

بسم الله الرحمن الرحيم

باب العتق على جعل

(ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما

باب العتق على جعل

آخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزها ومعلقها كما آخر الخلع في الطلاق لأن المال في هذين البابين من الإسقاط غير أصل، بل الأصل عدمه، فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل، والجعل ما يجعل للإنسان على شيء يفعله، وكذا الجعيلة، ويقال الجعالة ضبط جيمها بالكسر في الصحاح، وفي غيره من غريب الحديث للقتبي وديوان الأدب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان قوله: (ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق) وذلك مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم أو على أن لي عليك ألفاً أو علي ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفاً أو على أن تجيئني بألف أو بعتك نفسك أو وهبتكها على أن تعوضني ألفاً فإنه يعتق إذا قبل، وإنما يعتق بمجرد قبوله، والولاء للمولى لأنه عتق على ملكه، وهو موجب للولاء بعوض وبلا عوض لأنه معاوضة، ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في

باب العتق على جعل

الجعل بالضم ما جعل للإنسان من شيء على شيء يفعله، وكذلك الجعالة بالكسر، وإنما آخر هذا الباب لكون المال غير أصل في باب العتق (ومن أعتق عبده على مال) أي مال كان من عروض أو حيوان أو غيرهما (مثل أن يقول أنت حرّ على ألف درهم أو بألف درهم) أو على أن لي عليك ألفاً أو على ألف تؤديها أو على أن تعطيني ألفاً أو على أن تجيئني بألف (فقبل العبد عتق) ساعة قبوله. لا يقال كلمة على للشرط فيكون العتق معلقاً بشرط أداء الألف كما لو قال إن أديت إلي ألفاً لا لما قيل إنها إنما تكون للشرط إذا دخلت فيما يكون على خطر الوجود وذلك في الأفعال دون الأعيان لأن بعض الصور المذكورة دخلت فيه على الأفعال، بل لما قيل لأن الكلام فيما إذا كان مراده التنجيز بعوض لا التعليق فكان الصارف عن الشرطية دلالة الحال (وإنما يعتق العبد بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه) فقله إذ العبد لا يملك نفسه دليل على كونه معاوضة بغير مال وهو يحتمل وجوهاً: أحدها أن العبد لا يملك نفسه من حيث المالية لأنه مال فلا يملك المال، وإذا لم يملكه كان ما بذله من العوض في مقابلة ما ليس بمال وليس بشيء لأن المولى يملكه؛ فكان ما بذله في مقابلة المال والثاني العبد لا يملك نفسه لأنه ليس بمال بالنسبة إلى نفسه لكونه مبقى على أصل الحرية بالنسبة إليه. ولهذا صح إقراره بالحدود والقصاص وغيرهما. وإذا كان كذلك سقط ملك المولى في ذاته بالإعتاق أو ببيع نفسه منه فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال، ذكر هذان الوجهان في بعض الشروح، وهذا أيضاً ليس بشيء لأن العبد مال بالنسبة إلى مولاه وإن لم يكن مالاً بالنسبة إلى نفسه فكان ما بذله في مقابلة مال عند

باب العتق على جعل

قوله: (لأنه مال فلا يملك المال) أقول: هذا لا يدل على المقصود إذ المدعي أنه لا يملك نفسه بعد أداء البذل قوله: (وهذا أيضاً ليس بشيء) أقول: قوله ليس بشيء ليس بشيء فإن المراد أنه لم يحصل في يده شيء من المال على ما هو الشأن في معاوضة المال بالمال، وكونه

في البيع، فإذا قبل صار حرّاً، وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به، بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف. وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة

الحال كما في البيع، وكما إذا طلقها على مال فقبلت، وهذا لأن المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوّض، وإلا اجتمع العوضان في ملكه حكماً للمعاوضات وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك إن كان حاضراً، وإن كان غائباً اعتبر مجلس علمه. فإن عتق ولزمه المال ديناً يطالب به بعد الحرية، وإن رده أو أعرض إما بالقيام أو باشتغاله بعمل آخر بطل وليس له أن يقبل بعده، وإذا صار ديناً على حر صحت الكفالة به، وعليه ما ذكر في الأصل. أعتق أمته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئاً فليس على المولود من ذلك المال شيء لأنه ليس على الوارث من دين المورث شيء، ولو كانت أعطته في حال حياتها كفيلاً بالمال الذي أعتقها عليه جاز لأنها حرّة مديونة، بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لأنه دين ثبت مع المنافي لثبوته بالشرع لضرورة حصول المعتقد للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى إلى الكفيل، والمنافي هو الرق فإنه ينفي أن يكون للمولى على مرقوقه دين، ولأن الكفالة إنما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه إلا بأداء أو إبراء ممن له، وبدل الكتابة يسقط بدونهما بأن عجز نفسه، وكما تصح الكفالة به جاز أن يستبدل به ما شاء يداً بيد لأنه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز أن يستبدل به كالأثمان، ولا خير فيه نسيئة لأن الدين حرام قوله: (وإطلاق لفظ المال) أي في قوله على مال ينتظم أنواعه من النقد والمكيل والموزون والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وإن لم يقل جيدة أو صعيدية وكفرس أو حمار أو عبد لأن الجهالة يسيرة فتحمّل لأنه معاوضة مال بغير المال فشابه النكاح. وعلل المصنف كونه معاوضة بما ليس بمال بأن العبد لا يملك نفسه: يعني الحاصل له في مقابلة المال

المولى. والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه إسقاطاً فلم يدخل به في يده شيء من المال. غاية ما يقال إنه ثبت له به قوة شرعية وهي ليست بمال لا محالة، فكان ما بذله في مقابلة ما ليس بمال بل ما هو قوة شرعية، وهذا أقرب منهما. وإذا ثبت أنه معاوضة فمن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض للحال كما في البيع، فإذا قبل صار حرّاً، وإن ردّ أو أعرض عن المجلس بالقيام أو بالاشتغال بما يعلم به قطع المجلس بطل، فإذا قبل صار ما شرط ديناً عليه حتى تصح الكفالة به لأنه يسعى وهو حرّ، بخلاف بدل الكتابة حيث لا تصح به الكفالة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق، فكان ثبوته على خلاف القياس، إذ القياس ينفي أن يستوجب المولى الدين على عبده، فلما ثبت بخلاف القياس ضرورة حصول الحرية للمكاتب وحصول المال للمولى اقتصر على موضع الضرورة ولم يعد إلى الكفالة. وقوله: (وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد) يعني في قوله ومن أعتق عبده على مال. وقوله: (فشابه النكاح) يعني إذا شابه ذلك جاز أن يثبت الحيوان ديناً في الذمة هنا كما جاز ذلك في تلك العقود (وكذلك الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس) كما إذا أعتقه على مائة قفيز حنطة (ولا يضره جهالة الوصف) بأن لم يقل إنها جيدة أو رديئة ربعية أو خريفية، فإن جهالة الوصف لا تمنع صحة التسمية لكونها يسيرة ولو علق عتقه بأداء المال صح لأن هذه الصيغة: أعني قوله إن أدّيت إليّ ألف درهم فأنت حرّ صيغة التعليق فيتعلق عتقه بأداء المال كالتعليق بسائر الشروط، ولهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برّده، وللمولى أن يبيعه قبل الأداء كما في التعليق بسائر الشروط. وقوله: (من غير أن يصير مكاتباً) يعني لا تثبت أحكام المكاتبين، حتى لو مات وترك وفاء فالمال لمولاه ولا يؤدي عنه، ولو مات المولى فالعبد رقيق

مالاً بالنسبة إلى مولاه لا يفيد ذلك قوله: (والثالث أن العبد لا يملك نفسه بهذا العقد لكونه إسقاطاً) أقول: ضمير لكونه راجع إلى العقد قال المصنف: (وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه إلخ) أقول: قال تاج الشريعة: يريد به النوع بأن قال فرس أو حمار انتهى. يعني يريد المصنف بقوله والحيوان النوع بأن قال إلخ، لكن بقي ههنا بحث يظهر وجهه من كلام ابن الهمام في شرحه حيث قال: ويلزمه الوسط من تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي، ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما هو المشهور وهو مذهب مالك وأحمد، ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه انتهى. وأنت خير بأن جواب هذا البحث يظهر من التأمل في كلام المصنف: ألا ترى إلى قوله إذا كان معلوم الجنس.

المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد، وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس، ولا تضره جهالة الوصف لأنها يسيرة قال: (ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذوناً) وذلك مثل أن يقول إن أديت

ليس مالاً لأن نفسه بالنسبة إليه ليس مالاً لأنه مبقى على أصل الحرية بالنسبة إلى نفسه حتى صح إقراره بالحدود والدين وإن تأخر عنه إلى الحرية، وكذا الخلع والصلح عن دم العمد، وفيها يغتفر ذلك كما تقدم، ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوب بعد تسمية جنسهما من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي. ولو أتاه بالقيمة أجبر المولى على القبول كما في المشهور، وهو مذهب مالك وأحمد، ولو لم يسم الجنس بأن قال على ثوب أو حيوان أو دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه. ولو أدى إليه العبد أو العرض فاستحق، إن كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله وقد علمت أن القيمة في مثله مخلص، وإن كان معيناً بأن قال أعتقتك على هذا العبد أو الثوب أو بعثك نفسك بهذه الجارية فقبل وعتق وسلمه فاستحق رجوع على العبد بقيمة نفسه عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: يرجع بقيمة المستحق، وعلى هذا الخلاف إذا هلك قبل التسليم، وإذا كان الحكم أنه لو اشترى شيئاً بعبد الغير صح البيع فكذا هنا، إلا أن في البيع إذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول. ولو اختلفا في المال جنسه أو مقداره بأن قال المولى: أعتقتك على عبد وقال العبد: على كَرّ حنطة أو على ألف وقال العبد: على مائة فالقول للعبد مع يمينه، وكذا لو أنكر أصل المال كان القول له لأنه عتق باتفاقهما والمال عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى إما لإثبات الزيادة أو لأنه يثبت حق نفسه ببينته، ولو كان هذا الاختلاف في مسألة التعليق بالأداء وهي التي تلي هذه المسئلة: أعنى قوله إن أديت إلى ألفاً فأنت حر فالقول قول المولى مع يمينه لأن التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فإن العبد عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه، أما هنا فلا يعتق إلا بالأداء، وإنما الاختلاف بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى، فإن أقاما البينة فالبينة بينة العبد، إذ لا منافاة بين البينتين لأنه يجعل كان الأمرين كانا فأى الشرطين أتى به العبد يعتق، ولأن البينتين للإلزام، وفي بينة العبد معنى الإلزام أتم، فإنها إذا قبلت عتق العبد بأداء خمسمائة وليس في بينة المولى إلزام فإنها إذا قبلت لا يلزم العبد أداء المال هكذا، فأعرف هاتين المسئلتين. ولو قال: أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وقال العبد: قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لأنه أقرّ بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى، ولهذا يتوقف بعد المجلس إذا كان العبد غائباً. ثم العبد يدعى وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول قوله كما لو قال: قلت لك أمس: أنت حرّ إن شئت ولم تشأ، وقال العبد: بل قد شئت فالقول قول المولى، بخلاف قوله لغيره بعثك هذا الثوب أمس بألف فلم تقبل وقال الآخر بل قبلت القول للمشتري لأن القائل أقرّ بالبيع، ولا يتحقق البيع إلا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما أقر به قوله: (ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذوناً) وذلك مثل أن يقول إن أديت إلي ألفاً فأنت حرّ، ومعنى صح قوله: أي التعليق فيستعقب مقتضاه، وهو أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين في خلافة زفر، والكتابة ليست صريحاً في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار العبد مأذوناً ضرورة الحكم الشرعي بصحة هذا التعليق واستعقابه آثاره من العتق عند الأداء، وذلك يقتضي أن يتمكن شرعاً من الاكتساب حيث علق عتقه بأداء المال، ويستلزم طلب المولى منه المال فلزم أن يجعله مأذوناً لأنه الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصاً عادة المتحققين بصفة أنهم موالى العبيد هو التجارة لا التكدّي لأنه خسة يلحق المولى عارها، لكنه لو اكتسب منه فأدى عتق لوجود الشرط قوله: (وإن أحضر المال أجبره الحاكم على

يورث عنه مع ما في يده من أكسابه، ولو كاتب أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها، ولو حط المال أو أبرأه المولى لم يعتق، ولو كان مكاتباً لكان الحكم على عكس ما ذكر في الجميع. وقوله: (ومراذه التجارة) يعني من الترغيب في الاكتساب لأنها هي المشروعة عند الاختيار (دون التكدّي) لأنه يدنىء المرء ويخسه. وقوله: (وفي سائر الحقوق) يريد به الثمن وبدل الخلع وبدل

إِلَيَّ أَلْفَ دَرَاهِمٍ فَأَنْتَ حَرٌّ؛ ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين إن شاء الله تعالى وإنما صار مأذوناً لأنه رغبه في الاكتساب بطلبه الأداء منه، ومراده التجارة دون التكدى فكان إذناً له دلالة (وإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد) ومعنى الإيجاب فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضاً بالتخلية. وقال زفر رحمه الله: لا يجبر على القبول وهو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً، ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط، بخلاف الكتابة لأنه معاوضة والبدل فيها واجب. ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ ومعاوضة نظراً إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف

قبضه وعتق العبد) ومعنى الإيجاب فيه وفي سائر الحقوق من ثمن المبيع وبدل الإجارة وغيرها أن ينزل قابضاً بالتخلية بينه وبينه بأن يكون بحيث لو مَدَّ يده أخذه، وعلى هذا فمعنى نسبة الإيجاب للحاكم أن يحكم بأنه قبض هذا إذا كان العوض صحيحاً، أما لو كان خميماً أو مجهولاً جهالة فاحشة كما لو كان قال له إن أديت إليّ كذا خميراً أو ثوباً فأنت حرٌّ فأدى ذلك لا جبر على قبولهما: أي لا ينزل قابضاً إلا إن أخذ مختاراً، وأما عدم العتق في قوله: إن أديت إليّ ألفاً فحججت بها فأنت حرٌّ لا يجبر على القبول، لأن التعليق بشئين المال والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطان معنى المعاوضة، ولذا إن كان قال: إن أديت إليّ ألفاً أحج بها يجبر على القبول لأن الأداء إتمام الشرط والحج وقع مشورة. وقال زفر: لا يجبر على القبول: أي لا ينزل قابضاً بالتخلية بل إن أخذه كان قابضاً وعتق العبد. وقوله: هو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً، ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ، وإذا كان يميناً فلا إيجاب على مباشرة شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط، ولا يجبر على أن يباشر الإنسان سبباً يوجب عليه شيئاً، بخلاف الكتابة لأنه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه إذا أتى به أما هنا البدل ليس واجباً على العبد فلا يلزم المولى قبوله. واعلم أن الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط إذا حَفَّ بما يقتضيها كقوله إن أديت إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حرٌّ فإنه يصير مكاتباً لا يجوز بيعه، كذا ذكره في الدراية مقتضراً ونسبه إلى الخزانة، والمسئلة في مبسوط شمس الأئمة. وذكر أن هذا هو المذكور في نسخ أبي سليمان، وفي نسخ أبي حفص لا يكون مكاتباً وله بيعه لأنه تعليق بشروط وهو أن يؤدي المال عشر مرات والتعليق بشرط واحد وشروط سواء. ووجه رواية أبي سليمان أنه جعله منجماً والتنجم من حكم الكتابة والعبرة للمعاني لا للألفاظ واستشهد لأبي حفص بما لو قال: إن أديت إليّ ألفاً في هذا الشهر فلم يؤده فيه وأداه في غيره لا يعتق اتفاقاً. وأجيب بأنه ليس في هذا تنجم والمسئلة تحتمل التأمل قوله: (ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ ومعاوضة بالنظر إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا

الكتابة وما أشبهها. وقوله: (أنه) يعني المولى (ينزل قابضاً بالتخلية) برفع المانع سواء قبض أو لم يقبض، وليس المراد بالإيجاب ما هو المفهوم منه عند الناس من الإكراه بالضرب أو الحبس، وقوله: (إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً) احتراز عن الكتابة فإنها ليست بتعليق لفظي، فإنه لو قال لعبد كاتبك على كذا من المال صحت الكتابة وليس فيه تعليق لفظي لعدم ألفاظ الشرط فيه. وقوله: (ولهذا لا يتوقف على قبول العبد) توضيح لكونه تصرف يمين. وقوله: (ولا جبر على مباشرة شروط الأيمان) متصل بقوله لأنه تصرف يمين. وقوله: (لأنه لا استحقاق) تقريره: لا جبر إلا باستحقاق ولا استحقاق (قبل وجود الشرط) ولهذا يمكنه البيع قبل الأداء. وقوله: (بخلاف الكتابة) متصل بقوله إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً. وقوله: (لأنه) أي لأن عقد الكتابة (معاوضة والبدل فيها واجب) فكان الجبر بعد الاستحقاق (ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ) كما ذكرنا (ومعاوضة نظراً إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ) بأن يقول إن أديت إليّ ألفاً فأنت طالق (حتى) لو طلقها بهذه الصفة (كان بائناً فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء، وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للغرور عن العبد) فإنه ما تحمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية

الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة، ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائناً فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ، ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء، وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول، فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض. ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا

ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية) من جهة السيد وينال السيد المال عوضاً عنه وهو معنى المعاوضة، وقد فرض صحة هذا التصرف لتحقيق هذا الغرض شرعاً فلا بد من اعتباره معاوضة، ولذا كان عوضاً في الطلاق إذا قال: إن أدت إلي ألفاً فانت طالق حتى وقع بائناً لكن لما لم يكن المال لازماً على العبد تأخر هذا الاعتبار إلى وقت أدائه إياه، ويلزم اعتباره مكاتباً لأن ما بالضرورة يتقدرها فيثبت ملكه لذلك قبيله ويلزم على السيد وبه يندفع الإيراد القائل فيه كيف تصح المعاوضة وكل من البذل والمبدل للمولى لأن على ما ذكر يكون المال للعبد لا للمولى. وقد أجيب بأن هذه مغالطة لأن العتق حصل للعبد. وهذا يتم إن أريد بالمبدل العتق، أما إن أريد به الإعاق الذي هو فعله فلا، ولو حوّل تقرير الإشكال إلى أن المال ملك السيد فكيف يعتق بأدائه وإن أنزل مكاتباً كما أن المكاتب لا يعتق بأداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يقع هذا الجواب دافعاً، بخلاف ذلك الجواب فإنه يدفع الإشكال كيفما قرر. فأما ما قبل الأداء فالواجب اعتبار الشرط وإلا لتضرر السيد إذ يمتنع بيعه عليه ويصير العبد أحق بمكاسبه من سيده مع أنه لم يجب عليه أداء مال وتسري الحرية إلى المولود للأمة المعلقة عتقها بالأداء، بخلاف ما لو كان عبداً لأن رق الولد وحرته تابعة لأمه. والحاصل أنه ثبت له جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه، وعلى هذا يدور الفقه، أي على ترتيب مقتضى كل شبه عليه وتخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقاً وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة، إلا أنه لما تأخر اعتبار المعاوضة إلى وقت الأداء كانت أحكام الشرط أكثر من أحكام المعاوضة فلم يثبت من أحكامها إلا ما هو بعد الأداء، وهو ما إذا وجد السيد بعض المؤدي زيوفاً فإن له أن يرجع بقدره جياداً وما كان من ضروريات المعاوضة وهو تقديم ملك العبد لما أداه وإنزاله قابضاً إذا آتاه به، وفيما قبل ذلك المعتبر جهة التعليق فكثرت آثاره بالنسبة إلى المعاوضة فلهذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة: الأولى ما إذا مات العبد قبل الأداء وترك مالا فهو للمولى ولا يؤدي منه عنه ويعتق^(١) بخلاف الكتابة. الثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة

فيجبر على القبول. فإن قيل: لا يمكن جعله معاوضة أصلاً لأن البذل والمبدل كلاهما عند الأداء ملك للمولى، لأنه قبل الأداء عبد وهو ما في يده لمولاه. أجيب بأنه لما ثبت عند الأداء معنى الكتابة من الوجه الذي بينا ثبت شرط صحته اقتضاء وهو أن يصير

قوله: (لأن البذل والمبدل إلخ) أقول: فيه أن المبدل هو ثبوت القوة الحكمية كما سبق، وليس ذلك ملك المولى، ولا تمس الحاجة في تميم السؤال إلى كون المبدل في ملكه بل يكفي حصوله بسببه ومن جهته فليتأمل قوله: (ملك للمولى) أقول: يعني رقبة وتصرفاً قوله: (وفيه نظر من وجهين، إلى قوله: فلا بد من إثباته) أقول: يكفي في إثباته ما ذكر المصنف ولم يتم ما عورض به لتوجه المنع إلى قوله كلاهما عند الأداء ملك المولى. وسنده أنه يجوز أن يكون ملك العبد سابقاً على الأداء بطريق الاقتضاء فيندفع النظر الثاني أيضاً، فإن مراد المجيب أنه يجوز أن تحصل الصحة مع شرطها كما لا يخفى فليتأمل قوله: (ولعل الصواب في الجواب أن يقال لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها) أقول: كيف يكون قائماً فيها وليس للمولى ولاية التصرف في ماله، ويجوز اشتراء شخص ماله بماله لاستفادة ولاية التصرف فيه صرح به في المراجعة والتولية وغيرهما وفي التعليق ليس كذلك قوله: (فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى) أقول: فيه بحث، إذ لا كلام لأحد في صحة العتق على مال، وإنما النزاع في الإيجاب على القبض، ووجود معنى التعليق فيه يمنع من الإيجاب ولا يفيد الأولوية بالطريق، فالمالك إلى ما نقل عن شيخ الإسلام كما لا يخفى على أولي الألفهام قوله: (فلا بد من إثباته) أقول: يكفي في إثباته ما ذكره المصنف.

(١) قوله: (ويعتق) لعل صوابه ولا يعتق لعدم وجود شرط العتق وهو الأداء للمولى كذا بهامش نسخة الشيخ البهراوي.

المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة. الثالثة لو كانت أمة فولدت ثم أدت فعتقت لم يعتق ولدها لأنه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة. الرابعة لو قال العبد للمولى: حظ عني مائة فحط المولى عنه مائة وأدى تسعمائة لا يعتق بخلاف الكتابة. الخامسة لو أبرأ المولى العبد عن الألف لم يعتق، ولو أبرأ المكاتب عتق كذا ذكروها، والظاهر أنه لا موقع لها إذ الفرق بعد تحقق الإبراء في الموضعين يكون والإبراء لا يتصور في هذه المسئلة لأنه لا دين على العبد بخلاف الكتابة. السادسة لو باع المولى العبد ثم اشتراه أو ردّ عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما يأتي به خلاف عند

أبي يوسف نعم، وعند محمد لا، ولكن لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فإنه لا خلاف في أنه يجب أن يقبله ويعدّ قابضاً. ووجه قول محمد: إن وجوب القبول وإنزاله قابضاً كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول، غير أنه لو قبله عتق بحكم التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف في الأيمان بالطلاق، وقول أبي يوسف: عندي أوجه لأن الكتابة التي تطل بالبيع هي القائمة عنده. وأنت علمت أن إنزاله مكاتباً إنما هو في الانتهاء وهو ما عند أدائه فلا ينزل مكاتباً قبله بل الثابت قبله ليس إلا أحكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حيثنذ معتبرة شرعاً فتبطل، وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت أحكامها، ومنها وجوب القبول إذا أتى بالمال. السابعة أنه يقتصر على المجلس فلا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس، فلو اختلف بأن أعرض أو أخذ في عمل آخر فأدى لا يعتق بخلاف الكتابة، هذا إذا كان المذكور من أدوات الشرط لفظاً إن، فإن كان لفظاً متى أو إذا فلا يقتصر على المجلس. الثامنة أنه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك قبل أن يؤدي بخلاف المكاتب. التاسعة أن للسيد أن يأخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل أن يأتيه بما يؤديه بخلاف المكاتب. العاشرة أنه إذا أدى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه كان للسيد فيأخذه بخلاف المكاتب. الحادية عشر لو اكتسب العبد مالاً قبل تعليق السيد فأداه بعده إليه عتق وإن كان السيد يرجع بمثله على ما سيذكر، بخلاف الكتابة لا يعتق بأدائه لأنه ملك المولى إلا أن يكون كاتبه على نفسه وماله فإنه حيثنذ يصير به أحق من سيده فإذا أدى منه عتق قوله: (ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق) لأن شرط العتق أداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وأدى الباقي فإنه لا يعتق كما ذكرنا في المسائل لعدم الشرط، وإنما يجبر على قبوله لأنه بعض ما يجب عليه قبوله، فكما يجب قبول الكل يجب قبول بعضه، ولا خفاء في ورود منع هذه الملازمة وذلك لأن وجوب قبول الكل لأن به يتحقق شرط العتق الذي هو حق العبد، وليس أداء البعض كذلك إلا إذا كان في ضمن الكل فإنه يجب قبوله باعتبار أنه محقق للكل لا باعتبار أنه بعضه فلذا كان في هذه المسئلة خلاف، وما ذكره المصنف هو المذكور في الإيضاح. وذكر شيخ الإسلام أنه لا يجب قبوله كما ذكرنا، وذكر في شرح الطحاوي أن عدم وجوب قبوله قول أبي يوسف وأنه القياس، والاستحسان هو أن يجبر على القبول كالمكاتب، والأوجه وهو وجه الاستحسان أن وجوب قبوله البعض لدفع الضرر عن العبد لأنه قد يعجز عن أداء الكل دفعة، وما تحمل مشقة الاكتساب إلا لذلك الغرض، فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كدّ سعيه خالياً عن غرضه، ومما تقدم يعلم أن السيد لو خطفه منه

العبد أحق بالمؤدي فيثبت هذا سابقاً على الأداء متى وجد الأداء وصار كما إذا كاتب عبده على نفسه وماله وكان اكتسب مالاً قبل الكتابة فإنه يصير أحق بذلك المال، حتى لو أدى ذلك عتق، كذا في النهاية وغيره منسوباً إلى مبسوط شيخ الإسلام، وفيه نظر من وجهين: أحدهما أن ثبوت معنى الكتابة هو المعارض فلا بد من إثباته. والثاني أن حصول شرط صحة الشيء عبارة لا يقتضي صحته فضلاً عن حصوله اقتضاء، ولعل الصواب في الجواب أن يقال: لما صحت الكتابة والمعنى الذي ذكرتم قائم فيها وهي معاوضة ليس فيها معنى التعليق، فلأن يصح العتق على مال وفيه معنى التعليق أولى فيكون ملحقاً بالكتابة دلالة وقوله: (فعلى هذا) أي على العمل بالشبهين (يدور المعنى الفقهي وتخرج المسائل) المتعارضة: يعني أن قوله إن أدت إلي ألف درهم فأنت حر

قوله: (وما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام، إلى قوله: هو القياس) أقول: فوجه القياس تضمن الجواب عن وجه الاستحسان فيكون الأخذ به

يعتق ما لم يؤد الكُل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي . ثم لو أدى ألفاً اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها، ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه، ثم الأداء في قوله إن أدبت

قبل أن يأتيه به جاز ولا يحتسب له بدء من أداء المشروط قوله: (ثم لو أدى ألفاً اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه) بمثلها، أما العتق فلو جود الشرط وهو أداء الألف حتى يعتق لو كانت ألفاً مغبوبة، إلا أنه لا يجب عليه قبول المغبوبة، وأما رجوع المولى بمثلها فلاستحقاقه إياها، وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها إضافة للمصدر إلى المفعول، وهو تعليل للرجوع وهذا لأنها ملكه، والعبد وإن قلنا إنه يملك ما اكتسبه عند الأداء ويصير عنده كالمكاتب لكن ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق، وهذا يوجهه النظر في الغرض وهو أن يعتقه بأداء ألف يحدث حصولها له فيملك ما لم يكن مالكا له، وتلك الألف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعاً للضرر عن المولى قوله: (ثم الأداء في قوله إن أدبت يقتصر على المجلس) فلو اختلف المجلس بأن قام العبد أو أعرض أو أخذ في عمل آخر ثم أدى لا يعتق، وهذا لأنه تخيير محض، إذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت لأن إن للشرط فقط، بخلاف إذا ومتى لدالتهما عليه لا يتوقف في أي وقت أدّى عتق. وعن أبي يوسف أن إن بمنزلة إذا ومتى. وقد يوجه بأن إن لما لم تدل على الوقت صار المعلق به الأداء في مطلق الوقت فيتخير فيه كالأمر المطلق عن الوقت يتخير في أي وقت شاء. ويجاب بأنه لما لم يدل على الوقت فإنما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الإيجاب حاضر متيقن فيتقيد به. ولا يخفى أن معنى كونه ضرورة الفعل أن تحقيق الفعل بدون لا يمكن فلا يثبت مدلولاً أصلاً فإنما يثبت للفعل وقت وجوده أي وقت وجد. لا يقال: بالأداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالأداء. لأننا نقول: يجب أن يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر في حلقه لا يلبس هذا الثوب وهو لابس حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالأداء.

[فرع] قال أن أدبتا إلي ألفاً فأنتما حران فأدى أحدهما حصته لم يعتق لأن شرط العتق أداؤهما جميع المال، وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير انقسام الأجزاء على الأجزاء، وإنما الانقسام في المعاضات، ولذا لو

ألتحق في بعض الأحكام بمحض التعليق وهي ما ذكرنا من مسائل القياس من تمكنه من البيع وغيره، وألحق في بعضها بالكتابة من جبر المولى على القبول، لأنه لما كان هذا اللفظ تعليقاً نظراً إلى اللفظ ومعاوضة نظراً إلى المقصود عملنا بالشبهين: شبه التعليق في حالة الابتداء وشبه المعاوضة في حالة الانتهاء، كما في الهبة بشرط العوض فإنها هبة ابتداء حتى لم تجز في المشاع، واشترط القبض في المجلس وبيع انتهاء حتى لم يتمكن الواهب من الرجوع وجرت الشفعة في العقار ويرد بالعيب، ولو أدى البعض بجبر على القبول لأن الذي أتى به بعض تلك الجملة، فإذا ثبت الإيجاب على قبول الكل ثبت في البعض كما في الكتابة، وهذه رواية الزيادات، وقيل هو استحسان. وما ذكر في مبسوط شيخ الإسلام أنه لا يجبر على قبول البعض لأن معنى الكتابة عندنا يثبت من حيث إنه عتق بما أداه إلى المولى، وإنما يعتق بأداء الجميع، فما لم يوجد أداء جميع المال لا يثبت معنى الكتابة هو القياس، إلا أنه بأداء البعض لا يعتق ما لم يؤد الكُل لعدم الشرط، كما إذا حط البعض وأدى البعض الباقي، لأن الشرط وجود الجميع، فإذا لم يوجد بعضه كان كما إذا لم يوجد كله، وإذا حط الجميع لم يعتق لانتهاء الشرط فكذلك هذا، بخلاف الكتابة لأن المال هناك واجب على المكاتب فيتحقق إبراءه عنه سواء أبرأه عن الكل أو البعض، ولو أدى ألفاً اكتسبها قبل العتق رجع المولى عليه وعتق، أما الرجوع عليه بألف أخرى مثلها فلأن الألف التي أداها كانت مستحقة من جانب المولى فلا يحصل المقصود بأدائه لأن مقصوده أن يحته على الاكتساب ليؤدي من كسبه فيملك المولى ما لم يكن في ملكه قبل هذا وهذا ليس كذلك، وأما أنه عتق فلو جود شرط الحنث لما أن كون الألف مستحقة لا يمنع كونه شرط الحنث كما لو غصب مال إنسان وأداه (ثم الأداء في قوله إن أدبت يقتصر على المجلس) وهذا ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف أنه لا يقتصر عليه كما في التعليق بسائر الشروط. وجه الظاهر ما ذكره بقوله

أولى، ثم قوله وما ذكر مبتدأ وخبره قوله هو القياس قوله: (أجيب بأن الإذن، إلى قوله: لا يقتصر على المجلس) أقول: الاقتصار على صورة إذا ومتى لا يلائم ظاهر تقرير المصنف، فإنه وضع المسألة في إن حيث قال وذلك مثل أن يقول إن أدبت إلخ.

