يثبت مستنداً) إلى وقت التدبير (وهو ثابت من وجه) وهو بالنظر إلى حال أداء الضمان (دون وجه) وهو بالنظر إلى الحقيقة حال التدبير (فلا يظهر في حق التضمين) بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق.

واستشكل بما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فإنه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستنداً. أجيب بأنه لما انتقل نصيب الساكت إليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء، فكذا للمعتق، أما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر، ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه. ولا يخفى أن هذا لا يدفع الوارد على قوله: إن الملك المستند لا ينتهض سبباً للتضمين، إذ قد ثبت التضمين به للعبد غير أن المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذي لا ضمان له على المعتق، فكان الأوجه أن يقال: من الابتداء لا يضمنه ما ضمن للساكت لأنه بالضمان له قائم مقامه، وليس له أن يضمن المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه، بخلاف ثلث نفسه: أعني ثلث المدبر فإنه لم يقم فيه مقام أحد. ويمكن أن يدفع ورود أصل السؤال بأن الكلام في أن الملك المستند لا ينتهض سبباً لضمان كاللمعتق المفسد بإعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت، والرجوع على العبد ليس تضميناً لمفسد الملك المستند لأن العبد ليس مفسداً شيئاً بل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت أن يضمنه، فكذا من صار الملك له وقام مقامه. واعلم أنه لو لم يعتق إلا بعد أداء المدبر الضمان للساكت كان للمدبر تضمينه من ثلث قيمته عبداً مع ثلثه مدبراً لأن الإعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته، كذا عللوا. والوجه على هذا أن يقال في أصل التعليل: ليس له أن يضمن المعتق ما ضمنه، لأنه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وإن لم يدفع الوارد أيضاً لأنه ظهر ملكه حال العتق بأداء الضمان مستنداً، ويحتاج إلى تنميته بقولنا فيكون ثابتاً حال الإعتاق من وجه دون وجه، ويعود السؤال بعق أحد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم ورود. هذا وأورد الطلبة على هذا أنه ينبغي أن يضمن قيمة ثلثيه مدبراً لأنه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبراً لا قناً، ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لأنه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء. والجواب لا يتم إلا بمنع كون الثلث الذي ملكه بالضمان للساكت صار مدبراً بل هو قن على ملكه، إذ لا موجب لصيرورته مدبراً لأن ظهور الملك الآن لا يوجب والتدبير يتجزأ، وذكرهم إياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج إليه، إذ يكفي فيه أنه باق على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان، وإنما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من أنه ضمان جنابة لا تملك قوله: (والولاء بين المعتق والمدبر أثلاثاً ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على

المدبر قام مقام الساكت بأداء الضمان، وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعيين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الأصل، فكذلك من قام مقامه، وأما المعتق فلما قام مقام الساكت بأداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق أيضاً تلك الولاية. وقوله: (والولاء بين المعتق والمدبر) أي بين عصبة المدبر (أثلاثاً ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فإن قيل: لو كان أداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء أيضاً لأنه أدى إلى المدبر ثلث قيمته مدبراً. أجيب بأن ضمان المعتق إلى المدبر ضمان إتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا أن المدبر غير قابل للنقل من ملك إلى ملك فلم يملك المعتق شيئاً بمقابلة ما ضمن، وأما المدبر فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستنداً إلى وقت التدبير على ما مر فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء مستنداً ثبت له ثلثا الولاء وللمعتق الثلث لما أن نصيب الساكت بعد ما انتقل إلى المدبر لا ينتقل إلى المعتق. وقوله: (لأنه ضمان تملك) أي لأن ضمان التدبير ضمان

البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت. ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها

ملكهما على هذا المقدار فإن أحد ثلثيه كان نصيبه بالأصالة والآخر تملكه بأداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من ابتداء، بخلاف المعتق فإنه وإن كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدبر ليس له إلا ثلث الولاء لأن ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة ضمان إفساد لما ذكرنا من أن المدبر غير قابل للنقل وحين أعتقه كان مدبراً، ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعاً أثلاثاً لكل ثلثه. وفي النهاية وغيرها في قوله: والولاء بين المعتق والمدبر: أي بين عصبة المدبر والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت، ونسبه لقاضيخان وهو غلط لأن العتق المتجزئ يوجب إخراجه إلى الحرية بتنجز أحد الأمور من التضمن مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدبر إياه من حين وجوده، كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء وديره الآخر الساكت فإنه لا تتأخر حرية باقيه إلى موته كما قدمناه أول الباب، بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قلبه أو كان مكاتباً لشريكين فدبره أحدهما تقيده في نصيبه وبقي نصيب الآخر مكاتباً من غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة، لأن نصيب الآخر على حاله عنده، وأما ما في الزيادات: مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبي حنيفة لأن الكتابة تنجزاً عنده، وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيتخير حينئذ بين تضمين المعتق إذا كان موسراً واستسعاء العبد مختاراً أو جبراً بإجارتته فهو يحقق ما قلنا: من أنه لا يبقى^(١) فيه الرق إلى أن يؤدي السعاية، والله أعلم قوله: (وإذا لم يكن التدبير متجزئاً عندهما إلخ) يعني أن ما ذكرناه إلى هنا قول أبي حنيفة، فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبراً لشريكه المدبر (وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا) فيضمن ثلثي قيمته لشريكه (ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك) لأنه أمكن على ما ذكرنا (فأشبه الاستيلاء) أي إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه موسراً كان أو معسراً (بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد) لا ضمان تملك، وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس، وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار وأرادا فيه (والولاء كله) على قولهما: (للمدبر وهو ظاهر) لأن العتق كله من جهته. واعلم أنه يجب على قولهما: إن ضمان الإفساد في الإعتاق لا ينافي ضمان التملك لأنهما حيث قالوا: إن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه القول: بانتقال ملك نصيب الساكت إليه وإلا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه، وحينئذ يجب أن يقال: ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس قوله: (وإذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوماً) أي

تملك لأنه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والإعسار كضمان الاستيلاء (بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جنائية) وهو يختلف باليسار والإعسار. واعترض بأن قولكم ضمان الجنائية يختلف باليسار والإعسار أردتم به مطلق ضمان الجنائية أو الجنائية بالإعتاق، والأول مردود بأن من كسر جرة إنسان مثلاً أو أثلف ملكاً من أملاكه فإنه يجب عليه الضمان موسراً كان أو معسراً، والثاني تحكم. وأجيب بأن المراد الثاني، والتحكم مدفوع لثبوته بقوله ﷺ «في الرجل يعتق نصيبه: إن كان غنياً ضمن، وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر» فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس. قال: (وإن كان جارية بين رجلين) إذا كانت الجارية بين رجلين (زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهي موقوفة يوماً) أي ترفع عنها الخدمة يوماً (وتخدم المنكر يوماً عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا: إن شاء المنكر استسمى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة)

(١) قوله: (لا يبقى) هكذا في النسخ، ولعل الصواب حذف لا النافية فليأمل. كذا بهامش نسخة العلامة البحراري، كتبه مصححه.

للمنكر، ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف، ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استعساء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاء والضمآن، والإقرار بأموية الولد يتضمن الإقرار بالنسب وهو

لا تخدم فيه أحداً (ويوماً تخدم المنكر) ولو مات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له، وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة، كذا ذكره الفقيه أبو الليث. ووجه هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال: عتقت الجارية من جهة شريكي، ولو قال: أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه، فإنه إن لم يتمكن من تضمينه إن كان موسراً وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكناً من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة: موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسراً والآخر معسراً، وعندهما كذلك إن كان المقر عليه معسراً، فإن كان موسراً سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لاحق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لإنكاره ولا بينة له. وقال محمد: إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها. وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقالاً باعتبار قول مرجع لأبي يوسف، ولا ينبغي مثله أن يفعل إلا أن يقرن بالبيان فيقال في قوله الأول مثلاً وإلا أوهم أن ينسب إليه الآن ما ليس هو قائلًا به. واختلف المشايخ في أن خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وأبي يوسف؟ الأول والصواب أن لا خدمة له عليها بل بمجرد إقرار المقر صار حق المنكر في سعائتها وتخرج بها إلى الحرية. وفي المختلف في باب محمد أن نفقتها في كسبها، فإن لم يكن لها كسب فنفتها على المنكر، ولم يذكر خلافاً في النفقة. وقال غيره: نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها، فإن لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لأن نصف الجارية للمنكر، وهذا اللائق بقول أبي حنيفة. وينبغي على قول محمد: أن لا نفقة لها عليه أصلاً لأنه لا خدمة له عليها ولا احتباس، وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها: أي تأخذ جنايتها ممن جنى عليها التسعين بها، وعلى قول أبي حنيفة: جنايتها موقوفة إلى تصديق أحدهما صاحبه قوله: (لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقراره عليه فصار كأنه هو استولدها، كما لو أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذي أعتق) حتى لو اشتراه عتق عليه، وإذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فإنه لا يكون للاستخدام، والمقر أيضاً امتنع عليه الاستخدام لأنه يدعي الملك على المنكر، وإذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال أن نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استساعها لاحتباس ماليتها ومنافعها عندها، ولا وجه إلى تضمين شريكه، فإذا استساعها فلا سبيل لأحد عليها، فإن المنكر أخذ حصته والمقر يبرئها منه ويدعي أن حقه في تضمين المنكر لدعواه الاستيلاء فصار كأم ولد النصراني إذا أسلمت لما امتنع بإسلامها مقاصد الملك عليه ولم يكن لإخراجها عن ملكه مجاناً للإضرار به وجب أن تعتق بالسعاية قوله: (ولأبي حنيفة) وعلمت أن أبا يوسف معه (أن استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين) لأن المقر إما صادق فيكون جميع خدمتها له لأنها أم ولده وهو مستحق

كلها (لا سبيل عليها) يعني للمقر بالاستعساء (لهما أنه لما لم يصدقه) وتقريره أن المقر لو أقر على نفسه بالاستيلاء صح، فإذا أضافه إلى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب إقراره عليه، وإذا انقلب إقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع فإنه يجعل كأنه أعتقه، وإذا انقلب إقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لأن المقر صار بإقراره كالمستولد لها، ولا يمكن للمنكر تضمين المقر، لأنه ما أقر على نفسه بالاستيلاء فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتسباً عند الجارية (فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأم ولد النصراني إذا أسلمت) تخرج إلى العتق بالسعاية لتعذر إيقائها في يد المولى وملكه بعد إسلامها وإصراره على الكفر (ولأبي حنيفة أن المقر لو صدق) تقريره موقوف على

قوله: (كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع) أقول: قوله قبل متعلق بقوله أقر.

أمر لازم لا يرتد بالرد، فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد (وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: يضمن نصف قيمتها) لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة

خدمتها، أو كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن. وأما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لأنه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاء والضمنان على شريكه، وهو لفّ ونشر مرتب. وقولهما: انقلب إقراره عليه. قال: ممنوع لأن الإقرار بأموية الولد إقرار بالنسب (وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) بنفسه حكماً، نعم يوجب ذلك أن يؤخذ بإقراره فيمتنع استخدامه واستنعاؤه وقد قلنا بذلك، ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعق العبد عليه لو اشتراه من هذا لإقراره على نفسه لا من الانقلاب، وحاصله منع الانقلاب، والجواب عما استدل به عليه قوله: (وإن كانت أم ولد بينهما) بأن ادعى كل منهما أنها أم ولد له (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبي حنيفة وقالوا: يضمن نصف قيمتها) وإن كان معسراً سعت للسكوت فيه وأصل الخلاف في تقوّم أم الولد، فعنده غيره متقومة، وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة (وعلى هذا الأصل تبتي عدة من المسائل) ذكرها المصنف في كفاية المنتهى: إحداها هذا والثانية أم الولد إذا ولدت ولداً وهي بين اثنين فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعق ولا يضمن من قيمته شيئاً لشريكه عنده، وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه إن كان موسراً، وإن كان معسراً استسعى الولد في النصف: يعني إذا بلغ حداً يستسعى فيه مثله. ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين إذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده في نصف قيمتها وتسعى عندهما. ومنها لو غصب أم الولد غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما. وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن به الصبي الحر، حتى لو وضعها في مسبة فافترسها سبع يضمن عنده كما يضمن الصبي الحر بذلك لأنه ضمان جنابة لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق. ومنها لو باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما. ومنها أمة حبلت ببيت فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الأم عند المشتري فادعى البائع الولد صح وعليه أن يرده جميع الثمن عنده، وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن قوله: (وجه قولهما) وهو قول الجمهور: (أنها متفقع بها وطأ وإجارة واستخداماً) وكذا يملك كسبها، ولو قال: كل مملوك لي حرّ عتقت، وهذا هو دلالة التقوّم والفائت ليس إلا

مقدمة هي أن الخبر ينقسم إلى صادق وكاذب قسمة حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان إلى مطابقة الواقع وعدمها، فالمقرّ إما أن يكون صادقاً في إقراره أو كاذباً. فإن كان الأول (كانت الخدمة كلها للمنكر) وإن كان الثاني (كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف، ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك) أما عن الخدمة فبدعوى الاستيلاء، وأما عن الاستسعاء فبدعوى الضمان ففي كلامه لفّ ونشر على ما ترى. وقوله: (والإقرار بأموية الولد يتضمن الإقرار بالنسب) جواب عن قولهما كأنه استولدها: يعني أنه لما أقرّ بأموية الولد والإقرار بها يتضمن الإقرار بالنسب والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد حتى أن الرجل إذا أقرّ بنسب صغير لرجل فكذبه المقرّ له ثم أقرّ المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لأن النسب لا يرتد بالرد (فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما) بأن ولدت جارية بين رجلين ولداً فادعاه (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة،

قوله: (والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد) أقول: فإن قيل الإعتاق لا يرتد. قلنا: نعم، والانقلاب فيه أيضاً غير مسلم بل المقرّ مؤاخذ بإقراره فليتأمل قال المصنف: (فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) أقول: لا يقال التشبه من بعض الوجوه كامتناع البيع لأنه لا ينفرد عليه حيثنّ قوله فيمتنع الخدمة قوله: (منها أنه إذا مات أحدهما إلخ) أقول: سيجيء في آخر الباب أن بدل الكتابة لا يفتر وجوبه إلى تقوّم ما يقابله، ففي تفريغ هذه المسألة على التقوّم كلام قال المصنف: (وهذا هو دلالة التقوّم) أقول: فيه بحث لأن أبا حنيفة يقول بل هذا هو دلالة الملك وهو غير التقوّم. ثم اعلم أن في تقوّم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة كما سيجيء في كتابة العبد المشترك من العناية وغيرها.

