

كتاب المكاتب

قال: (وإذا كانت المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً) أما الجواز فلقوله

كتاب المكاتب

قال صاحب النهاية: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق اهـ أقول: إن قوله: وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق مستدرك بل مختل، لأنه يرد عليه أن يقال: إن وقع الاحتراز بهذا الذي ذكره عن غير تلك الأشياء الثلاثة أيضاً، فما معنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر؟ وإن لم يقع الاحتراز به عن غيرها فما فائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط، إذ ينتقض حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الأغيار. وبعبارة أخرى أنه إن وجب الإطراد في وجوه المناسبات بين

كتاب المكاتب

قال في النهاية: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة، ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق: يعني أن قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض. وقوله بطريق الأصالة خرج به النكاح والطلاق والعناق على مال، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة. وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العناق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً، وليس كذلك لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض. والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره، وهو أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات، وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم. والكتابة عقد بين المولى وعبده بلفظ الكتابة وما يؤدي معناه من كل وجه، فقلوه عقد يخرج تعليق العتق على مال، فإن المراد ما يحتاج إلى إيجاب وقبول، وذلك غير مشروط في التعليق، فإن التعليق يتم بالمولى، كذا في النهاية. وأما الإعتاق على مال فإنه وإن كان عقداً لاحتياجه إلى الإيجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه، والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب بالعجز يعود رقيقاً دون العتق على مال. وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقذور. وشرطها قيام الرق في المحل وكون المسمى مالاً معلوماً قدره وجنسه. وحكمها من جانب العبد انشكاك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبوت الحرية إذا أدى بدل الكتابة، وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال إن كانت حالة، والملك في البدل إذا قبضه. وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبده كاتبك على مائة دينار إذا قال قبلت كان ذلك كتابة، ولو قال جعلت عليك ألفاً تؤديها إليّ نجوماً أول نجم كذا وآخره كذا، فإذا أدبتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق كان كتابة. قال: (وإذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) إذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الألفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتباً. أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى ﴿فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الأمر للوجوب أو لغيره. ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أو مندوب أو مباح تعرض لذلك بقوله: وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع الفقهاء، وأشار بذلك إلى نفي قول من

كتاب المكاتب

قال الدميري في شرح المنهاج: الكتابة تعليق عتق بصفة تضمنت معارضة منجمة، ولفظها إسلامي لا يعرف في الجاهلية. قيل وأول من كوتب عبد لعمر رضي الله عنه يقال له أبو أمية قوله: (وذكر في بعض الشروح) أقول: يعني غاية البيان قوله: (ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي الخ) أقول: عبارة الإقناني، ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العناق، ولأن الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً انتهى. وبهذا يظهر لك تصرف الشارح في عبارته وتغييره إلى

تعالى ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء، وإنما هو أمر ندب هو

كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيلزم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه، فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الأشياء الثلاثة بالذكر وإن لم يجب الاطراد فيها، بل كفى تحقق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضاً أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز بما ذكره وفيما نحن في عن تلك الأشياء الثلاثة، سيما إذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة. والتحقيق أن المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتاب هو الاطراد، وأن الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ها هنا ليس بمتحقق في غير ما نحن فيه أصلاً كما يظهر بالتأمل الصادق فكان مطرداً، فلا وجه لتخصيص تلك الأشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجه. ثم إن صاحب العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المواد منه حيث قال: قال في النهاية: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق: يعني أن قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض. وقوله: بطريق الأصالة خرج به النكاح والطلاق والعناق على مال، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة، إلى هنا لفظ العناية. أقول: في كل واحد من نقله وبيانه اختلال. أما في نقله فلأن الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ النهاية، وقد ضمها في النقل إلى البيع والطلاق والعناق. وأما في بيانه فلأنه قيد الهبة في البيان بشرط العوض وأطلقها في أثناء النقل، ولا شك أن قوله: بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الإطلاق، إذ الهبة بلا شرط عوض لا مقابلة فيها أصلاً فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض فلا وجه للتقيد في البيان. وأيضاً لم يكن النكاح مذكوراً في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها، وقد تعرض في البيان لخروج النكاح أيضاً بقوله: بطريق الأصالة، ولا يخفى ما فيه. وأيضاً كان الطلاق والعناق مطلقيين في المنقول، وقد قيد ما في البيان بكونهما على مال وجعلهما خارجين بقوله: بطريق الأصالة، ولم يذكر خروج الطلاق والعناق بغير مال بشيء من القيد مع أنهما يخرجان بقيد المقابلة في قوله: بمقابلة ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل. وقال صاحب غاية البيان: إن ذكر المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب، ولهذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العناق لأن الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً انتهى. ونقله صاحب العناية فزيه حيث قال: وذكر في بعض الشروح أن ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب، ولهذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العناق لأن الكتابة مآلها الولاء والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً، وليس كذلك لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض، والكتابة ليست كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره، وهو