يقتصر على المجلس لأنه تخيير، وفي قوله إذا أديت لا يقتصر لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى (ومن قال لعبيده أنت حرّ بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حرّ غداً بألف درهم، بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأن إيجاب التدبير في

أدى أحدهما جميع الألف من عنده لم يعتق لأن الشرط أداؤهما فلا يتم بأحدهما، فإن قال المؤدي خمسمائة من عندي وخمسمائة بعث بها صاحبي لأوديعها إليك عتقاً، لأن أداء الرسول كأداء المرسل فتم الشرط وهو أداؤهما، ولو أدى عنهما أجنبي لا يعتقان لأنه ليس أداءهما ولا ينتقل إليهما بخلاف الكتابة، وللمؤدي أن يرجع على المولى لأنه أدى ليعتقا ولم يحصل مقصوده، فإن قال أوديعها إليك على أنهما حرّان أو على أن تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدي بالمال على السيد. أما المعتق فلأن قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الإعناق منه لهما، وأما حق الرجوع فلأن عوض العتق لا يجب على الأجنبي،. ولو قال هما أمراني أن أوديعها إليك فقبلها عتقاً لأنه رسول عنهما قوله: (ومن قال أنت حرّ بعد موتي على ألف فالقبول بعد الموت لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حرّ غداً بألف) فإن القبول محله الغد، وهذا لأن جواب الإيجاب في عقد المعاوضة وهو القبول إنما يعتبر في مجلسه ومجلسه وقت وجوده والإضافة تؤخر وجوده إلى وجود المضاف إليه وهو هنا ما بعد الموت، ولو أمكنت إضافة في البيع ونحوه وجب فيه أيضاً كون قبول البيع يتأخر إلى وقت وجود المضاف فيكون محل القبول ذلك؛ بخلاف ما إذا قال: أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأنه إيجاب للتدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده ديناً صحيحاً، وإذا عتق بعد الموت لا يلزمه شيء لأنه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده، وعلى هذا لا فائدة في تعليقه بالقبول إلا ليظهر اختيار التدبير من العبد، كما لو قال: إن اخترت التدبير فأنت مدبر وصار كما إذا علق تدبيره بدخوله الدار. وأورد أن قوله: أنت مدبر على ألف هو معنى أنت حرّ بعد موتي على ألف فينبغي أن يشترط في مسئلة الكتاب القبول في الحال: أجيب بأن مسئلة الكتاب تصرف يمين من السيد لا يمكن من الرجوع، وفي الأيمان يعتبر اللفظ وليس في قوله: أنت مدبر على ألف إضافة لفظاً ليكون يميناً فلا يشترط القبول بعده. وفي النهاية إنما افترق وقت القبول فاعتبر في الحال في أنت مدبر على ألف لأنه قابل الألف في التدبير بحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت في أنت حرّ بعد موتي على ألف لأنه قابلها بحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت، ولا يخفى أن التدبير ليس معناه إلا الإعناق المضاف إلى ما بعد الموت، وذلك هو الثابت في كل من قوله: أنت مدبر أو أنت حرّ بعد موتي بلا فرق، بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو إنسان وحيوان ناطق، ثم يثبت حق الحرية فرعاً عن صحة تلك الإضافة التي هي التدبير، لا أن حق الحرية هو معنى التدبير ابتداء فلم يتحقق الفرق. واعلم أنه روي عن أبي حنيفة في نواذر بشر بن الوليد: إذا قال: أنت مدبر على ألف ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه، فإذا مات المولى وهو في ملكه وقال: قبلت أداء الألف عتق، فعلى هذا استوت المسثلتان في أن القبول بعد الموت. وروي عن أبي يوسف فيها إن لم يقبل حين قال له ذلك فليس له أن يقبل بعده، وإن قبل كان مدبراً وعليه الألف إذا مات السيد. وعن أبي يوسف في

لأنه يخير العبد بين الأداء والامتناع عنه فكان كالتخير بمشيئة العبد إذا قال أنت حرّ إن شئت. فإن قيل: قد تقدم أنه يصير مأذوناً له في التجارة فكيف يكون الأداء مقتضراً على المجلس؟ أجيب بأن الإذن يكون في صورة إذا أديت أو متى أديت، فإن الأداء فيها لا يقتصر على المجلس ويجوز أن يقال لا تنافي بينهما لجواز أن يكون مأذوناً بالتجارة، ويقتصر الأداء على المجلس ويتجر فيه ويؤدي المال قبل الافتراق بالأبدان (ومن قال لعبيده أنت حرّ بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت) لأن هذا الكلام إضافة لإيجاب حقيقة الحرية إلى ما بعد الموت، وكل ما هو كذلك يقتضي أن يكون القبول بعد الموت لثلا يقع القبول قبل الإيجاب (فصار كما إذا قال أنت حرّ غداً بألف درهم) لأنه إضافة لإيجاب حقيقة الحرية إلى زمان والقبول متأخر إليه لثلا يقع قبل الإيجاب

الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق. قالوا: لا يعتق عليه في مسألة الكتاب وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لأن الميت ليس بأهل للإعتاق، وهذا صحيح.

الإملاء، إذا قال: إن متّ فأنت حرّ على ألف درهم القبول على حالة الحياة لا الوفاة، فإذا قبل صحّ التدبير، فإذا مات عتق ولا يلزمه المال لأنه لا يلزمه وقت القبول لأنه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق، فسوى بين المستثنين في أن القبول حالة الحياة، إلا أنه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال. وذكر السرخسي عن ابن سماعة عن محمد: لو قال: أنت مدبر على ألف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال، ومعلوم أنه ذكر في الجامع في مسألة أنت حرّ بعد موتي على ألف القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في أن القبول بعد الموت كما سوى أبو حنيفة فيما ذكرنا عنه كذلك، وحيثئذ فما قيل إنهم أجمعوا أنه لو قال: أنت حرّ على ألف بعد موتي فالقبول بعد الوفاة لا يصح، إذ يجب أن يجعل قول: أبي يوسف في قوله: إذا مت فأنت حرّ على ألف أن القبول في حالة الحياة رواية في أنت حرّ بعد موتي على ألف أن القبول في حالة الحياة بل أولى لأن هناك الإيجاب معلق صريحاً بالموت ومع ذلك جعل القبول في الحال وهنا هو بالموت مضاف. ثم لا يخفى أن الأعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن أبي يوسف ومحمد، لأن الظاهر من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس إلا حصول المال عوضاً عن العتق، وإلا لقال إن اخترت التدبير فأنت مدبر، وهذا لأن المولى ما رضي بعتقه إلا ببدل، وتعليقه بقول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعي منه إذ المولى يستحق على عبده المال إذا كان بسبب العتق كما في المكاتب وإن لم يستحق عليه بسبب غيره، على أن المروى عن أبي يوسف ومحمد في المسئلة إنما هو استحقاق المال: بعد الموت السيد وحيثئذ يكون حراً. فالحاصل تأخر وجوب المال إلى زمن حرّيته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده، والله الموفق. وأما وقوع العتق عند القبول فقال المصنف عن المشايخ لا يعتق ما لم يعتقه الورثة، وزاد غيره: أو الوصي أو القاضي إن امتنعوا، إلا أن الوارث يملك عتقه تنجيزاً وتعليقاً والوصي لا يملكه إلا تنجيزاً، فلو قال: إن دخلت الدار فأنت حرّ فدخل لا يعتق، وإذا أعتقه الوارث فولاه للميت لأن عتقه يقع له، ولذا لو أعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلمه بأن الميت ليس أهلاً للإعتاق قال وهذا صحيح وكذا قال غيره. واعترض بأن الأهلية ليست بشرط إلا عند الإضافة والتعليق، ولذا لو جُنّ بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق ولذا يعتق المدبر بعد الموت، وليس التدبير إلا تعليق العتق بالموت. وأجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل بأن هناك الموجود بطلان أهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروجه عن ملك المعلق إلى ملك الورثة فلم يوجد الشرط إلا وهو في ملك غيره، ولا يخفى أن هذا ليس دافعاً للسؤال، وهو أن ما علل به من فوات أهلية المعلق لا أثر له، وما ذكر من خروج المحل عن محلّيته عتقه إن أراد المجيب أنه جزء المانع فليس بصحيح للعلم بأن انتفاء أهلية المعلق ليس له أثر في عدم الوقوع عند الشرط، فصار الحاصل من الإيراد أنه علل بما لا أثر له. فأجاب المجيب بإبداء علة أخرى أو مانع وقال: هذا جواب هذا السؤال،

(بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأن إيجاب التدبير في الحال) على ما سيجيء فيكون القبول كذلك (إلا أنه لا يجب المال) مع قبوله (لقيام الرق) إذ التدبير يوجب حق الحرية لا حقيقتها فيكون الرق قائماً والمولى لا يستوجب ديناً على عبده، بخلاف ما لو أعتقه على مال لأنه ثبت به حقيقة الحرية والمال يجب على الحرّ والمولى قد يستوجب مالاً على معتقه. فإن قيل: لما لم يجب المال في المدبر على الألف ما الفائدة في تعليق التدبير بالقبول؟ أجيب بأنها بيان أنه يقبل التعليق بالقبول كالطلاق والعتاق وإن لم يجب المال. وقوله: (قالوا) يعني المشايخ (لا يعتق في مسألة الكتاب) أي الجامع الصغير وهي قوله أنت حرّ بعد موتي على ألف درهم (وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث) أو الوصي أو القاضي (لأن الميت ليس بأهل للإعتاق) في ذلك الوقت. قال المصنف (وهذا) أي قولهم لأنه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث (صحيح) بناء على أنه إيجاب مضاف إلى ما بعد الموت وأهلية الموجب شرط عند الإيجاب وقد عذمت بالموت، بخلاف التدبير فإنه إيجاب في الحال والأهلية

قال: (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: عليه قيمة خدمته أربع سنين) أما العتق فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً

والصواب في الجواب أن المصنف حيث علل بأن الميت ليس أهلاً للإعتاق لم يبين أن عدم أهليته لذلك بسبب الموت أو غيره، ومبنى السؤال على فهم أنه الموت. ويمكن كون مراده أنه ليس أهلاً لإعتاقه لخروجه عن ملكه إلى ملك الورثة فصار أجنبياً عنه، وإنما لزم خروجه إلى ملكهم لأنه لا يعتق بمجرد الموت كالمدير بل بعد القبول الكائن بعد الموت وإذا تأخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق إلا بعق الورثة وصار كما لو قال: أنت حرّ بعد موتي بشهر فإنه لا يعتق إلا بعقهم وبهذا يندفع ما أورده شارح فقال: ينبغي أن يعتق حكماً لكلام صدر من الأهل في المحل وإن كان الميت ليس أهلاً للإعتاق لما قلنا: إن الكلام صدر في حال أهليته ثم استدل على ذلك بأن القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الإيجاب معتبراً بعد الموت، فلو لم يعتق بعد الموت إلا بإعتاق واحد من الورثة لم يبق معتبراً بعد الموت فلا يبقى فائدة لقوله: فالقبول بعد الموت ولا يخفي أن بعد كون الكلام حين صدوره معتبراً يشترط أن يكون في ملكه عند نزول العتق، ثم نفي الفائدة ممنوع فإن بالقبول يثبت لزوم العتق على الوارث، فإن لم يفعل أعتقه القاضي، ولم يكن لولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف يقال لا فائدة له. نعم يقال إذا كان العتق لا بد منه فما السبب إلى نقله إلى ملكهم ثم أمرهم بالإعتاق إن كان بسبب أنه لا سائبة. فلو بقى في ساعة القبول بلا ملكهم لزم السائبة فلم لم يبق على ملك الميت ويجعل مثل ما هو من حوائجه وهو نفاذ إيجابه وصحته، ولهذا كان قبوله معتبراً فلا مانع من أن يبقى على حكم ملك الميت مقدار مجلس العلم بموته لأن القول لا يعتبر بعده بل يتقيد به. وما تقدم من نواذر بشر من قول أبي حنيفة، فإذا مات المولى وقال: قبلت أداء الألف عتق ظاهر في عدم تأخر عتقه إلى عتق الوارث، كما استدل به ذلك الشارح أيضاً مع أن في المسئلة خلافاً كما يفيد قول الصدر الشهيد حيث قال: ومن المتأخرين من قال: ينبغي أن لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لأن الإعتاق من الميت لا يتصور، ثم قال: وهذا أصح فإنه يفيد بعد ثبوت الخلاف، ثم نقول العتق ما وقع إلا من الحي، لأن العتق بقوله: أنت حرّ المعلق أو المضاف الصادر منه حال حياته وإن كان نزول أثره بعد موته إلا أنه يبقى عليه إشكال هو لزوم أن يبقى على ملك الميت شهراً فيما إذا قال: أنت حرّ بعد موتي بشهر اعتباراً لحاجته إلى نفاذ إيجابه واعتباره، وطول المدة وقصرها لا أثر له، فإن الموجب حاجته إلى ما ذكر وهي متحققة فيهما، وسبأتي لبعضهم فرق في الباب بعده قوله: (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين مثلاً) أو أقل أو أكثر (فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه) أي على العبد (قيمه عند أبي حنيفة في قوله الآخر وهو قول أبي يوسف، وفي قوله الأول وهو قول محمد عليه قيمة خدمة أربع سنين) أما العتق فلأنه جعل الخدمة وهي معلومة إذ هي خدمة البيت

ثابتة والموت شرط والأهلية ليست بشرط عنده، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حرّ فوجد الشرط وهو مجنون، وقد فرق بين مسألة الكتاب والتدبير بوجه آخر وهو أنه لما لم يعتق إلا بالقبول بعد الموت لم يكن العتق معلقاً بمطلق الموت، وفي مثل هذا لا يعتق إلا بإعتاق الوارث لانتقال العبد إلى ملك الوارث قبل القبول كما لو قال أنت حرّ بعد موتي بشهر، بخلاف المدير لأن عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط إعتاق الوارث. فإن قيل: أنت مدبر على ألف درهم معناه أنت حرّ بعد موتي على ألف فيكون كمسئلة الكتاب معنى فينبغي أن يكون الإيجاب في مسألة الكتاب في الحال حتى يشترط القبول أيضاً فيه. أجب بأن هذا يعين من جانب المولى حتى لا يتمكن من الرجوع، وفي الأيمان يعتبر اللفظ وليس في قوله أنت مدبر على ألف إضافة الحرية إلى ما بعد الموت لفظاً فلا يشترط القبول بعده، وفي مسألة الكتاب أضاف الحرية إلى ما بعد الموت لفظاً فيشترط القبول بعده. قال: (ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين) أي ومن قال لعبده أنت حرّ على أن تخدمني أربع سنين (فقبل العبد عتق، فلو مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد وهو قول أبي حنيفة: الأول عليه قيمة خدمته أربع سنين

قوله: (أجب بأن هذا يعين إلخ) أقول التدبير ليس يعين على ما سيحيي من المصنف الإشارة إليه، ويفصله الشارح في الدرس الآتي.

فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضاً فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم، ثم إذا مات العبد فالخلافة فيه بناء على خلافة أخرى، وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحققت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة. ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم

المعتادة في مدة معلومة عوضاً فتعلق العتق بقبولها كما في غيره من المعاوزات لأنه صلح عوضاً لأن المنفعة أخذت حكم المال بالعقد ولذا صحت مهراً مع أنه تعالى أمر بابتغاء النكاح بالمال، ثم إذا مات العبد أو المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور، وهو بناء على الخلاف في مسئلة أخرى وهي ما إذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحققت أو هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما، وعند محمد بقيمة الجارية، وكذا لو ردت بعبع فاحش فهو على هذا الخلاف وإن كان غير فاحش فكذا عندهما، وعند محمد لا يقدر على ردها بالعبع اليسير، ووجه البناء ظاهر وإن ذكره في الكتاب، ولا يخفى أن بناء هذه على تلك ليس بأولى من عكسه، بل الخلاف فيهما معاً ابتدائي، ولم يقل أحد إنه ترجع الورثة في موت المولى بعين الخدمة. قيل: لأن الناس يتفاوتون في الاستخدام، وقيل: بل الخدمة هي المعتادة من خدمة البيت، لكن لأن الخدمة منفعة وهي لا تورث. وجه قول محمد وهو قول الشافعي وزفر: أن الجارية أو الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن تسليم البدل، ولا يمكن الفسخ إذ العتق لا يفسخ فتجب قيمته أو مثله لو كان مثلياً، وصار كما إذا تزوج على جارية أو خالغ عليها أو صالح عن دم عمد ثم استحققت أو هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقاً. وجه قولهما: أنها بدل ما هو مال وهو العبد وإن كان لا يملك نفسه، كما إذا اشترى عبداً أقر بحريته لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لأن العبد مال بالنسبة إلى السيد حيث أخذ مالاً في مقابلة إخراجة مالاً عن ملكه. نعم هنا ملاحظة أخرى وهي اعتبار ما أخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو تلفظه بالإعتاق، وهذا الاعتبار لا ينفي الأمر الثابت في نفس الأمر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض، فصار كما إذا باع عبداً بجارية ثم استحققت إنما يرجع بقيمة العبد، بخلاف ما قيس عليه لأن مبادلة مال بما ليس بمال، ولهذا لو شهدوا بإسقاط القصاص وإبطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع. ولو شهدوا بالإعتاق ورجعوا ضمنوا، ولو خدمة سنة مثلاً ثم مات أحدهما أخذ بقيمة خدمته ثلاث سنين عند محمد، وعندهما بقيمة ثلاثة أرباع رقبته وعلى هذه النسبة قس، وعلى هذا لو أعتق ذمي عبده على خمر أو خنزير يعتق بالقبول، فإن أسلم أحدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه، وعند محمد قيمة الخمر، هذا في المعاوضة. أما لو كان قال: إن خدمتي أربع سنين أو سنة مثلاً فخدم بعضهما ثم مات أحدهما لا يعتق لعدم الشرط ويباع إن كان الميت المولى، وكذا لو أعطاه مالاً عوضاً عن خدمته أو أبراه المولى منها أو بعضها على ما تقدم، وكذا لو قال: إن خدمتي وأولادي فمات

أما العتق فلأن الخدمة في مدة معلومة جعلت عوضاً عن العتق (وكل ما جعل عوضاً عن العتق فالتعلق بقبوله لأنه الحكم في الأعراس كلها، وقد وجد القبول فنزل العتق ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضاً لحدوث حكم المالية بالعقد ولهذا صلحت صداقاً مع أن الله تعالى شرع ابتغاء الألباض بالأموال حيث قال تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ (فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم، ثم إذا مات العبد فالخلافة بناء على خلافة أخرى، وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحققت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي) أي مسئلة بيع نفس العبد منه بالجارية إذا استحققت (معروفة) في طريقة الخلاف، وذكر في الكتاب وجه البناء ولم يذكر وجه كل واحد من القولين ولا بأس بذكر ذلك. وجه قول محمد إن الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق، وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها. ووجه قولهما أن الخدمة بدل مال لأنها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد، لكن لا يمكن تسليمه لأن العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لإمكان ذلك هذا في المبني. ولقائل أن يقول: هذا مناقض لما قال المصنف في أول الباب من أنه معاوضة مال بغير مال لأن العبد لا يملك نفسه. والجواب أن الإعتاق على مال معاوضة مال بغير مال من وجه لما ذكرنا، وشابه بذلك النكاح والطلاق وغيرهما حتى صح بأي مال كان كما تقدم، ومعاوضة مال

الجارية بالهلاك والإستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد، وكذا بموت المولى فصار نظيرها (ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف درهم على أن تزوجينها ففعل فأبى أن تزوجه فالتعق جائز ولا شيء على الأمر) لأن من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم عليّ ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق على المأمور، بخلاف ما إذا قال لغيره طلق امرأتك على ألف درهم عليّ ففعل حيث يجب الألف على الأمر، لأن اشتراط البدل على الأجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق

بعضهم قبل استيفاء المدة يتعذر العتق قوله: (ومن قال لآخر أعتق جاريتك على ألف درهم على أن تزوجينها) وفي بعض النسخ زيادة لفظ عليّ قبل على أن تزوجينها وليس في عامة النسخ، وهي أدل منه على إيجاب المال على المتكلم وإن كان كذلك مع تركها أيضاً، فإذا عتق فلما أن تزوجه أو لا ولا يلزمها تزوجه لأنها ملكت نفسها بالعتق، فإن لم تزوجه لا يجب على الأمر شيء أصلاً لأن حاصل كلامه أمره المخاطب بإعتاق أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليها عنها وعن مهرها، فلما لم تزوجه بطلت عنه حصة المهر منها، وأما حصة العتق فباطلة إذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الأجنبي، بخلاف الخلع لأن الأجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه، بخلاف العتق فإنه يثبت للعبد فيه قوة حكمية وهي ملك البيع والشراء والإجارة والتزويج والتزويج وغير ذلك من الشهادات والقضاء، ولا يجب العوض إلا على من حصل له المعوض، وإن تزوجته قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب قيمتها سقط منه، وما أصاب مهرها وجب لها عليه فإن استويا بأن كان قيمتها مائة ومهرها مائة أو كان مهرها ألفاً وقيمتها ألفاً سقط عنه خمسمائة ووجب خمسمائة عليه، وإن تفاوتتا بأن كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألف سقط ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث. وقوله وقد قررناه من قبل: يعني ما ذكر في خلع الأب ابنته الصغيرة حيث قال: لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح، لكنه لم يذكر أن اشتراط بدل العتق على الأجنبي غير صحيح قوله: (ولو قال أعتق أمتك عني ألف درهم) على أن تزوجينها وهو معنى قوله والمسئلة بحالها ففعل: أي أعتق قسمت الألف على قيمتها، ومهر مثلها على ما بيناه، فما أصاب قيمتها آداه للمأمور وما أصاب المهر سقط عنه: يعني إن لم تكن زوّجت نفسها منه، وإن زوّجت نفسها وجب لها عليه، وإنما وجب للمأمور حصة قيمته هنا لأنه لما قال: عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف في الأصول والفروع، لكنه ضم إلى رقيتها تزويجها وقابل المجموع بعوض ألف فانقسمت عليهما بالحصة، وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بألف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما، فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمناً بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه، ومنافع البضع وإن لم تكن مالا لكن أخذت حكم المال لأنها متقدمة حال الدخول وإيراد العقد عليها. فإن قيل: إذا لم يتحقق فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال إلى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي أن يفسد لأنه إدخال صفقة في صفقة، وإذا فسد وجب، إما عدم وقوع العتق لأنه من جهة الأمر وهو لم يقبضها، والمبيع في البيع الفاسد لا يملك إلا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك، وإما وجوب كل القيمة للمأمور إن اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضاً للمولى، وإن ضعف فيكتفي به لأن القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها أجب بأنه بيع صحيح والنكاح وقع مندرجاً في البيع ضمناً له فلا يراعي من حيث هو مستقلاً ولا يفسد به. ولا يخفى أنه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات. وقول المصنف لم يذكره: يعني محمداً في الجامع الصغير،

بمال من وجه بالنظر إلى مولاه وشابه بذلك بيع عبد بجارية، فإنه إذا مات العبد ووقع العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد على ما نذكره. وأما المبني عليه فوجه محمد أن هذا بدل ما ليس بمال وهو العتق، لأن بيع العبد من نفسه إعتاق وقد عجز عن إيفاء البدل، وليس للمبدل وهو العتق قيمة فيجب قيمة البدل. ووجه قولهما أن الجارية بدل نفس العبد بالعتق فيجب تسليم قيمته، كما إذا تبايعا عبداً بجارية ثم مات العبد ففاسخا العقد على الجارية يلزمه قيمة العبد. وقوله: (وكذا بموت المولى) يعني أن موت المولى في هذه الصورة كموت العبد فصار نظير المسئلة فيكون الحكم فيهما سواء. وقوله: (ومن قال لآخر أعتق أمتك على ألف

لا يجوز وقد قررناه من قبل (ولو قال أعتق أمتك عني ألف درهم والمسألة بحالها قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب القيمة آذاه الأمر، وما أصاب المهر بطل عنه) لأنه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف، وإذا كان كذلك فقد قابل الألف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحاً فانقسم عليهما، ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه ما لم يسلم وهو البضع، فلو زوّجت نفسها منه لم يذكره. وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول وهي للمولى في الوجه الثاني، وما أصاب مهر مثلها كان مهراً لها في الوجهين.

وقوله في الوجه الأول: يعني الذي لم يذكر فيه لفظ عني، والوجه الثاني هو ما ذكر فيه، وقوله: في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكر إذا زوّجت نفسها، وقد بيناه من قبل.

درهم عليّ) لم يذكر في بعض النسخ عليّ اكتفاء بدلالة عليّ على الوجوب وذكر في بعضها للتأكيد والمسئلة ظاهرة: وقوله: (وقد قررناه من قبل) يعني في الخلع في مسألة خلعت الأب ابنته الصغيرة على وجه الإشارة، والفرق أن الأجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شيء لهما بالطلاق، إذ الثابت به سقوط ملك الزوج عنها لا غير، فكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الأجنبي، بخلاف المتاع فإنه يثبت للعبد بالإعتاق قوة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان المال في مقابلة ذلك، وليس الأجنبي كالعبد حيث لا يثبت به له شيء أصلاً فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز. وقوله: (ولو قال أعتق أمتك عني بألف درهم والمسئلة بحالها) أي قال على أن تزوجنيها ففعل فأبّت أن تزوجه (قسمت الألف على قيمتها ومهر مثلها، فما أصاب القيمة آذاه الأمر، وما أصاب المهر بطل عنه) والوجه ما ذكره في الكتاب وهو واضح. وقوله: (على ما عرف) يعني في أصول الفقه وفيه شبهتان إحداهما أن هذا البيع فاسد لأنه بيع بما يخصه من الألف لو قسم عليها وعلى منافع بضعها وهو فاسد، ولأنه إدخال صفقة النكاح في صفقة البيع والبيع الفاسد لا يفيد الملك بدون القبض ولا ملك ههنا فيجب أن لا يقع العتق إذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم، والثانية أن البيع إذا كان فاسداً ويجب فيه العوض تجب قيمة المبيع كاملة، والقول بما يخصه من الثمن إنما هو موجب البيع الصحيح، كما إذا جمع بين عبد ومدبر وبين عبده وعبد غيره فإن البيع صحيح في العبد بحصته من الثمن كما سيأتي. وأجاب الإمام شمس الأئمة السرخسي عن الأولى بأن الأمة تنتفع بهذا الإعتاق، فمن هذا الوجه تصير قابضة نفسها أدنى قبض، وأدنى القبض يكفي في البيع الفاسد كالقبض مع الشيوع فيما يحتل القسمة، والإمام فخر الإسلام عن الثانية بأن البيع مندرج في الإعتاق، فأخذ حكم الإعتاق في عدم الفساد بالشرط فلم يبطل البيع بشرط النكاح فيجب القول بما يخصه من الثمن. وقوله: (فلو زوّجت نفسها منه) يعني في المسئلتين (لم يذكره محمد) في الجامع الصغير، وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الأول وهو ما إذا لم يقل فيه عني لعدم صحة الضمان وهي للمولى في الوجه الذي قال فيه عني، وما أصاب مهر مثلها كان مهراً للأمة في الوجهين.

قوله: (وقوله وقد قررناه من قبل إلخ) أقول: وقد سبق في فصل ومن ملك ذا رحم محرم أنه حوالة غير رابحة فراجع إلى الشرح، ولعل الأولى أن يجعل إشارة إلى ما ذكره في الخلع وإلى ما ذكره في ذلك الفصل، فإنه بين صحة تحمل الأجنبي بدل الطلاق في الجمع وعدم صحة تحمله بدل المتاع في الفصل فامل قوله: (تصير قابضة نفسها إلخ) أقول: فاعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضاً للمولى وإن ضعف.