عندهما، وعلى هذا الأصل تبثني عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى، وجه قولهما أنها منتفع بها وطاً وإجارة واستخداماً، وهذا هو دلالة التقوم، وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر، ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية، وهذا آية التقوم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لقوات منفعة البيع والسعاية بعد

مكنة البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والابق وامتناع سعايتها لغرماء المولى أو ورثته إذا لم يكن له مال سواها مثلاً لأنها مصروفة إلى حاجتها لدفع حاجته كي لا يضيع نسبه وماؤه وهذا مانع يخصها لا يوجد في المدبر فلذا افرقا في السعاية وعدمها (وهذا) أي الانتفاع المطلق شرعاً على هذه الوجوه (دلالة التقوم) لأن هذه الأفعال لا تكون إلا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والإجارة، ولا زيادة بعد هذا إلا بثبوت حق الحرية، ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم، ألا يرى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت سعت له، وهذا آية التقوم في أم الولد مطلقاً لأنه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وأم ولد النصراني، فإذا ثبت التقوم في إحداها ثبت في الأخرى، وكذا ولد المغرور إذا كانت أمه أم ولد فإن المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا. وحاصله دليلان: الأول قياس على المدبر، والثاني إجماع مركب. وأيضاً ثبتت مالياتها فلا تخرج عنها إلا بمقتضى وحق الحرية الطارئ بالاستيلاء ليس مقتضياً لذلك لثبوتها مع انتفاء ذلك في المدبر فإن فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتها فيه قوله: (غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لقوات) منفعتين (منفعة البيع والسعاية بعد الموت) والباقي منفعة من ثلاث فحصلتها ثلث القيمة (بخلاف المدبر فإن القاتل منفعة البيع) فقط لأنه يسعى بعد الموت إذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قناً. وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف، وقد بيناه في الكلام على قيمة المدبر في المسئلة عبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وأعتقه الآخر وسكت الآخر قوله: (ولأبي حنيفة) الحاصل أن ما ذكر من اللوازم إنما هي لوازم الملك بعضها أعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والإجارة، فإن الوطء يثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام والإجارة تثبت بالإجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب، ولا كلام في ملك الرقبة إنما الكلام في التقوم والمالية، والتقوم يثبت بالإحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الإحراز مالاً متقوماً لا بالملك وإن ثبت معه، والآدمي وإن صار مالاً متقوماً بعد أن لم يكن في الأصل مالاً لأنه خلق لأنه يكون مالاً للمال ولكن ذلك إذا أحرز للتمول، وأم الولد إذا أحرزها واستولدها كان إحرازها لها للنسب لا للتمول، وإن كان أول تملكها كان للتمول، لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية إلى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما

وقالا: يضمن نصف قيمتها لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده) خلافاً لهما، وعلى هذا الأصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى: منها أنه إذا مات أحدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى. ومنها أنها إذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده. وعندهما يضمن نصف قيمته لشريكه إن كان موسراً ويستسعي الولد في نصف قيمته إن كان معسراً. ومنها أنه إذا غصب أم ولد فهلكت عنده لم يضمن شيئاً عنده خلافاً لهما (وجه قولهما) في تقوم أم الولد (أنها منتفع بها وطاً وإجارة واستخداماً) بالاتفاق، وكل ما هو كذلك فهو متقوم لأن حل الوطء لا يكون إلا بملك اليمين عند عدم النكاح (ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية) ولولا تقومها لم يكن كذلك، فإن عورض بأن يبيعها منتفع وذلك دليل على عدم التقوم. أجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر. وقوله: (غير أن قيمتها) بيان لمقدار القيمة وهو واضح (ولأبي حنيفة أن التقوم بالإحراز) للتمول ولا إحراز للتمول في أم الولد لأنها محرزة للنسب لا للتمول. وقوله: (لا للتقوم) معناه للتمول وكذلك في قوله: (والإحراز للتقوم تابع) أي ليس بمقصود لأنه إذا حصنها واستولدها ظهر أن إحرازها للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول. وقوله: (ولهذا لا تسعى لغريم) جاز أن يكون بياناً وتوضيحاً لقوله والإحراز للتقوم تابع، يعني أنه لو كان مقصوداً لسعت لغريم أو وارث لتعلق حق الغرماء به بعد وله لكن اللازم باطل فكذلك الملزوم، وجاز أن يكون بياناً لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم. وقوله: (بخلاف المدبر) جواب عن قولهما كما في المدبر: يعني بخلاف المدبر فإنه ليس بمحرز للنسب ولهذا تتعلق به حق الغرماء. وقوله: (وهذا)

الموت، وبخلاف المدبر لأن الفاتحة منفعة البيع، أما السعاية والاستخدام باقيا. ولأبي حنيفة رحمه الله أن التقوم بالإحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والإحراز للتقوم تابع، ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر، وهذا لأن السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة، إلا أنه

ذكرناه. وهذه المقدمة تقبل المنع: أعني انتفاء صفة المالية والتقوم بالإحراز للنسب بأن يقال: لا نسلم الملازمة بين الإحراز للنسب وانتفاء التقوم. وجوابه أنه وإن لم ينافه لكنه تابع فصار الإحراز في حق التقوم كالتفتي، ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعاً وهو عدم سعائتها لغريم أو وارث وإن لم تخرج من الثلث أو لا مال له سواها وعليه ديون، وإن ما كان مالاً متقوماً في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمانه ولو في بعض الصور، كالمدبر لما لم يخرج من الثلث أو خرج والتركة مستغرقة تتعلق به فيظهر أنه يعتبر حالة الحياة مالاً غير أنه موصى به وإذا لم يمكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسخي في قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وأم الولد، وحيث ثبت التقوم في المدبر ورد عليه لو كان متقوماً جاز بيعه، فأجاب عنه بأن عدم جواز بيعه لتحقيق مقصود المدبر من نيته ثواب عتقه بعد موته. والجواب عن إلزام التقوم بأم ولد النصراني بمنع تقومها، وإلزام السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة إذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا إخراجها عن ملكه مجاناً وهو ملك صحيح فأنزلت مكاتبه عليه على قيمتها. ونقول: لا يفتقر بدل الكتابة إلى التقوم لأنه في أصله بمقابلة ما ليس بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم، فالأمور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس في محلها من تلك الضرورة، أو نقول: هو يعتقد المالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتني على اعتقادهم كما في مالية الخمر، أو أن ملكه لما احتبس عندها لمعنى من جهتها كان مضموناً عليها وإن لم يكن متقوماً، كالقصاص إذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله. وبهذا تم الوجه لأبي حنيفة. وأما قوله: في الكتاب (وهذا لأن السبب فيها) أي في أم ولد (متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد) فغير متوقف عليه الإثبات، إذ قد ثبت شرعاً بما ذكرنا عدم تقومها، وإنما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها: يعني أن حكمة إسقاط الشرع تقومها ثبوت الجزئية بينها وبين مولاه الحر إلى آخر ما ذكر في المصاهرة كما أشار إليه عمر حيث قال: كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم؟ فثبت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم، وكان مقتضاه أن تنجز حريتها لكن انعقد الإجماع على عدمه فبقي فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الإجماع عليه، وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه الصلاة والسلام «اعتقها ولدها» بهذا الطريق، وهو أنه يدل على تنجز العتق، لكن الإجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية فبقي فيما سوى حقيقة العتق معمولاً به ومنه سقوط التقوم. فإن قيل: فالتدبير أيضاً كذلك: أي سبب في الحال للعتق لما ذكر في بابه فيجب أن ينتفي تقوم المدبر على وزان انتفائه بسبب أمومية الولد. فالجواب أن ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة هي أن تأخيرها كغيره من التعليقات يوجب بطلانه، لأنه ما بعد

إشارة إلى الفرق بين أم الولد وبين المدبر وبيانه (أن السبب فيها) أي في أم الولد (متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة) وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعاً (إلا أنه لم يظهر عمله في حق) زوال (الملك ضرورة الانتفاع) كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك، ولا ضرورة في إسقاط التقوم فعمل فيه السبب، وأما في المدبر فإن السبب ينعقد بعد الموت، لأن قوله إن مت فانت حر تعليق محض، والمعلق بالشرط لا ينعقد سبباً عندنا قبل وجوده على ما عرف. وقوله: (وامتناع البيع فيه) جواب عن قولهما وامتناع بيعها لا يسقط تقومها. وتقريره كان القياس أن لا يمتنع بيع المدبر، إلا أنه إنما امتنع تحقيقاً لمقصوده، إذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته. وقوله: (وفي أم ولد النصراني) جواب عما قاسا عليه. وقوله: (قضينا بتكاتها عليه) ليس المراد به حقيقة التكاثر، ولكن لما حكمنا بأنها تخرج عن ملكه بأداء القيمة كانت في معنى المكاتب، وإنما فعلنا هكذا (دفعاً للضرر عن الجانيين) أما في حق أم الولد فلئلا تبقى تحت يد نصراني وهي مسلمة، وأما في حق النصراني فلئلا يبطل ملكه مجاناً فلما كانت هي في معنى المكاتبه كان

لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع بعمل السبب في إسقاط التقوّم، وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت، وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا. وفي أم ولد النصراني قضينا بتكاتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين، وبدل الكتابة لا يفتر وجوبه إلى التقوم.

الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه إليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم بل يبقى في حق سقوط التقوم على الأصل: يعني فتتأخر سببيته لسقوط التقوم إلى ما بعد الموت، وعلى هذا يحمل قول المصنف، وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه إلزام التناقض، وذلك أن كلامه في سقوط التقوم لأم الولد فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقوم في أم الولد ثابت في الحال، وسبب سقوطه في المدبر متأخر إلى ما بعد الموت كما بينا.

ما أدته في معنى بدل الكتابة، وبدل الكتابة لا يفتر وجوبه إلى تقوّم ما يقابله لأنه في الأصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم، فلذلك قلنا إن تكاتها لم يقتض تقوّم أم ولد النصراني فاطرد ما قلنا، والله أعلم.

باب عتق أحد العبدین

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدهما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدهما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من آخرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله كذلك إلا في العبد الآخر فإنه يعتق ربعه) أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر

باب عتق أحد العبدین

هذا أيضاً من عتق البعض، غير أن الأول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد فتزل الأول من هذا منزلة الجزء، وهو مقدم على الكل لأن الأول في عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد قوله: (ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدهما حر ثم خرج واحد منهما ودخل آخر) وهو الباقي من الأعبد الثلاثة (فقال) المولى (أحدهما حر) فالمسئلة على ثلاثة أوجه: أحدها أن يبين العتق قبل الموت، والثاني أن يموت المولى قبل بيانه وهي مسئلة الكتاب، والثالث أن يموت العبد قبل البيان. وحكم هذا القول: إذا وقع منه أن يؤمر المولى بالبيان، وللعبد مخاصمته في ذلك، فإذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج بالكلام الأول عتق وبطل الكلام الثاني لأنه حينئذ جمع بين حر وعبد وقال: أحدهما حر إنشاء في المبهم الدائر بينهما، ولا يمكن ذلك إلا إذا كان كل منهما محلاً لحكمه، والحر ليس كذلك فبطل إنشائيته وصار خبراً بأن أحدهما حر وهو الثابت، فلا يفيد في الخارج^(١) عتقاً. فإن قيل: البيان له حكم الإنشاء لأنه في المعين والعتق المبهم لا ينزل في المعين فصار بيانه في الثابت كأنه إنشاء لأن العتق فيه بعد ما أعتق الأحدهما الدائر بينه وبين الخارج بالكلام الثاني ولو نجز عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان. أجيب بأن البيان إنشاء من وجه لا من كل وجه، بل من حيث إن وقوع العتق الأول في المعين به لا يكون بالعتق الأول فقط لأنه عتق مبهم وهو غير المعين يكون إنشاء، ومن حيث أن المولى يجبر على البيان إذا خاصمه العبدان ولا يجبر على إنشاء العتق يكون إظهاراً، فعلى تقدير الإنشاء يعتق الداخل، وعلى تقدير الإخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك، وإن بين بالكلام الأول عتق الخارج فلا إشكال ويؤمر ببيان الكلام الثاني ويعمل

باب عتق أحد العبدین

لما فرغ من بيان عتق بعض العبدین عتق أحد العبدین وقدم الأول لأن الواحد قبل الاثنين (ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدهما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدهما حر) ولم يسم كلاهما باسم الفعل الذي اتصف به من كونه خارجاً وداخلاً وثابتاً يؤمر المولى بالبيان ما دام حياً لأنه هو المجهول فيرجع في البيان إليه ويعتق الذي عينه، فإن بين الكلام الأول في الخارج عتق الخارج، ويؤمر بالبيان في الكلام الثاني ويعتق من عينه، وإن بين الكلام الأول في الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثاني لأنه صار خبراً فلا يستحق به العتق، كما لو جمع بين حر وعبد وقال أحدهما حر لا يعتق العبد، وإن بدأ ببيان الكلام الثاني وقال عنت بالكلام الثاني الداخل عتق الداخل ويؤمر ببيان الكلام الأول، وإن قال عنت بالكلام الثاني الثابت عتق الثابت بالكلام الثاني وتعين الخارج للكلام الأول فيعتق الخارج أيضاً (وإن مات ولم يبين عتق من الذي أعيد عليه القول) يعني الثابت أعيد عليه قوله أحدهما حر (ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين) يعني الخارج والداخل (عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد كذلك) يعني يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه (إلا في العبد الآخر) وهو الداخل (فإنه يعتق ربعه) باعتبار الأحوال. والأصل في اعتبار الأحوال في حالة الاشتباه ما روي «أن رسول الله ﷺ بعث أناساً إلى بني خنهم للقتال، فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي ﷺ، فلما بلغ ذلك رسول الله ﷺ بعث

باب عتق أحد العبدین

قوله: (ثلاثة أرباعه) أقول: فاعل عتق.

(١) قوله: (فلا يفيد في الخارج) هكذا في النسخ، ولعل الظاهر فلا يفيد في الداخل تأمل اهـ. من هامش نسخة العلامة البحراري.

بينه وبين الثابت، وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف، غير أن

ببيانه، وإن بدأ ببيان الكلام الثاني فقال: عنيت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الأول فأيهما بينه من الخارج والثابت عمل به، وإن قال: عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الأول، ولا يبطل لأن حال وجوده كانا رقيقين، وإن لم يبين المولى شيئاً حتى مات أحد العبيد فالموت بيان أيضاً، فإن مات الخارج تعين الثابت للعتق بالإيجاب الأول والخارج بالإيجاب الأول لزوال المزاحم وبطل الإيجاب الثاني لما ذكرنا، وإن مات الثابت تعين الخارج بالإيجاب الأول والداخل بالإيجاب الثاني لأن الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق، وإن مات الداخل أمر ببيان الأول، فإن عني به الخارج عتق الثابت أيضاً بالإيجاب الثاني، وإن عني به الثابت بطل الإيجاب الثاني لما ذكرنا، وإن مات المولى قبل البيان فهي مسألة الكتاب، واتفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلاثة أرباع الثابت. واختلف في الداخل، ومذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يعتق نصفه أيضاً، وعند محمد يعتق ربه. واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الأرباع مع قولهما: بعدم تجزي الإعناق. والجواب أن قولهما بعدم تجزيه إذا وقع في محل معلوم، أما إذا كان الحال إنما هو الحكم بشبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة. والحاصل أن عدم التجزي عند الإمكان والانقسام هنا ضروري. ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لأن الواقع أن كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يقر في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حراً، فيمكن أن يقول: يعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى في ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول أبي حنيفة، غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده، وعندهما يسعون وهم أحرار، إذ الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد مجاناً لا أن يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي إلى أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما. ورد على ذلك الطالب بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداءً ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى: أحكما حرّ إعتاق الاثنين وهو باطل، بل أحكما لا يؤدي معنى كلاهما؛ وقد يدفع عنه هذا يمنع كون الموجب ذلك بل موجه عتق رقبة شائعة، وإنما عتق الكل من كل منهما للضرورة التي اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوق عتق النصف مثلاً موجباً للتوزيع كوقوعه موجباً لقوله: أعنت نصفك، فكما يقع انعناق النصف انعناقاً للكل إذا وقع عن موجه كذلك يقع هنا. والحاصل أنه لا موجب أصلاً لخروجهما عن أصلهما، وموافقة أبي يوسف أبا حنيفة في عتق نصف الداخل لا توجب موافقة في التجزي. ووجه الاتفاقية ما ذكره المصنف بقوله (أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف) إذ لا مرجح (غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربحاً آخر لأنه دائر بينه وبين الداخل فينتصف بينهما) لكن نصف الثابت شاع في نصفه، فما أصاب منه المعتقد بالأول لغا، وما أصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافاً إلى عتق النصف بالأول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (ولأنه لو أريد الثابت بالثاني يعتق نصفه) الباقي، ولو أريد الداخل لا يعتق منه شيء فعتق نصفه في حال ولم يعتق منه شيء في حال فيقسم النصف له فيعتق ربه وقد كان عتق له النصف بالأول فيكمل له عتق ثلاثة أرباع. وجه المذكور لمحمد في الداخل أن الإيجاب الثاني دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل

نصف العقل باعتبار الأحوال، وذلك لأن السجود منهم كان محتملاً أن يكون لله تعالى فكان إسلاماً، ويجب بقتلهم جميع الدية، وأن يكون لغير الله تقيّة من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقياً من شرهم فلا تجب بقتلهم الدية، فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجه أوجب النصف وأسقط النصف، وعلى هذا مسائل أصحابنا. فإن قيل: ما بال أبي حنيفة في الخنثى يعطيه أقل النصيين من غير اعتبار الأحوال؟ أجيب بأنه إنما يجب المصير إلى اعتبار الأحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه، والخنثى ليس كذلك لأنه إذا بلغ مبلغ الرجال أو النساء لا بد أن

قوله: (يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار) يعني أن الكلام في المستمر على الإشكال.