يقول إذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيراً وجب عليه أن يكاتبه لأن الأمر للوجوب. وقال: إنما هو أمر ندب هو الصحيح احترازاً عما قال بعض مشايخنا إن الأمر للإباحة كقوله تعالى ﴿وَإِذَا حُلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ وقوله ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ مذكور على وفاق العادة، فإنها جرت على أن المولى إنما يكاتب عبده إذا علم فيه خيراً. وقال: ففي الحمل على الإباحة إلغاء للشرط بيان لكونه للندب. وتقريره أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط لأنها ثابتة بدونه بالاتفاق، وكلام الله تعالى منزه عن ذلك، وفي الحمل على الندب إعمال له لأن التدبيرة معلقة به وذلك لأن المراد بالخير المذكور على ما قال

ما لا يرضاه صاحبه، فإن ذكره الولاء لبيان مناسبه للعناق لا لبيان مناسبة المكاتب للعناق. وقوله والكتابة ليست كذلك إن أراد أنها لا إخراج فيه فهو كالمكابرة، ألا يرى أنه إخراج اليد حلاً والرقبة مآلاً، وإن أراد أنها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضاً، وكيف والعتق على مال باب من أبوابه، وقوله لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتأمل.

الصحيح، وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه، أما النديبة معلقة به، والمراد بالخير المذكور

أنسب للإجارة لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات، إلى هنا لفظ العناية: أقول: في نقله خطأ، لأن المذكور في كلام صاحب الغاية لأن الكتابة مآلها العتق، وقد قال صاحب العناية: في النقل لأن الكتابة مآلها الولاء، وبينهما بون، ولا يخفى أن مقصود صاحب العناية بقوله: لأن الكتابة مآلها العتق بيان المناسبة بين العتاق والكتابة، ويقول: والولاء حكم من أحكام العتق أيضاً بيان المناسبة بين العتاق والولاء أيضاً، وكأن صاحب العناية حسب مجموع الكلامين بياناً للمناسبة بين العتاق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر. ثم إن بعض الفضلاء بعد ما تنبه لما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزيفه أيضاً فقال: وقوله والكتابة ليست كذلك إن أراد به أنها لا إخراج فيه فهو كالمكابرة، ألا يرى أنه إخراج اليد حالاً والرقبة مآلاً، وإن أراد به أنها ليست بلا عوض فمسلم ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضاً وكيف والعتق على مال باب من أبوابه. وقوله: لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل، إلى هنا كلامه. أقول: يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية أن العتق إخراج الرقبة عن الملك حال بلا شرط عوض، والكتابة ليست كذلك: أي ليس فيها إخراج الرقبة عن الملك حالاً وليست بلا شرط عوض بل هي بشرط عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شقي تردده. أما سقوط ما ذكره في شقه الأول فلأنه لا شك في أن ليس في الكتابة إخراج الرقبة عن الملك حالاً وإن وجد فيها مطلق الإخراج. وأما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلأن الكلام في الأنسبية لا في مجرد المناسبة فلا تمشية لقوله ولا تمس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزاء مفهومه. ثم إنه لما كان مراد صاحب العناية بقوله: بلا عوض بلا شرط عوض لا بشرط لا عوض كما نبهنا عليه من قبل لم يفد قول ذلك القائل، مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم، لأن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد، وإنما يلزم ذلك أن لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض، وأما إذا كان المراد به بلا شرط عوض فيعم ما بشرط العوض أيضاً، إذ قد تقرر في موضعه أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء، ومن بشرط لا شيء فيصير المعتبر في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لأن عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه كما عرف. ثم إن مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله: لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم، وبالعروضيات ما هو الخارج عنه. إذ قد تقرر في موضعه أن الذاتيات في الأمور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلاً فيها، والعروضيات ما اعتبره خارجاً عنها، بخلاف حقائق النفس الأمرية، ففي الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند أهل الشرع، وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها، وإنما هو مآلها الحاصل عند أداء كل البدل، وكذا الولاء أمر خارج عنه فإنه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالإجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للإجارة من العتق. ثم إن كثيراً من الشراح قالوا: وقدم الإجارة لشبهها بالبيع من حيث التمليك والشرائط فكان أنسب بالتقديم. ثم أقول: هذا أمر عجيب منهم، فإن مجرد شبهها من بعض الحيثيات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الحيثيات وغيرها، فكيف يجعلها هنا وجهاً لتقديمها على الكتابة، وهل تقبله الفطرة السليمة. والحق عندي أن وجه تقديم الإجارة هو المناسبة الكائنة بينها وبين ما ذكر قبلها المبينة في صدر كتاب الإجازات فإن تلك المناسبات لما اقتضت ذكر الإجارة عقيب ما ذكر