باب التدبير

(إذا قال المولى لمملوكه إذا مت فانت حرّ أو أنت حرّ عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبّرتك فقد صار مدبراً) لأن

باب التدبير

لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحياة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت، ووجه الترتيب ظاهر، وهذا أحسن مما قيل فيه: إنه مقيد والمقيد مركب، وهو بعد المفرد لأن مسائل باب الحلف بالعتق كله كذلك فإنها تقييد للعتق بشرط غير الموت، كما أن التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخرها إلى ههنا، ثم التدبير لغة النظر في عواقب الأمور. وشرعا العتق الموقع بعد الموت في المملوك معلقاً بالموت مطلقاً لفظاً أو معنى. وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فإنه مالك يداً، ولا معنى في التحقيق لقولهم مالك يداً، بل الواجب أن يقال: ملكه متزلزل إذ لا شك في أنه مالك شرعاً لكنه بعرض أن يزول بتعجزه نفسه، وغاية الأمر أن بعض آثار الملك متنفذ وهو لا يوجب نفي حقيقة الملك كملك الأمة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي والمجنون. وفي المبسوط: فأما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كإعتاقهما، ولو قال العبد: أو المكاتب إذا اعتقت فكل مملوك أمملكه حرّ فتعتق فملك مملوكاً عتق لأنه مخاطب له قول معتبر، وقد أضاف العتق إلى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له، بخلاف ما لو قال: كل مملوك أمملكه إلى خمسين سنة فهو حرّ فتعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند أبي حنيفة، وقال: يعتق، وما ذكرنا من اشتراط البلوغ والعقل هو في تدبير المالك أما الوكيل فلا. في المبسوط: لو قال لصبي أو مجنون: دبر عبيدي إن شئت فدبره جاز، وهذا على المجلس لتصريحه بالمشيئة ونظيره في العتق والطلاق. وإذا قد انجز الكلام إلى الوكالة فهذا فرع منه. قال لرجلين: دبرا عبيدي فدبره أحدهما جاز، ولو جعل أمره في التدبير إليهما بأن قال: جعلت أمره إليكما في تدبيره فدبره أحدهما لا يجوز لأنه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به أحدهما، بخلاف الأول لأنه جعلهما معبرين عنه، وعبرة الواحد وعبرة المثنى سواء، ألا ترى أن له أن ينهما قبل أن يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الأمر إليهما، كذا في المبسوط قوله: (إذا قال المولى لمملوكه إذا مت فانت حرّ وأنت حرّ عن دبر مني أو أنت مدبر أو قد دبّرتك صار مدبراً) لأن هذه الألفاظ صريح في التدبير، فإنه أي التدبير إثبات العتق عن دبر. وهذه تفيد ذلك بالوضع فأفاد أن كلما أفاد إثباته عن دبر كذلك فهو صريح، وهو ثلاثة أقسام: الأول ما يكون بلفظ إضافة كعبض ما ذكرنا ومنه حررتك أو أعتقتك أو أنت حرّ أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتى. والثاني ما يكون بلفظ التعليق كإن مت أو إذا مت أو متى مت أو حدث بي حدث أو حادث فانت حر وتعرف الحدث والحادث في الموت، وكذا أنت حرّ مع موتي أو في موتي فإنه تعليق العتق بالموت بناء على أن مع وفي تستعار في معنى حرف الشرط، وروى هشام عن محمد إذا قال: أنت مدبر بعد موتي يصير مدبراً في الحال

باب التدبير

ذكر الإعتاق الواقع بعد الموت عقيب الإعتاق الواقع في الحياة ظاهر المناسبة. والتدبير في اللغة: هو النظر إلى عاقبة الأمر. وفي الشريعة هو إيجاب العتق الحاصل بعد موت الإنسان بألفاظ تدل عليه صريحاً كقوله دبّرتك أو أنت مدبر أو دالة كقوله إذا مت فانت حرّ أو أنت حرّ مع موتي أو في موتي، وكقوله أوصيت لك بنفسك أو بربقتك أو بعتقتك أو بثلث مالي. وحكم

باب التدبير

قال المصنف: (لأن هذه الألفاظ صريح) أقول: يعني غير الأول أو غلب الصريح على غيره.

هذه الألفاظ صريح في التدبير فإنه إثبات العتق عن دبر (ثم لا يجوز بيعه ولاهبته ولا إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية) كما في الكتابة. وقال الشافعي: يجوز لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في

لأن المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان هذا وأنت حرّ بعد موتي سواء، وكذا أعتقتك أو حررتك بعد موتي. والثالث ما يكون بلفظ الوصية كأوصيت لك بربقتك أو بنفسك أو بعتقتك، وكذا إذا قال: أوصيت لك بثلاث مالي فتدخل رقبته لأنها من ماله فيعتق ثلث رقبته. وفي الكافي: أنت حرّ أو مدبر أو عتيق يوم يموت بصير مدبراً، والمراد باليوم الوقت لأنه قرن به مالا يمتد، ولو نوى النهار فقط لا يكون مدبراً مطلقاً لجواز أن يموت ليلاً. يعني فيجوز بيعه، فإن لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر، وإنما كانت صرائح لأنها استعملت في الشرع، كذلك قال: رسول الله ﷺ في أم الولد «فهي معتقة عن دبر منه»^(١) ذكره في المبسوط، ثم تورثت بلا شبهة في هذا المعنى. ولو قال: أنت حرّ بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لأنه لم يتعلق عتقه بموته مطلقاً، فإن مات المولى قبل فلان لم يعتق لأن الشرط لم يتم فصار ميراثاً للورثة وكان لهم أن يبيعه، وإن مات فلان أولاً بصير مدبراً مطلقاً فليس له أن يبيعه خلافاً لغيره لأنه كما لو قال: إذا كلمت فلاناً فأنت حرّ بعد موتي فكلّمه أو قال: أنت حرّ بعد كلامك فلاناً أو بعد موتي فإذا كلم فلاناً صار مدبراً. ولو قال: بعد موتي إن شئت ينوي فيه، فإن نوى المشيئة الساعة فشاء العبد ساعته فهو حرّ بعد موته من الثلث لوجود شرط التدبير فيصير مدبراً، وإن نوى المشيئة بعد الموت فإذا مات المولى فشاء العبد عند موته فهو حرّ بوجود الشرط لا باعتبار التدبير. وكان الشيخ أبو بكر الرازي يقول: الصحيح أنه لا يعتق هنا إلا بإعتاق من الورثة أو الوصي بمثل ما تقدم في الباب المتقدم من أنه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثاً فلا يعتق بعده إلا بإعتاق منهم ويكون هذا وصية يحتاج إلى تنفيذها، كما لو قال: أعتقوه بعد موتي إن شاء وهو نظير ما لو قال: أنت حرّ بعد موتي بشهر فإنه لا يعتق إلا بإعتاق منهم بعد الشهر، نص عليه ابن سماعه في نوادره وكذا بيوم. وفي الإسيجاني: إذا لم يعتق إلا بإعتاق الوارث أو الوصي فللوارث أن يعتقه تنجيماً أو تعليقاً، والوصي لا يملكه إلا تنجيماً، ولو أعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة، والذي ينبغي أن يفصل في التعليق فإن علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله أو بمضي زمان طويل أو على فعل العبد وهو مما يتعذر عليه أو يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه، بل إن شاء رفع إلى القاضي لينجز عتقه، ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشيئة من العبد في مجلس موته أو علمه بموته كما يتقيد بهذا مشيئته في حياته بمجلس التفويض إليه إذا كان بهذا اللفظ. وعن أبي يوسف: لا يتوقف به لأنه في معنى الوصية ولا يشترط في الوصية القبول في المجلس. وفي الأصل: لو قال: بعد موتي بيوم لم يكن مدبراً وله أن يبيعه لأنه ما علقه بمطلق الموت بل بمضي يوم بعده، فإن مات لم يعتق في الوقت الذي سمي حتى يعتقه الورثة، وهذا يؤيد ما ذكر أبو بكر الرازي، ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الأولى فقال: إذا أخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم أو شهر وتقرر ملك الوارث في ذلك الزمان عرفنا أن مراده الأمر بإعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقه، وأما في مسألة المشيئة فإنها تتصل بمشيئة العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق بإعتاق المولى، ولا تدعو حاجة إلى إعتاق الوارث، وهذا إن تم أشكل على ما تقدم في مسألة أنت حرّ بعد موتي بألف، فإن زمن القبول كزمن المشيئة، فإنه يجب أن يوصل بموت المولى أو بعلمه بموته. لا

التدبير أنه لا يجوز إخراجه عن ملكه إلا إلى الحرية كما في الكتابة، فإذا مات وهو يخرج من الثلث عتق وإن لم يخرج عتق ثلثه

(١) ضعيف - أخرجه ابن ماجه ٢٥١٥ والدارمي ٢٤٧٦ والدارقطني ١٣١/٤ والحاكم ١٩/٢ والبيهقي ٣٤٦/١٠ كلهم من حديث ابن عباس، وفيه: الحسين بن عبد الله قال البوصيري في الزوائد: الحسين تركه علي المديني وغيره اه وكذا أعلاه البيهقي به، وقال: ضعفه أكثر أصحاب الحديث اه وأما الحاكم فقال: صحيح الإسناد! ورده الذهبي بقوله: حسين متروك. وسيأتي مزيداً من الكلام عليه في أول بحث الاستيلاء.

المدير المقيد ولأن التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك. ولنا قوله ﷺ «المدير لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث» ولأنه سبب الحرية لأن الحرية تثبت بعد الموت ولا سبب غيره؛ ثم جعله سبباً في الحال أولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت، ولأن ما بعد الموت حال بطلان أهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية إلى زمان بطلان الأهلية، بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم قبل الشرط لأنه يمين واليمين مانع والمنع هو المقصود،

يقال: ينبغي أن يجعل العبد في هذه المسئلة وتلك باقياً على حكم ملك الميت لحاجته إلى نفاذ إيجابه وثبوت اعتباره شرعاً، وما قدمناه من أن القبول غير معلوم يدفع بأنه وإن كان كذلك لكنه متوقع. وعلى تقدير وجوده يلزم إخراجهم من ملكهم بعد الدخول واستصحاب الملك الأول أسهل من رفعه، ثم إدخاله في ملك شخص ثم إخراجهم عنه فوجب أن يبقى لحاجته. ثم لا شك أن هذه المسئلة أقرب لأن العتق هنا يقع مجاناً فوجب عتقه من جهة المولى. لأننا نقول: لو صح ذلك لزم في أنت حرّ بعد موتي يوم عدم توقفه، بل أولى لأن مجيء اليوم بعده معلوم غير مشكوك وهي من مواضع النص على أنه لا يعتق إلا بإعتاقهم قوله: (ثم لا يجوز بيعه) أي المدير المطلق وهو الذي علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا إخراجهم عن ملكه إلا إلى الحرية بلا بدل أو بكتابة أو عتق على مال، وما سواه من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز، فيجوز استخدامه وإجارته وأخذ أجرته وتوزيع المديرية ووطؤها وأخذ مهرها وأرش جنائيتها، وعلمه المصنف فما يأتي بقوله لأن الملك فيه ثابت، وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات، وإنما لم يكن له أن يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع، ولا مالية للمدير كأم الولد وليس على المولى في جنائيات المدير إلا قيمة واحدة لأنه ما منع إلا رقة واحدة، وأما ما استهلكه فدين في رقبته يسمى فيه، وعرف من هذا أن ليس للمولى دفعه بالجناية الموجبة للأرش، وفي الجناية على المدير ما في الجناية على الممالك لأنه مملوك بعد التدبير. واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما إذا قال: كل مملوك أملكه فهو حرّ بعد موتى وله ممالك واشترى ممالك ثم مات فإنهم يعتقون فكان عتقهم معلقاً بمطلق موت السيد. ثم إنه لو باع الذين اشتراهم صح، ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق إلا عند الموت. أوجب بأن الوصية بالنسبة إلى المعدم تعتبر يوم الموت، وبالنسبة إلى الموجود عند الإيجاب، حتى لو أوصى لولد فلان وله ثلاثة أولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لأنها تناولتهم بعينهم فبطل بموت أحدهم حصته، ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة أولاد ثم مات أحدهم ثم مات الموصى كان الكل للثنتين لأن الثالث لم يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الإيجاب فتناولت من يكون موجوداً عند الموت قوله: (وقال الشافعي: يجوز بيعه وهبته) للمنقول والمعنى. أما المنقول فما في الصحيحين من حديث جابر «أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبي ﷺ بثمانية درهم ثم أرسل بثمنه إليه» (١).

وسعى في ثلثه وقال الشافعي: (يجوز بيعه وهبته لأنه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات) من دخول الدار ومجيء رأس الشهر وغيرهما (وكما في المدير المقيد) فإن ذلك جائز فيه بلا خلاف (ولأن التدبير وصية) حتى يعتبر

قال المصنف: (وكما في المدير المقيد) أقول: سيجيء جوابه بعد اثني عشر سطراً تخميناً قوله: (ثم إما أن يكون إلخ) أقول: غير ترتيب المصنف فقدم المؤخر وأخر المقدم.

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٢٣١ و ٢٥٣٤ و ٦٧١٦ و ٦٩٤٧ ومسلم ٩٩٧ وكرره عقب حديث ١٦٦٨ ح ٥٨. ٥٩. والترمذي ١٢١٩ وابن ماجه ٢٥١٣ وابن الجارود ٩٨٣. ٩٨٤ وأبو يعلى ١٨٢٥ والشافعي ٦٨/٢. ٦٩. وعبد الرزاق ١٦٦٦٢ ١٦٦٦٣ والحميدي ١٢٢٢. وأحمد ٣٠٨/٣. ٣٦٨. ٣٦٩ وابن حبان ٤٩٣٠ وأبو يعلى ١٨٢٥ والبخاري ٢٤٢٦ والدارمي ٢٤٧٥ والبيهقي ٣٠٩. ٣٠٨/١٠ كلهم من طريق عمرو بن دينار عن جابر: «أن رجلاً من الأنصار أعتق غلاماً له عن دبر لم يكن له مال غيره، فبلغ ذلك النبي ﷺ، فقال: من يشتريه مني؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم، فدفعها إليه. قال عمرو: سمعت جابر بن عبد الله يقول: عبداً قطياً مات عام أول في خلافة ابن الزبير» هذا لفظ مسلم والبخاري في رواية، وكذا غيرهما رواه هكذا.

وأنه يضاد وقوع الطلاق والعتاق، وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط لقيام الأهلية عنده فافترقا، ولأنه وصية

وفي لفظ «أعتق رجل من الأنصار غلاماً له عن دبر وكان محتاجاً وكان عليه دين فباعه رسول الله ﷺ بثمانية درهم فأعطاه فقال: اقض دينك وأنفق على عيالك»^(١) ولحديث جابر هذا ألفاظ كثيرة. وروى أبو حنيفة بسنده «أن رسول الله ﷺ باع المدبر»^(٢) وفي موطن مالك بسنده إلى عائشة أنها مرضت فتناول مرضها فذهب بنو أخيها إلى رجل فذكروا له مرضها فقال: إنكم تخبروني عن امرأة مطبوبة، قال: فذهبوا ينظرون فإذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها ثم سألتها ماذا أردت؟ قالت: أردت أن تموتي حتى أعتق، قالت: فإن الله علي أن تباعي من أشد العرب ملكة، فباعتها وأمرت بثمانها فجعل في مثلها»^(٣) ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين. والجواب أنه لا شك أن الحر كان يباع في ابتداء الإسلام على ما روي «أنه ﷺ باع رجلاً يقال له سرق في دينه، ثم نسخ ذلك بقوله تعالى ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾»^(٤) [البقرة ٢٨٠] ذكره في الناسخ والمنسوخ، فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الآن بعد النسخ،

من ثلث المال والوصية لا تمنع الموصي من التصرف بالبيع وغيره كما لو أوصى برفقته لإنسان (ولنا قوله ﷺ «المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث») رواه نافع عن ابن عمر (ولأنه) أي التدبير (سبب الحرية لأن الحرية تثبت بعد الموت) فلا بد له من سبب (ولا سبب غيره) ثم إما أن يكون سبباً في الحال أو بعد الموت لا جائز أن يكون بعد الموت لأنه حال بطلان الأهلية فلا يمكن تأخير السببية إليه، ولأنه في الحال موجود وبعد الموت معدوم لكون كلامه عرضاً لا يبقى فتعين أن يكون سبباً في الحال: واعترض على المصنف بأن هذا الكلام مناقض لما ذكر في آخر باب العبد يعتق بعضه حيث قال: وفي المدبر يتعقد السبب بعد الموت. وأقول قوله: (ثم جعله سبباً في الحال أولى) يدل على أن جعله سبباً في الحال وإن كان المذهب عند أصحابنا ليس بمتعين، فيحمل ما ذكره هناك على غير الأولى فيندفع التناقض ويكون قد اطلع على رواية من أصحابنا أنه يجوز أن يكون سبباً بعد

قوله: (وأقول قوله ثم جعله إلخ) أقول: أنت خبير بأن المعتبر ما ساق إليه الدليل لا دلالة اللفظ، والدليل يدل على التعيين فيجب حمل الأولوية على الوجوب، ألا يرى إلى قوله فلا يمكن تأخير سببية إلى زمان بطلان الأهلية، ولعله إنما قال أولى ولم يقل يجب لئلا ينتقض الدليل الأول بسائر التعليقات فليتأمل، فيكون هذا الكلام من المصنف متضمناً للاعتراف بعد تمام ما قرره في الفرق بين أم الولد والمدبر وفيه ما لا يخفى قوله: (إذ السائر بمعنى الباقي) أقول: ولك أن تقول في باب عتق البعض السائر هنا بمعنى الجميع صرح بمجيئه بهذا المعنى الجوهري.

(١) صحيح. أخرجه مسلم ١٦٦٨ ح ٥٩ والشافعي ٦٨/٢ والنسائي ٣٠٤/٧ وابن حبان ٤٩٣٢ و ٤٩٣١ وأبو يعلى ١٩٣٢ و ٢١٦٧ والبيهقي ٣١٢/١٠ و ٣٠٩/٣٠١ وأحمد ٣٠١/٣ والحميدي ١٢٢٢ كلهم من طريق أبي الزبير عن جابر مع تغير يسير في بعض ألفاظه. وأخرجه أبو داود ٣٩٥٧ وأحمد ٣٠٥/٣ وابن حبان ٤٩٣٤ كلهم من طريق أبي الزبير عن جابر بنحوه.

وأخرجه أبو داود ٣٩٥٦ وابن حبان ٤٩٣٣ والبيهقي ٣١١/١٠ كلهم من طريق عطاء عن جابر به.

فحديث جابر له طرق كثيرة كما ترى، وألفاظه متقاربة والقصة واحدة.

(٢) صحيح. هو في مسند أبي حنيفة ص ١٠٩ وأخرجه البخاري ٢٢٣٠ هكذا باختصار و ٢٤٠٣ والنسائي ٣٠٤/٧ وابن حبان ٤٩٢٩ وابن ماجه ٢٥١٢ وأحمد ٣٠١/٣ كلهم من طريق عطاء عن جابر بهذا اللفظ.

(٣) موقوف. أخرجه محمد بن الحسن في الموطأ ٨٤٣ من طريق مالك والحاكم ٢١٩/٤ من طريق يحيى بن سعيد الأنصاري كلاهما عن عمرة عن عائشة بهذا الخبر، وكذا البيهقي ٣١٣/١٠ وقال الحاكم: صحيح على شرطهما. وهو كما قال رجاله كلهم ثقات ومن طريق الحاكم أخرجه الدارقطني ١٤٠/٤.

قال محمد بن الحسن عقب روايته: أما نحن، فلا نرى أن يباع المدبر، وهو قول زيد بن ثابت وابن عمر وبه نأخذ، وهو قول أبي حنيفة وعامة فقهاءنا.

(٤) حسن. أخرجه الطبراني في الكبير كما في المجموع ١٤٢/٤ عن عبد الرحمن بن السلمي مطولاً وله قصة. ولم يذكر الآية. قال الهيثمي: فيه مسلم بن خالد الزنجي وثقة يحيى وابن حبان وضعفه جماعة. ورواه الطبراني في الكبير من طريق ابن لهيعة من وجه آخر. وحديث ابن لهيعة حسن. وبقي رجاله رجال الصحيح اه. وذكره ابن حزم في الإصابة ٧١١/٤ مع هذا الحديث وفي ٣١٢٢ وضبطه: سُرُق.

والوصية خلافة في الحال كالورثة وإبطال السبب لا يجوز، وفي البيع وما يضاهيه ذلك. قال: (وللمولى أن يستخدمه

وإنما يفيد استصحاب ما كان ثابتاً من جواز بيعه قبل التدبير، إذا لم يوجب التدبير زوال الرق عنه، ثم رأينا أنه صح عن ابن عمر رضي الله عنهما «لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال»^(١) وقد رفعه إلى رسول الله ﷺ، لكن ضعف الدارقطني رفعه وصحح وقفه. وأخرج الدارقطني أيضاً عن علي بن ظبيان بسنده عن ابن عمر قال: «المدبر من الثلث»^(٢) وضعف ابن ظبيان. والحاصل أن وقفه صحيح وضعف رفعه، فعلى تقدير الرفع لا إشكال، وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة لأنه واقعة حال لا عموم لها، وإنما يعارضه لو قال: ﷺ يباع المدبر. فإن قلنا بوجوب تقليده فظاهر، وعلى عدم تقليده يجب أن يحمل على السماع لأن منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا أن بيعه مستصحب برقه فمنعه مع عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في أم الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل حديث ابن عمر رضي الله عنه لا يصلح لمعارضة حديث جابر. وأيضاً ثبت عن أبي جعفر أنه ذكر عنده أن عطاء وطاوساً يقولان عن جابر في الحديث عن جابر في بيع خدمته»^(٣) رواه فأمره أن يبيعه فيقضي دينه الحديث. فقال أبو جعفر: شهدت الحديث عن جابر «إنما أذن في بيع خدمته»^(٣) رواه

الموت أو اختار جوازه باجتهاده وجعل ما ذهب إليه الأصحاب أولى. فإن قيل: في التدبير تعليق، وليس في التعليق شيء من السبب ثابتاً في الحال، وإنما يكون عند وجود الشرط فما بال التدبير خالف سائر التعليقات وهو مؤدى قول الشافعي كما في سائر التعليقات؟ أجاب بقوله بخلاف سائر التعليقات لأن المانع من السببية قائم فيه قبل الشرط. واعلم أن في كلام المصنف غموضاً لا ينكشف على وجه التحصيل إلا بزيادة بيان فلا بد منها، فنقول: المانع هو ما ينتفي به الشيء مع قيام مقتضيه، وكل ما ينافي لل لازم ينافي الملزوم، وإذا ظهر هذا قلنا القياس يقتضي أن تكون سائر التعليقات أسباباً في الحال لكن المانع عن السببية في الحال وهو صفة كون تصرف التعليق يميناً قائم لأن اليمين مانع عن تحقق الشرط اللازم للحكم، فإن المقصود من اليمين هو المنع من تحقق الشرط، وما كان مانعاً عن تحقق اللازم الذي هو الشرط كان مانعاً عن تحقق الملزوم الذي هو الحكم وهو وقوع الطلاق، وإليه أشار بقوله وإنه يضاد وقوع الطلاق والعناق، وما كان مانعاً للحكم لا يمكن أن يكون سبباً له فصفة كون تصرف التعليق يميناً تمنع

(١) موقوف جيد. أخرجه الدارقطني ١٣٨/٤ والبيهقي ٣١٤/١٠ كلاهما من حديث ابن عمر مرفوعاً. وقال الدارقطني: لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وهو ضعيف وإنما هو عن ابن عمر موقوفاً، ثم قال: لا يثبت مرفوعاً ورواه ضعفاء، ونقل البيهقي كلام الدارقطني هذا موافقاً إياه، وكذا الزيلعي في نصب الراية ٢٨٥/٣ فالموقوف قوي، والمرفوع، وإو.
(٢) موقوف صحيح. أخرجه الدارقطني ١٣٨/٤ والبيهقي ٣١٤/١٠ وابن أبي حاتم في علله ٢٨٠٣ كلهم عن ابن عمر مرفوعاً قال ابن أبي حاتم: سئل عنه أبو زرعة، فقال: هذا حديث باطل وامتنع من قراءته.

قال ابن أبي حاتم: ورد عن ابن عمر موقوفاً. وأخرج الدارقطني موقوفاً وكذا البيهقي: وقالوا: هذا هو الصحيح. ونقل البيهقي عن الشافعي قوله: كنت أحدث به مرفوعاً، فقال لي أصحابي: ليس بمرفوع، وهو عن ابن عمر موقوف فوقته والحفاظ يفتونه اه.

وعلته ضعف علي بن ظبيان ومخالفته مع ضعفه لجماعة الثقات. وانظر نصب الراية ٢٨٥/٣
(٣) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١٣٨/٤. ١٣٧ من طريق عبد الفقار بن القاسم عن أبي جعفر قال: ذكر عنده أن عطاء وطاوس يقولان عن جابر... الخبر.

قال الدارقطني: عبد الفقار ضعيف، ورواه غيره عن أبي جعفر مرسلأ. ثم أسنده الدارقطني عن أبي جعفر عن النبي ﷺ: أنه باع خدمة المدبرة. وقال الدارقطني عقبه: وأبو جعفر وإن كان من الثقات فإن حديثه مرسل. وجاء في نصب الراية ٢٨٦/٣ ما ملخصه: قال عبد الحق في أحكامه عن حديث عبد الفقار الذي رواه موصولاً: عبد الفقار هذا يرمه بالكذب، وكان غالباً في التشيع. وأما ابن القطان فقال عن المرسل: هو صحيح لأن العزمي ثقة وأبو جعفر ثقة اه. قلت: أبو جعفر هو محمد الباقر رضي الله عنه.

ويؤاخره وإن كانت أمة وطنها وله أن يزوجه) لأن الملك فيه ثابت له وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات (فإذا مات المولى

الدراقطني عن عبد الغفار بن القاسم الكوفي عن أبي جعفر. وقال: أبو جعفر هذا وإن كان من الثقات الأثبات ولكن حديثه هذا مرسل. وقال ابن القطان: هو مرسل صحيح لأنه من رواية عبد الملك بن أبي سليمان العزمي وهو ثقة عن أبي جعفر انتهى. فلو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه^(١) وإن كان متشيعاً، فقد صرح أبو جعفر وهو محمد الباقر الإمام ابن علي زين العابدين بأنه شهد حديث جابر، وأنه إنما أذن في بيع منافعه، ولا يمكن ثقة إمام ذلك إلا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث. وقال ابن العز: قول من قال يحمل الحديث على المدبر المقيد، أو أن المراد أنه باع خدمة العبد من باب دفع الصائل، لأنه لما اعتقد أن التدبير عقد لازم سعى في تأويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تأويله، والنص مطلق فيجب العمل به إلا معارضة نص آخر يمنع من العمل بإطلاقه، وأنت إذا علمت أن الحر كان يباع للدين ثم نسخ، وأن قوله في الحديث باع مدبراً ليس إلا حكاية الراوي فعلاً جزئياً لا عموم لها، وأن قوله: أعتق عن دبر أو دبر أعم من المطلق، والمقيد إذ يصدق على الذي دبر مقيداً أنه أعتق عن دبر منه، وأن ما عن ابن

عن كونه سبباً للحكم وهو الطلاق والعتاق. فإن قلت: قد يكون اليمين يعقد للحمل كما في قول الرجل إن لم تدخل الدار فأنت طالق، وقد نص في الكتب أن اليمين تعقد للمنع أو الحمل فكيف قال: والمنع هو المقصود وأنه يقتضي الحصر عند البلقاء؟ قلت: لا يقصد باليمين إلا منع الشرط، والشرط فيما ذكرتم هو النفي والمقصود هو المنع منه ويلزمه الحمل. فإن قلت: التدبير يمين أو ليس بيمين، فإن كان يميناً وجب أن لا يكون سبباً لقيام المانع على ما قررتم، وإن لم يكن يميناً لم يستقم قوله بخلاف سائر التعليقات إذ السائر بمعنى الباقي. قلت: ليس بيمين لتعلق عقده بأمر كائن، واستقامة إطلاق سائر التعليقات بطريق المشاكلة إن لم اليمين أخص من التعليق. ويرد عليه أنت طالق إذا جاء غد فإنه تعليق بأمر كائن وليس بسبب في الحال. والجواب أنه إضافة لا تعليق. وقوله: (وأمكن تأخير السببية إلى زمان الشرط) لقيام الأهلية فرق آخر بين التدبير وسائر التعليقات. ووجهه أن التدبير لا يمكن فيه تأخير السببية إلى ما بعد الموت لما ذكرنا من انتفاء أهلية الإيجاب حينئذ. وأما سائر التعليقات فتأخير السببية فيه إلى زمان الشرط ممكن لقيام الأهلية عنده فافترقا. واعترض بأن قيام الأهلية ليس بشرط عند وجود الشرط كمن علق طلاقها وهو صحيح ثم جن عند وجود الشرط كما تقدم. والجواب أن قيام أهليته ليس بشرط عند وجود الشرط إذ لا يمكن التعليق ابتداء بحال بطلان الأهلية كما ذكرتم في صورة المجنون. وأما إذا كان فلا نسلم أن الأهلية إذ ذاك غير شرط. وقوله: (ولأنه وصية والوصية خلافة في الحال) فرق آخر بينهما. وتقريره: التدبير المطلق وصية، والوصية سبب الخلافة في الحال لأن الموصي يجعل الموصى

قوله: (والجواب أنه إضافة لا تعليق) أقول: وكذا أنت حر مع موتي أو في موتي أو إذا مت. وجوابه أنه لما كان إضافة إلى الموت كان في حكم المعلق به فأخذ حكمه فإن ما بعد الموت حال بطلان الأهلية. بقي الكلام في أنه لم لا يكون هذا الكلام سبباً حال وجوده ومع أنه أولى على ما دل عليه الدليل الأول قوله: (فرق آخر بين التدبير (الخ) أقول: صرح في كتب الأصول في مواضع من جملتها فصل مفهوم المخالفة من التلويح بأن الإضافات أسباب في الحال فينتقض الدليل بها قوله: (والجواب عنهما جميعاً أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق (الخ) أقول أنت خبير بأن عامة الوصايا على سبيل التعليق مع أنه يجوز الرجوع عنها وتبطل بالقتل قوله: (والتدبير لكونه إعتاقاً لا يقبل ذلك) أقول: فيه ما لا يخفى من عدم ظهور وجه امتناع البيع، فإن التدبير ليس إعتاقاً في الحال، وكونه إعتاقاً في المال مسلم لكن هل يمتنع به البيع أو لا هو محل النزاع.

(١) قلت: الحق وجوده فابن القاسم هذا واه بكرة وإليك الميزان للذهبي وملخصه: رافضي ليس بثقة. قال علي المدني: كان يصنع الحديث، وقال يحيى: ليس بشيء.

وقال شعبة: سمعت سماكاً الحنفي يقول له في شيء ذكره: كذبت والله. قال أبو داود الطيالسي الراوي عن شعبة هذا الكلام: وأنا أشهد أن أبا مريم كذاب لأنني لقيناه، وسمعت منه واسمه عبد الفقار بن القاسم.

وقال أبو حاتم والنسائي وغيرهما: متروك اه. قلت: فكيف يقول ابن الهمام الحق عدم ضعف عبد الفقار هذا. فالصواب أنه متهم بالكذب وإو بكرة.