الثابت استفاد بالإيجاب الثاني رباعاً آخر لأن الثاني دائر بينه وبين الداخل، وهو الذي سماه في الكتاب آخراً فيتصرف بينهما، غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه، فما أصاب المستحق بالأول لغا، وما أصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة أرباع ولأنه لو أريد هو بالثاني يعتق نصفه، ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتصرف فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالأول، وأما الداخل فمحمّد رحمه الله يقول: لما دار الإيجاب الثاني بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل

قوله: (وهما يقولان) حاصله أن إصابة الربع عندهما ليس قضية للكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه في كله ونصفه شائعاً معتقاً، فما أصاب منه هذا النصف لغا، وما أصاب القن عتق فلغا ربعه. وهذا المعنى منتف في النصف الذي أصاب الداخل، وقد علمت آنفاً أن محمداً لم يوافق على هذا التوجيه، وتقدم له أيضاً أن الإيجاب الثاني صحيح في حالة وهي أن يريد بالكلام الأول الخارج غير صحيح في حالة أخرى وهي أن يريد به الثابت لما تقدم، وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه، وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شيء أصلاً فان نصف الثابت به فأصاب كل ربعه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربعه. وإذا عرفت هذا ظهر أن المذكور في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لأن عتق ثلاثة أرباع الثابت على قول محمد: ليس لذلك الوجه المذكور، فإنه لم يصبه النصف أصلاً بل أصابه الربع ابتداءً بما ذكر من الوجهين. واعلم أن قولهم: يريد الخارج بالكلام الأول معناه يحتمل أن يبين الميث العتق فيه لو بينه قبل موته وإلا فالعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم، ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه. وللشافعي في أصل المسئلة قولان: في قول: يقرع بينهم وفي الأصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان. وعند أحمد يقرع بينهم وكذا إذا قال لعبيده: أحدكم حر يقرع بينهما، فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه إلا أن يقول: كنت نويته عند التلفظ. لنا في تأصيل اعتبار الأحوال ما روي «أنه عليه الصلاة والسلام بعث سرية إلى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي ﷺ، فقضى النبي ﷺ بنصف العقل»^(١) وليس هذا إلا لاعتبار الأحوال لأن السجود جاز كونه الله فيكون إسلاماً فيجب كمال العقل، وجاز كونه تعظيماً للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجباً لكما له في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضي بالنصف. وجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين «أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعاهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة»^(٢) رواه الجماعة إلا البخاري، وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطناً، وقد علمت أن ما

يتفلك لها ثدي أو تنبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه، والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب وهو واضح. هذا إذا

(١) جيد. أخرجه البيهقي ١٣٠/٨ عن قيس بن أبي حازم قال: ... فذكره ثم قال البيهقي: وروي موصولاً، ثم أسنده عن قيس بن أبي حازم عن جرير قال: فذكره، وأسنده البيهقي من وجه آخر عن قيس عن جرير به، وإسناده جيد رجاله ثقات، ابن أبي حازم ثقة مخضرم، وجرير صحابي، والراوي عن قيس ثقة ثبت.

(٢) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٦٨ ح ٥٧ والترمذي ١٣٦٤ وابن حبان ٤٥٤٢ والبيهقي ٢٨٥/١٠ كلهم من طريق قتبية بن سعيد عن حماد بن زيد عن أيوب عن أبي قلابة عن أبي المهلب عن عمران بن حصين بهذا الحديث، وإسناده صحيح على شرط البخاري ومسلم سوى أبي المهلب فإنه من رجال مسلم وحده.

وتابع سليمان بن حرب قتبية على حماد. أخرجه أبو داود ٣٩٥٨ وتويع حماد فقد أخرجه مسلم ١٦٦٨ ح ٥٧. وأحمد ٤٢٦/٤ والبيهقي ٢٨٥/١٠ من طريقين عن أيوب.

وتويع أيوب فقد أخرج أبو داود ٣٩٥٩ والنسائي ٢٠١/٨ وابن ماجه ٢٣٤٥ من طرق عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أبي المهلب عن عمران به وتويع أبو المهلب. فقد أخرجه عبد الرزاق ١٦٧٦٣ وسعيد بن منصور ٤٠٨ والنسائي ٦٤/٤ والطبراني في الكبير ١٨ (٣٠١) (٣٠٣) (٣٠٥) والبيهقي ٢٨٦/١٠ وأحمد ٤٢٨/٤. ٤٣٠. ٤٣١. ٤٣٩. ٤٤٠ من طرق كلهم عن الحسن عن عمران بن حصين به.

ولا يصح سماع الحسن من عمران، وقد وقع في رواية أحمد الأخيرة تصريح الحسن بالتحديث، وهو وهم من مبارك الراوي عن الحسن. وهو صحيح على كل حال فلعل الحسن سمع ممن سمع عمران والله أعلم.

وهما يقولان إنه دائر بينهما، وقضيته التخصيف وإنما نزل إلى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول كما ذكرنا، ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف. قال: (فإن كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا) وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لأننا نجعل كل رقة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فنقول: يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهماً فيبلغ سهام العتق سبعة، والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث، فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقة على

صح سنده جاز أن يضعف بعله قاذحة. ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة، وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه، قالوا: هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر، فإنه من جنسه لأن حاصله تعليق الملك أو الاستحقاق بالخطر، والقرعة من هذا القبيل لأنها توجب استحقاق العتق إن ظهر كذا لا إن ظهر كذا، وأما قضاء العادة بخلافه فإنها قاضية بنفي أن واحداً يملك ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها، ولا شيء قليل ولا كثير. وما قيل من أنه قد يتفق للعرب ذلك ليأخذوا غلتهم أو يكون وقع له ذلك في غنيمة إن كان مع القرض الذي قرضناه من عدم شيء قليل أو كثير من كل نوع فهو أيضاً مما تقضي العادة بنفيه لأنه أندر نادر فكان مستحيلاً في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة، كما قالوا: في المتفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس أنه يحكم بغلظه وصار هذا من جنس خبر الواحد فيما تعم به البلوى. وأما ما قيل: إنها واقعة حال فلا تعم فليس بشيء لأن الفعل وإن لم يعم فإنه يدل على طريق صحيح، وإذا كان طريقاً صحيحاً جاز ارتكابه وتقرر الحكم به، وإلا فمثلته يلزم فيما استدللتم به لاعتبار الأحوال من قصة الخثعميين بلا فرق، وكذا نحوه من أوجه ضعيفة، وحقيقة الوجه ليس إلا دلالة العادة، والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلظه من بعض روايته عن عمران، ولذلك أجمع على عدم الإقراع عند تعارض البيتين للعمل بأحدهما، وعلى عدمها أيضاً عند تعارض الخبرين، ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل تثبتها شرعاً لتطبيب القلوب ودفع الأحقاد والضغائن كما فعل عليه الصلاة والسلام للسفر بنسائه، فإنه لما كان سفره بكل من شاء منهم جائزاً إلا أنه ربما يتسارع الضغائن إلى من يخصها من بينهم فكان الإقراع لتطبيب قلوبهم، وكذا إقراع القاضي في الأنصاء المستحقة والبداية بتحليف أحد المتحالفين إنما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل. والحاصل أنها إنما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى، ومنه استهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان لذلك^(١)، وإلا فهو كان أحق بكفالتها لأن خالتها كانت تحته. والله أعلم. فأما أن يتعرف بها لاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فأولى منه ظاهر التوزيع لأن القرعة قد تؤدي إلى حرمان المستحق بالكلية لأن العتق إذا كان شائعاً فيهم يقع في كل منهم منه شيء، فإذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه، بخلاف ما إذا وزع فإنه ينال كلا شيء، وأما إذا لم يكن شائعاً فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشر جوار إذا أعتق أحدهم جاريته

كان في الصحة (فإن كان القول منه في المرض) فإن كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك، وإن لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لأن العتق حيثئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته، فيجعل أولاً كل رقة على أربعة أسهم (لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع) فالخارج يضرب بنصف الرقة وهو سهمان، فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة الأرباع وهي ثلاثة أسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فإذا كان الثلث سبعة كان الجميع أحداً وعشرين وثلاثاً أربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسمى في خمسه، وكذلك الداخل، ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسمى في الأربعة. وأما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهم، فكانت سهام الوصايا ستة،

(١) يشير المصنف إلى قوله تعالى ﴿فَلَمَّا مَنَّ اللَّهُ عَلَى النَّبِيِّ وَجَعَلَ لَكُمُ الْيُسْرَى عَلَيْهِمْ فَمَنْ أَضَلُّ مِنْهُمْ﴾ (سورة آل عمران: ٤٤).
يختصمون» [سورة آل عمران: ٤٤].

سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة ويعتق من الباقيين من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة، فإذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان. وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لأنه يعتق من الداخل عنده سهم فنقص سهم العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر، وباقي التخيير ما مر (ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة، وعندهما يسقط ربعه، وقيل هو قولهما أيضاً،

ثم لم تدر وصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة أعشارها ففيه إصابة المستحق بعض حقه يقيناً ومع القرعة جاز أن يفوتها كل حقها قوله: (فإن كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا) لأن العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث، فإن كانوا يخرجون من الثلث فلا إشكال، وإن لم يخرجوا وليس له مال سواهم لو تجز الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته. قال المصنف (وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف، أما على قول محمد: فسته وذلك (لأننا نجعل كل رقبة على أربعة) وإنما نجعل كل رقبة على أربعة (لحاجتنا إلى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه) من أربعة (ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة) خارجة من الثلث فلا بد من كون سهمان الورثة ضعفها لأن الثلثين ضعف الثلث وهما سهامهم فيبلغ كل المال أحداً وعشرين، وكل المال هو الأبعد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة أسهم وهو ثلث المال بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في أربعة، ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت إلى ثلاثة أسباعه، وذلك أقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلث سبع، وأما قول محمد: فإنما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربعه سدساً، وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها البتة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة فكان المعتق من مستحق ثلاثة الأرباع على قوله: نصفه وعلى قولهما: يعتق منه نصفه إلا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في أربعة، وعلى قولهما: يعتق ثلثه إلا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه، وعلى قولهما: يعتق سبعاه، ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف قوله: (ولو كان هذا في الطلاق) يعني قال لزوجين له: إحداكما طالق، فخرجت إحداهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال: إحداكما طالق (وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من المهر الخارجة ربعه) ووجب لها ثلاثة أرباعه (ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه) ووجب لها خمسة أثمانه (ومن مهر الداخلة ثمنه) ووجب لها سبعة أثمانه فآلزمهما محمد رحمه الله المناقضة فإن سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع طلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من

فإذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسعى في ثلاثة، والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة، فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة. فإن قيل: ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلاً أجازت الورثة أو لم يجيزوا عندهما لأن الإعتاق لا يتجزأ. أجيب بأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ إذا صادف محلاً معلوماً، أما إذا كان بطريق التوزيع والانقسام باعتبار الأحوال فلا لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة، وما كان كذلك لا يتعدى موضعها قوله: (ولو كان هذا) أي ولو كان هذا الكلام (في الطلاق وهن غير مدخولات

قوله: (فإن قيل ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلاً إلخ) أقول: قوله ولا سعاية عليهم منظور فيه، وقوله لأن الإعتاق لا يتجزأ لا يفيد فإن كل واحد منهم يكون عندهما حينئذ حراً مديوناً يسعى في دينه فليتأمل، فإنه يمكن أن يجاب أن المراد هو السعاية: للخلاص من الرقبة ألا يرى إلى وجه الفرق عند أبي يوسف حيث جعل كلاً من العبدین محلاً للعتق، وإلى قولهم بالتجزئ في الطلاق مع أنه أبعد عنه من العتاق لكونه محلاً للاجتهاد فيه قوله: (أجيب بأن الإعتاق إلخ) أقول: ورد هذا الجواب في فتح القدير فراجع إن شئت قوله: (لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة إلخ) أقول: الشيء إذا ثبت ولو بالضرورة ثبت بجميع لوازمه، ومن لوازم الإعتاق عندهما أن يسري ولا يتجزأ يظهر ذلك بملاحظة ما ذكره في تعليل عدم تجزي الإعتاق قوله: (كانت أجنبية إلخ) أقول: إذ الكلام في الطلاق قبل الدخول ولا عدة عليها حينئذ.