عتق المدبر من ثلث ماله) لما رويناه، ولأن التدبير وصية لأنه تبرع مضاف إلى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث، حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه، وإن كان على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين

عمر موقوف صحيح^(١)، وحديث أبي جعفر مرسل تابعي ثقة، وقد أقمنا الدلالات على وجوب العمل بالمرسل بل وتقديمه على المسند بعد أنه قول جمهور السلف علمت قطعاً أن المرسل حجة موجهة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر إن لم يصح رفعه يعضده، ولا يعارضه المروى عن عائشة رضي الله عنها^(٢) لجواز كون تدبيرها كان مقيداً، ولأنه أيضاً واقعة حال لا عموم لها، فلم يتناول حديث جابر وعائشة رضي الله عنهما محل النزاع البتة، فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا فظهر لك تحامله أو غلطه. وأما المعنى الذي أبطل به الشافعي منع بيعه. فما ذكر في الكتاب من قوله: لأنه تعليق العتق بالشرط، وبه لا يمتنع البيع كما في سائر التعليقات بسائر الشروط غير الموت، وكذا إن اعتبر جهة كونه وصية، فإن الرجوع عن الوصية وبيع الموصى به جائز، فظهر أنه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لا يمتنع بيعه، وقد قدم المصنف من قريب قوله وعلى هذا: أي إعمال الشبهين يدور الفقه. وجوابه ما ذكر المصنف بقوله: ولأنه سبب الحرية لأنها تثبت بعد الموت، ولا ثبوت إلا بسبب ولا سبب غيره: أي غير قوله: أنت حر المعلق في إذا مات أو المضاف في بعد موتي، فإما أن يجعل سبباً في الحال أو بعد الموت، وجعله سبباً في الحال أولى لأنه حال وجوده، بخلاف ما بعد الموت فإنه معدوم إنما له ثبوت حكمي، فإضافة السببية إليه حال وجوده أولى، فهذا وجه أولوية السببية في الحال. ووجه آخر يوجب عدم إمكان غيره وهو قوله ولأن ما بعد الموت الخ: يعني لا بد لثبوت الملك وزواله من ثبوت الأهلية لهما والموت يطلها، بخلاف الجنون لأن المجنون أهل لثبوت ملكه كما إذا مات مورثه أو وهب له وقبل وليه وزواله كما لو أتلّف شيئاً فإنه يؤخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه، ولو ارتدّ أبواه ولحقاً بدار الحرب بانت امرأته، فلذا لم تشترط الأهلية بالعقل عند وجود الشرط ليزول الحكم لأن ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والمجنون أهل لذلك، بخلاف الموت فإنه سالب لأهلية الأبرار، فامتنع أن يجعل قوله المذكور حال حياته سبباً بعد موته فلزمت سببيته في الحال وإلا انتفت لكنها لم تنتف شرعاً، ولأن سائر التعليقات فيها مانع من كون المعلق سبباً في الحال لأنها أيمان واليمين في مثله تعقد للمنع كما قد تعقد للحمل، فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصد فيها لأنها تعقد للبرّ وأنه يضاد وقوعهما، ووقوعهما هو المقصود في التعليق الذي هو

له خلفاً في بعض ماله بعد موته كالوراثه فإنها سبب خلافة في الحال. واعترض بأنه لو كان وصية لبطل إذا قتل المدبر سيده لأن الوصية للقاتل لا تجوز وإن كان الجرح قبلها أو بعدها، ولجواز البيع لأن الموصي يجوز له بيع الموصى به ويكون رجوعاً عن الوصية وليس الأمر كذلك. والجواب عنهما جميعاً أن ذلك في وصية لم تكن على وجه التعليق لأنها الوصية المطلقة والتدبير ليس كذلك. ووجه اختصاص ذلك أن بطلان الوصية بالقتل وجواز البيع وكونه رجوعاً إنما يصح في موصى به يقبل الفسخ والبطلان والتدبير لكونه إعتاقاً لا يقبل ذلك. وقوله: (وإبطال السبب لا يجوز) تنمة الدليل متصل بقوله ولأنه سبب الحرية وما بينهما لإثبات هذه القضية وتركيب المقدمتين، هكذا التدبير سبب الحرية، وسبب الحرية لا يجوز إبطاله، وفي البيع وما يشابهه من الهبة والصدقة والإمهار ذلك أي إبطال سبب الحرية فلا يجوز. قال: (وللمولى أن يستخدمه ويؤجره) التدبير لا يثبت الحرية في الحال وإنما يثبت استحقاق الحرية فكان الملك فيه ثابتاً، ولهذا لو قال كل مملوك لي فهو حرّ دخل فيه المدبر، وإذا كان كذلك فللمولى أن يستخدمه ويؤجره، وإن كانت أمة وطنها وله أن يزوجه لأن ولاية هذه التصرفات بالملك وهو ثابت (فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما رويناه) يعني من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وهو قوله عليه الصلاة والسلام «وهو حرّ من الثلث» (ولأن التدبير وصية لكونه تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت) ولا نعتي بالوصية إلا ذلك، والحكم يعني العتق غير ثابت في الحال لأنه يفيد استحقاق الحرية كما ذكرنا آنفاً، وكل وصية تنفذ من الثلث حتى ولو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي رقبته، وإن كان على

(١) أثر ابن عمر تقدم قبل خبر جابر، وأن الصواب وقفه.

(٢) أثر عائشة تقدم قبل ثلاثة أخبار.

على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته (وولد المدبرة مدبر) وعلى ذلك نقل إجماع الصحابة رضي الله عنهم

التدبير، فلزم من كلامه أن التعليق منه ما ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق. ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا وأمكن في التدبير إذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته في الحال، وإذا انعقدت سببية العتق في الحال يتحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك أنه يرد عليه النقص بما إذا قال: إذا جاء غد فأنت حرّ فإنه لما علق بأمر كائن البتة لزم أن المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يميناً فانتفى مانع السببية في الحال فينعقد فيه فيلزم أن لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف، وهذا الإشكال لا يندفع عن هذا الوجه بمنع كونه كائناً لا محالة لجواز قيام القيامة قبل الغد فإنما يستقيم إذا كان التعليق بمجيء الغد بعد وجود أشرط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى عليه السلام وغيرهما، أما قبل ذلك فليس بصحيح. والجواب بأن الكلام في الأغلب فيلحق الفرد النادر به اعتراف بالإيراد. على أن كون التعليق بمثل مجيء الغد ورأس الشهر نادر غير صحيح. وأجيب أيضاً بما هو حاصل الوجه الثاني وهو أن التعليق الذي هو التدبير وصية والوصية خلافة في الحال كالورثة. ويرد عليه أنه يجوز الرجوع عن الوصية، وهذا وارد على عبارته إلا بعناية، وهو أن المراد بقوله والوصية خلافة: أي الوصية المذكورة وهي الوصية برقبته خلافة كالورثة حتى منعت من لحوق الرجوع عنها. ويفرق بين قوله: إذا مت فأنت حرّ بعد موتي وبين قوله: أعتقوه بعد موتي، فإن الأول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية في الحال بخلاف أعتقوه. وأورد عليه أن هذا فرق بعين محل النزاع لأن حاصله أن الوصية بالعتق إذا كانت تدبيراً كانت خلافة تستدعي لزوم الموصى به وعدم جواز الرجوع عنه. وإن كانت غيره كأعتقوا هذا العبد لا تكون كذلك وجاز بيعه، وهذا عين المتنازع فيه فإن الخصم يقول: الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الأخرى سواء، ولا مخلص إلا أن تبدي خصوصية في تلك العبارة تقتضي ذلك، وليس هنا إلا كون العبد خوطب به أو كون العتق علق صريحاً بالموت أو أضيف، وكون ذلك في الشرع يقتضي ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع، فالحق أن الاستدلال إنما هو بالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه، ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك قوله: (فإذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله) لما روينا أول الباب، ولأن التدبير وصية ونفاذاها من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثه للورثة، ولو كان على المولى دين في هذه الصورة يستغرق رقبة المدبر يسعى في كل قيمته لأن الدين مقدم على الورثة فكيف بالوصية، ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته قوله: (وولد المدبرة مدبر) فيعتق بموت سيد أمه والمراد ولد المدبرة المطلق، أما ولد المدبرة تدبيراً مقيداً فلا يكون مدبراً، هذا هو الصحيح من النسخ، وفي بعضها: ولد المدبر مدبر. وليس بصحيح لأن الولد يتبع أمه لا أباه، فإن زوجة المدبر لو كانت حرة كان ولدها حراً، أو أمة فولدها عبد سواء كان

المولى دين يسعى في كل قيمته لأن الدين مقدم على الوصية والعتق لا يمكن نقضه فيجب عليه رد قيمته. قوله: (وولد المدبرة مدبر) هذه هي النسخة الصحيحة، ووقع في بعض النسخ وولد المدبر مدبر، وليس بصحيح لأن ولد المدبر إما أن يكون من أمة أو غيرها فالأول رقيق لمولاه، والثاني يتبع الأم في التدبير والكتابة وغيرهما دون الأب. وأما ولد المدبرة فهو مدبر نقل على ذلك إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وخوصم إلى عثمان رضي الله عنه في أولاد مدبرة فقضى بأن ما ولدته قبل التدبير عبد يباع، وما ولدته بعد التدبير فهو مثلها لا يباع، وكان ذلك بحضرة الصحابة ولم ينقل عن أحد خلاف قوله: (فإن علق التدبير بموته) بيان للمدبر المقيد وهو أن يعلق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي أو سفري أو مرض كذا فليس بمدبر، ويجوز بيعه لأن السبب لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفات فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة. وتحقيقه يستفاد مما قدمناه وهو أن المعلق به إذا كان على خطر الوجود كان بمعنى اليمين، وقد عرفت أن صفة كونه يميناً يمنع عن السببية، وأما إذا كان أمراً كائناً لا محالة لم يكن في معنى اليمين فكان سبباً. فإن قيل: إذا لم ينعقد السبب في الحال ففي أي وقت ينعقد إذا انعقد بعد الموت فليس بحال أهلية الإيجاب، وإن انعقد قبله كيف يجوز بيعه؟ فالجواب أنه موقوف، فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر من الثلث لأنه يثبت

(وإن علق التدبير بموته على صفة مثل أن يقول إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه) لأن السبب لم يتعقد في الحال لتردد في تلك الصفة، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو

أبوه حراً عبداً مدبراً أو لا، ثم المراد الولد الذي كانت حاملاً به وقت التدبير أو الولد الذي حملت به بعد التدبير، أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبراً لتدبيرها، أما الذي كان حاملاً قبل الإجماع كما لو أعتقها وهي حامل، وأما الذي حملت به بعده ففي قول أكثر أهل العلم وهو المروى عن عمر بن عبد العزيز والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري ومجاهد وقتادة وعطاء وطاوس والحسن بن صالح ومالك وأحمد، وللشافعي فيه قولان، قال المصنف: وعلى هذا إجماع الصحابة: يعني الإجماع السكوتي، فإنه روي عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود رضي الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلاف، ولا يخفى أن سريان التدبير إلى الولد على خلاف القياس بالإجماع فلا يقبل فيه إشكال مما ذكر من طرف الشافعي. ولو اختلف المولى والمديرة في ولدها فقال: ولدته قبل للتدبير وقالت بعده فالقول للمولى: لأنها تدعي حق العتق لولدها، ولو ادعته لنفسها كان القول له: مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بيئتها لإثباتها زيادة حق العتق. واعلم أنه إذا حلف المولى يحلف على العلم لأنه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير، ذكره في المسوط في باب الشهادة في التدبير. واعلم أنه إذا دبر الحمل وحده فإنه جائز كعتقه وحده، فإن ولدته لأقل من ستة أشهر كان مدبراً وإلا لا، ولو كانت بين اثنين فدبر أحدهما حملها وولدت لأقل من ستة أشهر فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمن المدبر والاستسعاء له بعد أن يقدر على السعاية، ولو دبر أحدهما ما في بطنها بأن قال: ما في بطنك حر بعد موتي وقال الآخر: أنت حرة بعد موتي فولدت لأقل من ستة أشهر بعد كلام الأول فالولد مدبر بينهما لأنه كان موجوداً حين دبر الأول فتدبر نصيبه بتدبيره وتدبير نصيب الآخر بتدبير أمه، وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من الأول ولأقل منها من تدبير الأم فالولد كله مدبراً للذي دبر الأم لأن ثبوت التدبير فيه بطريق التبعية للأم باعتبار أنه كالجزة، وفي هذا لا يتفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبراً للذي دبر الأم، وأما الأم فنصفها مدبر للذي دبرها وللآخر الخيار بين أن يضمه نصف قيمتها إن كان موسراً وبين أن يستسعيها فتعتق الأم بضمان والولد المدبر بلا ضمان، لأن الضمان إنما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده في الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك، ألا يرى أنها لو زادت قيمتها في مدة لم يكن للشريك إلا تضمين نصف القيمة وقت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة، ولأنها صارت في حكم المستسعاء حين ثبت لها حق أن يستسعيها والمستسعاء كالمكاتبة تكون أحق بولدها، وإذا دبر ما في بطن أمته لم يكن له أن يبيعها ولا يهبها ولا يهرها. وذكر في كتاب الهبة من الأصل: إذا أعتق ما في بطن أمته ثم وهبها جازت الهبة، بخلاف ما لو باعها. وقيل في المسئلة روايتان، والأصح هو الفرق بين التدبير والعتق بأنه إذا دبر ما في البطن لو وهب الأم لا يجوز عتقه، ولو أعتقه جاز هبتها لأن بالتدبير لا يزول ملكه عما في البطن، فلو وهب الأم فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة، وأما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك الواهب فهو كما لو وهب داراً فيها ابن الواهب وسلمها. ولو دبر ما في بطنها فولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر بيوم والآخر لأكثر بيوم فهما مدبران لأنهما توءما وتيقنا بوجود أحدهما حال التدبير في البطن، ولو دبر ما في بطنها ثم كاتبها جاز، وإن وضعت بعد هذا لأقل من ستة أشهر كان التدبير في الولد صحيحاً لكنه يدخل في الكتابة أيضاً تبعاً للأم، فإذا أدت عتقاً جميعاً، وإن مات المولى قبل أن تؤدي عتق الولد بالتدبير، وإن ماتت الأم قبل المولى فعلى الولد أن يسعى فيما على الأم لأنه دخل في الكتابة، فإن مات المولى فالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير أو بأداء الكتابة فيختار الأنفع له، وإن كان خرج من الثلث عتق ولا شيء عليه لأن مقصوده حصل. ولو قال لأمته: ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة أو ولد حرة ولا يريد به عتقاً لم تعتق لأن هذا تشبيه وليس بتحقيق فكانه قال: أنت مثل الحرة أو المدبرة قوله: (وإن علق التدبير بموته على صفة) مثل أن يقول: إن مت من مرضي هذا أو سفري هذا أو مرض كذا أو غرقت فليس بمدبر فيجوز بيعه لأن السببية لم

كائن لا محالة (فإن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر) معناه من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير في

تعتقد في الحال للتردد في تلك الصفة هل تقع أولاً، بخلاف المدبر المطلق لأنه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كائن لا محالة. ثم إن مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لأنه ثبت حكم التدبير له في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فإذا ذاك يصير مدبراً مطلقاً لا يجوز بيعه بل لا يمكن، فأما ما قيل: آخر جزء من حياته فلم يكن مدبراً فجاز بيعه، وإن برىء من ذلك المرض أو رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لأن الشرط الذي علق به قد انعدم. واستشكل بما إذا قال: أنت حرّ قبل موتي بشهر ومضى شهر فإنه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق موت المولى مع أنه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه. أجيب بأنه إنما كان كذلك لأنه يعتق بالشهر قبل موته كما سمي فيجب اعتباره بالعتق المضاف إلى غد، وأنه لا يثبت حقاً للعبد للحال فكذا هنا. ولو قال: إذا متّ أو قتلت فأنت حرّ على قول زفر هو مدبر لأن عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق إذا مات على أي وجه كان. وعلى قول أبي يوسف: ليس مدبراً لأنه علقه بأحد الشيتين من الموت والقتل، والقتل وإن كان موتاً فالموت ليس بقتل، وتعليقه بأحد الأمرين يمنع كونه عزيمة في أحدهما خاصة فلا يصير مدبراً حتى يجوز بيعه. وقول زفر: أحسن لأن التعليق في المعنى بمطلق موته لأن لا تردد في كون الكائن أحد الأمرين من الموت قتلاً أو غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيفما كان. وروى الحسن عن أبي حنيفة: إذا قال: إذا متّ وغسلت فأنت حرّ لا يكون مدبراً لأنه علقه بالموت وشيء آخر بعده، ثم إذا مات ففي القياس لا يعتق وإن غسل ما لم يعتقه لأنه بنفس الموت انتقل إلى ملكهم فهو كقوله: إن مت ودخلت الدار فأنت حرّ. وفي الاستحسان يعتق لأنه يغسل عقيب الموت قبل أن يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموت بصفة، فإذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لأنه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه، كذا في المبسوط قوله: (ومن المقيّد) أي ومن التدبير المقيّد (أن يقول إن متّ إلى سنة أو إلى عشر سنين) فأنت حرّ، فإن مات قبل السنة أو العشر عتق مدبراً، وإن مات المولى بعد السنة أو العشر لم يعتق، ومقتضى الوجه كونه لو مات في رأس السنة يعتق لأن الغاية هنا لولاها تناول الكلام ما بعدها لأنه تنجيز عتقه ^(١) فيصير حراً بعد السنة والعشر فتكون للإسقاط ومنه أنت حر قبل موتي بشهر أو يوم فإنه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق. قلنا: لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لأن على قول أبي حنيفة: يستند العتق إلى أوّل الشهر وهو كان صحيحاً فاعتق من كله وعلى قولهما: يصير مدبراً بعد مضي الشهر قبل موته قوله: (بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليها في الغالب لأنه كالكائن لا محالة) فيكون تدبيراً مطلقاً فلا يجوز بيعه، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة. وقال قاضيخان: على قول أصحابنا مدبر مقيد، وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لأنه لم يخرج عن التعيين، وعلى قول الحسن: ذكر مالا يعيش إليه غالباً تأييد معنى، وهو كالخلاف في النكاح المؤقت لو سميا مدة لا يعيشان إليها غالباً صح النكاح عند الحسن لأنه تأييد معنى والمذهب أنه توقيت فلا يصح، والمصنف كالمناقض فإنه في النكاح اعتبره توقيتاً وأبطل به النكاح وهنا جعله تأييداً موجباً للتدبير.

[فروع] كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلث ماله عتق بالتدبير وسقط عند بدل الكتابة للاستغناء عن أداء

حكم التدبير في آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة حينئذ، وإن عاش بطل التدبير (ومن المقيّد أن يقول إن متّ إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا) يعني قوله لتردد في تلك الصفات (بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة، ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكائن لا محالة) وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن أبي حنيفة في المنتقى، وذكر الفقيه أبو الليث في نوازل: لو أن رجلاً قال

(١) (قول الكمال لأنه تنجيز عتقه) لأنه أي الكلام بدون الغاية يفيد تنجيز عتقه بعد الموت مطلقاً، كذا بهامش نسخة الشيخ البحراني.

آخر جزء من أجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من الثلث. ومن المفيد أن يقول إن متّ إلى سنة أو عشر سنين لما ذكرنا، بخلاف ما إذا قال إلى مائة سنة ومثله لا يعيش إليه في الغالب لأنه كالكائن لا محالة.

المال بالعتق الحاصل عن التدبير، فإن لم يكن له مال غيره فإنه يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: سقط ثلث بدل الكتابة أيضاً اعتباراً للجزء بالكل، وقياساً على ما لو كاتبه أولاً ثم دبره ثم مات ولا مال له سواء فإنه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير، فكذا إذا سبق التدبير الكتابة. ولا معنى لقول من يقول: المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة، لأنه لو أدى جميع بدل الكتابة في حياته يعتق كله، ولو كان المستحق بالتدبير لم ترد عليه الكتابة لما عتق بالأداء، ولأن استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق أم الولد جميعها بالاستيلاء. ولو كاتب أم ولده صح ووجب المال فعرفنا أن هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه. ولهما طريقان: أحدهما أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لأن موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتاً في المكاتب والبدل بمقابلته، وعرف أن التدبير يوجب استحقاق شيء له فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك، فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً بألف كانت الألف كلها بإزاء الطلقة الثالثة، ألا يرى أنه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة، فأما قبل الموت الكتابة صحيحة لأن الاستحقاق بالتدبير غير مقرر لجواز أن لا يموت المولى قبله، وإذا ثبت أن بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه، بخلاف ما لو كاتبه أولاً لأن بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فإنه لم يكن مستحقاً لشيء من رقبته عند الكتابة، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة. والطريق الآخر أن التدبير وصية برقبته له وهي عين، والوصية بالعين لا تنفذ من مال آخر، كما لو أوصى بعبد لإنسان ثم باعه أو قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من مال الموصى، وفي إسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع، بخلاف ما لو كاتبه أولاً ثم دبره لأن حقه عند التدبير أحد الشيتين، إما بدل الكتابة إن أدى، أو مال رقبته إن عجز فيكون موصياً له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة. إذا عرف هذا فتخرج المسئلة على قول أبي حنيفة: فيما إذا دبره ثم كاتبه أنه يتخير بعد موت المولى إن شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة، وإن شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لأن عنده العتق يتجزأ وقد تلقاه جهتها حرية فيختار أيهما شاء. وعند أبي يوسف يسعى في الأقل منهما بغير خيار لأن العتق لا يتجزأ عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه إلا أقل المالين، وعند محمد: يسعى في الأقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لأن ثلثها سقط عنه ولا يتخير لأنه عتق كله كما ذكر أبو يوسف. ولو كاتبه ثم دبره، فعند أبي حنيفة يتخير بين أن يسعى في ثلثي قيمته أو ثلثي بدل الكتابة، وعندهما يسعى في أقلهما عيناً. ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليها لأنه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقائه لأنه جزء منها، فإن كانا ولدين فأدى أحدهما المال كله لم يرجع على أخيه بشيء لأنه ما أدى عنه شيئاً إنما أدى عن الأم، فإن بدل الكتابة عليها، ولأن كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كانت أحق به فكان أداء من أدى أحدهما أو كليهما أداء من مال الأم، ومثله لو كاتب عبيدين مدبرين جميعاً وكل كفيل عن الآخر ثم ماتا وترك أحدهما ولداً ولد له في كتابته من أمته فعليه أن يسعى في جميع الكتابة لأنه قائم مقام أبيه، وإنما يسعى لتحصيل العتق لأبيه ولنفسه، ولا يحصل العتق لأبيه إلا بأداء جميع بدل الكتابة، فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة.

لعبده أنت حرّ إن متّ إلى مائتي سنة، قال أبو يوسف: هذا مدبر مقيد، وله أن يبيعه. وقال الحسن: هو مدبر لا يجوز بيعه لأنه علم أنه لا يعيش إلى تلك المدة فصار كأنه قال أن متّ فانت حرّ، ثم لو مات قبل السنة في الأول أو قبل عشر سنين في الثاني عتق، ولو مات بعدهما لم يعتق لأنه لم يوجد الشرط في المدبر المقيد، والله أعلم.

باب الاستيلاء

(وإذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها ولا تملكها) لقوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه ولا حرمة البيع . ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطيء والموطوءة بواسطة

باب الاستيلاء

لما اشترك كل من المدبر وأم الولد في استحقاق العقد وتعلقه بالموت وصل بينهما، ولما كان التدبير أنسب بما قبله من حيث أن العتق به بإيجاب اللفظ بخلاف الاستيلاء قَدَّمه عليه . والاستيلاء مصدر استولد: أي طلب الولد، وهو عام أريد به خصوص، وهو طلب ولد أمته: أي استلحاقه: أي باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة في الأم، وأصله استولاد، ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلاء، وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب . وفي عرف الفقهاء أخص من ذلك وهي الأمة التي ثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها قوله: (وإذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له) يعني إذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزماً بثبوته، ففي العبارة قصور، وذلك لأنه لا يريد أنها إذا ولدت منه صارت أم ولد بالمفهوم اللغوي بل بالاصطلاح الفقهي، ولذا رتب عليه الأحكام المذكورة حيث قال: لا يجوز بيعها ولا تملكها ولا هبتها، بل إذا مات ولم ينجز عتقها تمتعت بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديوناً مستغرقاً، وهذا كله مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء، إلا من لا يعتد به كيشير المريسي وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها، واحتجوا بحديث جابر قال: «بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر، فلما كان عمر نهانا عنه فأنتهينا»^(١)، رواه أبو داود وقال الحاكم

باب الاستيلاء

لما فرغ من بيان التدبير شرع في بيان الاستيلاء عقيبهُ لمناسبة بينهما من حيث أن لكل واحد منهما حق الحرية لا حقيقتها . والاستيلاء: طلب الولد، فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة (إذا ولدت الأمة من مولاها فقد صارت أم ولد له لا يجوز بيعها) ولا هبتها (ولا تملكها لقوله ﷺ) لما ولدت مارية إبراهيم من رسول الله ﷺ وقيل له ألا تمتقها («أعتقها ولدها» أخبر عن إعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع) لأن الحديث وإن دل على تنجيز الحرية لكن عارضه ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال «أيما رجل ولدت أمته منه فهي معتقة عن دبر منه» فعملنا بهما جميعاً ومنعنا البيع بالحديث الأول والتنجيز بالحديث الثاني . ولا يقال محلية البيع معلومة فيها بيقين فلا ترتفع إلا بيقين مثله وخبر الواحد لا يوجه . لأننا

باب الاستيلاء

قوله: (الاستيلاء طلب الولد) أقول: يعني طلب الولد مطلقاً وخص بطلب ولد أمته قوله: (فأم الولد من الأسماء الغالبة كالصغيرة في الصفات الغالبة) أقول: وإلا فأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب، ثم قوله كالصغيرة يعني كاستعمال الصغيرة في الذنوب قوله: (وقد انضم إليها الإجماع اللاحق فرفعتهما) أقول: الضمير في قوله فرفعتهما راجع إلى قوله محلية في قوله لا يقال محلية البيع إلخ .

(١) صحيح . أخرجه أبو داود ٣٩٠٤ وابن حبان ٤٣٢٤ والحاكم ١٨/٢ . ١٩ . والبيهقي ٣٤٧/١٠ من عدة طرق عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء عن جابر به . وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وأقره الذهبي . وهو كما قال رجاله كلهم ثقات، وقيس بن سعد ثقة كما في التقريب . وهو من رجال مسلم وبقية رجاله مشهورون .

على شرط مسلم. وأخرج النسائي عن زيد العمي إلى أبي سعيد الخدري: «كنا نبيعهم في عهد رسول الله ﷺ» (١) صححه الحاكم وأعله العقيلي بزيد العمي، وقال النسائي: زيد العمي ليس بالقوي، ونقل هذا المذهب عن الصديق وعليّ وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير رضي الله عنهم، لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس: تعتق من نصيب ولدها، ذكره ابن قدامة، فهذا يصرح برجوعهما على تقدير صحة الرواية الأولى عنهما. واستبدل بعضهم للجمهور بما في حديث أبي داود من طريق محمد بن إسحاق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت مغفل امرأة من خارجة قيس عيلان، وذكر البيهقي أنه أحسن شيء روي عن رسول الله ﷺ في هذا قالت: «قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحجاب بن عمرو وأخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحجاب ثم هلك، فقالت امرأته: الآن والله تباعين في دينه، فأتيت رسول الله ﷺ فقلت: يا رسول الله إني امرأة من خارجة قيس عيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحجاب بن عمرو وأخي أبي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فمات فقالت لي امرأته: الآن والله تباعين في دينه، فقال عليه الصلاة والسلام: من ولي الحجاب؟ قيل أخوه أبو اليسر كعب بن عمرو، فبعث إليه فقال: أعتقوها، فإذا سمعتم برقيق قدم عليّ فأتوني أعوضكم، قالت: فأعتقوني وقدم على رسول الله ﷺ رقيق فعوضهم مني غلاماً» (٢) ولا يخفى أن هذا لا يدل على أنها تعتق بمجرد موته، بل على أنه سألهم أن يعتقوها ويعوضهم لما استرق قلبه عليه الصلاة والسلام، بل يفيد أنها لا تعتق وإلا لبين الحكم الشرعي في ذلك من أنها عتقت ولم يأمرهم بعقها بعوض يقوم هو عليه الصلاة والسلام به بهم. نعم يحتمل أن يراد بأعتقوها خلوا سبيلها كما فسر البيهقي، وأن العوض من باب الفضل منه عليه أفضل الصلاة والسلام، لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا يصار إلى هذا إلا بدليل من خارج يوجب ويعيته، فمن ذلك ما ذكر المصنف عنه ﷺ أنه قال: يعني في مارية القبطية رضي الله عنها «أعتقها ولدها» (٣) وهو حديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس قال: «ذكرت أم إبراهيم عند رسول

(١) حسن لشاهده. أخرجه الطيالسي ٢٢٠٠ والنسائي في الكبرى في العتق كما في التحفة ٣٣٦/٣ والحاكم ١٩/٢ والبيهقي ٣٤٨/١٠ كلهم من حديث أبي سعيد، ومدايره على زيد العمي وهو وإو. ومن هذا الوجه أخرجه الدارقطني ١٣٦/٤. قال الحاكم: هذا شاهد صحيح لخبر جابر المتقدم، وسكت الذهبي! قال الزيلعي في نصب الرأية ٢٨٩/٣ ما ملخصه: قال النسائي عقب حديث: زيد العمي ليس بالقوي، وصححه الحاكم. وأعله العقيلي بزيد هذا، ثم قال: وغير زيد يرويه بإسناد جيد اه. قلت: فلعل الذهبي سكت لشواهد، فمنها حديث جابر المتقدم وورد حديث جابر بلفظ: «كنا نبيع سرارينا أمهات الأولاد، والنبي ﷺ حتى فينا، فلا يرى بذلك بأساً». أخرج عبد الرزاق ١٣٢١١ وأحمد ٣/٣٢١ والشافعي ٤٧/٢ وابن ماجه ٢٥١٧ وابن حبان ٤٣٢٣ والدارقطني ١٣٥/٤ والبيهقي ٣٤٨/١٠ والنسائي في العتق في الكبرى كما في التحفة ٣٢٤/٢ من طرق عن ابن جريج قال: أخبرني أبو الزبير أنه سمع جابر بن عبد الله ... فذكره.

وقال البيهقي: ليس في هذه الأحاديث أن النبي ﷺ علم بذلك فأقرهم عليه اه. قلت: وهذا إسناد جيد أبو الزبير احتج به مسلم وهو مدلس لكن صرح بالسماع هنا فزالته تهمة التدليس، وكذا ابن جريج صرح بالإخبار وبقي رجاله ثقات لكن ما ذكر البيهقي قريب محتمل والله أعلم.

(٢) ضعيف. أخرجه أبو داود ٣٩٥٣ والبيهقي ٣٤٥١٠ كلاهما من هذا الطريق عن ابن إسحاق عن خطاب بن صالح عن أمه عن سلامة بنت معقل امرأة من خارجة قيس بن عيلان به. وسكت عليه أبو داود وكذا البيهقي في الكبرى. وأما في كتاب المعرفة فقال: أحسن شيء روي مرفوعاً هو هذا. نقله الزيلعي في نصب الرأية ٢٨٧/٣. وقال المنذري في مختصر السنن ٣٨٩٨: فيه محمد بن إسحاق وقد تقدم الكلام عليه، وقال الخطابي: إسناده ليس بذلك اه. قلت: ابن إسحاق مدلس وقد عمن، وشيخه خطاب بن صالح غير مشهور لذا جاء في التقريب: مقبول روى له أبو داود.

قلت: وأمه أيضاً مجهولة حيث قال: عن أمه، ولم يُسمها.

(٣) هو الآتي.

الله ﷺ فقال: «أعتقها ولدها» (١) وطريقه معلول بأبي بكر بن عبد الله بن أبي سبرة وحسين بن عبيد الله بن عبد الله بن عباس، ويسند ابن ماجه رواه ابن عدى في الكامل لكن أعله بابن أبي سبرة فقط، فإنه يرى أن حسينا ممن يكتب حديثه. وأخرج ابن ماجه أيضاً عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ «أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته» (٢) ورواه الحاكم في المستدرک وقال صحيح الإسناد، وهذا توثيق لحسين بن عبد الله. ورواه أبو يعلى الموصلي في مسنده: حدثنا زهير، حدثنا إسماعيل بن أبي أويس، حدثنا أبي عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس عنه ﷺ قال: «أيما أمة ولدت من سيدها فإنها حرة إذا مات إلا أن يعتقها قبل موته» ورواه أحمد عن ابن عباس عنه ﷺ: «أيما رجل ولدت منه أمته فهي معتقة عن دبر منه» (٣) والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الأصحاب إنه مشهور تلقته الأمة بالقبول، وإذ قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضرمه وقوع راو ضعيف فيه مع أن ابن القطان قال في كتابه: وقد روى بإسناد جيد، قال قاسم بن أصبغ في كتابه: حدثنا محمد بن وضاح، حدثنا مصعب بن سعد (٤) أبو خيثمة المصيصي: حدثنا عبد الله بن عمرو هو الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال «لما ولدت مارية القبطية إبراهيم قال ﷺ: أعتقها ولدها» ومن طريق ابن أصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد، ومما يدل على صحة حديث «أعتقها ولدها» ما قال الخطابي ثبت أنه ﷺ

(١) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥١٦ والدارقطني ١٣١/٤. ١٣٢. والحكم ١٩/٢ والبيهقي ٣٤٦/١٠ من طرق عن حسين بن عبد الله عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً قال البوصيري في الزوائد: حسين بن عبد الله تركه علي المدني وضعفه أبو حاتم وغيره، وقال البخاري: إنه كان يُتهم بالزندقة. وكذا ذكر الزيلعي في نصب الراية ٢٨٧/٣ بأن في الإسناد ابن أبي سبرة وحسين، وكلاهما ضعيف. ونقل الزيلعي عن ابن القطان قوله: وقد روي بإسناد جيد قال قاسم بن أصبغ في كتابه حدثنا محمد بن وضاح ثنا مصعب بن سعيد أبو خيثمة المصيصي ثنا عبيد الله بن عمر الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس قال... فذكره وسكت الزيلعي على تجويد ابن القطان للإسناد، وكذا ابن حجر في الدراية ٨٧/٢ تبعها على ذلك حيث ذكر أنه إسناد جيد وهذا عجيب منهم فإن في الإسناد مصعب بن سعيد وهو وإه لذا تنبه ابن حجر في تلخيص الحبير ٢١٨/٤ لذلك حيث قال عقب هذا الحديث: وفيه ضعف اهـ. وأما الذهبي فقال في الميزان عن مصعب بن سعيد: قال ابن عدي يحدث عن الثقات بالمتاكير، ويضعف، ثم ذكر له مناكير وقال الذهبي عقبها، قلت: ما هذه إلا بلايا! اهـ. وهم ابن حزم أيضاً في تصحيح هذا الإسناد حيث نقل ابن الترمكاني في الجوهر ٣٤٧/١٠ عنه أنه قال: هذا إسناد صحيح مع أن ابن حزم خلط في إسناده كما بين ذلك الزيلعي في نصب الراية حيث جعل في الإسناد مصعب بن محمد، ومع ذلك فهو وإه، ونسبته للفرقاني كانت فيه غفلة.

(٢) ضعيف. أخرجه ابن ماجه ٢٥١٥ والدارمي ٢٤٧٦ والدارقطني ١٣١/٤ والحاكم ١٩/٢ والبيهقي ٣٤٦/١٠ وأحمد ٣٠٣/١. ٣١٧. ٣٢٠. كلهم من حديث ابن عباس قال البوصيري في الزوائد: فيه الحسين بن عبد الله الهاشمي تركه المدني وغيره، وضعفه أبو حاتم وغيره وقال البخاري: إنه كان يُتهم بالزندقة.

وأما الحاكم فقال: صحيح ولم يخرجاه! ورده الذهبي بقوله:

قلت: حسين متروك.

وأما البيهقي فقال: حسين ضعفه أكثر أصحاب الحديث اهـ

قلت: ثم ذكر ابن الهمام رواية أبي يعلى، وفيها أيضاً حسين هذا، وهو متروك كما تقدم.

(٣) تقدم في الذي قبله.

(٤) (سعد) هكذا في بعض النسخ وفي بعضها: أسعد بالف وصوابه: مصعب بن سعيد كما جاء في كتب الحديث والتخريج: وأما ما نقله ابن الهمام عن تجويد ابن القطان لرواية قاسم بن أصبغ، فتقدم الجواب عن ذلك بأن مصعب بن سعد وإه. وقال عنه ابن عدي: صاحب مناكير، ووافقه الذهبي في الميزان، وكذا ابن حجر في اللسان حيث قال: وقال صالح جزرة: شيخ ضرير لا يدرى ما يقول اهـ. وابن عبد البر رواه أيضاً من طريقه.

قال «إنا معاشر الأنبياء لا نورث ما تركنا صدقة» (١) فلو كانت مارية مالاً بيعت وصار ثمنها صدقة. وعنه عليه الصلاة والسلام «أنه نهى عن التفريق بين الأولاد والأمهات» (٢) وفي بيعهم تفريق. وإذا ثبت قوله «أعتقها الخ» وهو متأخر إلى الموت إجماعاً وجب تأويله على مجاز الأول، فيثبت في الحال بعض مواجب العتق من امتناع تملكها. وروى الدارقطني عن يونس بن محمد عن عبد العزيز بن مسلم بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنه أنه ﷺ نهى عن بيع أمهات الأولاد فقال: لا يبيعن ولا يوهبن ولا يورثن، يستمتع بها سيدها ما دام حياً. فإذا مات فهي حرة» (٣) ثم أخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن دينار، وأعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيع المدني وأسند تضعيفه عن النسائي وغيره، ولينه هو وقال: يكتب حديثه، ثم أخرجه عن أحمد بن عبد الله العنبري: حدثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفاً عليه، وأخرجه أيضاً عن فليح بن سليمان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفاً، قال ابن القطان: هذا حديث عن عبد العزيز بن مسلم القسملی (٤) وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر. واختلف عنه فقال عنه يونس بن محمد، وهو ثقة وهو الذي رفعه. وقال عنه يحيى بن إسحاق وفليح بن سليمان عن عمر: لم يتجاوزوه، وكلهم ثقات، وهذا كله عند الدارقطني، وعندني أن الذي أسنده خير ممن وقفه. وأخرج مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال: «أيماء وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها وهو يستمتع منها فإذا مات فهي حرة» (٥) وهكذا رواه سفيان الثوري وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفاً. وأخرج

(١) صحيح. هو بعض حديث أخرجه البخاري ٢٩٠٤ و ٣٠٩٤ و ٤٠٣٣ و ٤٨٨٥ ومسلم ١٧٥٧ وأبو داود ٢٩٦٣ والترمذي ١٦١٠ والنسائي ١٣٦. ١٣٧. وعبد الرزاق ٩٧٧٢ والحميدي ٢٢ وابن حبان ٦٦٠٨ وأبو يعلى (٢) (٣) والبخاري ٢٧٣٨ والبيهقي ٢٨٩/٦. ٢٩٩. وابن سعد ٢/ ٣١٤ وأحمد ٤٨/١. ١٦٢. ١٦٤. ١٧٩. ١٩١ من طرق كثيرة كلهم من حديث عمر وفيه: أن رسول الله ﷺ قال: لا نورث ما تركنا صدقة. وأما بسياق المصنف فقال ابن حجر في تلخيص الحبير ١٠٠/٣: أخرجه النسائي في الكبرى في أوائل الفرائض، وإسناده على شرط مسلم.

(٢) حسن. أخرجه الترمذي ١٢٨٣ و ١٥٦٦ والدارمي ٢٣٨٥ والدارقطني ٦٧/٣ والحاكم ٥٥/٢ وأحمد ٤١٣/٥. ٤١٤. كلهم من حديث أبي أيوب: «من فرق بين والده ولدها فرق الله بينه وبين أحبه يوم القيامة» قال الترمذي: حسن غريب. وأما الحاكم فصحه وسكت الذهبي.

وقال ابن حجر في تلخيص الحبير ١٥/٣: في إسناده حيي بن عبد الله المعافري مختلف فيه لكن رواه الدارمي من وجه آخر اهـ.

قلت: توبع المعافري في رواية الدارمي، فالحديث حسن وله شواهد.

(٣) الراجح وقفه. أخرجه الدارقطني ١٣٤/٤ من طريق عبد العزيز بن مسلم عن ابن عمر مرفوعاً.

ثم أخرجه الدارقطني من وجه آخر عن عبد العزيز بن مسلم عن عمر موقوفاً، ثم أخرجه من طريق فليح بن سليمان عن عمر موقوفاً أيضاً.

وأخرجه أيضاً من طريق عبد الله بن جعفر المخزومي عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر مرفوعاً.

قال الزبلي في نصب الرأية ٢٨٨/٣: الطريق الأخير أعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر والد علي المدني وضعفه.

قال ابن القطان: هذا حديث يرويه عبد العزيز بن مسلم القسملی، وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، والراوي عن القسملی يونس بن محمد وهو ثقة، وقد رفعه، ووقفه فليح بن سليمان ويحيى بن إسحق على عمر، وكلهم ثقات وعندني الذي رفعه خير من الذي وقفه اهـ.

وأخرجه البيهقي ٣٤٣/١٠ من طريق الثوري عن ابن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفاً، وقال البيهقي: هكذا رواية الجماعة عن ابن دينار ورواه موقوفاً، وغلط فيه بعض الرواة فرفعه، وهو وهم لا يحل ذكره اهـ والراجح وقفه، وسأيت ما يرجع الوقف.

(٤) (القسملی) هكذا في بعض النسخ، ومثله في خلاصة أسماء الرجال مضبوطاً بفتح القاف والميم بينهما مهملة ساكنة، وما وقع في بعض النسخ من السملی تحريف فليحذر، كتبه مصححه.

(٥) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٧٧٦/٢ عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفاً وكذا البيهقي في سننه ٣٤٢/١٠ رواه عن مالك وعمر بن محمد وعبد الله بن عمر وغيرهم عن نافع عن ابن عمر عن عمر موقوفاً موقوفاً. وهو الصواب لأن الرواة عن ابن دينار اضطربوا فيه، وجاء ههنا مرجح من الخارج على أن الصواب وقفه كما رأيت والله أعلم.

الولد فإن المأين قد اختلطا بحيث لا يمكن الميز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة، إلا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكماً لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكماً موجلاً إلى ما بعد الموت، وبقاء الجزئية حكماً باعتبار النسب

الدارقطني من حديث عبد الرحمن الإفريقي عن سعيد بن المسيب «أن عمر أعتق أمهات الأولاد وقال: أعتقهن رسول الله ﷺ»^(١) والإفريقي وإن كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه^(٢) مع ترجيح ابن القطان ثبت الرفع بما قلنا، ولا شك في ثبوت وقفه على عمر. وذكر محمد في الأصل حديث سعيد بن المسيب قال: «أمر رسول الله ﷺ بعتق أمهات الأولاد من غير الثلث وقال لا يبيعن في دين» وعدم مخالفة أحد لعمر حين أفتى به وأمر فانهقد إجماع الصحابة على عدم بيعهن، فهذا يوجب أحد الأمرين: إما أن ما كان من بيع أمهات الأولاد في زمنه ﷺ لم يكن بعلمه وإن كان مثل قول الراوي: كنا نفعل في عهد رسول الله ﷺ حكمه الرفع لكن ظاهراً لا قطعاً، فإذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره. وإما أنه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لأبي بكر رضي الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب مسيلمة وأهل الردة ومانعي الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر: كنا نخابر أربعين سنة ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج «أنه ﷺ نهى عن المخابرة فتركناها»^(٣) وأياً ما كان وجب الحكم الآن بعدم جواز بيعهن. هذا إذا قصرنا النظر على الموقوف، فأما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك. ومما يدل على ثبوت ذلك الإجماع ما أسنده عبد الرزاق: أنبأنا معمر عن أيوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال: سمعت علياً يقول: اجتمع رأيي ورأي عمر في أمهات الأولاد أن لا يبيعن، ثم رأيت بعد ذلك أن يبيعن فقلت له: فرأيك ورأي عمر في الجماعة أحب إلي من رأيك وحدك في الفرقة فصحك علي^(٤). واعلم أن رجوع علي رضي الله عنه يقتضي أنه يرى اشتراطاً انقراض العصر في تقرر الإجماع والمرجع خلافه. وسئل داود عن بيع أم الولد فقال: يجوز لأننا اتفقنا على جواز بيعها قبل أن تصير أم ولد فوجب أن يبقى كذلك. إذ الأصل في كل ثابت دوامه واستمراره. وكان أبو سعيد البردعي حاضراً فعارضه فقال: قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع بيعها لما حبلت بولد سيدها، والأصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له أن يجيب ويقول: الزوال كان بمنع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى إلى أن

تقول: الأحاديث الدالة على عتقها من المشاهير، وقد انضم إليها الإجماع اللاحق فرفعتها. (ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطيء والموطوءة بواسطة الولد فإن المأين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف في حرمة المصاهرة) وهي تمنع بيعها وهبتها لأن بيع جزء الحر وهبته حرام. فإن قيل: لو كانت هذه الجزئية معتبرة لتنجيز العتق لأن الجزئية توجهه ولستم بقائلين به. أجب بقوله: (إلا أن بعد الانفصال) يعني أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال، وبعد الانفصال (تبقى الجزئية حكماً لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكماً موجلاً إلى ما بعد الموت) فتعاضد المنقول بالمعقول في إثبات الحكم المؤجل إلى ما بعد الموت

قوله: (ولأن الجزئية) أقول: عطف على قوله لقوله ﷺ قوله: (أجاب بقوله إلا أن بعد الانفصال: يعني أن الولد إنما يعلم بعد الانفصال) أقول: إذا اعترف المولى بالحمل منه قبل الانفصال لم يواخذ بإقراره، وعندي معنى كلام المصنف غير ما ذكره الشارح

(١) ضعيف. أخرجه الدارقطني ١٣٦/٤ والبيهقي ٣٤٤/١٠ كلاهما من طريق الإفريقي عن ابن المسيب عن عمر به قال البيهقي: تفرد برفعه الإفريقي وهو ضعيف.

(٢) وتقدم أيضاً ما يعضد وقفه لا سيما مالك فقد رواه موقوفاً، وهو أثبت من غيره. لكن الموقوف هنا حجة، وسيأتي اتفاق عمر وعلي على ذلك.

(٣) صحيح. لكن بلفظ: أن ابن عمر كان يكرى مزارعه على عهد رسول الله ﷺ، وفي إمارة أبي بكر وعمر وعثمان، وصدرًا من إمارة معاوية. هكذا أخرجه البخاري ٢٣٤٣ ومسلم ١٥٤٧ - ١٠٩. وهذه المدة مقاربة لما ذكره الكمال.

(٤) موقوف صحيح. أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كما في: سب الرابة ٢٩٠/٣ وكذا البيهقي ٣٤٣/١٠ كلاهما عن عبيدة السلماني صاحب علي بهذا الأثر وإسناده صحيح رجال عبد الرزاق ثقات أثبات كلهم.

وهو من جانب الرجال، فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن، حتى إذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها، وبشبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمنع جواز البيع وإخراجها لا إلى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته، وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له لأن الاستيلاء لا يتجزأ فإنه فرع النسب فيعتبر بأصله.

يثبت المزيل قوله: (ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطيء والموطوءة بواسطة الولد، فإن المأين) اللذين خلق منهما (قد اختلطاً) وهو جزؤهما بحيث لا تميز، وهذه الجزئية وإن زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكماً ولم تنقطع لأن تلك الجزئية أوجبت نسبتها إليه بواسطة الولد وبالاتصال تقرر ذلك حتى قيل أم ولده فقد بقي أثرها شرعاً، وإليه أشار عمر فيما رواه محمد بن قارب قال: اشترى ابني أمة من رجل قد أسقطت منه فأمر عمر بردها وقال: أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن؟ إلا أن السبب يضعف بالاتصال (فأوجب حكماً مؤجلاً إلى الموت) ولما ورد على هذا التقرير أن مقتضاه أن المرأة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعد ما ولدت له أنه يعتق بموتها لأن النسبة الكائنة بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الأم والأب قسط منها. أجاب المصنف بقوله: إن بقاء الجزئية حكماً بعد الانفصال إنما هو باعتبار النسب لأنه لم يبق بعد الانفصال سواء، والنسب إلى الرجال؛ أي إلى الآباء لا إلى الأمهات (فكذا الحرية) التي تبتنى على النسب بالحاء المهمة لا بالجيم تثبت للنساء في حق الرجال لأن النسب إليهم ففرع عليه أن الحر لو تزوج أمة فولدت له ثم اشتراها صارت أم ولد له تعتق بموته دون العكس إذ ليس النسب إليهن، فلو ملكت الحرة زوجها العبد بعد ما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالآخرة بالنسب لم تثبت الأمومة بدونه، فلو ولدت أمة لرجل بزنا ثم ملكها لا تكون أم ولد له فلا تعتق بموته. وأورد عليه ما ذكره في دعوى الأصل: أمة بين رجلين ولدت ولداً فقال: كل منهما لصاحبه هو ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حرّ وأمه بمنزلة أم الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الأمومة بلا ثبوت نسب. أجيب بأنه قد ثبت النسب في الجملة، فإنهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرّاً فلم تثبت دون نسب. والحق أن ثبوت الأمومة في نفس الأمر لا يكون إلا تابعاً لثبوت النسب، وأما ثبوته ظاهراً في القضاء فيكمل من ثبوت نسب الولد والإقرار به وإن لم يثبت لما سيجيء فيما إذا ادعى ولد أم ولده المزوجة قوله: (وبشبوت عتق الخ) يعني قد ثبت مما ذكرنا أنه يثبت لها عتق مؤجل، ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلاً أن يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها وإخراجها إلا إلى الحرية. ولقاتل أن يقول: ثبوت العتق المؤجل إلى أجل معلوم ثابت في قوله: إذا جاء رأس الشهر فأنت حرّ ومع ذلك لم يمتنع البيع فله أن يبيعه قبله، ولم يلزم من ثبوت العتق إلى أجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الأجل. فالحق أن استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس إلا حكم النص، حيث صرح النص بأنهن لا يبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التي أشار إليها عمر رضي الله عنه قوله: (وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له والبعض الآخر مملوكاً لغيره) بأن كانت مشتركة بين اثنين فادعى أحدهما ولدها

وهو العتق فيحرم بيعها في الحال لثبوت حق الحرية فيها. فإن قيل: لو كانت الجزئية باقية حكماً لعتق من ملكته امرأته التي ولدت منه بعد موتها وليس كذلك. أجاب بقوله: (وبقاء الجزئية حكماً) ومعناه أن بقاء الجزئية حكماً عبارة عن ثبات النسب، والأصل في ثبات النسب هو الأب لأن الولد ينسب إليه والأم أيضاً بواسطة الولد يقال أم ولد فلان (فكذلك الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن). وقوله: (وكذا إذا كان بعضها مملوكاً له) يعني لو كانت الجارية مشتركة بين رجلين فاستولدها أحدهما كانت أم ولد له لأن الاستيلاء لا يتجزأ لأنه فرع مالا يتجزأ وهو النسب فيعتبر بأصله. فإن قيل: فقد ذكر في باب العبد يعتق بعضه والاستيلاء متجزئاً عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه الخ فما وجه التوفيق بين كلاميه؟. أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ بتملك

قوله: (أجيب بأن معنى قوله لا يتجزأ، إلى قوله: فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال) أقول: فيه بحث، بل المراد لا يستقر على التجزي كما يعلم مما مر وسيجيء.

قال: (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها) لأن الملك فيها قائم فأشبهت المدبرة (ولا يثبت نسب

ثبت نسبه وتصير أم ولد له، فهذان حكمان وقع التشبيه في أحدهما وهو أمومة الولد لأنه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله: (لأن الاستيلاء لا يتجزأ) أي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي القنة فتصير كلها أم ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه له، بخلاف ما إذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فإنه يتجزأ ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة فلذا قدم في باب العبد يعتق بعضه أنه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض فصار الحاصل أن الاستيلاء لا يتجزأ: أي لا يكون معه بعض المستولدة مملوكاً لغير المستولد إلا لضرورة لأنه مبني على ثبوت النسب وهو لا يتجزأ. وأما احتمال أن يكون فيه روايتان فبعيد فلذا لما قال المصنف: إنه يتجزأ في باب العبد يعتق بعضه لم يجعل أثره إلا فيما إذا استولد نصيبه من مدبرة، وأما تعليل ثبوت النسب فإنما هو بوجود الدعوة في المملوكة والاتفاق على أن ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاء قوله: (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها لأن الملك قائم فيها) وهو مطلق لهذه الأمور (فأشبهت المدبرة) ومنع مالك إجارتها كييعها وهو بعيد، وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو متنف في الإجارة ويملك كسبها وله إعاقها وكتابتها. وأورد: ينبغي أن لا يملك تزويجها لأن توهم شغل رحمها بماء المولى قائم، وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة، غير أن المعتدة جعل لها الشرع حالاً يحكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها عند وجوده ولم يجعل لأم الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغي أن لا يصلح قبله. وأجيب بأن جواز النكاح كان ثابتاً قبل الوطء ووقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك، بخلاف المعتدة فإنها قد تحقق خروجها عن محلية نكاح الغير فلا تعود إلا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة فلا تزوج قبله. ولقائل أن يقول: إذا سلم أن احتمال الشغل مانع ولا شك في ثبوته بعد الوطء لزم تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة ووجب أن لا يزوجه إلا بعد استبرائها. والمذهب جوازه قبل الاستبراء وإنما هو بعده أفضل. وأعلم أن المسئلة ذكرها المصنف في فصل المحرمات من كتاب النكاح حيث قال: وإن زوّج أم ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لأنها فراش لمولها حتى يثبت نسب ولدها منه بالدعوة، فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين إلا أنه غير متأكد حتى يتنفي ولدها بالنفي من غير لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل، فأفاد أن المانع من صحة النكاح ليس إلا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل، وهذا حق لما عرف من مسئلة: ما إذا رأى امرأة تزني فتزوّجها حيث يصح النكاح ويحل الوطء مع أن احتمال الشغل ثابت، لكن لما كان الحمل من الزنا ليس ثابت النسب جاز النكاح والوطء لانتفاء الجمع بين الفراشين، ولذا جاز عند أبي حنيفة ومحمد تزوّج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش، غير أنه لا يحل وطؤها إذا كان الحمل من غيره حتى تضع وامتناع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبة دون غيرها، وحيث لا جواب الحق منع كون احتمال الشغل بالماء مانعاً فلذا جاز النكاح عقيب وطئها وإن كان يستحب أو يجب الاستبراء، إنما المانع الجمع

نصيب صاحبه بالضمان مع ملك نصيبه فيكمل الاستيلاء على ما يجيء بعد هذا في هذا الباب لأن نصيب صاحبه قابل للنقل بضمان المستولد لأن الاستيلاء وقع في القنة وهي قابلة للانتقال من ملك إلى ملك وما ذكره هناك من تجزي الاستيلاء فإنما فرض المسئلة في المدبرة وهي غير قابلة للنقل فكان الاستيلاء مقتصراً على نصيبه فيتجزأ الاستيلاء ضرورة فكان دفع التناقض باعتبار اختلاف الموضوع والمحال وبأنه يحتمل أن يكون فيه روايتان عن أبي حنيفة، وذلك لأنهما جعلتا الاستيلاء مقيساً عليه في أنه لا يتجزأ فكان مجمعا عليه. ثم أجاب عنه أبو حنيفة بأنه متجزئ عنه في ذلك الباب، ومثل هذا كان لاختلاف الروايين، كذا في النهاية. قال: (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وتزويجها) قد ذكرنا أن الاستيلاء يوجب حق الحرية لا حقيقتها، فكان الملك فيها قائماً كالمدبرة فجاز له أن يطأها ويستهدمها ويؤجرها ويؤجرها قبل أن يستبرئها. فإن قيل: شغل الرحم بمائه محتمل واحتمال ذلك يمنع جواز النكاح كما في المعتدة. أجيب بأن محلية جواز النكاح كانت ثابتة قبل الوطء وقد وقع الشك في زوالها فلا ترتفع به، بخلاف النكاح فإن المنكوحة خرجت عن محلية نكاح الغير فلا تعود إليها إلا بعد الفراغ حقيقة وذلك بعد العدة.

ولدها إلا أن يعترف به) وقال الشافعي: يثبت نسبه منه وإن لم يدَّع لأنه لما ثبت النسب العقد فلأن يثبت بالوطء وأنه أكثر إفضاء أولى. ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين

بين الفراشين القويين، وفراش أم الوليد ليس قوياً على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعاً ما لم يتصل به الحمل. بخلاف المعتدة فإنها فراش حال العدة، ألا ترى أنها متعينة لثبوت نسب ما تأتي به ففي تزوجها جمع بين الفراشين.

[فرع] إذا باع خدمة أم ولده منها عتقت كما إذا باع رقبة العبد منه؛ رواه ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله تعالى. وعن ابن سماعة عن أبي يوسف: لا تعتق، بخلاف بيع رقبته منها حيث تعتق قوله: (ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الأمة لا أم الولد، وهذا رجوع إلى المذكور أول الباب في قوله: إذا ولدت الأمة من مولاها فلا يثبت نسبه إلا أن يعترف به وإن اعترف بوطئها، وهو قول الثوري والبصري والشافعي، ومروى عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل. وقال الشافعي ومالك وأحمد: يثبت إذا أقر بوطئها وإن عزل عنها إلا أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بحضة، وهو ضعيف، فإنهم زعموا أنها بالوطء صارت فراشاً كالنكاح وفيه يلزم الولد وإن استبرأها مع أن الحامل تحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الاستبراء، وهم ينفصلون عن هذا بأن الغالب أن لا تحيض والأمر بالاستبراء اعتباراً للغالب فيحكم عند وجوده بعدم الحمل حكماً بالغالب، ولو وطئها في دبرها يلزمه الولد عند مالك، ومثله عن أحمد وهو وجه مضعف للشافعية قوله: (لأنه لما ثبت) هذا وجه قول الجمهور: في أن النسب يثبت بما تأتي به الأمة بمجرد وطئها، وهو أنه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تأتي به المنكوحه به بعد العقد وإن لم يعلم الوطء لوجوده بعد المضي إلى الولد فثبوته بعد وطء البالغ وأنه أكثر إفضاء إلى وجود الولد أولى. وإنما قيدنا بالبالغ لأن الزوج الصبي لا يثبت به نسب وإن كان بعقد وضع للولد (ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع) من قصده وهو سقوط تقوّمها عند أبي حنيفة ونقصانه عندهما فكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل. وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطء، وما قيل: الوطء قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا نعين عدمه. قلنا: ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الأصل من العدم. واعلم أن أصل دليلهم فيه المنقول من حديث عائشة رضي الله عنها قالت «اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله ﷺ يعني في ابن وليدة زمعة، فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي، فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شيئاً بيناً بعتبة فقال: هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة، فلم تره سودة قط» (١). رواه الجماعة إلا الترمذي. وأجيب بأنه ﷺ إنما قضى به لعبد بن زمعة على أنه عبد له ورثه لا على أنه أخوه، ولذا قال: هو لك ولم يقل هو أخوك، وقال: احتجبي منه يا سودة، ولو كان أخاً لها بالشرع لم يجب احتجابها منه، فهذا

وقوله: (ولا يثبت نسب ولدها) أي ولد الأمة رجوع إلى ما ابتدأ به أول الباب بقوله: إذا ولدت الأمة من مولاها لما أن ولد أم الولد يثبت نسبة من غير دعوة على ما يجيء في قوله فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت نسبه بغير إقرار، وحكم المدبرة كحكم الأمة في أنه لا يثبت النسب منها بدون دعوة المولى. وقوله: (إلا أن يعترف به) أي بالولد والاعتراف بالوطء غير ملزم وقال الشافعي: (يثبت نسبه منه وإن لم يدَّع لأنه لما ثبت النسب بالعقد) أي بالنكاح الذي هو مفض إلى الوطء (فلأن يثبت به وهو أكثر إفضاء أولى. ولنا أن وطء الأمة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه) أي عن طلب الولد وهو سقوط التقوّم عنده ونقصان القيمة عندهما أو عدم نجابة أولاد الإماء عندهم (فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء فإنه لا يثبت النسب فيه

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٠٥٣ و ٢٧٤٥ و ٤٣٠٣ و ٢٢٠٨ ومسلم ١٤٥٧ وأبو داود ٢٢٧٣ والسنائي ١٨٠/٦ وابن ماجه ٢٠٠٤ ومالك ٢/٧٣٩ والطبراني ١٤٤٤ والحميدي ٢٣٨ والشافعي ٣٠/٢ وأحمد ٢٤٧٢٤٦/٦ مختصراً والدارمي ١٥٥/٢ وابن حبان ٤١٠٥ والدارقطني ٢٤١/٤ والبيهقي ٢٣٧٨ واليهيقي ١٢٧/٧ و ٨٦/٦ و ١٥٠/١٠ و ٢٦٦ من طرق كثيرة كلهم من حديث عائشة تنبيه: عتبة بن أبي وقاص مات على شركة كما جزم بذلك الدمايطي والشافعي قال في الإصابة ١٦١/٣: لم أر من ذكره في الصحابة إلا ابن مندة، واشتد إنكار أبي نعيم عليه. وأخرجه أحمد ٣٧/٦ بتمامه وكذا في ١٢٩/٦. ٢٣٧.