مهريهما ليست إحداهما أولى بسقوطه من الأخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها، والكلام الثاني موجب في حال هي أن تراد الخارجة دون حال وهي أن تراد الثابتة لأنه يصير جامعاً بين أجنبية ومنكوحة لأنه لا عدة لأنه قبل الدخول فيتصف ويثبت به سقوط الربع موزعاً ليسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابتة فيضم إلى ما سقط مع الأولى فيتم لها ثلاثة أثمانه فيجب مثله في مسألة العتق فيعتق ربع الداخل لأن الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لأن الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف، قال المصنف في جوابه: (قيل هذا) أي المذكور في الطلاق (قول محمد وحده، أما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة) لا الثمن فلا يتم به الإلزام (وقيل) بل (وهو قولهما أيضاً) والفرق ذكر المصنف أنه ذكره في زيادته وذكر تمام تفريعاتها أيضاً فيها. أم التفريعات فما قدمناه في بيان العتق قبل موت أحد وبعد موت أحد العبدین، وأما التفريعات في الطلاق، فمنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والأوليين نصفين نصفه للداخلة لأنه لا يزاحمها إلا إحدى الأوليين: أعني الثابتة والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداهما ليست أولى به من الأخرى. ومنها أن الثابتة لو ماتت الزوج حيّاً طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة أرباع المهر، وإن ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الأول، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضاً لعدم مزاحمة الداخلة بالموت، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة، وإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسألة العتق، ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الأول في الخارجة صح وعليه بيان الثاني، وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة به، وإن بين الطلاق الأول على الثابتة لغا الكلام الثاني، وإن أوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار

ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه، ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) وهي مسألة الزيادات يحتج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والثمن في الصداق بمنزلة الربع من العتاق لأن المستحق بالطلاق سقوطاً على النصف من المستحق بالعتق ثبوتاً في الإيجاب الثاني (فقيل هذا قول محمد) فلا يكون حجة عليهما لأن عندهما يسقط ربعه (وقيل هو قولهما أيضاً) فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق، وفرق بأن الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لأنه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق إلى أيهما شاء من الثابت والخارج، فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدین حراً من وجه عبداً من وجه، فإذا كانت الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحاً من كل وجه لأنه دائر بين المكاتب والعبد إلا أنه أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا: فأما الثابتة في الطلاق فمتردة بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون أجنبية لأن الخارجة إذا كانت مرادة بالإيجاب الأول كانت الثابتة منكوحة فيصح الإيجاب الثاني، وإن كانت الثابتة هي المرادة بالإيجاب الأول كانت أجنبية فيلغو الإيجاب الثاني، فجعلت أجنبية من وجه دون وجه فيصح الإيجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعاً بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن. وأما التفريعات فمنها ما ذكرنا في أول البحث إذا كان المولى والعبيد أحياء. ومنها إذا كان المولى حياً ومات أحد العبيد، فإن مات الثابت عتق الخارج والداخل، أما الخارج فلأن الكلام الأول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحمته، وكذلك الكلام الثاني أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل، وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما، وأما عند محمد فإنما يعتق الخارج لما قلنا، وأما الداخل فلأن الثابت لما تعين للرق بموته ظهر أن الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وإن مات الداخل قيل للمولى أوقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت، فإن أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضاً لأنه ظهر أنه كان عبداً عند الإيجاب الثاني وبطل مزاحمة الداخل بموته، وإن أوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة، وكذا الداخل لأن المضموم إليه حرّ. قال الإمام فخر الإسلام في شرح الزيادات: هذا عند محمد، فأما عندهما فيجب أن يعتق الخارج والثابت لأن الكلام الثاني صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فأوجب تعيينه تعين الخارج بالكلام الأول، وإن مات الخارج تعين الثابت بالكلام الأول وبطل الكلام الثاني لأن المضموم إليه حرّ، هذه تفريعات العتاق. وأما تفريعات الطلاق: فمنها أن الزوج إذا كان حياً والنسوة أحياء وأوقع الطلاق الأول على الخارجة صح الكلام الثاني، وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة بالثاني، وإن أوقعه على الثابتة لغا الكلام الثاني، وإن أوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول. ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حيّاً طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من بطلان

وقد ذكرنا الفرق وتماثل تفرعاتها في الزيادات (ومن قال لعبيده أحدهما حر فباع أحدهما أو مات أو قال له أنت حر بعد موتي عتق الآخر) لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت وللعق من جهته بالبيع وللعق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن والتدبير إبقاء الانتفاع إلى موته، والمقصودان يناهيان العتق

في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول، وإن أوقعه على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة أيضاً لما تقدم. وأما الفرق فهو أن الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا إشكال فيه، وكذا في حق الثابت. أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لأنه عتق نصفه وهو يقول: يتجزى الإعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة إليه أيضاً، بخلاف الطلاق لأنه ليس بين كون المرأة محلاً للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الإيجاب الثاني فيه دائراً بين كونه موجباً لسقوط النصف وكونه غير موجب شيئاً بخلاف في العتق، وأما على قول أبي يوسف: وهو لا يقول: يتجزى الإعتاق فلأن الثابت دائر بين أن يكون حراً أو بين أن يكون عبداً، فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق إلى آخر ما ذكرنا لأبي حنيفة. ولا يخفى أن المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول أبي حنيفة فيصير بذلك مكاتباً في الإيجاب الثاني إنما هو بعد موت المولى، وإلا فالإيجاب الأول إنما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف أحد به، لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم، فقد يقال من طرف محمد رحمه الله: إن اعتبار الأحوال إنما هو حال صدور ما يجب اعتباره، وحال صدوره الإيجاب الثاني لم يكن في الثابت عتق أصلاً. ويجب بأنه إنما يجب الاعتبار حال صدوره إذا كان لتعرف حكمه إذا ذلك، ونحن إنما نريد أن نتعرف حكم الكلام بعد الموت. وفرق آخر وهو أن الكلام الأول يعتبر تعليقاً في حق الداخل بحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق. أما البراءة عن المهر فلا تحتمله من جهة الزوج، فإن البراءة إنما تكون من قبل المرأة فيعتبر تنجزاً في حق البراءة، وإذا اعتبر تنجزاً كان الكلام الثاني متردداً بين أن يوجب أو لا يوجب شيئاً فأوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخله فيسقط من الداخله ثمن وتستحق ثلاثة أثمان مهرها ومن الثابتة كذلك وكان سقط ربعها بالأول فيسقط ثلاثة أثمان مهر وتستحق ثمناً واحداً. هذا ولا يخفى أن تخصيص أبي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي أنه لا يقول بتجزى الإعتاق في الأبعد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال قوله: (ومن قال لعبيده أحدهما حر فباع أحدهما أو مات أو قال له) أي لأحدهما (أنت حر بعد موتي عتق الآخر) المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم، ومعلوم أن العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك، وعند أحمد لا بيان إلا بالقرعة، وباللفظ لا يصح إلا أن يقول: كنت نويته عند التلفظ به، وعند الظاهرية لا يعتق أصلاً. والبيان يقع صريحاً كقوله: اخترت أن يكون هذا حراً بذلك اللفظ الذي قلته، أو يقول: أنت حر بذلك العتق أو أعتقتك بذلك العتق، أما إذا اقتصر على قوله: أنت حر ثم قال: أردت بذلك العتق فإنه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر، ولو لم يقل شيئاً عتق هو والآخر معاً لأن هذا عتق آخر نازل بغير الأول وبه لم يبق محلاً لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق

المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر، وإن ماتت الداخله كان مخيراً في الآخرين بالكلام الأول، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضاً لانعدام مزاحمة الداخله بالموت، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة، فإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخله لما مر في المسئلة العتاق. ومنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخله والأوليين نصفين، نصفه للداخله لأنه لا يزاحمها إلا إحدى الأوليين، والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداها ليست بأولى به. قال: (ومن قال لعبيده أحدهما حر) كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح، خلا أن قوله لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت. أورد عليه ما لو قال لأمتيه إحدى هاتين ابنتي أو أم ولدي وماتت إحداها لم تتعين الحرية والاستيلاء في الحية.

قوله: (لا يزاحمها إلا إحدى الأوليين) أقول: يعني الثابتة.

الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا إذا استولد إحداهما للمعنيين، ولا فرق بين البيع الصحيح والفاقد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا، والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف، والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمزلة البيع لأنه تمليك، وكذلك لو قال لامرأته

بذلك الإعناق. ودلالة كما إذا باع مطلقاً أو بشرط الخيار لأحد المتابعين بيعاً صحيحاً أو فاسداً مع قبض ودونه في الصحيح لأن البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجاً له عن الملك كما لو نجز عتق أحدهما أو باعه أو لا، ولذا عتق الآخر بالمساومة في صاحبه، وهذا لأن ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه في الذي تصرف فيه فيقع بياناً لعتق الآخر، وحكماً كما إذا مات أحدهما فإنه يعتق الآخر، وليس بياناً من المتكلم لأنه ليس اختيارياً، ولأن البيان إنشاء من وجه ولا إنشاء في الآخر بموت قرينه لأن الإنشاء صفة اللفظ، بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه، ولا بد من عتق أحدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في المعتقد المبهم المعلق كان قال: إذا جاء زيد فأحكما حر، فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بإزالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي. وفرق بين البيان الحكمي والصرحي، فإن الحكمي قد رأيت أنه يصح قبل الشرط، بخلاف الصريح؛ فإنه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لأنه اختيار قبل وقته، كما قول قال: أنت حر إن دخلت هذه الدار أو هذه ثم عين إحداهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع أحدهما أو كليهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان لأن زوال الملك بعد اليمين لا يبطئها. وعن محمد: لو كان اليمين قبل الحرية المجهولة يعني قال لعبده: إن دخلت فأنت حر ثم قال له: مع آخر أحكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب أو رهن أو أجر يكون بياناً، ولو استخدم أحدهما أو قطع يده أو جنى عليه لا يكون بياناً قوله: (لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت وللمعتق من جهته بالبيع) أي ولم يبق محلاً للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه إياه (وللمعتق من كل وجه) أي ولم يبق محلاً للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله أحكما حر فإن حاصله تعليق عتق كامل بالبيان، وبالتدبير لم يبق عتقاً كاملاً لاستحقاقه العتق عند الموت (فتعين الآخر، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير) قصد (استبقاء الانتفاع) به مدة حياته وأن يعتقه بعد موته (والمقصودان) يعني الوصول إلى الثمن والانتفاع المستمر إلى الموت (ينافيان العتق الملتزم بالإيجاب المبهم فتعين له الآخر دلالة) قوله: (وكذا إذا استولد إحداهما) أي إذا وطئ إحداهما فعلقت لأنها صارت أم ولد له فتعينت الأخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم تبق محلاً للعتق من كل وجه كالمدير وقصد إبقائها للانتفاع بها إلى الموت، وإنما قيدنا الوطء بالمعلق لأن الوطء غير المعلق ليس بياناً عند أبي حنيفة كما سنذكر. واستشكل على تعيين الآخر بموت أحدهما ما لو اشترى أحد العبدین وسمي ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحي مع أن بالموت لم تبق محلية البيع كما لم تبق محلية العتق، وما لو قال لأمتيه: إحدى هاتين بنتي أو أم ولدي ثم ماتت إحداهما لا تتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية. وجواب الأول الأول بالفرق بأن عند إشراف أحدهما على الموت تعين البيع فيه لأنه تعذر رده كما قبضه فإنه لا يخلو عن مقدمة تعيب فإنما تعين للبيع وهو حي لا ميت، ولا يتعين العتق بالإشراف على الموت، فلو عتق كان

واجب بأن هذا الكلام ليس بإيقاع بصيغته بل هو إخبار، ويجوز أن يخبر بهذا عن الميت والحي فيرجع إلى بيان المولى وأما الإنشاء فلا يصح إلا في الحي، وأما في مسئلتنا فإنما يتعين أحدهما للحرية إذا مات الآخر لأن البيان قائم بوصفين، بوصف الإنشاء، وبوصف الإظهار، وهذا لأن قوله أحكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه، ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت، فبالنظر إلى هذا يكون البيان إنشاء، ومن حيث أن العتق لا يعدوهما كان البيان إظهاراً، ولهذا يعتبر البيان من جميع المال إن كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة، وإذا كان كذلك فإنما يصح البيان في محل يحتمل الإنشاء والميت لا

إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا، وكذلك لو وطئ إحداهما لما نبين (ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما) لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله. وقالوا تعتق لأن الوطء لا يحل إلا في الملك وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقياً الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله أن الملك قائم في

بعد الموت فامتنع فمات رقيقاً لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق. وجواب الثاني بأنه ليس إيقاعاً بصيغته بل إخبار، ويجوز أن يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع إلى بيان المولى. وقوله: (لإطلاق جواب الكتاب) يريد الجامع الصغير. وقوله: (والمعنى ما قلنا) أي من أنه قصد الوصول إلى الثمن، والوصول إلى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق قوله: (والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تمليك) روي عن محمد في الإملاء: إذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر، قالوا: ذكره الإقباض توكيد لا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف مختص بالملك ولأن المساومة إذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو أدخل في طريق الملك أولى أن يعينه قوله: (وكذلك لو قال لامرأته إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما) يعني تطلق الحية (لما قلنا) في العتق من عتق الباقي يموت أحدهما لعدم محلية العتق (وكذا لو وطئ إحدى المرأتين تطلق الأخرى لما نبين) في مسألة الأمتين التي تليها قوله: (ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما) ولم تعلق (لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد، أما لو علقت عتقت الأخرى اتفاقاً، ولو قال: إحداكما مدبرة ثم وطئ إحداهما لا يكون بياناً بالإجماع لأن التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العتق (وقالوا تعتق) وبه قال: الشافعي ومالك في رواية (لهما أن الوطء لا يحل إلا في ملك)

يحتمل الإنشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة. وقوله: (وكذا إذا استولد إحداهما) يعني إذا وطئ إحداهما فعلمت منه لأنها صارت أم ولد له، فمن ضرورة صحة أمة الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها، وإذا انتفى عن إحداهما تعين في الأخرى لزوال المزاحمة. وقوله: (للمعتنين) يعني عدم محلية العتق بالاستيلاء من كل وجه وإبقاء الانتفاع إلى موته (ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه) (البيع المطلق) عن الخيار (و) البيع بشرط الخيار لأحد المتعاقدين (لإطلاق جواب الكتاب) يعني الجامع الصغير حيث قال فيه باع أحدهما ولم يقيده بشيء (والمعنى ما قلنا) وهو أنه قصد الوصول إلى الثمن والوصول إليه ينافي العتق فتعين الآخر له (والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن أبي يوسف) روي ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا ساءم أحدهما كان بياناً: يعني لتعين العتق في الآخر قبل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة. وقوله: (والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع) قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيداً لأن محمداً رحمه الله ذكر في الإملاء: إذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض عتق الآخر، ولأن البيع الفاسد يعين الآخر للعتق وإن لم يكن قبض، فكذلك الهبة والصدقة لأن كلاهما لا يفيد الملك بدون القبض، وهذا لأن التعيين إنما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد (وكذلك إذا قال لامرأته إحداكما طالق ثم ماتت إحداهما لما بينا) أن الميت لم يبق محلاً للعتق فكذلك لم يبق محلاً للطلاق فتعين الأخرى له (وكذا لو وطئ إحداهما لما نبين) في المسئلة التي بعد هذه (ولو قال لأمتيه إحداكما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة، وقالوا: تعتق لأن الوطء لا يحل

قال المصنف: (لإطلاق جواب الكتاب) أقول: مجرد الإطلاق لا يكفي لأنه يصرف إلى الكمال فالكمال إلى ملاحظة المعنى قوله: (ولك تثبت الرواية عنه مكتوبة) أقول: يعني في الأصول قوله: (قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيداً لأن محمداً ^{عليه} السلام) أقول: يعني إنما ذكره تبعاً لمحمد لا لأنه شرط قال المصنف: (لأن الإيقاع في المنكرة) أقول: أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة كما لا يخفى قوله: (نظائر لا يحتاج إلى البيان) أقول: فيه بحث، فإن الملك باق في المكتبة ولا يحل وطؤها وقد مر في الدرس السابق أن مثلها في حكم المكاتب وبالجملة فما ذكره محتاج إلى البيان، ولعل البيان يستفاد من تقرير المصنف فأفهم قوله: (فكذا هذا) أقول: فلا يلزم الإهمال قال المصنف: (لأن المقصود الأصلي من النكاح إلخ) أقول: وهذا هو الجواب أيضاً في الوطء المعلق قال المصنف: (فلا يدل على الاستبقاء) أقول: إلا إذا كان الوطء معلقاً.