من غير وطاء، بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصوداً منه فلا حاجة إلى الدعوة (فإن جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير إقرار) معناه بعد اعتراف منه بالولد الأول لأنه بدعوى الولد الأول تعين الولد مقصوداً منها فصارت فراشاً كالمعقودة (إلا أنه إذا نفاه ينتفي بقوله) لأن فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج، بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه إلا

دفع بانتفاء لازم الأخوة شرعاً والأول باللفظ نفسه. ويدفع الأول بأن في رواية أخرى «هو أخوك يا عبد» وأما الأمر بالاحتجاب فلما رأى من الشبه البين بعته. ويدفع الأول بأن هذه الرواية حينئذ معارضة لرواية «هو لك» وهي أرجح لأنها المشهورة المعروفة فلا تعارضها الشاذة، والشبه لا يوجب احتجاب أخته شرعاً منه وإلا لوجب الآن وجوباً مستمراً أن كل من أشبه غير أبيه الثابت نسبه منه يجب حكماً للشبه احتجاب أخته وعمته وجدته لأبيه منه وهو منتف شرعاً. وإذن قوله «للفراش الولد» ينتفي به نسبه عن سعد بأنه ابن أخيه عن عبد بأنه أخوه: يعني أن الولد للفراش ولا فراش الواحد عن عتبة وزمعة فهو حينئذ عبد لك يا عبد ميراث لك من أبيك. واعلم أنه روي عند الإمام أحمد «أما الميراث فله، وأما أنت فاحتجبي منه فإنه ليس لك بأخ» (١) فتصريحه بأنه ليس أخاها يفيد أنه ليس أخاً لعبد بن زمعة، وبه تقوى معارضة رواية هو أخوك. وقوله «أما الميراث فله» يفيد أنه أخوهما، فإما أن يحكم بضعف الحديث لتدافع معناه، أو يجمع بأن المثبت الأخوة الشرعية والمنفى الأخوة الحقيقية وهو أن يخلق من ماء رجل واحد، وأن الحكم الشرعي في عدم الاحتجاب أن يترتب على الأخوة بمعنى التخلق من ماء شخص واحد مع ثبوت النسب منه، إلا أن هذا يتعذر الوقوف عليه فاعتبر ثابتاً بثبوت النسب ما لم يعارضه شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية، ثم يجعل هذا إذ ليس حكماً مستمراً على ما ذكرنا خاصاً بأزواج رسول الله ﷺ لأن حجابهن منيع، وقد قال تعالى لهن «لستن كأحد من النساء» وعلى هذا يجب حمل الوليدة على أنها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله «الولد للفراش» يعني أم الولد، وحينئذ فقله لك: أي مقضى به لك، ويكون المراد أنه أخوك كما هو الرواية الأخرى. وأما ما نقل عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: ما بال رجال يطئون ولائهم ثم يعتزلونهن، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه قد ألم بها إلا ألحقت به ولدها، فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا (٢). رواه الشافعي فمعارض بما روي عن عمر أنه كان يعزل عن جاريته فجاءت بولد أسود فشق عليه، فقال: ممن هو؟ فقالت: من راعي الإبل، فحمد الله وأثنى عليه ولم يلتزمه (٣) وأسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس أنه كان يأتي جارية فحملت فقال: ليس مني إني أنيتها إتياناً لا أريد به الولد. وعن زيد بن ثابت أنه كان يطأ جارية فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدتها. وعنه أنه قال لها: ممن حملت؟ فقالت منك، فقال: كذبت ما وصل إليك ما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها. والمرى عن عمر من قوله: أنه يلحق بالواطئ مطلقاً جاز لكونه علم من بعضهم إنكار من يجب عليه استلحاقه، وذلك أنا بينا أن الواطئ إذا لم يعزل وحصلها وجب عليه الاعتراف به: فقد يكون علم من الناس إنكار أولاد الإمام مطلقاً فقال لهم: إني ملحق بكم إياهم مطلقاً، وأما من علم منع الاعتدال في الأمر بأن يعترف بمن يجب عليه الاعتراف به وينفى من يجب عليه نفيه أو

بغير الدعوة بخلاف العقد لأن الولد يتعين مقصوداً منه فلا حاجة إلى الدعوة) لا يقال: النسب باعتبار الجزئية أو بما وضع لها والقصد وعدمه لا مدخل له في ذلك. لأننا نقول: لو كان ذلك مداره لثبت من الزاني وليس كذلك، وإنما النظر إلى الموضوعات الأصلية والعقد موضوع لذلك فلا يحتاج إلى الدعوة ووطء الأمة ليس بموضوع لها فيحتاج إليها (فإن جاءت بعد ذلك بولد يثبت

(١) هذا اللفظ عند الطحاوي في معاني الآثار ١١٥/٣ عن عبد الله بن الزبير به.

(٢) موقوف صحيح. أخرجه مالك ٧٤٢/٢ ومن طريقه الشافعي كلاهما عن عمر، ورجاله ثقات أثبات رجال البخاري ومسلم. وكرراه من وجه آخر عن عمر أيضاً، ورجاله ثقات.

(٣) هذا الأثر عن عمر غريب ولم يصح. حيث لم يذكره الطحاوي في معاني الآثار وإنما ذكر الأثر المتقدم عن عمر، وعارضه هنا بأثر ابن عباس الآتي، وكذا بأثر ورد عن زيد بن ثابت انظر معاني الآثار ١١٦/٣. ١١٧. وقال الطحاوي: فهذا زيد وابن عباس قد خالفا ابن عمر وعمر اهـ.

باللعان لتأكد الفراش . حتى لا يملك إبطاله بالتزويج ، وهذا الذي ذكرناه حكم . فأما الديانة ، فإن كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يعترف به ويدعى لأن الظاهر أن الولد منه ، وإن عزل عنها أو لم يحصنها جاز له أن ينفيه لأن

يجوز فإنه لا يتعرض له قوله : (فإن جاءت بعد ذلك) أي بعد أن اعترف بولدها الأول (بولد ثبت نسبه بغير إقرار) لأنه بالاعتراف بالولد الأول تبين كون الولد مقصوداً من الوطء فصارت فراشاً ، وبهذا تبين أن الأولى في تعريف الفراش كون المرأة مقصوداً من وطئها الولد ظاهراً كما في أم الولد ، فإنه إذا اعترف به ظهر قصده إلى ذلك أو وضعاً شرعياً كالمنكوحة وإن لم يقصد الولد يثبت نسب ما تأتي به فإنها حينئذ تكون متعينة لثبوت نسب ما تأتي به وهو الذي عرقوا به الفراش وظهر أن ليس الفرش ثلاثة كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان : قوي وهو فراش المنكوحة ، وضعيف وهو فراش أم الولد بسبب أن ولدها وإن ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي نسبه بمجرد نفيه ، بخلاف المنكوحة لا ينتفي نسب ولدها إلا باللعان ، وقد صرح المصنف فيما تقدم فقال : لأن الأمة ليست بفراش لمولاه ، وذلك لعدم صدق حدّ الفراش عليها وهو كون المرأة متعينة لثبوت نسب ما تأتي به أو كونها يقصد بوطئها الولد إلى آخر ما قلناه ، ومن الدلالة على ضعفه كونه يملك نقله بالتزويج ، بخلاف المنكوحة ، وعلى هذا ينبغي أنه لو اعترف فقال : كنت أظاً بقصد الولد عند مجيئها بالولد أن يثبت نسب ما أتت به وإن لم يقل هو ولدي لأن ثبوته بقوله : هو ولدي بناء على أن وطأه حينئذ يقصد الولد . وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس : ينبغي أنه إذا أقر أنه كان لا يعزل عنها وحصنها أن يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وإن كنا نوجب عليه في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة إلى أن يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه ابتداء ، وأظن أن لا بعد في أن يحكم على المذهب بذلك . وفي المبسوط : إنما يملك نفيه : أي نفي ولد أم الولد إذا لم يقض القاضي به أو لم يتناول الزمان ، فأما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك إبطاله ، والتناول دليل إقراره لأنه يوجد منه فيها دليل إقراره من قبوله التهنة ونحوه فيكون كالنصرح بإقراره واختلافهم في التناول سبق في اللعان . هذا وإنما يثبت نسب ما تأتي به في حال حل وطئها له بعد الولد ، أما لو عرض بعده حرمة مؤبدة بأن وطئها أبو سيدها أو ابنه أو وطئ السيد أمها أو ابنتها أو حرمت عليه برضاع أو بكتابة فإنه لا يثبت نسبه منه إلا باستلحاقه . ولا يخفي أنه يجب أن يفصل بين أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من حين عروض الحرمة أو لتمامها ، ففي الأول يجب أن يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بأن العلوق كان قبل عروض الحرمة . ولو أعتقها ثبت نسب ولدها منه إلى سنتين من يوم الإعتاق ، وكذا إذا مات لأنها معتدة ، ولا يمكن نفيه لأن فراشها تأكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة في العدة ، بخلاف ما لو عرضت الحرمة بحض أو نفاس أو صوم أو إحرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لأن الفعل لم يحرم مطلقاً ولا متعلقاً باختيارها بل مع ذلك العارض الذي عرض لا باختيارها المنقضي عادة بلا اختيارها قوله : (وهذا الذي ذكرناه) يعني من عدم لزومه الولد وإن اعترف بالوطء ما لم يدّعه (حكم) أي في القضاء : يعني لا يقضي عليه بثبوت نسبه منه بلا دعوة ، فأما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن كان حين وطئها لم يعزل عنها وحصنها عن مظانّ ربيّة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى أن يدعيه بالإجماع ، لأن الظاهر والحالة هذه كونه منه ، والعمل بالظاهر واجب ، وإن كان عزل عنها حصنها أولاً أو لم يعزل ولكن ثم يحصنها فتركها تدخل وتخرج بلا رقيب مأمون جاز له أن ينفيه (لأن هذا الظاهر) وهو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة (يقابله) أي يعارضه (ظاهر آخر) وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين على ذلك وهما العزل أو عدم التحصين ، وبهذا

نسبه من غير إقرار إذا كان قد اعترف بالولد الأول لأنه بدعوى الأول تعين الولد مقصوداً منها فصارت فراشاً كالمعقودة إلا أنه نفاه ينتفي بقوله) من غير لعان ما لم يقض القاضي به أو لم تتناول المدة ، فأما بعد قضاء القاضي فقد ألزمه به على وجه لا يملك إبطاله ، وكذلك بعد التناول لأنه يوجد منه دليل الإقرار في هذه المدة من قبول التهنة ونحوه ، وذلك كالنصرح بالإقرار ، واختلافهم في مدة التناول قد سبق في اللعان . وقوله : (لأن فراشها ضعيف) واضح . قوله : (وهذا الذي ذكرناه) أي عدم ثبوت

هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر، هكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله، وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد

ظهر أن لفظة أو في قوله: وإن عزل عنها أو لم يحصنها أولى من الواو لتنصيبها على المراد. وصرح في المبسوط بذلك حيث قال: فأما إذا عزل عنها أو لم يحصنها فله أن ينفيها. ولا شك في أن كونه من غيره عند ضبطه العزل ظاهر، وأما ظهور كونه من غيره إذا أفضى إليها ولم يعزل عنها محل نظر، بل أورد أن المصنف علل وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير إنزال بأنه سبب الإنزال ونفسه يتغيب عن بصره، وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه فيقتضي هذا ثبوت النسب الوطء وإن لم ينزل وإلا تناقض. ولا يخفى أنه لا أحد يقول: بثبوت نسب ما تأتي به الأمة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا إنزال، بل أنه يثبت عزل عنها أو لم يعزل، وهذا فرع الإنزال. وحيث أن المصنف في الغسل بيان حكمة النص فإنه قد نص على إيجاب الغسل بمجرد الإيلاج فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق، بل لا يجوز أن يستلحق نسب من ليس منه كما لا يجوز أن لا يستلحق نسب من هو منه فكان أمر الاستلحاق مبنياً على اليقين أو الظهور الذي لا يقابله ما يوجب شكاً قوله: (وفيه روايتان أخريان عن أبي يوسف وعن محمد) ذكرهما في المبسوط فقال: وعن أبي يوسف إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعي سواء عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها تحسناً للطن بها وحماً لأمرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه، وهذا كمذهب الشافعي والجمهور لأن ما ظهر سببه يكون محالاً به عليه حتى يتبين خلافه. وعن محمد لا ينبغي أن يدعي ولدها إذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي أن يعتق الولد. وفي الإيضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال: قال أبو يوسف: أحب أن يدعيه، وقال محمد: أحب أن يعتق الولد فهذا يفيد الاستحباب، وعبرة المبسوط تفيد الوجوب قوله: (فإن زوجها المولى فجاءت بولد) يعني من الزوج (فهو في حكم أمه) حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ولا رهنه ويعتق بموته من كل المال ولا يسعى لأحد، وله استخدام وإجارته، إلا أنه كان جارية لا يستمتع بها لأنه وطئ أمها، وهذه إجماعية وهي واردة على إطلاقه حيث قال: هو في حكم أمه، وهذا لأن الصفات القارة في الأمهات تسري إلى الولد لأنه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالندير، ولهذا كان ولد القنّة قنّاً، وولد الحرة حراً وإن كان أبوه بخلافه، ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من الزوج لأن فراشه أقوى، وإن كان النكاح فاسداً فإنه يلحق بالصحيح في حق الأحكام، وهذا إذا اتصل به الدخول، والنسب لا يتجزأ ثبوتاً فلا يثبت من المولى، والأوجه الاقتصاد على قوة الفرائض فلا يثبت معه المرجوح، وإلا فالولد يثبت من اثنين كما سيذكر، وقول المصنف: لأن الفرائض له يقتضي أن لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير أصلاً، وهذا إذا جاءت به لستة أشهر من النكاح، فإن جاءت به لأقل فهو ابن للسيد والنكاح فاسد، ويستحب بل يجب أن لا يزوجه حتى يستبرئها بحیضة احتياطاً، ولو لم يفعل صح النكاح ويثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى وإن لم يثبت نسبه منه لإقراره بحريته حيث اعترف بأنه ابنه فإن ابنه من أمته يعلق حراً كما تقدم غير أنه عارضه في ثبوت النسب منه معارض أقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم يعارضه في ثبوت الحرية به ذلك فأخذ بزعمه. ولم يستحسن قول المصنف: وتصير أم ولد له لأن الكلام في تزويج أم الولد، وإنما يستحسن لو كان في تزويج الأمة التي ليست أم ولد كالصورة المذكورة في المبسوط: زوج أمته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه

نسب ولد الأمة بدون الدعوة (حكم) قضاء القاضي (فأما الديانة) يعني فيما بينه وبين الله تعالى، فالاعتراف به والدعوى إن وطئها وحصنها ولم يعزل عنها، والمراد بالتحصين هو أن يحفظها عما يوجب ريبة الزنا، وقوله: (لأن هذا الظاهر) وهو أن الولد منه عند

قوله: (وقوله لأن هذا الظاهر) أقول: المراد هو كونه منه بسبب أن الظاهر عدم زنا المسلمة يعارضه ظاهر آخر وهو كونه من غيره لوجود أحد الدليلين، وأما ما ذكره الشارح ففيه ما لا يخفى.

رحمهما الله ذكرناهما في كفاية المتهنى (فإن زوجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه) لأن حق الحرية يسري إلى الولد كالتدبير؛ ألا ترى أن ولد الحرة حرّ وولد القنّة رقيق والنسب يثبت من الزوج لأن الفراش له وإن كان النكاح فاسداً إذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام، ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لأنه ثابت النسب من غيره، ويعتق الولد

منه، ولكن تصير أم ولد له تعتق بموته لأنه أقرّ لها بحق الحرية، وقد تكلف له أن قوله: وولد القنّة قن ابتداء وما بعده بناء عليه فكأنه قال: ولد القنّة قن ونسبه يثبت من الزوج إذا زوجها مولاه، وحينئذ يستقيم إلا أنه خلاف الظاهر، لأنه إنما ذكر لبيان سرية وصف الأم إلى الولد فيكون ابن أم الولد بمنزلتها قوله: (ويعتق الولد) أي ولد أم الولد المزوجة الذي ادعاه يعتق لأنه ملكه وهو يزعم أنه ابنه (وتصير أمه أم ولد له) تعتق بموته لأنه أقرّ لها بحق الحرية حيث ادعى أن ولدها منه وعتق الولد ظاهر بل قد اعترف بأنه علق الولد حرّاً من الأصل. فإن قيل: فكيف تثبت أمومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية عليه؟ أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاء كاف لثبوت الاستيلاء وإن كان في ضمن ما لم يثبت، وهذا ما تقدم وعده مع أن احتمال كونه من السيد قائم لجوازه بوطء قبل النكاح، إلا أنه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقي معتبراً في الأم لحاجتها إلى الأمومية الموصلة إلى العتق قوله: (وإذا مات المولى عتقت) يعني أم الولد (من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ أمر بعنق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث») (١) وفي نسخة مكان لا يبعن «لا يسعين»، وهو الموافق لتعليقه ولا سعاية الخ بقوله (لما

التحصين وعدم العزل (يقابله) أي يعارضه (ظاهر آخر) وهو العزل أو ترك التحصين. وقوله: (وفيه روايتان أخريان) في بعض النسخ أخروان وليس بصحيح. وقوله: (عن أبي يوسف وعن محمد) قيل فائدة تكرار «عن» دفع وهم من يتوهم أن الروايتين عنهما باتفاقهما فإنه ليس كذلك، وإنما عن كل واحد منهما رواية تخالف رواية الآخر، فأما رواية أبي يوسف فهي أنه إذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه سواء عزل عنها أو لم يعزل، حصنها أو لم يحصنها تحسناً للظن بها وحملها لأمرها على الصلاح ما لم يبين خلافه، وأما رواية محمد فهي أنه لا ينبغي له أن يدعيه إذا لم يعلم أنه منه، ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بها ويعتقها بعد موته لأن استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعاً فيحتاج من الجانبين، وذلك في أن لا يدعي النسب، ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال أن يكون منه: وما ذكره أبو حنيفة هو الأصل لأنه إذا وطئها ولم يعزل وحصنها فالظاهر أن الولد منه فيلزمه أن يدعي، وإن لم يحصن أو عزل فقد وقع الاحتمال فلا يلزمه الاعتراف بالشك (فإن زوجها فجاءت بولد فهو في حكم أمه) لأن الأوصاف القارة في الأمهات تسري إلى الأولاد والنسب يثبت من الزوج لأن الفراش له بالنكاح وإن كان النكاح فاسداً بعد ما اتصل به الدخول لأن الفاسد ملحق بالصحيح في حق الأحكام، ومن الأحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية، وإذا كان الفاسد منه ملحقاً بالصحيح كان أقوى من فراش أم الولد. وقوله: (ولو ادعاه المولى) معناه إذا زوج المولى أمته فولدت فادعاه المولى لا يثبت النسب منه لأنه ثابت النسب من غيره، ويعتق الولد وتصير أمه أم ولد له لإقراره، وإنما فسرنا كلامه بذلك ليستقيم قوله وتصير أمه أم ولد له لأن أمومية أم الولد ثابتة قبل هذه الدعوة فلا يستقيم حينئذ قوله وتصير أمه أم ولد له، هكذا نقل عن فوائد مولانا حميد الدين الضرير. فإن قيل: ينبغي أن لا تصير أمه أم ولد لمولاه لأن أمية الولد مبنية على ثبوت النسب بدعوة الولد، فإذا لم يثبت الأصل منه كيف يثبت الفرع؟ أجيب بأن مجرد الإقرار بالاستيلاء كاف لثبوته،

(١) غريب بهذا اللفظ. قال الزيلعي في نصب الرأية ٢٨٨/٣ وقال ابن حجر في الدراية ٨٧/٢: لم أجده اهـ.
وذكر الزيلعي أحاديث أخرى في هذا الشأن، وتبعه ابن حجر، وتعقبها ابن الهمام بأن هذه الروايات لا تفي بالمقصود ثم قال: ورواه عبد الملك ابن حبيب المالكي عن ابن المسيب وعبد الملك تنكلم فيه اهـ.
وأما الحافظ قاسم بن قطلوبغا، فتعقب ابن حجر في قوله لم أجده بأن محمد بن الحسن رواه في الأصل اهـ.
قلت: أما رواية محمد فلا يدري هل هي بإسناد، أو بلا إسناد، وأما رواية عبد الملك، فهو واه جاء في التقريب: صدوق ضعيف الحفظ كثير الغلط اهـ. فالخير غير قوي على كل حال.

وتصير أمه أم ولد له لإقراره (وإذا مات المولى عتقت من جميع المال) لحديث سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ أمر بعق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث». ولأن الحاجة إلى الولد أصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين، بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج (ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء) لما روينا،

روينا) أي لأنه ﷺ نفى السعاية عنها حيث قال «وأن لا يسعين» وما قيل «وأن لا يبعن» يدل على عدم وجوب السعاية لأن عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الخ منقوض بالمدير، ثم لم يعرف هذا الحديث، والشيخ جمال الدين الزيلعي بعد ذكره أنه غريب قال: وفي الباب أحاديث، وساق كثيراً مما قدمنا ما ليس فيه زيادة على أنها لا تملك وتعتق بالموت، ولا يخفى أن كلها في غير المقصود، فإن المقصود أنها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك، فإن عتقها لا يستلزم كونها من كل المال كالمدير يعتق بالموت ولا يكون من كله، وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي في كتابه عن سعيد بن المسيب إلا أن جماعة تكلموا في عبد الملك ^(١) قوله: (ولأن الحاجة إلى الولد أصلية) كحاجته إلى الأكل: أي وحاجته إلى أمه مساوية لحاجته إلى الولد ولهذا جاز استيلاؤه جارية ابنه بغير إذنه إذنه لحاجته إلى وجود نسله كما جاز له أكل ماله للحاجة وحاجته الأصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الإرث فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث إذا لم تخرج منه فصار إعتاقها كالدفن والتكفين (بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج) لا من الأصلية، إذ ليس ثم نسب ولد يتبعه أمومة فلا يقدم عتق المدير على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث، فإن لم يسعه سعي في باقي قيمته، ولو كان دين السيد مستغرقاً سعى في كل قيمته على ما سلف قوله: (ولأنها) أي أم الولد (ليست بمال متقوم) عند أبي حنيفة على ما تقدم (حتى لا تضمن بالغصب عنده) يعني إذا ماتت عند الغاصب حثف أنفها. بخلاف المدير إذا مات عند الغاصب فإنه يضمن، وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالإعتاق بأن كانت أم ولد بين اثنين فأعتقها أحدهما لا يضمن لشريكه شيئاً ولا تسعى هي في شيء أيضاً، وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدير، وإنما تضمن بما يضمن به الصبي الحرّ عند أبي حنيفة بأن ذهب بها إلى طريق فيها سباع فأتلقتها،

وإن كان الإقرار في ضمن شيء لم يثبت ذلك الشيء لمصادفة إقرار المولى في محله وهو الملك، وهذا لاحتمال أن يكون الولد ثابت النسب من المولى بعلوق سبق النكاح أو بشبهة بعد النكاح، إلا أن هذا الاحتمال غير معتبر في حق النسب لثبوت النسب من الزوج واستغنائه عن النسب فبقي معتبراً في حق الأم لاحتياجها إلى أن تصير أم ولد. قال: (وإذا مات المولى عتقت من جميع المال) سواء كان زوجها أولاً لما رواه محمد بن الحسن من حديث سعيد بن المسيب «أن النبي ﷺ أمر بعق أمهات الأولاد وأن لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث» ومعنى قوله أمر حكم لا الأمر المصطلح فإنهم يعتقدون بعد الموت كما تقدم وإنما نكر الدين نفياً للسعاية للغرماء والورثة ولا يجعل من الثلث تأكيد لأنه فهم ذلك من قوله وأن لا يبعن في دين، ولأن الحاجة إلى الولد أصلية لأن الإنسان يحتاج إلى إبقاء نسله كما أنه يحتاج إلى إبقاء نفسه، وكل ما كان من الحوائج الأصلية يقدم على حق الورثة والغرماء كالتهيز والتكفين (بخلاف التدبير لأنه وصية بما هو من زوائد الحوائج) قوله: (ولا سعاية عليها) أي على أم الولد (في دين المولى للغرماء لما بينا) أن الحاجة إلى الولد أصلية الخ، وفي بعض النسخ لما روينا يعني من حديث سعيد بن المسيب. ووجه ذلك أنه لما قال «ولا يبعن» دلّ على انتفاء المالية، وإذا عدت مالياتها لم يبق عليها سعاية. وقوله: (ولأنها) يعني أم الولد (ليست بمال متقوم) حتى لو غصبها رجل وماتت عنده لا يضمنها الغاصب عند أبي حنيفة لأن مالياتها غير متقومة عنده وقد تقدم (فلا يتعلق

قوله: (وإنما نكر الدين نفياً للسعاية الخ) أقول: فيه أنه ليس في السعاية بيع فلا يفيد تنكير الدين ما ذكره. نعم لو كان التعبير لا يسعين لثم ما ذكره قوله: (ولا يجعلن من الثلث الخ) أقول: ممنوع فإن المدير لا يباع في دين ويجعل من الثلث.

(١) تقدم في الذي قبله.

ولأنها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص، بخلاف المدبر لأنه مال متقوم (وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية. وقال زفر رحمه الله: تعتق في الحال والسعاية دين عليها، وهذا الخلاف فيما إذا عرض على المولى الإسلام فأبى، فإن أسلم تبقى على حالها. له أن إزالة الذل عنها بعد ما أسلمت واجبة وذلك بالبيع أو الإعتاق وقد تعذر

وأجمعوا أنها تضمن بالقتل لأنه ضمان دم وإذا لم تكن مالاً متقوماً (لا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص) يعني إذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لأصحاب الديون أن يطالبوا من عليه القصاص بدينهم لأن القصاص ليس مالاً متقوماً حتى يأخذوا بمقابلة ما وجب عليه من القصاص مالاً. وقيل معناه إذا قتل المديون شخصاً لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من قتله قصاصاً. وقيل: معناه إذا قتل رجلاً مديوناً وعفا المديون قبل موته صح، وليس لأرباب الديون أن يمنعوه من العفو. وقيل: إذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص شيئاً لأنه ليس حقاً مالياً والأقرب المتبادر الأول قوله: (وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) يعني إذا أسلمت فعرض الإسلام على مولاه فأبى فإنه يخرجها القاضي عن ولايته بأن يقدر قيمتها فينجمها عليها فتصير مكاتباً إلا أنها لا ترد إلى الرق ولو عجزت نفسها، لأنها لو ردت إلى الرق ردت إلى الكتابة لقيام إسلامها وهو الموجب فلا فائدة في إثبات حكم التعجيز، وعلى هذا إذا أسلم مدبر النصراني وتسمية مثل هذا دوراً على التشبيه وإلا فاللزام ليس إلا ما ذكرنا من عدم الفائدة، وهذا بحسب الظاهر أنها لا تقدر إلا كذلك وإلا لو وجدت المال في الحال لم يحتج إلى ذلك وقال زفر: (تعتق للحال) أي لحال إياه مولاه الإسلام (والسعاية دين عليها) تطالب بها وهي حرة، فإن أسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق، بخلاف ما لو أسلم بعده. وقال مالك والظاهرية: تعتق مجاناً. وقال الشافعي وأحمد: يحال بينهما فلا يمكن من الخلوة بها فضلاً عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها إلى أن يموت فتعتق بموته أو يسلم فتحل له. وجد قول زفر: إن النظر ودفع الضرر عن الذمي واجب لذمته وعن المسلم لإسلامه وذلك في إعتاقها بالقيمة له، بخلافه مجاناً كما قال مالك، فإنه إهدار ما يجب له من النظر إذا أمكن. وأما قول الشافعي: ففيه زيادة إضرار به من إيجاب النفقة بلا انتفاع مع إمكان دفعه عنه. قلنا: الأمر لا كما ذكرت غير أن قولنا: أدفع للضرر عنه وعنها، فإنه لا يصل إلى البذل عقيب عتقها لأنها تعتق مفلسة، وربما تتوانى في الاكتساب إذا كان مقصود العتق قد حصل لها قبله فيتضرر الذمي لذلك وتتضرر هي بشغل ذمتها بحق ذمي وربما تموت قبل إيفائها حقه، وقد قال علماؤنا: خصومة الذمي والدابة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم، بخلاف ما إذا وقف عتقها على الأداء فإنه حامل على الإيفاء فكان اعتبارنا أولى إذ كان أنظر للجانبين. وقوله: (ومالية أم الولد الخ) جواب سؤال يرد على أبي حنيفة في قوله: بنفي مالية أم الولد هو أنها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لانتهاء المالية عندك فقال الذمي: يعتق تقوّمها (فترك وما يعتقده) أي مع ما يعتقده. ولأننا أمرنا بذلك فقد أمرنا باعتبارها متقومة في حقه، وقد تقدم أن قيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه، ولو

بها حق الغرماء كالقصاص) فإن من له القصاص إذا مات وهو مديون ليس لأرباب الديون أن يأخذوا من عليه القصاص بدينهم ويستوفوا منه ديونهم بمقابلة ما وجب عليه القصاص من مديونهم لأن القصاص ليس بمال متقوم حتى يأخذوا منه بمقابلته شيئاً متقوماً، وكذا إذا قتل المديون شخصاً لا يقدر الغرماء على منع ولي القصاص من استيفاء القصاص، وكذا إذا قتل رجل مديوناً والمديون قد عفا لا يقدر الغرماء على منع المديون عن العفو (وإذا أسلمت أم ولد النصراني فعليها أن تسعى في قيمتها) وهي ثلث قيمتها قنة على ما تقدم وكلامه واضح. واستشكل القول بالسعاية عليها عند أبي حنيفة مع أن مالية أم الولد غير متقومة عنده، فإن القول بالسعاية قول بالتقوم إذ السعاية بدل ما ذهب من ماليته. قوله: (ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فترك وما يعتقده)

قوله: (وإذا عدت ماليته لم يبق عليها سعاية) أقول: ستقوض بالمدير فإنه لا يباع للحديث ويسمى كما مر.