الموطوءة لأن الإيقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالاً فلا يجعل بياناً ولهذا حل وطؤها على مذهبه إلا أنه لا يفتى به، ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة، بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد، وقصد الولد بالوطء يدل على

وإحداهما ليست في الملك لعتق إحداهما بذلك الكلام، ولذا لو قتلها إنسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطء إحداهما ميبناً للمستقبلي لملكها (فتميت الأخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق) المبهم فإنه إذا قال لزوجته: إحداكما طالق ولم يدخل بهما أو دخل فقال: طالق بائن أو ثلاثاً فوطئ إحداهما طلقت الأخرى اتفاقاً، وإنما قيدنا الطلاق بما ذكرنا، لأنه لو كان رجعي لا يكون الوطء بياناً لطلاق الأخرى لحل وطء المطلقة الرجعية، ذكره في النوادر وهل يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات؟ في الزيادات لا يثبت. وقال الكرخي: يحصل بالتقيل كما يحصل بالوطء (وله أن الملك قائم فيهما) جميعاً حتى قال: يحل وطؤهما، ولهذا لو وطئت بشبهة كان الواجب عقر مملوكتين ويكون كله للمولى، وإنما يملك البذل بملك الأصل، وهذا لأن العتق في المنكرة: أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة وتنافيها، لأن المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الأخرى في حق العلم والمبهمة أحد دائر بينهما ووقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقاً به، والمعلق بالشرط عدم قبله، فهو كما لو قال لزوجته: إن طلقتك فأنت طالق أو لأمته إن دخلت فأنت حرة فإن له وطأهما قبل الشرط لقيام الملك في الحال. فقولهما: إحداهما حرة إن أريد المعينة منعناه أو المبهمة سلمناه، ولا يفيد لأن الوطء إنما يقع في المعينة فوطؤهما لم يقع في محل الحرمة فحل، فإذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء إحداهما دليلاً على تحريم الأخرى بعقدها، وإنما يلزم إذا كان الحلال وطء إحداهما فقط وهو ممنوع وحيث يرد النقض بالوطء بالطلاق المبهم فإنه لو صح ما ذكر لزم حل وطئهما لوقوعه في معينة والمطلقة هي المبهمة، فإذا أجيب عنه بتقيد حلها بما إذا لم تتعين إحداهما للطلاق وبمجرد وطء إحداهما تتعين الأخرى فتحرم بخلافه في العتق عاد أول المسئلة وهو أنه كما كان الوطء بياناً في الطلاق يجب أن يكون بياناً في العتق لأن الملك في الزوجين المعينتين قائم، وإنما المطلقة هي المبهمة، ولا جواب له سوى أن الدال في الأصل: أعني الطلاق المبهم ليس إلا قصد الاستبقاء فإنه هو الدليل على نفي الأخرى إذا كان الواجب إخراج إحداهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد، فإن طلبه يفيد استبقاء من هو منها كي لا يضيع حاله، ووطء المنكوحة هو المقيد المطلب الولد ظاهراً لأنه هو الذي

إلا في الملك وإحداهما حرة) لا ملك فيها فالوطء لا يحل فيها، فإذا وطئ إحداهما جعل مستقبياً للملك فيها ليقع الوطء حلالاً حلاً لأمره على الصلاح، فإذا تعينت تلك للملك تعينت الأخرى لزواله بالعتق (ولأبي حنيفة رحمه الله أن الملك قائم في الموطوءة) أي في التي توطأ من كل منهما، وإذا كان الملك قائماً كان وطؤها حلالاً، أما أن الملك قائم فلان إيقاع العتق إنما هو في المنكرة (وهي) أي الموطوءة غير منكورة بل هي (معينة) فلا يكون الإيقاع فيها، وإذا لم يكن الإيقاع فيها لا يكون الملك عنها زائلاً، وأما أن الملك إذا كان قائماً كان الوطء حلالاً فظاهر لا يحتاج إلى بيان، وإذا كان الوطء حلالاً لم يكن بياناً لأن كل واحدة منهما على هذه الصفة (ولهذا حل وطؤهما على مذهبه) وهذا في غاية الدقة ويلوح منه سيما التحقيق (إلا أنه لا يفتى به) قيل لأن المنكرة التي يثبت فيها العتق لا تخلو عنهما، ومبنى الحل والحرمة على الاحتياط، وهو فاسد لأن فيه تلويحاً إلى ترك أبي حنيفة الاحتياط، وأرى أنه لا يفتى به لثلاث مغمزات لأبي حنيفة بترك الاحتياط. فإن قيل: العتق إما أن يكون نازلاً أو لا، فإن كان غير نازل كان إجمالاً للفظ عن مدلوله، وإن كان نازلاً لا يجوز وطؤهما. أجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثاني (ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به) أي لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول، فكذا هذا، وقال على الشق الأول (أو يقال نازل) أي العتق نازل (في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله) كالبيع فإن المنكر يقبله بأن يشتري أحد العبدتين على أن المشتري بالخيار فيهما فإنه يصح (والوطء) لا تقبله المنكرة لأنه (يصادف المعينة) إذ هو أمر حسي لا يقع إلا في المعين، ووطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بياناً

استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد، أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد يدل على الاستبقاء (ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما ولد أولاً عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبداً) لأن كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أول مرة الأم بشرط والجارية لكونها تبعاً لها، إذ الأم حرة حين ولدها، وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية. أولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف، أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبداً، وإن ادعت الأم أن الغلام

وضع له عقدها لا وطء الأمة لأن عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام، ووطؤها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة، فلم يكن وجوده دليلاً على قصد الولد دلالة ظاهرة، وعلى هذا فيكفي في دليلهما أن يقال: وطء إحداهما دليل استبقائها كالوطء في الطلاق المبهم، وفي وجه قوله: منع دلالته، والفرق بما ذكرنا، ولا حاجة إلى إثبات الملك فيهما وحل وطنهما. ثم القول: بأنه لا يفتي به لترك الاحتياط فالحق أنه لا يحل وطؤهما كما لا يصح بيعهما، وقد وضع في الأصول مسئلة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز إيجاب أحد أشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحرير أحد أشياء جواز فعلها إلا واحداً لأنه لو عمها فعلاً كان فاعلاً للمحرم قطعاً ولا يعلم خلاف في ذلك، وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطء، وهنا كذلك فإن موجب اللفظ وهو عتق إحداهما لا يعدوهما، ففي وطنهما وطء المحرمة ييقن فلا يحل قطعاً وإن كان الملك قائماً فيهما، بخلاف أخذه أرش الجناية عليهما لأنه بدل الملك غير مقيد بحل الوطء، وغرامة قيمة مملوكين كذلك أيضاً. وإنما وجب نصف قيمة ودية لكل منهما إذا قتلها رجل لصحة إثباته بدون التعيين، وإنما يتنصف لأن إحداهما حرة ييقن ولا تعرف فتنصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة، بخلاف ما لو قتلها رجلان فإن على كل منهما قيمة أمة إذ ليست كل منهما حرة في نفس الأمر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الإيجاب على العاقلة من غير يقين بالضمان عليهم، بخلاف قتل واحد فإن الحرة لا تعدوهما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما. وقولهم: وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطؤهما غير صحيح، إذ لا تعليق بل تنجيز مأمور في الشرع بتعيين محله، ولو كان يميناً محضاً لم يجبر على إيقاع شرطه كسائر الأيمان، وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرف أنه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شيئاً لا يوجب

في الأخرى. فإن قيل: فكيف وقع بياناً في الطلاق؟ أجاب بقوله: (بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد، وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء) وهذا على طريقة تخصيص العلل، فإذا أن يكون المصنف اختار جواره، أو يحمل على المخلص المعروف في أصول الفقه وقد قررناه في التقرير أو في تقرير. قال: (ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة) كلامه على ما ذكره واضح. وقال شمس الأئمة السرخسي في المبسوط: وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل، بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولاً، فإن نكل عن اليمين فنكوله كإقراره، وإن حلف فهم أرقاء. وأما جواب الكتاب ففي فصل آخر، وهو ما إذا قال المولى لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة، فولدتها جميعاً ولا يدري أيهما أول فالغلام رقيق والابنة حرة، ويعتق نصف الأم لأنها إن ولدت الغلام أولاً فهي حرة والغلام رقيق، وإن ولدت الجارية أولاً فالجارية حرة والغلام والأم رقيقان، فالأم تعتق في حال دون حال، فيعتق نصفها والغلام عبد ييقن حرة بيقين إما بعتق نفسها وإما بعتق الأم. قال صاحب النهاية: وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لما أن الشرط الذي لم يتيقن بوجوده، وهو ما إذا كان في طرف واحد كان القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين، كما إذا قال لبعده إن دخلت الدار غداً فأنت حر فمضى الغد ولم يدر أنه دخل الدار أم لا لا يعتق لأنه وقع الشك في شرط العتق، فكذلك هنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولاً، وأما إذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فحيثئذ يحتاج إلى

هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لإنكاره شرط العتق، فإن حلف لم يعتق واحد منهم، وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا، ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً والمسئلة بحالها عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية

حقيقة أحكامه من حل الوطء قبل الشرط فيهما، وأبو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحاً بل خرج من تعليله الملك فيهما بحل وطء إحداهما.

[فروع] من البيان لو قال لأمتي: إحداكما حرة ثم قال: لم أعن هذه عتقت الأخرى، ولو قال بعد ذلك: لم أعن هذه الأخرى عتقت الأولى فعتقتان، لأن قوله: لم أعن هذه إقرار بعتق الأخرى فقد أقّر بعتقهما، وكذا هذا في الطلاق، بخلاف ما لو قال لأحد هذين: علي ألف فقيل له: أهو هذا فقال: لا لم يجب للآخر شيء. والفرق أن البيان الإقرار بالمبهم ليس واجباً بخلافه في إنشاء الطلاق والعتاق المبهم. ولو قال: أمة وعبد من رقيقتي حران ومات قبل البيان، فإن كان له أمة وعبدان عتقت الأمة ومن كل عبد نصفه، وإن كانوا ثلاثة عتق من كل ثلاثة ويسعون في الباقي، ولو تعددت الإماء فعلى هذا القياس إن كانتا أمتين عتق من كل نصفها أو ثلاثاً عتق من كل ثلثها وتسعى في الباقي، والله سبحانه وتعالى أعلم قوله: (ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة فولدت غلاماً وجارية ولا يدري أيهما ولد أولاً عتق نصف الأم) وتسعى في قيمة نصفها (ونصف الجارية) وتسعى في النصف (والغلام عبد) لأن كل واحدة من الأم والجارية تعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أولاً فعتق الأم لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعاً للأم في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط، فإذا عتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما، والغلام عبد في الحالين لأنه ولد وأمه قنة فإنها إنما تعتق بعد ولادتها إياه أولاً لأن ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه. والمذكور لمحمد في الكيسانيات في هذه المسئلة أنه لا يحكم بعتق واحد منهم لأننا لم نتيقن بعقته واعتبار الأحوال بعد التيقن بالحرية، ولا يجوز إيقاع العتق بالشك، فعن هذا حكم الطحاوي بأن محمداً كان أولاً مع أبي حنيفة وأبي يوسف ثم رجع. وفي النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام^(١) أولاً، فإن نكل فنكوله كإقراره، وإن حلف فكلهم أرقاء، وأن جواب هذا الفصل إنما هو فيما إذا قال إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، وإن كان جارية فهي حرة فولدتها ولا يدري الأول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم، ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لأن في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لأنها إن ولدت الجارية أولاً عتقت بالشرط، وإن ولدت الغلام أولاً عتقت تبعاً للأم. وأما انتصاف عتق الأم فلأنها تعتق في ولادة الغلام أولاً وترق في الجارية، وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الأم. وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لأن الشرط الذي لم يتيقن وجوده إذا كان في طرف واحد كان القول قول من أنكر وجوده، كما إذا قال: إن دخلت غداً فأنت حر فمضى الغد ولا يدري أدخل أم لا للشك في شرط العتق، فكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام

اعتبار الأحوال كما في مسئلة الكيسانيات. وقوله: (وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى) قيل هي ستة أوجه فصلوها في شروح الجامع الصغير: أحدهما أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أولاً وهو المذكور في الكتاب أولاً؛ وجوابه على الوجه المذكور فيه أن يعتق نصف الأم والجارية ويستسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب.

قوله: (فيه القول قول من ينكر) أقول: ضمير فيه راجع إلى شرط

(١) قوله: (الغلام) هكذا في عدة نسخ، ومثله في شرح الزيلعي وهو الصواب، فما وقع في بعض النسخ من إبداله بالجارية تحريف من الناسخ كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي، كتبه مصححه.

لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة، وصحة النكول تبثني على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكنة عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما

أولاً، وأما إذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فحينئذ يحتاج إلى اعتبار الأحوال. فإن قلت: المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع؟ قلنا: هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الأمة أو بنتها لوجود الشرط، وقد عرف أن الأمة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل، فعلى هذا جاز أن يدعى رجل حسبة إذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله، هذا ولكن المذكور في المبسوط في تعليقه صرح بأن الأم تدعي العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه، فأفاد أن ذلك صورة دعوى الأم وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب. واعلم أن ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقته إبطال قول أبي حنيفة وأبي يوسف: مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب. واستدلالة بأن الشرط الكائن في طرف واحد إلخ قد ينظر فيه بأن ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال إذا قال: إن فعلت كذا فأنت حر، وذلك من الأمور الظاهرة كالصوم والصلاة دخول الدار فقال العبد: فعلت لا يصدق إلا ببينة، بخلاف قوله إن كنت تحبيني إلخ، فيمكن أن تكون الولادة من الأمور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الأحوال فيعتق نصف الأم كما في الجامع قوله: (وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين) بالله ما يعلم أن الغلام ولد أولاً (لإنكار شرط العتق فإن حلف لم يعتق واحد منهم، وإن نكل عتقت الأم والجارية) معاً (لأن دعوى الأم حرية الصغيرة) ثبتت في ضمن دعواها حرية نفسها لأنها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتهما فعتقتا (فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً) من الحرية لنفسها (وباقى المسألة بحاله) يعني ولدتهما فادعت الأم تقدم الغلام، وأنكر المولى والجارية بالغه فحلف فنكل عتقت الأم خاصة بنكوله لأن دعوى الأم حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لأن الدعوى عن الغير إنما تصح بولاية أو إنابة وهما منتفيتان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الأم حرية نفسها دعواها حرية البنت. فإن قيل: إذا ثبت عتق الأم ينبغي أن تثبت حرية بنتها لأنه لازم له فالإقرار بحريتها إقرار بحرية الأخرى. أجيب بمنع كون عتق الأم بالنكول عتقاً بوجود الشرط لجواز كونه بدلاً لماليتها من المولى لترك الحلف أو إقرار بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت، وبأن النكول جعل إقرار على قولهما بطريق الضرورة، ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء، ولهذا قال محمد: فيمن قال لغيره أنا كفيل بكل ما يقر لك به فلان فادعى المكفول له فلان مالا فأنكر فحلف فنكل يقضي عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلاً، ولو كان إقرار من كل وجه صار كفيلاً قوله: (ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكنة والباقي بحالة ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا) في أن دعوى الأم حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى قوله: (وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية) وهي ما إذا اتفقوا على أن ولادة الغلام أولاً واتفقوا على أن ولادة الجارية أولاً فلا يعتق أحد في الثاني ويعتق كل الأم والجارية في الأول، وبهما يتم الأوجه للمسئلة ستة.

والثاني أن تدعي الأم أن الغلام هو المولود أولاً وينكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانياً؛ وجوابه ووجهه ما ذكره في الكتاب. والثالث أن تدعي الأم أن الغلام أول والجارية كبيرة ولم تدع شيئاً وهو المذكور في الكتاب ثالثاً؛ وجوابه ووجهه ما ذكره أيضاً فيه. والرابع أن تدعي الجارية وهي كبيرة والأم ساكنة أن الغلام ولد أولاً وهو المذكور في الكتاب رابعاً بجوابه ووجهه. والخامس أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولاً والجواب أنه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق. والسادس أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولاً، والجواب أن الأم تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعاً للأم،

قلنا، والتحليف على العلم فيما ذكرنا لأنه استحلاف على فعل الغير، وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى. قال: (وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن

[فرع] في المحيط: لو قال: إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة، وإن كان جارية ثم غلاماً فهما حزان فولدت غلاماً وجاريتين ولا يعلم الأول عتق نصف الأم ونصف الغلام وربيع كل واحدة من الجاريتين، أما الأم فلأنها تعتق في حال دون حال وهو رواية، وفي عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها لأنها تعتق في حال وترق في حالين بأن كانت ولادة إحدى الجاريتين أولاً، وأما الغلام فإنه يعتق في حال بأن ولدت إحدى الجاريتين أولاً، ويرق في حال بأن ولدت الغلام أولاً، وأما الجاريتان فيعتق من كل ربيعهما في عامة الروايات لأن إصابة الحرية بهجتين متعذر لأن الشخص إذا عتق تبعاً للأم لا يتصور أن يعتق بعنقه نفسه، ومتى عتق بعنقه نفسه لا يعتق تبعاً للأم، فلا بد من إلغاء إحدى الجهتين فألغينا إصابة العتق من جهة الأم، واعتبرنا الإصابة بعنق أنفسهما لأنهما أقل وهو المتيقن، فإن كانت ولادة الغلام أولاً لا يعتقان بعنق أنفسهما، وإن كانت ولادة الجارية أولاً تعتق الأخيرة بعنق نفسها فثبت لهما حرية في حال دون حال فيثبت نصفه بينهما. وقال أبو عصمة: ينبغي أن يعتق من كلاً ثلاثة أرباعها لأن الغلام لو كان أولاً تعتق الجاريتان بعنقها، ولو كانت إحدى الجاريتين أولاً ثم الغلام عتقت الجارية الأولى والأخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الأئمة قول أبي عصمة وقال: هو الذي يوافق ما تقدم قوله: (وإن شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة إلا أن تكون في وصية استحساناً ذكره في العتاق) أي عتاق الأصل بأن شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا بتدبيره أحدهما مطلقاً في صحته أو مرضه، لأن التدبير حيث وقع كان وصية، وعندهما تقبل ويؤمر بتنجز عتق أحدهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد قوله: (وأصل هذا) أي أصل هذا الخلاف (أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند أبي حنيفة من غير دعوى العبد) مطلقاً لا في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافاً لما قاله رشيد الدين: أن الدعوى عنده ليست شرطاً في حرية الأصل بل في العارضة فقط (وعندهما تقبل) بلا دعوى (والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وإن أنكرت الأمة العتق لا يلتفت إلى إنكارها وتعتق لأنها متهمة. وكذا على طلاق إحدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وإن أنكرت، ويجبر على أن يوقع على إحداهن قوله: (والمسئلة معروفة) وجه قولهم: إن المشهود به وهو العتق حق الشرع إذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة، ويصح نذره به وحلفه به ولهذا لا يحتاج إلى قبول، ولا يرتد إقرار السيد بحرية العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو أقر بالرق ثم ادعى حرية الأصل وأقام البينة تقبل، ولو كانت الدعوى شرطاً لمنع لأن التناقض يبطل صحة الدعوى، وإنما لا تكفي شهادة الواحد لأنه وإن كان أمراً دينياً يتضمن إزالة ملك العبد وإبطال مالية ماله، فلذا شرط في الشهادة عليه اثنان. ولأبي حنيفة أن العتق إما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته، أو هو نفسها،

والغلام عبداً لأنه قد انفصل عن الأم في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جعله تابعا لها فيه، ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما. قال: (وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه) الشهادة على طلاق إحدى نسائه جائزة بالإجماع، ويجبر على البيان وعلى إعتاق أحد عبديه، كذلك عندهما وعند أبي حنيفة هي باطلة إلا أن تكون في وصية استحساناً على ما ذكره (وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده، وعندهما تقبل، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وإنما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على أن العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما. وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برقه، ويجوز أن يحلف به ويصح إيجابه في المجهول وكل ذلك دليل على أن العتق حق الشرع. ووجه قوله أن الإعتاق إثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والمملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة، هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته،

يكون في وصية) استحساناً ذكره في كتاب العتاق (وإن شهد أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق إحداهن) وهذا بالإجماع (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: الشهادة في العتق مثل ذلك) وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما تقبل، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة. وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لم تتحقق

وكلا الأمرين حق العبد لأنه المنتفع به على الخصوص في الحقيقة ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة، ولا يكون ثبوت اللازم إلا بعد الملزوم، وإذا كان المستلزم حقه لا يثبت إلا بدعواه. ولا يخفى أنه يرد على هذا عتق الأمة لأنه يقال: حرمة فرجها التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقه من العتق فوجب أن يشترط دعواها. فإن قيل: الفرق أنها متهمه لرغبتها في صحبة مولاهما حتى نقول: لو كان العبد أيضاً متهماً قبلت بلا دعواه، وذلك بأن لزمه حد كذف أو قصاص في طرف حتى لو أنكر العتق لا يلتفت إلى إنكاره. قلنا: نفرض الكلام فيما إذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها، ثم قد يمنع تأثير كون الثابت بالعتق أولاً ما هو حق العبد مستلزماً لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى، لأنه إذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أولاً أو ثانياً، فإن حوّل التقرير وهكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى، أما حقه سبحانه فما ذكرتم، وأما حق العبد فلأنه يصير به مالكاً لأكساب نفسه فيتمكن من إقامة مصالحه وتثبيت ولاياته من نفاذ قوله: في الشهادة وإنكاح بنته وحصول الميراث له إذا مات قريبه، فهو بما فيه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى وإن لم يحتاج إلى دعوى بما فيه من حق الله تعالى، على أن الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصاً، ألا يرى أن العفو عن القصاص وإبراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول، وكذا التناقض فإن عدم منعه لخفاء رق الأصل وحرية من دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما أنه لما اجتمع في العتق الحقان فلحق الله تعالى. قلنا لا يمنع التناقض في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة، ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين أيضاً. وردّ عليه أيضاً عتق الأمة فإن فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد. ولا يمنع التناقض لحق الله سبحانه، وأيضاً إذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى لا يلزم ثبوتها لأنه بما فيه من حق الله يعارضه لأن الثابت معه عدم الاحتياج إلى الدعوى وإنهما يتعارضان، لأنه إذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضي أن لا يثبت. والحق أن المنظور إليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاها، فترجع ما ثبت شرعاً لاحتياط في أمره وتوكيده، وأمر الفروج محتاط فيه، فالاحتياط أن لا يتوقف إثباته

فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيه بدون الدعوى، وما كان من حقوق الشرع تقبل بدونها، وعتق الأمة من حقوقه بالاتفاق فلذلك تقبل بدونها وذلك لأن عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولدها، وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان. فإن قيل: لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الأمر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق أمة وهي أخت مولاهما من الرضاة إذا جحدته، إذ ليس فيها تحريم الفرج لأن تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالإعتاق. أجيب عن الأول بأن خبر الواحد حجة في الأمر الديني إذا لم تقع الحاجة إلى إلزام المنكر، وههنا وقعت. وعن الثاني بأن فيه معنى الزنا لأن فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده يوجب لكون بضعها مملوكاً للمولى وإن كان هو ممنوعاً عن وطنها بالمحرمة؛ ألا ترى أنه جاز له أن يزوجه ويدل بضعها يكون له، وإذا كان كذلك كان

قوله: (وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده) أقول: وكذا العفو عن القصاص وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول مع أنهما من حقوق العبد قوله: (ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته) أقول: وكذا عتق الأمة وتحريم الفرج من الثمرات.

في مسألة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة. وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى. أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خلافاً في الشهادة لأنها ليست بشرط فيها. ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم تكن الدعوى شرطاً فيها لأنه إنما لا تشترط الدعوى لما

بعد الشهادة على شيء آخر، بخلاف ما لم يثبت فيه مثله، فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الأمة والطلاق وبين عتق العبد، لأن حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق المقتضي لنفي الدعوى ليس من التأكيد بحيث أن يثبت بلا دعوى، وهما يقولان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لأنه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتضمن شهادته دعواه، وأما حق العبد فإن افتقر ثبوته إلى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائباً عنه، وهذا القدر يحصل به المقصود، فإن المثبت في الحقيقة ليس إلا الشهادة وإنما يبقى فيه ما لو أنكر العبد العتق ولا تهمة، وحيث يجب الترجيح ويرجع حقه سبحانه وتعالى. ولا يقال: المقرر ترجح حق العبد. لأننا نقول: ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما ينتفي معه الآخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى، بل إذا أثبتنا حق الله تعالى كان إثبات لحق العبد سابقاً عليه وإنما فيه أنه يثبت على رغبة قوله: (وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا تتحقق في مسألة الكتاب) أي الجامع الصغير، وهي ما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه لأنه عتق المجهول (والدعوى من المجهول لا تتحقق) وإنما تتحقق من المعين فتنتفي المطابقة بين الدعوى والبيئة، وعندهما ليس شرطاً مطلقاً فتقبل ويجبر على تعيين أحدهما قوله: (ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه إلخ) جواب عما قد يقال: إذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده في الشهادة على عتق الأمة فينبغي أن تقبل على عتق إحدى أمتيه، والواقع أنها لا يقبل عنده. أجاب بأنه إنما لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الأمة المعنية لما فيه من تحريم فرجها على مولاهما وهو حق الله تعالى خالصاً (فشابه الطلاق) وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى لذلك فكذا هذا (والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه) فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق أحد العبيدين. فإن قيل: لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الأمة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الأمة المجوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي، لأن الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمتها في الأوليين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها. فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعتقها نوع آخر من التحريم، فإن وطء الأخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه، والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فأثبتت تحريماً مؤجلاً بانقضاء العدة، وأما الأمة المجوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده، وما قيل: إن وطأها مملوك له وإنما

فيه تحريم الفرج، وإذا ثبت الأصل تبين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله: (وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده) إلى آخر المسألة. وقوله: (لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق) قيل عليه إذا ادعى ذلك وجب أن تقبل البيئة لأن الدعوى حصلت من معين. وأجيب بأن صاحب الحق أحدهما لا بعينه، فدعواهما دعوى غير صاحب الحق، وبأن الدعوى حيث لا تكون مطابقة للشهادة لأن الشهادة على أحد العبيدين لا على العبيدين. قوله: (ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه) كصورة نقض على قول أبي حنيفة لأن الدعوى ليست بشرط في حق الأمة ولم تسمع البيئة ههنا. وجه دفعه ما ذكره بقوله: (لأنه إنما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق، والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه) يعني قوله له أن الملك قائم في الموطوءة إلى قوله ولهذا حل وطؤهما، ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زنا. واعتراض بأن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه، وذلك أيضاً حق الله فوجب أن تستغني الشهادة فيه عن الدعوى. والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ولازم عتقه حرمة لم ينص عليها الشرع فضلاً عن أن تكون من الكبائر

قوله: (لأن الشهادة على أحد العبيدين لا على العبيدين) أقول: يمكن أن تكون الدعوى أيضاً كذلك قوله: (والجواب أن لازم عتقها إلخ) أقول: فيه أن الكبيرة هو الزنا، وليس ذلك لازم العتق ففي عبارته تسامح.

أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق، والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدین. وهذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه، أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه

منع منه خبثها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك الوطء فيه ما فيه قوله: (وهذا كله إذا شهدا بعتق أحد العبدین في صحته، أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه) لتكون شهادتهما بعتق هو وصية وهو المستثنى في أول المسئلة، وقدمنا أن التدبير حيثما وقع يكون وصية معتبراً من الثلث ولو حال الصحة، وسواء كانت شهادتهما بهذه الرصية في مرض موته أو بعد وفاته تقبل استحساناً لأن عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى، وإذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصي لأن تنفيذ الوصية من حقوق الموصي فهو الخصم المدعي فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصي أو الوارث، بخلاف حالة الحياة فإن الخصم في إثبات العتق ليس هو السيد لإنكاره بل هو العبد وهو مجهول. ووجه آخر للاستحسان وهو أن الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الموصي كان كلاً من العبدین وهما معينان، وفي حالة الحياة لا تصح خصوصتهما لأنه لم يعتق منهما شيء والمعتق المبهم، بخلاف ما إذا مات المولى قبل البيان فإن العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن أعتق أحد عبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهما خصماً معلوماً. ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله: وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه: يعني الوصي إن كان الورثة منكرين أو الورثة إن كان الوصي منكرأ فقبل فيشكل ما لو كان كل من الوصي والوارث منكرأ إذ لا تبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفاً ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعياً تقديراً، وأيضاً قوله: وأدبا الشهادة في مرض موته إلخ يفيد أنها تقبل في حياته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لا اعتباراً مدعياً وعدم قبولها قبل موته لأن

فالتسوية بينهما خطأ. وقوله: (أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته) بيان قوله إلا أن تكون في وصية استحساناً. وقوله: (لأن التدبير حيثما وقع وصية) يعني سواء وقع في حال الصحة أو في حال المرض. وللإستحسان وجهان ذكرهما المصنف: أحدهما أن التدبير مطلقاً والعتق في المرض وصية (والخصم في الوصية إنما هو الموصي) لأن تنفيذ الوصايا حق الميت فكان الميت مدعياً تقديراً (وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث) فتقبل الشهادة والثاني أن العتق يشيع بالموت فيهما لأنه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان فكان إيجاباً لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما

قال المصنف: (وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة إلخ) قال ابن الهمام: والمريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات، وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقضي بها ولا يحتاج إلى إعانتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعي اهـ. وإنما قيد بما به قيد به ليتعين المدعي في حياته فافهم قال المصنف: (لأن التدبير حينما وقع وصية) أقول: قال صدر الشريعة: الدليل الأول مشكل لأن التنازع فيه ما إذا أنكر المولى تدبير أحد عبديه، أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان إثباته فكيف يقال إن المدعي هو المولى أو نائبه. والدليل الثاني يوجب أن الشهادة بعتق أحد عبديه بغير وصية إن أقيمت بعد الموت تقبل لشيوع العتق بالموت اهـ. ويمكن أن يجاب عنه بأن المولى وإن كان منكرأ صورة إلا أنه نزل مدعياً معنى لأن نفع العتق يعود إليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث فتزل الوارث أو الوصي مدعياً للعتق خلفاً عن الميت فتقبل الشهادة، وبأن في هذه المسألة روايتين نظراً إلى جهتين جهة الشيوع وجهة أنه ليس بوصية باعتبار أنه ليس بوصية لا تقبل الشهادة وباعتبار الشيوع تقبل لشيوع العتق فيهما، فكان كل منهما خصماً متعيناً فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضي قبول الشهادة، هذا ما لاح لي في ذلك المقام. وقال ابن الهمام: ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصي أو وارثه: يعني الوصي إن كان الورثة منكرين، أو الورثة إن كان الوصي منكرأ، فقبل فيشكل ما لو كان كل من الوارث والوصي منكرأ، وإذا لا تبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفاً ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعياً تقديراً اهـ.