البيع فتعين الإعتاق. ولنا أن النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لأنه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرّة يداً والضرر عن الذمي لاتبعاتها على الكسب نيلاً لشرف الحرية فيصل الذمي إلى بدل ملكه، أما لو أعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية أم الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده، ولأنها إن لم تكن متقومة فهي محترمة،

سلم أنها ليست متقومة مطلقاً فهي محترمة، وهذا يكفي لإيجاب الضمان، وإن لم يكن المضمون مالا كما في القصاص المشترك بين مستحقين إذا عفا أحد الأولياء المستحقين له يجب المال للباقيين لأنه احتبس نصيبهم عند القاتل بعفو من عفا، وليس نصيبهم حقاً مالياً بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة إزالة ملكه بلا بدل فيتضرر الذمي إلا أن هذا لو تم استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب أم الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام. ووجه أيضاً بأن بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم تدل السعاية على تقوّم أم الولد، وأنت سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند أبي حنيفة بدل ما هو مال فارجع إليه، وأن كونه بدل ما ليس بمال قول محمد قوله: (وإذا مات مولاه النصراني عتقت) وسقطت عنها السعاية (لأنها أم ولد له) قوله: (ومن استولد أمة غيره بنكاح) يعني تزوّج أمة لغيره فولدت له (ثم ملكها صارت أم ولد) بذلك الولد الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحاً فاسداً وهو قول أحمد في رواية وقال الشافعي: (لا تصير أم ولد له) وهو قول مالك، وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطء بشبهة فملكها، ثم عندنا تصير أم ولد له من وقت ملكها لامن وقت العلوق، وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه لأن أمومية الولد عند الملك بالعلوق السابق فيبعد ذلك العلوق كل من ولد لها ثبت له حق الحرية، ونحن نقول: إنما ثبت فيها وصف الأمية بعد الملك وإن كان بأمر متقدم قبله الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الأمومة. ويتفرع على هذا أنه لو ملك ولداً لها من غيره قبل أن يملكها له يبيع عندنا خلافاً له لأنه ليس ابن أم ولد له، بخلاف ما لو ملك ولده منها قبل ملكها فإنه يعتق عليه اتفاقاً. وفي المبسوط: لو طلقها فتزوّجت بآخر فولدت منه ثم اشترى الكل صارت أم ولد له وعتق ولده وولدها من غيره يجوز يبيعه خلافاً لزفر، بخلاف الحادث في ملكه من غيره فإنه في حكم أمه، ولو استولدها بملك اليمين ثم استحققت أو بنكاح على أنها حرّة فظهرت أمة تصير أم ولد له عندنا. وللشافعي فيه قولان: في قول تصير أم ولد له، وفي آخر لا تصير أم ولد له (وهو ولد المغرور) وهو حرّ بالقيمة يوم الخصومة قوله: (له) أي للشافعي (أنها علقت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علقت من الزنا ثم ملكه الزاني، وهذا لأن أمومة الولد باعتبار علوق الولد حرّاً) وإنما قلنا: إن الأمومة باعتبار علوق الولد حرّاً (لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل) وهو حر، فلا بد

جواب عن هذا الإشكال. وقوله: (ولأنها) يعني مالية أم الولد (إن لم تكن متقومة فهي محترمة وهذا) أي كونها محترمة (يكفي لوجوب الضمان) جواب آخر لذلك الإشكال. واعترض عليه بأن الاحترام لو كان كافياً لوجوب الضمان لوجب على غاصب أم الولد. وأجيب بأن مبنى الضمان في الغصب على المماثلة، ولا مماثلة بين ماليتها لانتفاء تقوّمها وبين ما يضمن به من المال

قال المصنف: (وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرّاً) أقول: قال الزيلعي: ولا معتبر بما ذكر من حرية الجنين، لأنه لو أعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته، ولو كان لأجل الاتصال بها لثبت اهـ. وفيه بحث لأن الشافعي يعتبر في أمومية الولد علوق الولد حرّاً وفي إعتاق الجنين علوق رقاً، وكم بين حال الابتداء والبقاء، ثم إن المولى بإعتاقه منفرداً يجعله شخصاً على حدة وأخرجه عن حكم الجزية فغلب جهة الانفصال على جهة الاتصال فليتأمل قال المصنف: (فثبتت الجزية بهذه الواسطة) أقول: قال ابن الهمام: يشكل على تعليلنا ما إذا ادعى نسب ولد أمته التي زوجها من عبده فإن نسبه إنما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولد له. وجوابه أن ثبوت الأمومية لإقراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع فكان دائراً مع ثبوت النسب شرعاً أو اعترافاً اهـ. وفيه بحث لأن ولد الزنا كيف كان لا يثبت نسبه بالاعتراف؟ وجوابه أن ذلك ثبت بالاستحسان على خلاف القياس إذ المراد بالاعتراف وهو الإقرار المصادف محله وهو الملك قال المصنف: (وإذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه) أقول: ولصحة هذه الدعوى شرائط مذكورة في شرح الكنتر للزيلعي.

وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك إذا عفا أحد الأولياء يجب المال للباقيين (ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية) لأنها أم ولد له، ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبه لقيام الموجب (ومن استولد أمة غيره بتكاح ثم ملكها صارت أم ولد له) وقال الشافعي رحمه الله: لا تصير أم ولد له، ولو استولدها بملك يمين ثم استحققت ثم ملكها تصير أم ولد له عندنا، وله فيه قولان وهو ولد المغرور. له أنها علفت برقيق فلا تكون أم ولد له كما إذا علفت من الزنا ثم ملكها الزاني، وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً لأنه جزء الأم في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل. ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد إلى كل

أن تستحق هي الحرية. واعترض من قصر نظره على خصوص المذكور بأن الرق في أم الولد مستمر إلى موت سيدها، والولد علق حراً فقد خالف الجزء الكل، وهذا لأنه جزء منفصل وليس كالم متصل، وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض، وإنما اقتصر المصنف اقتصاراً للعلم ببقية التقرير. وحاصل الوجه المذكور أن جزأها حر ومقتضاها حريتها، إذ لا يخالف الجزء الكل، إلا أن الاتصال بعرضية الانفصال والولد وإن كان جزءاً حالة الاتصال لكنه جعل كشخص على حدة في بعض الأحكام حتى جاز إعتاقه دونها فثبت به حق الحرية عملاً بشبهى الجزئية وعدمها لما تبقى منها في الحال، وهذا المعنى لا يوجد إذا علفت برقيق، وتأيد هذا بقوله: ﴿أَيُّمَا أُمَّةً وَلَدْتَ مِنْ سَيِّدِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ بَعْدَ مَوْتِهِ﴾ وتقدم الحديث فشرط في ثبوت حق العتق أن تلد من سيدها وهذه ولدت من زوجها (ولنا أن سبب الأمومة) في محل الإجماع وهو الأصل (هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل) يعني عند قوله أول الباب ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطيء والموطوءة بسبب الولد (والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كلاً) فثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب، فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فثبت الأمومة (بخلاف الزنا فإنه لا نسب يثبت للولد من الزاني) فلا تصير الأمة التي جاءت بولد من الزنا إذا ملكها الزاني أم ولد له استحساناً، خلافاً لزرع حيث قال: تصير أم ولد له وهو القياس. فإن قيل: فكان ينبغي أن لا يعتق الولد إذا ملكه أبوه من الزنا إذا كان لا يثبت نسبه منه. أجب بقوله: (وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره) أي نظير أم الولد من الزنا حيث لا تعتق عليه لعدم انتسابه إلى أبيه (من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق) عليه لأنه لا ينسب إليه بغير واسطة بل (بواسطة نسبه إلى الوالد) وهي غير ثابتة حتى لو كانت ثابتة عتق كما إذا كان أخاه لأمه فصار الحاصل أن الأمومة تتبع ثبوت النسب عند الملك. والعتق المنجز يتبع حقيقة الجزئية عند الملك أو ثبوت الانتساب إليه بواسطة ثابتة، وقوله ﴿أَيُّمَا أُمَّةً﴾ (١) الحديث، ليس فيه قصر الأمومة على السيد بل إنها تثبت منه غير متعرض لنفيها

المتقوم، وهذا على طريقة تخصيص العلل وقد تقدم الكلام في مثله. وقوله: (كما في القصاص المشترك) يعني إذا كان القصاص مشتركاً بين جماعة وعفا أحدهم يجب المال للباقيين، وإن لم يكن القصاص ملاً متقوماً لكنه حق محترم فجاز أن يكون موجباً للضمان لاحتباس نصيب الآخرين عنده بعفو أحدهم (ولو مات مولاها) وهو النصرائي (عتقت بلا سعاية لأنها أم ولد ولو عجزت في حياته لا ترد قنة، لأنها لو ردت قنة أعيدت مكاتبه لقيام الموجب) وهو إسلامها مع كفر مولاها. وقوله: (ولو استولدها) صورة المسئلة ظاهرة. وتقرير وجه الشافعي هذه علفت برقيق وهو ظاهر: ومن علفت برقيق لا تصير أم ولد لمن علفت منه، لأن أمومية الولد باعتبار علوق الولد حراً لأنه جزء الأم في تلك الحالة: أي في حالة العلوق والجزء لا يخالف الكل. وفي صورة النزاع ليس كذلك لأن الأم رقيقة لمولاها في تلك الحالة: أي في حالة العلوق، فلو اتعلق الولد حراً كان الجزء مخالفاً للكل. وقوله: (كما إذا علفت من الزنا ثم ملكها الزاني) أنها لا تكون أم ولد لكون العلوق ليس من مولاها، قيل في كلامه تسامح لأن قوله هذا يدل على أن علة الاستيلاء كون العلوق من مولاها ولهذا لا يثبت إذا علفت من الزنا. وقوله: (وهذا لأن أمومية الولد باعتبار علوق

(١) تقدم في الجزء السادس وإسناده واه تفرد به حسين الهاشمي.

واحد منهما كملأ وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الوساطة، بخلاف الزنا لأنه لا نسب فيه للولد إلى الزاني، وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة. نظيره من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق لأنه ينسب إليه بواسطة نسبه إلى الولد وهي غير ثابتة (وإذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها) وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب، وإنما لا يضمن قيمة الولد لأنه انعلق حر الأصل لاستناد الملك إلى ما قبل الاستيلاء (وإن وطئ أبو الأب مع بقاء الأب لم يثبت النسب) لأنه لا ولاية للجد حال قيام الأب (ولو كان ميتاً ثبت من الجد كما يثبت من الأب) لظهور ولايته عند فقد الأب، وكفر الأب

عن غيره، فإذا صح تعليله بثبوت نسب ما تأتي به من ثبت من غيره إذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فتثبت بالولادة منه وهذا لأننا نفى المفهوم المخالف، وهم وإن أثبتوه قدموا عليه القياس، فإذا صح قياس الزوج على السيد في ثبوت الأمومة لزم على المذهبين إلا أنه يشكل على تعليلنا ما إذا ادعى نسب ولد أمته التي زوجها من عبده، فإن نسبه إنما يثبت من العبد لا من السيد وتصير أم ولد له. وجوابه أن ثبوت الأمومة لإقراره بثبوت النسب منه وإن لم يصدقه الشرع فكان دائراً مع ثبوت النسب شرعاً أو اعتراضاً. ومما تنتفي فيه الأمومة ما ذكر في الإيضاح: أمة جاءت بولد فادعاه أجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى أو كذبه، فإن ملكه المدعي عتق ولا تصير أمه أم ولد له قوله: (وإذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت أم ولد للأب) سواء كان الابن وطئها أو لا، لأن حرمة الوطء لا تمنع ثبوت النسب كوطء الحائض (وعليه قيمتها) لأنه ملكها قبيل الوطء بالقيمة ليقع الوطء في ملكه (وليس عليه عقرها) لسبق ملكه الوطء (ولا قيمة ولدها) لأنه انعلق حرّاً لتقدم الملك على الأم (وقد ذكرنا المسألة بدلائلها) في باب نكاح الرقيق من (كتاب النكاح) وللشافعي قولان: أحدهما تصير أم ولد ويضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على إثباته الملك حكماً للوطء، إذ لو أثبت سابقاً عليه لم يتجه له إيجاب المهر، والقول الآخر: لا تصير أم ولد ويلزمه المهر لأنه لم يملكها وهو قول أحمد، وعلى هذا تستمر على ملك الابن. ومذهب مالك أنه يملكها بالقيمة بمجرد الوطء حملت أو لا، وإذا كان تملكها لازماً عرف أنه لا يصح دعوة ولد مدبرة ابنه ولا أم ولده إذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما، فإن كان في لفظ الجارية عرف يخرجهما فقد أخرجهما باللفظ وإلا فالحكم المذكور في المسئلة، وشرط صحة هذا الاستيلاء أن تكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق إلى وقت الدعوة، وأن يكون الأب صاحب ولاية من ذلك الوقت إلى الدعوة أيضاً، فلو باع الابن الجارية ثم عادت إليه بشراء أو ردّ وولدت لأقل من ستة أشهر منذ باعها فادعاه الأب لم تصح دعوته إلا أن يصدقه الابن كما إذا ادعى الأجنبي ذلك وصدقه، وكذا دعوة الجد لو كان مكان الأب، وكذا لو كان الأب كافراً ثم أسلم أو عبداً فعتق أو مجنوناً فأفاق فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ باعها فادعاه والإفاقة إلى الدعوة فادعاه لا تصح لعدم الولاية إلا أن يصدقه، أما المعتوه لو ادعاه بعد إفاقة وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر من إفاقة ففي القياس لا تصح لعدم ولايته عند العلوق. وفي الاستحسان تصح لأن العته لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل، ولو كان الأب المدعي مرتداً فهي موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله إن عاد إلى الإسلام صحت وإلا لا. وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لأنه يملكها بالقيمة فكان كالبيع، وهو موقوف عنده خلافاً لهما وكان ينبغي أن توقف عندهما أيضاً لأن تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما أيضاً، لكنهما تضمنتا التصرف في مال نفسه، وفيه لا يتوقف لا سيما في النسب لأنه يحتاط في إثباته فينفذ قوله: (وإن وطئ أبو الأب مع بقاء الأب مسلماً حرّاً عاقلاً لم يثبت النسب منه) لأن شرط الصحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الأب متصفاً بما قلنا، بخلاف ما إذا كان الأب ميتاً أو كافراً أو عبداً أو مجنوناً فإن الجد حينئذ يصح استيلاؤه جارية ابنه لقيام

ورقه بمنزلة موته لأنه قاطع للولاية (وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق إذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين (وصارت أم ولد له) لأن الاستيلاء لا يتجزأ عندهما (وعند أبي حنيفة رحمه الله يصير نصيبه أم ولد له ثم يملك نصيب صاحبه إذ هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاء ويضمن نصف عقرها لأنه وطىء جارية مشتركة، إذ الملك يثبت حكماً للاستيلاء فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هناك يثبت شرطاً للاستيلاء فيتقدمه فصار واطناً ملك نفسه (ولا يغرم قيمة ولدها) لأن النسب يثبت مستنداً إلى وقت العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك (وإن ادعياه معاً ثبت

ولايته في هذه الأحوال، ولو كان الأب مرتداً لم تصح دعوة الجد عندهما لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد. عند أبي حنيفة موقوفة، فإن أسلم الأب لم تصح دعوة الجد، وإن مات على رده أو لحق وقضى بلحاقه صحت، ولو باع ابن الابن الجارية حاملاً ثم استردها فولدت لأقل من ستة أشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الأب قوله: (وإذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه) سواء كان في المرض أو في الصحة، وكذا إذا ادعى أحدهما وأعتق الآخر معاً فالدعوة أولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون إعتاق الآخر وسواء كان المدعي مسلماً أو كافراً لأنه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية ثبت في الباقي، ولفظ «في» يحمل على معنى «من» التي لابتداء الغاية: أي ثبت من نصف الأمة المملوك له ولا يكون للتعليل كقوله: «دخلت

الولد حراً» يدل على أن هذا هو العلة وهو المشهور عنه وذلك مغاير للأول، وهذا فاسد لأن العلة هو علوق الولد حراً عنده ليس إلا، وفي صورة الزنا إنما لم تثبت أمومية الولد لأن الولد انعلق رقيقاً لأن المزني بها في تلك الحالة ملك مولاها (ولنا أن سبب الاستيلاء هو الجزئية الحاصلة بين الوالدين على ما ذكرنا من قبل) أول الباب حيث قال ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطيء والموطوءة، والجزئية إنما تثبت بينهما بنسبة الولد إلى كل منهما كلاً، وقد ثبت النسب بالنكاح فثبتت الجزئية بهذه الوساطة، وإذا ثبتت الجزئية ثبتت أمومية الولد. وقوله: (بخلاف الزنا) جواب عن قوله كما إذا علقت بالزنا لأنه لا نسب فيه: أي في الزنا (للولد إلى الزاني) فلا تثبت الجزئية المعتبرة في الباب وهو الجزئية الحكمية فلا تثبت أمومية الولد. فإن قيل: لما لم يثبت النسب من الزاني فعلا لم يعتق عليه الولد من الزنا إذا ملكه، أجاب بقوله: (وإنما يعتق على الزاني إذا ملكه لأنه جزؤه حقيقة بغير واسطة)، بخلاف أمومية الولد فإنها تثبت بواسطة نسبة الولد والنسبة عن الزاني منقطعة فكان أمومية الولد من الزنا (نظير من اشترى أخاه من الزنا لا يعتق عليه لأنه) أي الأخ (ينسب إليه بواسطة نسبه إلى الوالد وهي غير ثابتة) والمراد بالأخ الأخ لأب، وأما الأخ لأم فإنه يعتق عليه إذا ملكه وإن كان من الزنا لأن النسبة بينهما ثابتة. قوله: (وإذا وطىء جارية ابنه) ظاهر.

وقوله: (وإذا كانت الجارية بين الشريكين) هذه المسألة قد مر ذكرها في أول الباب حيث قال: وكذا إذا كان بعضها مملوكاً، ولكن كان ذكرها هناك من حيث أن الاستيلاء يخرج الأمة إلى حق الحرية قبل الموت وإلى حقيقتها بعده، وذكرها هنا باعتبار ثبوت النسب وبيان ما أريد بعدم تجزي الاستيلاء المذكور هناك وتملك نصيب صاحبه وضمان نصف العقر وغير ذلك مما ذكره فلا يعد تكراراً وكلامه واضح خلا ما ننبه عليه قوله: (فادعاه أحدهما) لا فرق في ذلك بين الصحة والمرض. وقوله: (لأنه لما ثبت النسب منه في نصفه الخ) يرد عليه القلب وهو أن يقال: لما لم يثبت النسب منه في نصيب الشريك لمصادفته ملك غيره لا يثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ إلى آخر ما ذكر في الكتاب. ويجاب عنه بتغليب جانب المثبت للنسب احتياطاً، ألا ترى أنه يسقط الحد عنه بهذا الطريق ويجب العقر، فكذلك يثبت النسب منه بالدعوة. وقوله: (فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه) قال في النهاية: هذا على اختيار بعض المشايخ، وأما الأصح من المذهب فالحكم مع علته يفرقان لما عرف في أصول الفقه. وأقول: يجوز أن يكون مراده بالتعقب التعقب الذاتي دون الزماني، وحينئذ يكونه وارداً على الأصح من المذهب. وقوله: (بخلاف الأب إذا استولد جارية ابنه لأن الملك هناك يثبت شرطاً للاستيلاء فيتقدمه) وهذه التفرقة بين الشريك والوالد من حيث أن ملك الشريك في النصف قائم وقت العلوق، وذلك يكفي في الاستيلاء فيجعل تملك نصيب صاحبه حكماً للاستيلاء فيكون الوطء واقعاً في غير

نسبه منهما) معناه إذا حملت على ملكهما. وقال الشافعي رحمه الله: يرجع إلى قول القافة لأن إثبات النسب من شخصين

امرأة النار في هرة^(١) أي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له، لأن قوله: ثبت في الباقي ينبو عنه. وحاصل المعنى أنه ثبت النسب من نصف الأم فيثبت من كلها لأنه أي النسب لا يتجزأ ثبوته من امرأة، فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها. ولا يقال: سيأتي أنه يثبت من رجلين بالنسبة إلى امرأة واحدة. لأننا نقول: ليس في ذلك تجزئة من امرأة لأن النسب ثبت من كلها لكل منهما لا من بعضها لواحد ومن البعض الآخر للآخر. وإنما لا يتجزأ لأن سببه وهو العلوق لا يتجزأ في امرأة بأن علق الولد من ماء رجلين على قولنا: لأنها إذا عقلت من الأول انسَدَ فم الرحم فلا تعلق من الآخر، وعلى قول غيرنا لا يمتنع، بل واقع على قول بعض مثبتي القيافة على ما سيأتي، فعدم التجزي أن لا يعلق الولد بنصفها قوله: (وصارت أم ولد له) اتفاقاً أما عندهما فلأن الاستيلاء لا يتجزأ كما لا يتجزأ ثبوت النسب فلا يصير نصفها أم ولد له ثم يملك نصيب شريكه بل يصير كلها أم ولد، وعنده يصير نصفها أم ولد له ثم يملك الآخر لأنه قابل للنقل، ولا يمتنع تجزي الأمومة كما امتنع تجزي ثبوت النسب لأن معنى كونها أم ولد هو ثبوت استحقاتها العتق بالموت والعتق يتجزأ عنده بمعنى زوال الملك فجازت أمومة نصفها بمعنى أنه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي أو إعتاقه إلى آخر ما عرف، لكن لما كان النص المفيد لتجزي العتق أوجب أن لا يقر بعضه عتيقاً وبعضه رقيقاً والأمومة شعبة من العتق وجب فيها إذا صار بعضها أم ولد بمعنى استحق بعضها العتق أن يستحق كلها ولا يبقى بعضها رقيقاً وبعضها مستحقاً للعتق.

والحاصل أن الاتفاق على أنه لا يستقر تجزيها في حق الأمومة، بل التجزي في ابتداء ثم يتم الكل عنده وعندهما صارت أم ولد من أول الأمر. ثم لا يخفى أن تعليل تملك نصيب شريكه بأنه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل. يقال: سافر للتجارة والعلم، ولو قيل: لا من الطريق عدّ جنوناً، وكونه أفسد نصيب شريكه بالاستيلاء لا يستلزم تعيين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك، بل الثابت به جواز أن يضمه، وللإنسان ترك حقه، وما هنا لو رضي الشريك بترك تضمينه ويصير نصفها ملكاً له ونصفها أم ولد للآخر، فلو مات المستولد يعتق نصفها ويرق نصفها الآخر أو تسعى له إذ ذاك لا يجوز، فليس الموجب للنقل إلا ما قلنا: من النص الدال على أنه إذا عتق البعض لا يبقى البعض رقيقاً وألحق حق الحرية بحقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها الذي عقلت منه، وكذا نصف العقر، وإنما وجب نصف عقرها على المستولد لأنه وطئ جارية مشتركة لأن الملك في نصف شريكه يثبت حكماً للاستيلاء فيتعقبه، وهو إن كان مقارناً للعلوق لاستناده إليه فهو مسبوق بالوطء، وبابتدائه يثبت المهر فلا يسقط بالإنزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاء بالضرورة على كل حال فيسقط ما أصاب حصته ويضمن حصة شريكه، وما

ملكه وذلك يوجب الحد لكنه سقط بشبهة الشريك فيجب العقر، وأما الأب فلم يكن له ملك في الجارية وقد استولدها فيجعل ملكه فيها شرطاً للاستيلاء في ملكه حملاً لأمره على الصلاح فيكون الوطء في ملكه والوطء فيه لا يوجب العقر. والمراد بالعقر مهر المثل فيكون الشريك ضامناً لنصف مهر مثلها، هكذا في مبسوط شمس الأئمة السرخسي. وفي مبسوط شيخ الإسلام والمحيط: العقر قدر ما تستأجر هذه المرأة لو كان الاستئجار للزنا حلالاً. وقوله: (فلم يتعلق منه شيء على ملك الشريك) لأنه

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٢٣٦٥ و ٣٣١٨ وفي الأدب المفرد ٣٧٩ ومسلم ٢٢٤٢ والدارمي ٢٧١٠ وابن حبان ٥٤٦ والبيهقي ٢١٤/٥ و ١٣/٨ كلهم من حديث ابن عمر: «عُذِّبَت امرأة في هرة ربطتها، فلم تطعمها ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض». ورواية: دخلت. بدل: عُذِّبَت.

وأخرجه البخاري ٣٣١٨ ومسلم ٢٢٤٢ و ٢٦١٩ وابن ماجه ٤٢٥٦ والبخاري في شرح السنة ٤١٨٤ والبيهقي ١٤/٨ وابن حبان بإثر حديث ٥٤٦ وأحمد ٢/٢٦١. ٢٦٩. ٤٥٧. ٤٦٧. ٥٠١ كلهم من حديث أبي هريرة وأخرجه أحمد ٣/٣٣٥ من حديث جابر، وله روايات أخرى فهذا حديث مشهور.

وخشاش الأرض: هو أمها وحشراتنا. الواحدة خشاشة.

مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين متعذر فعملنا بالشبه، وقد سرّ رسول الله ﷺ بقول القائف في أسامة رضي الله

قيل: الأصح أن حكم العلة يقارنها في الخارج لم يختره المصنف، وقد ملأ الكتاب من ذلك، وأوله من باب من يجوز دفع الصدقة إليه في خلافة زفر فيما إذا دفع النصاب إلى الفقير منعه زفر لأن الدفع قارن الغنى، فأجاب بأنه حكم الدفع فيتعقبه فحصل الدفع إلى الفقير، ثم لم يزل يكرره في كل ما هو مثله، ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم في يساره وإعساره لأنه ضمان تملك كالبيع. وعن أبي يوسف: إن كان المدعي معسراً سعت أم الولد لأن منفعة الاستيلاء حصلت لها، وإنما لا يضمن الأب إذا استولد جارية ابنه العقر لأن ملكها يثبت شرطاً للاستيلاء لأنه لا ملك له يكفي لصحة الاستيلاء فيتقدم ليقع الوطء في ملكه. فإن قيل: الملك يثبت ضرورة الاستيلاء وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطء. أجيب بأن الاستيلاء عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب، فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاء، ومنه الوطء فاعتبر مقدماً عليه، ولا يفرم قيمة ولدها لأن النسب ثبت مستنداً إلى وقت العلوق وملكه يثبت من ذلك الوقت أيضاً فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق حرّاً فلا يضمن له شيئاً. واعلم أن مقتضى ما ذكره المصنف من أن الملك في نصف شريكه يثبت حكماً للاستيلاء فيتعقبه أن العلوق قبل ملك نصيب شريكه فيحصل مملوك النصف له ونصفه لشريكه. واستناد النسب إلى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب أن لا يعلق منه شيء على ملكه. لا يقال: يمكن كونه أراد بالاستيلاء في قوله حكماً للاستيلاء الوطء. لأننا نقول: الاستيلاء إما أن يطلق على العلوق، أو على مجموع الوطء مع الإنزال والعلوق، أما مجرد الوطء بلا إنزال فلا. ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حينئذ لأن نقله من ملك الشريك إلى ملك المستولد ضرورة صيرورتها أم ولد له ولا نصير إلا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لأنه بلا موجب. والاعتراض السابق بأن حكم العلة معها في الأصح لا يفيد لأن نقله مع العلوق أيضاً بلا موجب لأنها ما لم تصر أم ولد لم يلزم النقل. فالوجه جعله معقباً للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير ولا ضمان لأنه حينئذ ماء مهين لا قيمة له فلا يضمن، وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لأن الأم حين انتقلت إلى ملك المستولد انتقلت بأجزائها ومن جملتها ذلك الماء، هذا إذا حملت على ملكهما، فإن اشتريها حاملاً فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لأنه لا يمكن استناد الاستيلاء إلى وقت العلوق لأنه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا، لكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كانت دعوته ملك وهي كالإعتاق الموقع إلا أنه يضمن نصيب شريكه في اليسار والإعسار لأنه ضمان تملك كالبيع، ولا عقر لشريكه هنا لأن الوطء لم يوجد في ملك شريكه قوله: (وإن ادعيه معاً ثبت نسبه منهما) وكانت الأمة أم ولد لهما فتخدم كلا منهما يوماً، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للحَيِّ في تركه الميت لرضا كل منهما بعتقها بعد الموت، ولا تسعى للحَيِّ عند أبي حنيفة لعدم تقومها، وعلى قولهما: تسعى في نصف قيمتها له. ولو أعتقها أحدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت، ولا سعاية في قول أبي حنيفة، وعلى قولهما: يضمن إن كان موسراً وتسعى إن كان معسراً، وعلى كل واحد منهما نصف العقر فتلتقها فهاصلاً بما له على الآخر. وفائدة إيجاب العقر مع

كما علق انعلق حرّ الأصل لأن نصفه انعلق على ملكه وأنه يتمتع بثبوت الرق فيه لما ذكرنا من ترجيح طيب النسب (وإن ادعيه معاً ثبت نسبه منهما) قال المصنف: (معناه إذا حملت على ملكهما) وإنما قيد بذلك، لأنه إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحاً ثم اشتراها هو وآخر فهي أم ولد له لأن نصيبه منها صار أم ولد له والاستيلاء لا يتجزأ فيثبت في نصيب شريكه أيضاً وقال الشافعي: (يرجع إلى قول القافة) وهي جمع القائف كالباعة في جمع البائع، وهو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء، من قاف أثره: إذا اتبعه، والقيافة في بني مدلج منهم المجزأ (لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يتخلق من ماءين) أي من ماء فحلين (متعذر، فعملنا بالشبه وقد سرّ رسول الله ﷺ بقول القائف في أسامة) روي أن رسول الله ﷺ دخل على عائشة وأسرير وجهه تبرق من السرور فقال: أما علمت أن مجزأ المدلجي مرّ بأسامة وزيد وهما تحت قطيفة قد غطيا وجوههما وأرجلهما بادية

تعالى عنه. ولنا كتاب عمر رضي الله تعالى عنه إلى شريح في هذه الحادثة: لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو

التقاص به أن أحدهما لو أبرأ أحدهما عن حقه بقي حق الآخر. وأيضاً لو قَوِّم نصيب أحدهما بالدرهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدرهم ويأخذ الذهب ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث أب واحد. فهذه أحكام دعوتها ذكرها القدوري. ومنها أنه للباقي منهما حتى إذا مات أحدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما، وقرق المصنف بينها بوجه كل منهما فقال: وإن ادعياه معاً ثبت نسبة منهما جميعاً، وسيقيده بما إذا لم يكن مع أحدهما مرجح، فلو كان بأن كان الشريكان أباً وابناً فإن النسب يثبت من الأب وحده، وكذا إذا كان أحدهما ذمياً يثبت من المسلم وحده، وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلماً، وقيد ههنا بما إذا حملت على ملكهما وهو أن تلده لتمام ستة أشهر: يعني فصاعداً ولا ستين منذ ملكاها، واحترز به عما إذا كان الحمل على ملك أحدهما نكاحاً ثم اشتراها هو وآخر فولدت لأقل من ستة أشهر من الشراء فادعياه فهي أم ولد الزوج فإن نصيبه صار أم ولد له، والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولا بقاءه عنده فيصيب شريكه أيضاً. وأيضاً ما إذا حملت على ملك أحدهما رقبة فباع نصفها من آخر فولدت: يعني لتمام ستة أشهر من بيع النصف فادعياه يكون الأول أولى لكون العلوق في ملكه، وعما إذا كان الحمل قبل ملك منهما بأن اشتريا أمة فولدت لأقل من ستة أشهر من حين ملكاها أو ولدته قبل ملكهما إياها فاشترىها فادعياه لا تكون أم ولد لهما لأن هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصراً على وقت الدعوة، بخلاف الاستيلاد فإن شرطها كون العلوق في الملك، وتستند الحرية إلى وقت العلوق فيعتق حراً. وقدما في كتاب العتق اختلاف المشايخ فيما إذا قال لعبد: هذا ابني وأمه في ملكه هل تصير أم ولد له أو لا؟ قيل نعم مجهول النسب أو معلومه، وقيل لا فيهما، وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه، فيحمل ذلك على أنه حكما عند جهلنا بحال العلوق، ويقولنا: قال سفيان الثوري وإسحاق بن راهويه، وكان الشافعي يقول في القديم، ورجح عليه أحمد حديث القافة. وقيل: يعمل به إذا فقدت القافة. وقال الشافعي: يرجع إلى قول القائف، فإن لم يوجد قائف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب إلى أيهما شاء، فإن لم ينتسب إلى واحد منهما كان نسبه موقوفاً لا يثبت له نسب من غير أمه. والقائف هو الذي يتبع آثار الآباء في الأبناء وغيرها من الآثار من قاف أثره يقوفه مقلوب قفا أثره مثل راء مقلوب رأي، والقيافة مشهورة في بني مدلج، فإن لم يكن مدلجي فغيره وهو قول أحمد، وقال به مالك في الإمام، وهذا لأن إثبات النسب من شخصين مع علمنا بأن الولد لا يتخلق من ماءين، لأنها كما تعلق من رجل انسد فم الرحم متعذر فعلنا بالشبه، وهذا يفيد أن القافة لو ألحقوه بهما لا يلحق، وهو قول الشافعي، أنه يبطل قولهم إذا ألحقوا بهما، وقد ثبت العمل بالشبه بقول القائف: حيث سار رسول الله ﷺ على ما أخرج الستة في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت «دخل رسول الله ﷺ ذات يوم مسروراً فقال: يا عائشة ألم تري أن مجزراً المدلجي دخل عليّ وعندي أسامة بن زيد وزيد وعليهما قطيفة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: هذه الأقدام بعضها من بعض» (١) وقال أبو داود: وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض (ولنا كتاب عمر رضي الله عنه إلى شريح في هذه الحادثة) ذكر أن شريحاً

فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض ولو كان الحكم بالشبه باطلاً لما جاز إظهار السرور ولوجب عليه الرد والإنكار (ولنا كتاب عمر إلى شريح في هذه الحادثة: لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثانه ويترثهما، وهو للباقي منهما) أي الولد

(١) صحيح. أخرجه البخاري ٣٥٥٥ و ٣٧٣١ و ٦٧٧٠ ومسلم ١٤٥٩ وأبو داود ٢٢٦٨ والترمذي ٢١٢٩ والنسائي ١٨٤/٦ وعبد الرزاق ١٣٨٣٣ و ١٣٨٣٦ وأحمد ٢٢٦/٦ وابن حبان ٤١٠٢ و ٤١٠٣ والدارقطني ٢٤٠/٢ والبيهقي ٢٦٢/١٠. ٢٦٣ من طرق كلهم من حديث عائشة. زاد أبو داود قوله: وكان أسامة أسود وكان زيد أبيض وهذه الرواية عنده برقم ٢٢٦٧.

ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين. وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك، ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه، والنسب وإن كان لا يتجزأ ولكن تتعلق به أحكام متجزئة، فما يقبل التجزئة في حقهما على التجزئة، وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كمالاً كان ليس معه غيره

كتب إلى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعيه فكتب إليه عمر أنهما لبسا فلبس عليهما، ولو بينا لبين لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما^(١). وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير، فحل محل الإجماع، والله أعلم بذلك. قال: (ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق) يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه، والنسب وإن كان لا يتجزأ ولكن يتعلق به أحكام متجزئة كالإرث والتفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فما يقبل التجزي كالإرث وما ذكرنا يثبت في حقهما على التجزئة، وما لا يقبلها كالنسب وولاية الإنكاح يثبت لكل منهما كمالاً كان ليس معه غيره. وأعلم أن المعروف في قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور: حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر رضي الله عنه في امرأة وطئها رجلان في طهر، فقال القائف: قد اشتركا فيه جميعاً فجعله بينهما. وقال الشعبي وعلي يقول: هو ابنهما وهما أبواه يرثهما ويرثانه، ذكره سعيد أيضاً. وروى الأثرم بإسناده عن سعيد بن المسيب في رجلين اشتركا في طهر امرأة فحملت فولدت غلاماً يشبههما، فرفع ذلك إلى عمر فدعا القافة فنظروا فقالوا نراه يشبههما، فالحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه. وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عروة بن الزبير أن رجلين ادعيا ولدأ فدعا عمر القافة واقتدى في ذلك ببصر القافة وألحقه أحد الرجلين. ثم ذكر أيضاً عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال: لما دعا عمر القافة فرأوا شبهه فيهما ورأى عمر مثل ما رأت القافة قال: قد كنت أعلم أن الكلبة تلد لأكلب فيكون كل جزء لأبيه ما كنت أرى أن ماءين يجتمعان في ولد واحد. وأسند عبد الرزاق أيضاً عن معمر عن قتادة قال: رأى القافة وعمر جميعاً شبهه فيهما وشبههما فيه، قال: هو بينكما يرثكما وترثانه، قال: فذكرت ذلك لابن المسيب فقال: نعم هو للآخر منهما، وقول المصنف: وعن علي مثل ذلك يشير إلى ما أخرج الطحاوي في شرح الآثار عن سماك عن مولى آل مخزوم قال: وقع رجلان على جارية في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من أيهما هو، فأتيا علياً فقال: هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منكما^(٢). ورواه عبد الرزاق: أخبرنا سفيان الثوري عن قابوس عن أبي ظبيان عن علي قال: أتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر، فقال الولد بينكما وهو للباقي منكما. وضعفه البيهقي فقال: يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه، وقابوس وهو غير محتج به عن أبي ظبيان عن علي قال: وقد روى علي مرفوعاً خلاف ذلك. ثم أخرج من طريق أبي داود: حدثنا حبش بن أصرم، حدثنا عبد الرزاق، أخبرنا سفيان الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن أرقم قال: أتى علي رضي الله عنه وهو باليمن بثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد، فسأل اثنين أتقرآن لهذا بالولد؟ قال لا، حتى سألهم

يكون للأب الباقي من الأبوين اللذين كانا إذا مات أحدهما حتى يكون كل الميراث للأب الحي دون أن يكون نصفه لورثة الأب الميت. وقوله: (وكان بمحضر من الصحابة) يروم به إبرازه في مبرز المجمع عليه. وقوله: (في سبب الاستحقاق) يعني الملك، وقيل الدعوة. وقوله: (أحكام متجزئة) يريد بها مثل التفقة وولاية التصرف في ماله والحضانة والميراث، فما يقبل التجزئة كالميراث يثبت على التجزئة في حقهما، وما لا يقبلها كثبوت النسب وولاية الإنكاح يثبت في حق كل واحد منهما كمالاً كان ليس

(١) هذا الأثر. أوردته الزيلعي في نصب الراية ٣/ ٢٩١ ونسبه للبيهقي ونقل عن البيهقي قوله: هو منقطع. أي بين الحسن وعمر. وقال: مبارك ابن فضالة ليس بحجة.

قال الزيلعي: ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن قتادة باختصار.

(٢) انظر هذه الآثار في نصب الراية ٣/ ٢٩١. ٢٩٢ وفي سنن البيهقي ١٠/ ٢٦٢. ٢٦٧. والطحاوي ٢/ ٢٩٤.

جميعاً فجعل كلما سأل اثنين قال لا ، فأقرع بينهم فالحق الولد بالذي صارت عليه وجعل عليه ثلثي الدية قال : فذكر ذلك للنبي ﷺ فضحك حتى بدت نواجذه انتهى . واعلم أن أبا داود رواه أيضاً موقوفاً ، وكذا النسائي على علي بن إسماعيل أجود من إسماعيل المرفوع ^(١) ، وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه : فأغرمه ثلثي قيمة الجارية لصاحبيه ، وهو حسن مبين المراد بالدية فيما قبله . وحاصل ما تحصل من هذا أنه ﷺ سرّ بقول القافة ، وإن عمر قضى على وفق قولهم ، وإنه ﷺ لم ينكر إثبات علي النسب بالقرعة . ولا شك أن المعول عليه ما ينسب إلى رسول الله ﷺ وذلك هو سروره بقول القافة ^(٢) . فأجاب المصنف عنه بأن سروره كان لأن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله عنه لما تقدم من حديث أبي داود أنه كان أسود وكان زيد أبيض فكانوا لذلك يطعنون في ثبوت نسبه منه ، وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة فكان قول القائف مقطوعاً لظنهم ، فسروره لا شك أنه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التأذي بنفي نسبه وظهور خطئهم والرد عليهم ، ثم يحتمل مع ذلك كون القيافة حقاً في نفسها فتكون متعلق سروره أيضاً ، أو ليست حقاً فيختص سروره بما قلنا فلزم أن حكمنا بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بأنها حق فيتوقف على ثبوت حقيقتها ولم يثبت بعد . وطعن يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفي النسب . واعلم أنه استدل على صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال ﷺ فيه «إن جاءت به أصيهب أثيب حمش الساقين فهو لزوجها ، وإن جاءت به أورك جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الألبتين فهو للذي رميت به» ^(٣) وهذه هي القيافة ، والحكم بالشبه . وأجاب أصحابنا بأن معرفته ذلك ﷺ من طريق الوحي لا القيافة . وقد يقال الظاهر : عند إرادة تعريفه أن يعرف أنه ابن فلان ، والحق أنه ينقلب عليهم ، لأنه لو كانت القيافة معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما إذا لم يشبه المرمى به أشبه الزوج أولاً لحصول الحكم الشرعي حيثئذ بأنه ليس ابناً للنافي وهو يستلزم الحكم بكذبها في نسب الولد . وأجيب أيضاً بأنه لا يلزم من حقيقة قيافته ﷺ حقيقة قيافة غيره ، وفيه نظر ، فإن القيافة ليس إلا باعتبار أمور ظاهرة يستوي الناس في معرفتها ، ثم إنه ﷺ سرّ بفعل علي رضي الله عنه وهو إلحاقه بالقرعة ، وقد نقل ذلك عن بعض العلماء وطرقه صحيحة كما تقدم ، وهو يستلزم أن القرعة طريق صحيحة لتقريره ﷺ إياه ، بل سرّ به ، فإن الضحك دليله مع عدم الإنكار ، وإذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه ، غير أنه يبقى ما ثبت عن عمر من العمل بقول القافة ، فإنه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروى عنه من قصة شريح لخفائها وعدم تثبيتها وإن كانت قصة مرسل ، فإن سليمان بن يسار عن عمر مرسل ، وكذا عروة عنه ، لكنهما إمامان لا يرويان إلا عن قوي أمين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين ؟ على أن قول سعيد ابن المسيب نعم في إسماعيل عبد الرزاق ربما يكون كالموصول بعمر لأن سعيداً روى عن عمر ^(٤) ، وبالجمله فلا خلاف في ثبوت مثل هذا ، وإذا ثبت عمل عمر بالقيافة لزم أن ذلك الاحتمال في سروره ﷺ وهو كون الحقيقة من متعلقاته ثابت ، والشافعي رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد إلى اثنين يلزمه اعتقاد أن فعل عمر كان عن رأيه لا بقول القافة فيلزمه

(١) المرجع وقفه . أخرجه أبو داود ٢٢٧٠ والنسائي ١٨٢/٦ والبيهقي ٢٦٦/١٠ - ٢٦٧ من طريق عبد الرزاق عن علي بهذا الخبر .

ثم أخرجه أبو داود ٢٢٦٩ والنسائي ١٨٣/٦ والبيهقي ٢٦٧/١٠ من وجه آخر عن الشعبي عن عبد الله بن خليل عن زيد بن أرقم بهذا الخبر .

ثم أخرجه أبو داود ٢٢٧١ والنسائي ١٨٤/٦ والبيهقي ٢٦٧/١٠ كلهم من طريق شعبة عن علي موقوفاً .

وقال أبو داود عقبه : لم يذكر اليمن ولا النبي ﷺ . وقال النسائي عن الموقوف : هذا صواب والله أعلم .

وقال البيهقي : أصبح ما روي في هذا الباب هو هذا . أي الموقوف .

(٢) مراد المصنف خبر المدلجي في زيد بن حارثة وابنه ، وقد تقدم قبل قليل .

(٣) تقدم في باب اللعان .

(٤) تقدمت هذه الآثار قبل قليل .

إلا إذا كان أحد الشريكين أباً للآخر، أو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً لوجود المرجح في حق المسلم وهو الإسلام وفي حق الأب وهو ماله من الحق في نصيب الابن، وسرور النبي ﷺ فيما روى لأن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة رضي الله تعالى عنه، وكان قول القائف مقطوعاً لطعنهم فسّر به (وكانت الأمة أم ولد لهما) لصحة دعوة كل واحد

القول بثبوت النسب من اثنين إذ حل محل الإجماع من الصحابة، وهو ملزوم لأحد الأمرين: إما أن سروره ﷺ لم يكن متعلقاً إلا برد طعنهم أو ثبوت نسخه وبه نقول، إلا أنا لا نقول إنه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات لأن المائين لا يجتمعان في الرحم إلا متعاقبين، فإذا فرض أنه خلق من الأول لم يتصور خلقه من الثاني، بل إنه يزيد في الأول في سمعه قوة وفي بصره وأعضائه. وأما التعليل بأنه ينسذ فم الرحم فقاصر على قولنا إن الحامل لا تحيض، فأما من يقول تحيض لا يمكنه القول بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بأنه في نفس الأمر من ماء أحدهما، ثم كما يثبت نسبه من اثنين يثبت نسبه من ثلاثة وأربعة وخمسة وأكثر. وقال أبو يوسف: لا يثبت من أكثر من اثنين لأن القياس ينفي ثبوته من اثنين، لكنه ترك لأثر عمر. وقال محمد: لا يثبت لأكثر من ثلاثة لقرب الثلاثة من الاثنين. ولأبي حنيفة أن سبب ثبوت النسب من أكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق. فلو تنازع فيه امرأتان قضى به بينهما عند أبي حنيفة، وعندهما لا يقضي للمراتين فلا يلحق إلا بأم واحدة، ولا فرق بين كون الأنصاء متفاوتة أو متساوية في الجارية في دعوى الولد، ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل يزعم أنه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه، فعند أبي حنيفة يقضي به بين الرجلين والمرأتين، وعندهما يقضي به بين الرجلين فقط، فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضي به بينهم، وعندهما يقضي به للرجل لا للمراتين قوله: (إلا إذا كان أحد الشريكين أباً للآخر) استثناء من قوله ومالا يقبلها وعلمت أن النسب يثبت في حق كل منهما كلاً. وفي المبسوط: أمة بين مسلم وذمي ومكاتب ومذبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم أولى لاجتماع الحرية والإسلام فيه مع الملك، فإن لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي أولى لأنه حرّ والمكاتب والعبد وإن كانا مسلمين لكن بيد الولد تحصيل الإسلام دون الحرية ثم المكاتب لأن له حق ملك والولد على شرف الحرية بأداء المكاتب، وإن لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لأنه ليس له لهم ملك ولا شبهة ملك، قيل: ويجب أن يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له أمة، ولا يتعين ذلك بل أن يزوج منها أيضاً ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لأنه أقرب إلى الإسلام وغرم كل لصاحبه نصف العقر قوله: (وكانت الأمة أم ولد لهما لصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها) ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئاً لأنه لم ينتقل إليه من نصيب شريكه شيء قوله: (ويرث الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لأنه أقرب له بميراثه كله) حيث ادعى أنه ابنه وحده وإقراره حجة في حقه (ويرثان منه ميراث أب واحد) لأن دعوى كل منهما الانفراد بالأبوة لا تسري في حق الآخر، وقد استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما إذا أقاما البينة على شيء يصير مشتركاً بينهما، فكذا إذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد

معه غيره. وقوله: (إلا إذا كان أحد الشريكين) استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت في حق كل منهما كلاً. وقوله: (وسرور النبي ﷺ) جواب عن قوله وقد سرّ رسول الله ﷺ. واختلفوا فيما إذا ادعى الولد أكثر من اثنين، فجوّزه أبو حنيفة ونفاه أبو يوسف، وجوّزه محمد إلى الثلاثة. وقال أبو يوسف يثبت على خلاف القياس بقضية عمر فلا يتعداه. وقال محمد: الثلاثة قرينة من اثنين. وقال أبو حنيفة: سبب الجواز الملك والدعوة وقد وجدا. وقوله: (فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها) يعني تخدم كل واحد منهما يوماً كما كانت تفعله قبل هذا لأنه لا تأثير للاستيلاء في إبطال ملك الخدمة، وإذا مات أحدهما عتقت ولا ضمان للشريك في تركه الميت بالاتفاق لوجود الرضا منهما بمعتقهما عند الموت، ولا سعاية عليها في قول أبي حنيفة، وتسعى في نصف قيمتها للشريك الحي عندهما، ولو اعتقها أحدهما في حال حياته عتقت ولا ضمان على المعتق لشريكه ولا سعاية في قول أبي

منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها أم ولد له تبعاً لولدها (وعلى كل واحد منهما نصف المقر قصاصاً بما له على الآخر، ويورث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل) لأنه أقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه (ويورثان منه ميراث أب واحد) لاستوائهما في النسب كما إذا أقاما البينة (وإذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإن صدقة

الجامع قوله: (وإذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإن صدقة المكاتب يثبت نسب الولد منه) وإن كذب لا يثبت نسب الولد، لكن إذا ملكه يوماً من الدهر فحيث يثبت نسبه منه لما سيذكر (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوته غير مفتقر إلى تصديقه، وقوله وهذا قول سائر العلماء اعتباراً بالأب يدعي ولد جارية ابنه بجامع أن الموطوءة كسب كسب المدعي، أو بطريق أولى لأن للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتضى لحقيقة ملك كسبه وإن لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك، وليس للوالد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق التملك بماله عند الحاجة وحق الملك أقوى من حق التملك، فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الأب بمجرد دعوته من غير افتقار إلى تصديقه فالثبوت من المولى أولى (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين جارية الابن وجارية المكاتب (أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه) بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له حق تملكه (والأب يملك تملكه) لحاجته على ما عرف (فلا معتبر بتصديقه) وهذا بخلاف الوارث يستولد أمة من تركه مستغرة بالدين يصح بلا تصديق أحد لأنه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما يشاء من التركة بإعطاء قيمته فليس أحد أحق منه ليحتاج إلى تصديقه، بخلاف البائع يدعي ولد المبيعة بعد البيع يصح لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع. وههنا إن حصل العلوق في ملك المولى لرقبة المكاتب لكن لم يحصل في ملكه للجارية ملكاً خالصاً. واعتراض بأنه لا معنى لاشتراط التصديق لأنه إذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر، بل غايته أنه اعترف له أنه وطئ الجارية فيقتضي أن لا يثبت النسب إذ لم يرتفع به المانع من ثبوته، ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه وطئها لا يثبت نسبه إذا كان مكذباً له مع أن الثابت بالبينة أقوى من التصديق فظهر ضعف اشتراط التصديق. وقد يجاب بأن هذا الحجر لحق آدمي لكونه هو أحق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو أحق به منه إلا أن يصدقه لجواز أن يكذبه بأن يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه، بخلاف ما إذا أقام بينة على الوطء فإن تكذيبه قائم، واختبار التصديق ليس لاستعلام الوطء قطعاً بل تقديماً للأحق على غيره، بخلاف أحد الشريكين إذا استلحق فإنه لا يتوقف على تصديق الآخر لأنه ليس أحدهما أحق من الآخر قوله: (وعليه عقرها) للمكاتب (لأنه) أي لأن وطئه المدلول عليه بقوله فإذا وطئ المولى لا يتقدمه الملك لأن ماله من الحق: أي

حنيفة، وعندهما يضمن المعتق نصف قيمتها أم ولد لشريكه إن كان موسراً، وتسعى في نصف قيمتها إن كان معسراً (وعلى كل واحد منهما نصف المقر قصاصاً بما له على الآخر) بفتح اللام: أي بالذي له. وقوله: (كما إذا أقاما البينة) يعني إذا أقاما البينة على شيء يكون ذلك الشيء مشتركاً بينهما على السواء فكذلك هنا. وإذا أقاما البينة على ابن مجهول النسب كان الحكم هكذا فكذا ههنا، ومن وطئ جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فإما أن يصدقه المكاتب أولاً، فإن صدقه ثبت النسب ولا تصير الجارية أم ولد للمولى، وإن كذب فلا يثبت النسب أيضاً (وعن أبي يوسف أنه لا يعتبر تصديقه بل يثبت) نسبه منه بمجرد دعوة المولى النسب كما في الأب. والجامع بينهما أن جارية المكاتب كسب كسب المولى، وجارية الابن كسب كسب الأب (ووجه الظاهر وهو الفرق) بين استيلاء جارية الابن حيث يثبت فيه النسب بغير تصديق وجارية المكاتب حيث يشترط فيها التصديق أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه بحجره على نفسه، ولهذا لا يملك كسب المكاتب عند الحاجة والدعوة تصرف فلا يملكها المولى إلا بتصديقه، والأب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه فلا معتبر بتصديقه، وإنما لا تصير الجارية أم ولد إذا صدقه المكاتب لأن حق الملك ثابت له في كسبه، وذلك كاف لإثبات نسب الولد؛ ألا ترى أنه بعجزه يتقلب حقيقة ملك فلا حاجة به إلى

قوله: (أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه بحجره على نفسه) أقول: ضمير بحجره وضمير لنفسه راجعان إلى المولى.

المكاتب ثبت نسب الولد منه) وعن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه لا يعتبر تصديقه اعتباراً بالأب يدعي ولد جارية ابنه. ووجه الظاهر وهو الفرق أن المولى لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه حتى لا يملكه والأب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن. قال: (وعليه عقراها) لأنه لا يتقدمه الملك لأن ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاء لما ذكره.

حق الملك كاف لصحة الاستيلاء لما ذكره: يعني من قوله: عقيه أنه كسب كسبه، بخلاف الأب فإنه ليس له حق ملك في الجارية فيتقدم ملكه إياها لتصحيح الاستيلاء فلا يجب العقر^(١) لأنه وطئ أمة نفسه، وإذا وجب لنفس المكاتبه العقر إذا وطئها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلأن يجب بوطء أمتهأ أولى، وأبعد شارح فقال: أي لما ذكره في كتاب المكاتب من أنه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع أن مجرد حق في ذمة سيد أمة لا يصحح استيلاء صاحب الدين فلقد تناوله من مكان بعيد وهو أقرب إليه من حبل الوريد قوله: (وقيمة ولدها) عطف على عقراها: أي وعليه قيمة الولد (لأنه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلاً وهو أنه) أي الجارية بتأويل الشخص (كسب كسبه فلم يرض برقه) حيث اعتمد دليلاً يوجب حرته (فيكون حراً بالقيمة ثابت النسب منه) كما أن المغرور بشراء أمة استولدها فاستحقت اعتمد دليلاً هو البيع فجعل عذراً في حرية الولد بالقيمة إلا أن قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد، وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة. والفرق أن العلق هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه بحق ملكه لملكها إلا أنه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه، فإذا جاء التصديق صحت الدعوى وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في أقرب أوقات الإمكان، وأما المغرور فضمناه قيمة الولد لأنه أمانة حبسها عن صاحبها تقديراً فتعتبر القيمة يوم الحبس، وتحقق هذا الحبس والمنع إنما يكون يوم الخصومة فيعتبر يومها (ثم لا نصير الجارية أم ولد لأنه لا ملك له فيها حقيقة كما في أم ولد المغرور) المبيعة المستحقة لا تكون أم ولد له، ولا تناقض بين قوله: لا نصير أم ولد وبين قوله إن ماله من الحق يكفي لصحة الاستيلاء لأن المراد من الاستيلاء استلحاق الولد كما قررناه أول الباب وصحته بثبوت نسب الولد منه، وأما ثبوت أمومية الولد للأم فإنما هو لازم في بعض الصور وهو أكثرها دون بعض وليس عيناً ليلزم نفي ما أثبت، ثم إذا ملك هذه الجارية يوماً من الدهر صارت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب قوله: (وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى لما بينا) أي من لا يملك التصرف في أكساب مكاتبه (فلو ملكه) أي لو ملك الولد (يوماً) من الدهر (ثبت نسبه منه) وكان والداً له (لقيام الموجب) وهو إقراره بالاستيلاء وزوال المانع وهو حق المكاتب.

التملك، وليس للأب في مال الولد ملك ولا حق ملك، ولا يمكن إثبات النسب منه إلا باعتبار تملك الجارية فيثبت الملك سابقاً ووقع الوطاء في ملكه وولدت منه فكانت أم ولد له. وقوله: (وعليه عقراها) أي على المولى عقر جارية المكاتب لأن الملك لا يتقدم الوطاء لأن ماله من حق الملك كاف لصحة الاستيلاء فكان الوطاء واقعاً في غير الملك وهو يستلزم الحد أو العقر وقد سقط الأول بالشبهة فتعين الثاني. وقوله: (لما ذكره) أي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب، قيل في كلام المصنف نظر لأنه قال ماله من الحق كاف لصحة الاستيلاء، والمفهوم منه ثبوت استيلاء جارية المكاتب والمنصوص في الكتب عن أصحابنا أن الاستيلاء لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا بعد خطين بقوله ولا نصير الجارية أم ولد له: أي للمولى، فإذا لم نصّر الجارية أم ولد له فمن أين يصح الاستيلاء. والجواب أن دلالة لفظ الاستيلاء على طلب نسب الولد أقوى من دلالة على كونها أم ولد فكان المراد بقوله لصحة الاستيلاء لصحة نسب الولد بدلالة ما بعده فإن المصنف أجلّ قدراً من أن يقع بين كلاميه في سطرين

قوله: (والأب يملك تملك مال ابنه لأنه لم يحجر على نفسه) أقول: ضمير لأنه وضمير نفسه راجعان إلى الأب قال المصنف: (لما ذكره) أقول: أي نذكر الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب، كذا قاله الشارح أكمل الدين. وقال ابن الهمام: بل المراد به قوله عقي هذا إنه كسب كسبه، بخلاف الأب فإنه ليس له حق ملك في الجارية فيقدم ملكه عليها لتصحيح الاستيلاء فلا يجب العقر.

(١) العُقْرُ: يضم العين صدق المرأة إذا أنيت بشبهة.

قال: (وقيمة ولدها) لأنه في معنى المغرور حيث أنه اعتمد دليلاً وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرّاً بالقيمة ثابت النسب منه (ولا تصير الجارية أم ولد له) لأنه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور (وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت) لما بينا أنه لا بد من تصديقه (فلو ملكه يوماً ثبت نسبه منه) لقيام الموجب وزوال حق المكاتب إذ هو المانع، والله تعالى أعلم بالصواب.

[فروع] رجل فجر بأمة فولدت ثم اشتراها لاتصير أم ولد له استحساناً، وإن اشترى الولد عتق الولد عليه. وفي «المحيط»: يجوز إعتاق أم الولد وكتابتها لتعجيل الحرية، وكذا تدبيرها لأنه يجتمع لها سبباً حرية، وفي غيرها^(١) لا يصح تدبيرها لأنه لا يفيد. وفي جوامع الفقه: استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال ولا تسعى في دين. وفي الكافي: أمة بين رجلين قالوا: في صحتهما هي أم ولد أحدهما ثم مات أحدهما يؤمر الحي بالبيان دون الورثة لأنه يخبر عن نفسه والورثة تخبر بفعل غيرهم، فإن قال الحي هي أم ولدي فهي أم ولده ويضمن نصف قيمتها ولا يضمن من العقر شيئاً لأنه لما أقر بوطئها بعد ملكها فلعله استولدها بنكاح قبل، ولو قال: هي أم ولد الميت عتقت صدقته الورثة أو كذبت لأنه إن صدق فهي حرة، وإن كذب فكذلك لإقراره بعقدها بموته، ولا سعاية للحي لأنه يدعي الضمان على الميت، وكذا للورثة لأنهم يدعون عليه الضمان إن كذبه في إقراره، وإن صدقوه فقد أفرأوا بعدم السعاية، والله الموفق.

تناقض. وقوله: (وقيمة ولدها) معطوف على قوله عقرها. وقوله: (وهو أنه) قيل أي الولد: يعني أن الولد حصل له (من كسب كسبه) فإن المكاتب كسبه، وجارية المكاتب كسب كسبه، وفيه نوع تكلف، ويجوز أن يكون أنه: أي الجارية كسب كسبه، وذكر الضمير نظراً إلى الخبر وهو كسب، الضمير في رقه يعود إلى الولد. قيل في قوله كما في ولد المغرور نظر، وحق الكلام كما في المغرور بدون ذكر الولد على معنى أن الجارية لا تصير أم ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما أن الجارية لا تصير أم ولد للمغرور لعدم الملك فيها. والجواب أن قوله كما في ولد المغرور متعلق بقوله فيكون حرّاً بالقيمة ثابت النسب منه وحينئذ لا بد من ذكر الولد وعلى تقدير أن يكون متعلقاً بقوله ولا تصير الجارية أم ولد لأنه لا ملك له فيها حقيقة، فتقديره كما في أم ولد المغرور. وقوله: (وإن كذبه) معطوف على قوله فإن صدقه المكاتب. وقوله: (ولو ملكه) يعني ولد الجارية الذي ادعاء وكذبه المكاتب (يوماً) من الدهر (ثبت نسبه منه لقيام الموجب) وهو الإقرار بالاستيلاء (وزوال المانع) وهو حق المكاتب. قال في المبسوط: وإذا ملك المولى الجارية: أي في صورة التصديق يوماً من الدهر صارت أم ولد له لأنه ملكها وله منها ولد ثابت النسب، وإن كذبه المكاتب ثم ملكه يوماً ثبت نسبه منه لأن حق الملك له في المحل كان مثبتاً للنسب منه عند صحة الدعوة: إلا أن بمعارضة المكاتب إياه بالكذب امتنع صحة دعوته، وقد زالت هذه المعارضة حين ملكه، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المآب.

قال المصنف: (وهو أنه كسب كسبه) أقول: الضمير راجع إلى الجارية بتأويل الشخص أو باعتبار الخبر قوله: (فتقديره كما في أم ولد المغرور) أقول: على تقدير المضاف وإرادة المعنى اللغوي في أم الولد.

(١) قوله: (وفي غيرها الخ) بهامش نسخة العلامة البحراري، كذا في النسخ الحاضرة. ولعله في غيره: أي غير المحيط لا يصح تدبيرها: أي تدبير أم الولد، والله أعلم اه كنهه مصححه.