في مرض موته أو شهداً على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحساناً لأن التدبير حيثما وقع وقع وصية، وكذا العتق في مرض الموت وصية، والخصم في الوصية إنما هو

المدعي العبدان وهما غير من أثبت فيه العتق أعني المبهم. والحاصل أن إنزاله مدعياً لا يكون إلا بعد موته، وأما قبل موته فهو منكر، وهذا احتيج إلى الشهادة، وزدت لعدم المدعي ولا مخلص إلا بتقييده بما إذا كان المريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات، وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقضي بها ولا يحتاج إلى أعادتها، أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعي قوله: (ولو شهداً بعد موته أنه قال في صحته أحكما حرّ) لا رواية فيه عن أبي حنيفة. واختلف المشايخ في تفريعها على قوله: (فقل لا تقبل لأنه ليس بوصية) لإسنادهما العتق المنجز إلى حالة الصحة، فلم يكن الميت مدعياً تقديراً (وقيل تقبل) لأن العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا، وصح فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال: لجواز أن يكون الحكم معلولاً بعلتين فيتعدي بإحدهما، وتبعه صاحب الكافي وقال: هو الأصح. ولقائل أن يقول: شيوع العتق الذي هو مبني صحة كون العبدین مدعين يتوقف على ثبوت قوله: أحكما حرّ ولا مثبت له إلا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفاً على ثبوت الشهادة، فلو أثبتت الشهادة بصحة خصوصيتهما وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شاعاً لزم الدور، وإذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله: لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يظل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه.

[فروع] شهدا أنه حرّ أمة بعينها وسماها فنسيا اسمها لا تقبل لأنهما لم يشهدا بما تحمله وهو عتق معلومة بل مجهولة، وكذا الشهادة على طلاق إحدى زوجتيه وسماها فنسياها. وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر: في هذه لأنها كشادتهما على عتق إحدى أمته وطلاق إحدى زوجتيه، ولو شهد أنه أعتق عبده سالماً ولا يعرفون سالماً وله عبد واحد اسمه سالم عتق لأنه كان معيناً لما أوجبه، وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم، كما أن القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد، بخلاف ما لو شهدوا ببيعه، ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما في قول أبي حنيفة: لأنه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده، ولا تتحقق هنا من المشهود له لأنه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية.

[وهذا فصل في الشهادة على العتق] إذا ادعى العبد العتق وأقام شاهداً لا يحال بينه وبين المولى، وفي الأمة إذا قالت: شاهدي الآخر حاضر يحال، ولو أقام العبد شاهدين إن كان المولى مخوفاً على العبد حيل بينهما حتى ينظر في أمر الشهود لأن الحجة تمت ظاهراً حتى لو قضى بشهادتهما نفذ فثبت به الحيلولة احتياطاً بخلاف ما إذا أقام شاهداً واحداً شهدا بعتق عبده واختلفا في الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهدا أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه أقر أنه أعتقه فالشهادة جائزة لأن العتق قول: يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به اختلاف الشهادة فيما ذكرنا، بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه وبه نفسه لا اختلاف المشهود به وضعا لأن الهبة تمليك والإعتاق إحداث القوة أو إزالة الملك. كذا في المبسوط، فيحمل ما ذكر قبله من أن اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما إذا كان مؤدي اللفظين واحداً وضماً ولا يخفى أن التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف لفظاً من أن العتق لفظ

(فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً) ولم يذكر وجه القياس، وهو أن المقضى له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم (ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحكما حرّ) قال الإمام فخر الإسلام: لا نص فيه، واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم (لا تقبل لأنه ليس بوصية) حتى يكون الخصم هو الموصي وهو معلوم، وقال بعضهم: تقبل لشيوع العتق فيهما، فكان كل واحد منهما خصماً متعيناً فكانت دعواهما صحيحة وهو يقتضي قبول الشهادة، والله أعلم.

الموصي وهو معلوم. وعنه خلف وهو الوصي أو الوارث، ولأن العتق في فرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصماً متعيناً، ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحدهما حرّ فقد قيل لا تقبل لأنه ليس بوصية. وقيل تقبل للشيوخ هو الصحيح والله أعلم.

يعاد ويكرّر يقتضي أنهما إذا اختلفا في أنه أعتقه أو وهبه لنفسه أنه يقبل، ولو اختلفا في الشرط الذي علق به العتق فأحدهما جعله كلام زيد والآخر مثلاً لم يجز، إذ لا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من الشرطين، ولو اتفقا على أنه الدخول مثلاً وقال المولى: بل كلام فلان فأيهما فعل فهو حرّ لثبوت الدخول شرطاً بالشهادة والكلام بقول المولى. ولو شهد أحدهما أنه أعتقه بجعل والآخر بغير جعل لم تجز لأن العتق بجعل يخالف العتق بغير جعل في الأحكام، وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد أقل المالكين أو أكثرهما، ولو كان المولى يدعي أقل المالكين والعبد ينكر عتق لإقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لإكذابه أحد شاهديه وهو الذي يشهد له بالأكثر، وإن ادعى العتق بألف درهم وخمسماية وأحدهما يشهد بألف والآخر بألف وخمسماية قضى عليه بألف لأن الشهادة لا تقوم هنا على العتق لأن العبد عتق بإقرار المولى وإنما تقوم على المال، ومن ادعى ألفاً وخمسماية وشهد له شاهد بألف والآخر بألف وخمسماية يقضي بألف لاتفاقهما على الألف لفظاً ومعنى، بخلاف الألف والألفين كما سيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى. ولو شهد أنه أعتقه إن كلم زيدا والآخر إن دخل بأيهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة، ولو تعارضت بينتا العبد والمولى في مقدار ما أعتقه رجحت بينة المولى لإثباتها الزيادة، بخلاف ما لو أقام العبد البينة على أنه قال: إن أدبت إلي ألفا فانت حرّ وأنه أذاها وأقام المولى أنه إنما قال: إذا أدبت إلي ألفين ألخ فالعبد حر لا شيء عليه لأنه أثبت ببينة تنجز الحرية فيه. ولو أقام العبد بينة أنه باعه نفسه بألف وأقام المولى أنه باعه نفسه بألفين كانت البينة بينة المولى لأن العتق تنجز بالقبول فكان إثبات الزيادة في بينة المولى. قال في الأصل: ولو باعه نفسه بألف فأذاها من مال المولى كان حرّاً وللمولى أن يرجع عليه بمثلها. قال في المبسوط: العتق هنا حصل بالقبول لا بإداء المال، وإنما يتحقق هذا الفصل فيما إذا علقه بالإداء لأن نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وإن كان المؤدى مسروقاً أو مغصوباً من المولى ثم ردّ هذا المال على المولى وإن كان مستحقاً عليه فيقع عن الوجه المستحق في الحكم ويكون له أن يرجع عليه بمثله. وإذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لأنهما لا يصدقان في إبطال الحكم ولا في إبطال حق العبد، ولكنهما يضمنان قيمة ما أتلفا من ماليته على المولى إذا قد اعترف بالرجوع أنهما أتلفا حالتيه على المولى بغير حق. ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بأن المولى كان أعتقه إن شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لأنهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق، وإن شهدوا أنه أعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يرجعون على المولى بما ضمنوا، وهذا بناء على ما بينا أن عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوى فثبتت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به وإن لم يكن ثمة مدع لذلك، ويتبين به أن الفريق الأول لم يتلفوا على المولى شيئاً بشهادتهم، وأنه أخذ منهم بغير حق، وعنده لا تقبل بلا دعوى ولا مدع لما شهد به الفريق الثاني، فإن العبد حكم بحريته فلا يمكنه أن يدعي العتق، والله أعلم.

باب الحلف بالعتق

(ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حرّ وليس له مملوك فاشترى مملوكاً ثم دخل عتق) لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت، إلا أنه أسقط الفعل وعرضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا

باب الحلف بالعتق

الحلف بالكسر مصدر حَلَفَ سماعي، وله مصدر آخر: أعني حَلَفاً بالإسكان، يقال حَلَفَ حَلْفاً و حَلِيفاً، وتدخله الفاء للمرة كقول الفرزدق:

على حَلِيفَةٍ لا أَشْتَمُ الدهر مسلماً ولا خَارِجٍ مِنْ فِيّ زور كلام
وقال امرؤ القيس:

حَلَفْتُ لَهَا بالله حَلْفَةً فَاجِرٍ لنأموا فما إن من حديث ولا صال

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط، ولما كان المعلق قاصراً في السببية عن المنجز قدمه عليه، ولما جرى المصنف على أن يولي التصرف الذي يصح تعليقه الحلف به كما فعل في الطلاق ولا يضم الكل إلى كتاب الأيمان ليكون أضبط لأحكام التصرف الواحد حيث يجتمع في بابه ولا تتفرق أحكامه في الأبواب أولى العتق الحلف به. واعلم أن بعض من لا يجيز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك أجازه في العتق. روى ذلك عن أحمد للفرق بأن الشارع متشوف إلى العتق دون الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما قوله: (ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حرّ ولم يكن له مملوك فاشترى مملوكاً ثم دخل عتق) أي ذلك المملوك الذي اشتراه، ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك إلا أن يكون إضافة إلى الملك قرره ليرده إليه بقوله: لأن التنوين في يومئذ عرض عن الجملة المضاف إليها لفظ إذ تقديره إذ دخلت ولفظ يوم ظرف لمملوك فكان التقدير كل من لا يكون في ملكي يوم الدخول حرّ وهذا في الحقيقة إضافة عتق المملوك يوم الدخول إلى يوم الدخول، والمملوك لا يكون إلا بملك فصار كأنه قال: إن ملكت مملوكاً وقت الدخول فهو حرّ، وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان إضافة العتق إلى الملك الموجود عند الدخول معنى، بخلاف قوله لعبد: إن دخلت فأنت حرّ فاشترته فدخل لا يعتق لأنه لم يضاف العتق إلى ملكه لا صريحاً ولا معنى، وعدول المصنف إلى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم مراده به الوقت حتى لو دخل ليلاً عتق ما في ملكه لأنه أضيف إلى فعل لا يمتد وهو الدخول وإن كان في اللفظ إنما أضيف إلى لفظ إذ المضافة للدخول لكن معنى إذ غير ملاحظ وإلا كان المراد يوم وقت الدخول، وهو وإن كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييداً لليوم به، لكن إذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول، ونحن نعلم مثله كثيراً في الاستعمال الفصيح كنحو «ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله» [الروم ٤ - ٥] ولا يلاحظ فيه شيء من ذلك فإنه لا يلاحظ في هذه الآية

باب الحلف بالعتق

الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزء الشرط ولما كان المعلق قاصراً في السببية آخر التعليق عن التنجز قوله: (ومن قال إذا دخلت الدار) ظاهر. واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق عليه ما يشتره بعد اليمين وإن قال يومئذ لأنه ما أضاف العتق إلى الملك ولا إلى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير إن دخلت الدار فأنت حر فاشترته ثم دخل الدار فإنه لا يعتق لذلك. أجب بأنه وجدت الإضافة إلى الملك دلالة لأن قوله كل مملوك لي يومئذ معناه إن ملكت مملوكاً وقت دخولي الدار فهو حرّ،

باب الحلف بالعتق

قوله: (واعترض عليه بأنه يجب أن لا يعتق إلخ) أقول: الاعتراض والجواب لتاج الشريعة.

لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى عتق لما قلنا. قال: (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق) لأن قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال، إلا أنه دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود فيعتق إذا بقي على ملكه إلى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حرّ وله جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق) وهذا إذا ولدت لسته أشهر فصاعداً ظاهراً، لأن اللفظ للحال، وفي قيام

وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون، ولا يوم وقت يغلبون يفرحون، وله نظائر كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ إذ لم يذكر إلا تكثيراً للعوض عن الجملة المحذوفة أو عماداً له: أعني التنوين لكونه حرفاً واحداً ساكناً تحسناً ولم يلاحظ معناها، ومثله كثير في أقوال أهل العربية في بعض الألفاظ لا تخفى على من له نظر فيها، وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقي في ملكه حتى دخل عتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بيتنا: أي من المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم قوله: (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ) بل قال: إذا دخلت فـ مملوك لي حرّ لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم، بل الذي كان في ملكه وقت التكلم. ووجه المصنف بقوله: لأن قوله: كل مملوك لي يختص بالحال والجزاء حرية المملوك في الحال بمملوك: أي المملوك في الحال حرّيته هي الجزاء، فلما دخل الشرط عليه تأخرت إلى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكاً عند التكلم. ووجه كون كل مملوك لي حالاً أن المختار في الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه، واللام للاختصاص: أي الاختصاص من جرت معنى متعلقها إليه: به: أي بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهي أثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال ضرورة اتصافه بآثرها في الحال وإلا ثبت الأثر بلا مؤثر. هذا يعتق بقول القائل: كل مملوك لي حرّ العبيد ولو مرهونين أو مأذونين أو مؤجرين والإماء ولو كن حوامل أو أمهات أولاد والمدبرون وأولادهم، ولا يدخل المكاتب خلافاً لزفر لأنه مملوك من وجه إذ هو حرّ يداً، ولو نوى الذكور فقط لم يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال، ويصدق ديانة مع أن طائفة من الأصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعاً ولا يدخل المملوك المشترك. ولا الجنين إلا أن يعينهم ولا عبيد عبد التاجر، وهو قول أبي يوسف: إلا أن ينويهم، وسواء كان على العبد التاجر دين أو لا، وفي قول محمد: يغتقون نواهم أو لا عليه دين أو لا. وعلى قول أبي حنيفة: إن لم يكن عليه دين عتقوا إذا نواهم وإلا فلا، وإن كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم. ولو قال: عتيت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما سيملكه إذا ملكه لأنه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته في إبطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل، ولا يخفى أن التعليل يرشد إلى أن عتق ما هو في ملكه مع هذه النية إنما هو في القضاء. وفي الذخيرة: قال: ممالكي كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره، وقالوا: لا يصدق الديانة، بخلاف قوله: كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى. فإن قالت: ما الفرق وفي الوجهين تخصيص العام؟ فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو ممالكي لأنه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالباً والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز، بخلاف كل مملوك لي فإن الثابت به أصل العموم فقط قبل التخصيص قوله: (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حرّ وله جارية حامل فولدت ذكراً لم يعتق) سواء ولدته لسته أشهر من وقت

بخلاف تلك المسئلة لأنه لم توجد الإضافة فيها لا صريحاً ولا دلالة. وقوله: (لما قلنا) يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول. وقوله: (لأن قوله كل مملوك لي للحال) قيل لأن اللام للاختصاص، والاختصاص إنما يكون بمملوك له في

قوله: (كل مملوك لي يومئذ، إلى قوله فهو حر) أقول: قالوا المبتدأ إذا تضمن معنى الشرط يدخل في خبره الفاء نحو كل رجل يأتيه فله درهم فهنا كذلك فتأمل قوله: (قيل لأن اللام للاختصاص) أقول: صاحب القيل تاج الشريعة، وفي كلامه تأمل.

الحمل وقت اليمين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده، وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق، والجنين مملوك تبعاً للام لا مقصوداً، ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفرداً. قال العبد الضعيف: وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعاً لها (وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد، أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف) لأن قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال، وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال

القول: أو أقل أما إذا ولدته لسته أشهر فلأن اللفظ: أي لفظ كل مملوك لي للحال على ما بينا من وجهه، وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده، فجاز أن لا يكون قائماً عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال، ولم يقل لا يعتق بالشك لأنه لا شك لأن الظاهر أن مدة الحمل لا تكون إلا أكثر من ستة أشهر، وأما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلأن التيقن لوجوده حال التكلم وإن كان قائماً، لكن لفظ المملوك المطلق إنما ينصرف إلى المملوك بالأصالة والاستقلال، والحمل مملوك تبعاً لأمه كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به، ولهذا لا يملك بيعه منفرداً بل تبعاً للحامل. والدليل على أنه لم يعتبر في الشرع نفساً مملوكة أنه لا يجزي على الكفارة ولا تجب صدقة فطره. قال المصنف رحمه الله: وفائدة التقييد بالذكر أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الأنثى فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعاً، وهذا بناء على أن لفظة مملوك لذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء التأنيث جزء المفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث وإما أن الاستعمال استمر فيه على الأعمية فوجب اعتباره كذلك قوله: (وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد) يعني أن بعد غد ظرف لحز لا لأملكه (أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك واحد) في الصورتين (فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي كان في ملكه يوم حلف) دون المشتري ولفظ بعد غد بالرفع لأنه فاعل لجاء لا ظرف. ووجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال، وكذا لفظ أملك للحال حقيقة، يقال: أنا أملك كذا فيتبادر منه الحال، والتبادر دليل الحقيقة ولذا استعمل فيه من غير قرينة، وفي الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كإسناده إلى متوقع واقتضائه طلباً على ما عرف في النحو، وهذا أحد المذاهب لأهل العربية. وقيل: بقلبه وعليه مشى في المحيط حيث قال: أملك وإن كان حقيقة في الاستقبال إلا أنه صار للحال شرعاً كما في الشهادة. وعرفاً يقال أملك كذا درهماً فكان كالحقيقة في الحال. والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال، وهو الذي أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظناً أن مذهب النحاة ليس إلا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه.

الحال إذ لو لم يكن الملك له في الحال كان هو وغيره سواء. وقوله: (ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر) ظاهر، ومعناه أن المملوك مطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والجنين ليس بكامل على ما ذكر في الكتاب. وقوله: (وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل) فيدخل الحمل تبعاً بناء على أن هذا القول يتناول الذكور والإناث حتى المدبرين وأمهات الأولاد، حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء (وإن قال كل مملوك لي أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف) لا الذي اشتراه بعده. وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فإن أملكه للحال، وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل جاء لأنه المقصود، وقوله لأن قوله أملكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبران ويجوز النصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو هي أنه مشترك بين الحال والمستقبل، وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية. وقال بعض الشارحين لا نسلم المخالفة لأن كونه للحال حقيقة لا يدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة لأن المشترك في كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البذل ويرجع أحدهما بالدليل إذا وجد وقد وجد هنا دليل على رادة الحال لأن الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعدم. وأقول: قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة يأبى قول هذا

فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه، أو قال كل مملوك لي حرّ بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر فالذي كان عند وقت اليمين مديراً والآخر ليس بمدير، وإن مات عتقاً من الثلث) وقال أبو يوسف رحمه الله في النوادر: يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه، وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا متّ فهو حرّ. له أن اللفظ حقيقة للحال

وأعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بأن قول المصنف أنه للحال لا يدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة في المعنيين ا هـ. فترك النظر إلى قول المصنف، ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة، وهذا صريح في أنه في الاستقبال مجاز لأنه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب الثلاثة، وما اختاره المصنف رحمه الله مذهب المحققين منهم كأبي عليّ الفارسي وغيره، واستدل عليه بما ذكره المصنف من أنه لا يراد الاستقبال إلا بقرينه كما ذكرنا بخلاف الحال، وأما اختيار عكسه كما في المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبي حنيفة فكان ينبغي أن يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور، وأما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به أن تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة: أي المعينة لأحد المفهومين الحقيقيين، بخلاف نحو أسافر وأتزوج فإنه محفوف بقرينة الاستقبال وهي المشاهدة، وإذا ثبت أنه يراد الحال على اختلاف الترخيص كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال قوله: (ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر بعد موتي وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذي كان عنده مديراً) مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول، والذي اشتراه ليس بمدير مطلق بل مدير مقيد حتى جاز بيعه، ولو لم يبعه حتى مات عتقاً جميعاً من الثلث إن خرجا منه عتق جميع كل منهما، وإن ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه، وهذا ظاهر المذهب عن الكل. وعن أبي يوسف في النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه، وإنما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف، وكذا إذا قال: كل مملوك لي إذا متّ فهو حرّ، وهذا لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من أن المضارع للحال، وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه، ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مديراً في الحال دون الآخر، وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان في جواب المسئلة، فأوجب المروى عن أبي يوسف. وأيضاً لو لم يرد به الحال فقط، فإما أن يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم إما تعميم المشترك أو استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عند ملكه لأنه حيثئذ في المعنى كل مملوك لي أو سأملكه مديراً، وكذا إذا أريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم المجاز كما ذهب إليه محمد رحمه الله فيمن قال: كل مملوك أملكه غداً فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غداً ممن كان مملوكاً له حال التكلم أو ملكه إلى غد، خلافاً لأبي يوسف فإن على قوله: لا يتناول إلا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيراً مطلقاً على قول محمد، كما لو قال: كل من كان في ملكي عند الموت مديراً وهو منتف، أو يراد المستقبل فقط كما لو قال: كل مملوك أملكه إلى سنة أو شهر أو إلى أن أموت أو أبداً لزم أن لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مديراً وهو منتف فبطلت الأقسام فتعين الأول وهو أن يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه

الشارح لأن المشترك لا يستعمل في أحد المعنيين بعينه إلا بقرينة وليس التحويلات مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب إلى أنه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب إل عكس ذلك ولعله مختار المصنف لتبادر الفهم إليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين (ولو قال كل

قوله: (وقال بعض الشارحين) أقول: أراد الإنقائي.

على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبراً دون الآخر. ولهما إن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة، ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيدة بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها. والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه، فمن حيث

ما ذكرنا. وعرف من هذا أن صورة التراكيب ثلاثة أقسام: ما يتناول الحال فقط اتفاقاً وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه، وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقاً وهو كل مملوك أملكه إلى سنة ونحوه، وما فيه خلافهما وهو نحو كل مملوك أملكه غداً، ففي قول محمد رحمه الله: يعتق في الغد من كان في ملكه، والمستحدث خلافاً لأبي يوسف وقول محمد: أقيس بمسئلة يومئذ بقليل تأمل قوله: (ولهما أن هذا) أي مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما في بعض الشروح (إيجاب عتق وإيصاء) لأن حاصل التدبير لإيجاب للعتق مضافاً إلى ما بعد الموت، وهذا هو الإيصاء به فوجب أن يعمل بمقتضى كل من الإيجاب والإيصاء اللذين هما معنى التدبير، ومقتضى إيجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف إلى الموت فكان تدبيراً مطلقاً فلا يجوز بيعه، ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة: أي الحابسة لما فيها والرهن هو الحبس وزمن الحال هو الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة أيضاً للاتفاق، على أنه لو أوصى بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية، ولو أوصى لولد فلان ولا ولد فولد له بعد ذلك أولاد دخلوا واستحقوا الموصى به، وإنما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالتين تحصيلاً لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كأنه قال: عند الموت كل عبد حر فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومنه ما ملكه بعد قوله الصريح، بخلاف قوله: كل عبد أملكه غداً فهو حر ليس فيه إلا جهة واحدة هي جهة الإيجاب، فلا يدخل إلا الحاصل في الحال، ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنييه: أعني لفظ أملك وهو ممنوع عندنا أورده المصنف. وأجاب بأن الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين، وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضي في الأصول، وإلا لم يمتنع الجمع مطلقاً ولم يتحقق خلاف فيه لأن الجمع قط لا يكون إلا باعتبارين وبالنظر إلى شيئين، ولو أمكن أن يقال: إن لفظه أوجب تقدير لفظ إذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله: كل عبد لي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبر للأصحاب، وهذا الموجب لا يحتاج إلى تقديم تقديره عند ملك العبد وإلا كان مدبراً مطلقاً، وإنما يحتاج إليه عند موته فلا تتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريحة لأنها لم تتناول إلا الحال ولا المقدرة لتأخير تقديرها إلى ما قبل الموت فلا يكون مدبراً لا مطلقاً ولا مقيداً كان دافعاً للإشكال.

مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشتري آخر فالذمي كان عنده مدبر (والآخر ليس بمدبر) مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه (وإن مات عتقاً من الثلث) مشتركين فيه (وقال أبو يوسف في النواذر: يعتق ما كان في ملكه يوم حلف) بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه) لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بينا وهو مراد فلا يجوز أن يكون غيره مراداً على أصلنا (ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء) أما إنه إيجاب عتق فيقوله كل مملوك أملكه أولى فهو حر، وأما إنه إيصاء فيقوله بعد موتي، ولهذا اعتبر من الثلث، وإذا كان كذلك (ففي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة أي المترتبة) والحالة الراهنة أي الحاضرة؛ سميت بالراهنة لأن الرهن هو الحبس والمرتهن محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها، كذا في الشروح؛ ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيدة بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها، ومن يولد بعدها إذا عاش إلى وقت موت الموصي. والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه، فهذا الكلام

قوله: (ليصير الإيجاب مضافاً إلى الملك إلخ) أقول: فيه تأمل.

أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة فيصير مدبراً حتى لا يجوز بيعه، ومن حيث أنه إيضاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المترتبة وهي حالة الموت، وقبل الموت حالة التملك استقبالي محض فلا يدخل تحت اللفظ، وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر، بخلاف قوله بعد غد على ما

[فروع من تعليق العتق] قال لعبد: إن بعتك فأنت حر فباعه لم يعتق لأن نزول العتق المعتق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق، إلا أن يكون البيع فاسداً فيعتق لأن الملك فيه بعد البيع باق لا يزول إلا بتسليمه، إلا أن يكون المشتري تسلمه قبل البيع فحيث يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق، كذا في المبسوط. وحقيقة الوجه أن يقال: وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لأنهما معاً يتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله. ولو قال لعبد: إن دخلت فأنت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لأن اليمين انحلت بالدخول الأول في غير الملك إذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزء، ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافاً للشافعي لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق. ولو قال: إن دخلت هاتين الدارين فأنت حر فباعه فدخل إحداهما ثم اشتراه فدخل الأخرى عتق لأن الشرط إذا كان مجموع أمرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبينما مثله في الطلاق، ولو دخل إحداهما قبل البيع والأخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما، وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط، فلو قال: إذا دخلت فأنت حر إذا كلمت فلاناً فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلاناً لم يعتق لأن شرط العتق ليس إلا الكلام غير أنه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كأنه قال عند الدخول الكائن في غير ملكه أنت حر إذا كلمت فلاناً لأن المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا ينعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع. ولو قال: إن دخلت فأنت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لأنه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائماً، والتبذير لا يصح إلا في الملك أو مضافاً إليه، وإذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته. ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق إلا نصفه لأنه إنما ينزل المعلق والمعلق كان النصف والعتق يتجزأ عند أبي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده.

من حيث أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة ليصير الإيجاب مضافاً إلى الملك فيصير مدبراً لا يجوز بيعه، ومن حيث أنه إيضاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المترتبة وهي حالة الموت ويصير مدبراً بعده ولا يصير مدبراً قبله كالذي كان في ملكه لأنه لم يتناوله الكلام حالة التملك لا من حيث الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه، ولا من حيث الإيضاء لأنه يكون عند الموت، فكان حال التملك استقبالياً محضاً لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبراً حال التملك، وإنما هو عند الموت إذا كان موجوداً في ملكه يصير كأنه قال كل مملوك لي أو أملكه فهو حر لدخوله حيثنذ تحت الحال المترتبة فيصير مدبراً لكون العتق في المرض وصية، بخلاف قوله كل مملوك أملكه أو لي حر بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيضاء، والحالة محض استقبال لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه فافتراقاً، وعلى هذا قوله: (والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك) معطوف على قوله وفي الوصايا معنى لا أن يكون جواب سؤال مقدر كما ذهب إليه بعض الشارحين. قال. وهو أن يقال ينبغي أن لا يتناول الإيجاب المشتري أصلاً في الحال ولا في المالك، لأن التناول إنما يكون مضافاً إلى الملك أو إلى سببه، وليس أحدهما في حقه بموجود. فأجاب بأن تناوله

قوله: (ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين الخ) أقول: المراد هو الجمع بينهما في لفظ أملكه أو مملوك لي بجهتين مختلفتين على ما هو مذهب العراقيين قوله: (فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت الخ) أقول: يبقى الكلام في دخولهما تحته فإن أملكه للحال وكذا مملوك لي. فإن قيل: يدخل الملك المستحدث بأن يرد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت. قلنا فحيثنذ يكون كل منهما مدبراً مطلقاً على ما صرحوا وهو متفق.

تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا. ولا يقال: إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال. لأننا نقول: نعم لكن بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية، وإنما لا يجوز ذلك بسبب واحد.

وعندهما يعتق كله فلا يسعى، ولو كان باع النصف الأول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لأن المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه. ولو جمع بين عبده وبين ما لا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو حمار وقال: أحكمما حر أو قال: هذا عتق عبده عند أبي حنيفة وإن لم ينوه، وقالوا: لا يعتق إلا أن ينويه، ومثله وأصله مَرَّ في الطلاق. وروى ابن سماعة عن محمد أنه إذا جمع بين عبده وأسطوانة وقال: أحكمما حرَّ عتق عبده لأن كلامه إيجاب الحرية للجزم، ولو قال: هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لأن هذا اللفظ ليس بإيجاب لها كقوله هذا حرَّ أولاً. وهذه مسألة في الشهادة على الشرط قال: إن دخلت دار فلان فأنت حرَّ فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لأن الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته، بخلاف ما لو قال إن كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لأن فلاناً في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق إلا شاهد واحد على الشرط، ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما، فإن جحد الأب جازت شهادتهما لأنهما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وإن دعاه أبوهما فعند أبي يوسف هي باطلة، وعند محمد جائزة لأنه لا منفعة للمشهود به لأبيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والإنكار لأن شهادتهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح، والله أعلم.

باعتبار الإيصاء لا الإيجاب الحالي. وقوله: (ولا يقال إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال) إشارة إلى جواب أبي يوسف، ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية الألفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام، لأن الحقيقة والمجاز من صفات اللفظ، وفيه نظر لأنه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد إن كان المراد إيجاب عتق في الحال أو كونه إيصاء فقط إن كان المراد إيجاب عتق بعد الموت، ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمتنظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت، وأما ما بينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبراً حتى يموت لعله كان أسهل تأتياً وأسلم من الاعتراض، والله أعلم.