بعضهم أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه، وإن فعل صح فيجب حمله على النذب. وأما اشتراط القبول من العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق إلا بأداء كل البدل وهو قول جمهور الفقهاء لقوله

على ما قيل أن لا يضرّ بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضرّ بهم فالأفضل أن لا يكتابه وإن كان يصح لو فعله. وأما

قبيلها وهو الهبة اقتضت أيضاً بالضرورة تقديم الإجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب. ثم إن صاحب العناية قال: الكتابة عقد بين المولى وعبد بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه اهـ. أقول: هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه، فإن من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم أن العقد الجاري بين المولى وعبد بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ماذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الأول كما لا يخفى. ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق أن صاحب النهاية لما قال: وأما الكتابة شرعاً فإنها عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يجيء على أداء العبد مالا معلوماً لمقابلة عتق يحصل له عند أدائه اهـ. حسب صاحب العناية أن تعريف الكتابة شرعاً قد انتهى عند قوله: أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه، وليس الأمر كما حسبه فإن قول صاحب النهاية: على أداء العبد مالا معلوماً الخ من تمام التعريف متعلق بقوله: عقد بين المولى والعبد بيان للمعقود عليه والمعقود به فيحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعاً كما ترى، ثم إن الأظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في الكافي والكفاية بأن يقال: الكتابة التحرير يداً في الحال ورقبة عند أداء المال، وما ذكر في الوقاية وغيرها بأن يقال: الكتابة إعتاق المملوك يداً حالاً ورقبة مالا فليتبصر قوله: (وهذا ليس أمر إيجاب بإجماع بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب إكفاية: خص الفقهاء، لأن عند أصحاب الظواهر كداود الأصفهاني ومن تابعه أن هذا أمر إيجاب، حتى إذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيراً وجب عليه أن يكتابه اهـ. أقول: بقي إشكال، وهو أن صاحب الكشاف قال في تفسير هذه الآية: وهذا الأمر للندب عند عامة العلماء. وعن الحسن: ليس ذاك بعزم إن شاء كاتب وإن شاء لم يكتب. وعن عمر رضي الله عنه: هي عزمة من عزمات الله. وعن ابن سيرين مثله، وهو مذهب داود اهـ. فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا الأمر ليس للإيجاب بإجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من أجله الصحابة المعروفين بالفقه والرواية، وابن سيرين رحمه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين، وعن هذا قالوا: جالس الحسن أو ابن سيرين، فقول عمر وابن سيرين بالوجوب ينافي ادعاء الإجماع بين الفقهاء في أن ليس هذا الأمر للإيجاب، اللهم إلا أن يقال: إن ما ذكر في الكشاف إنما يدل على أن الوجوب في هذا الأمر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لا أنه مذهبهما المقرر، وكلام المصنف بناء على ما كان مذهباً مقررّاً بين الفقهاء فتأمل. وقال صاحب معراج الدراية: وبقوله بإجماع الفقهاء يحتز عن قول داود ومن تابعه وعمرو بن دينار وعطاء، ورواية صاحب التقريب من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد، فإنهم قالوا: تجب الكتابة إذا سأل العبد إذا كان ذا أمانة وذا كسب، إذ الأمر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اهـ كلامه. أقول: فيه نظر، فإن كثيراً من هؤلاء فقهاء سيما الشافعي وأحمد، فكيف يتم الاحتراز بقوله: بإجماع الفقهاء عن قولهم بالإيجاب في هذا الأمر، وقولهم: بذلك ينافي ادعاء إجماع الفقهاء على عدم الإيجاب في هذا الأمر فأنى يصح الاحتراز به عنه، اللهم إلا أن يكون مدار الاحتراز على عدم

﴿أبما عبد كوتب على مائة دينار فأذاها إلا عشرة دنائير فهو عبد﴾ وقال عليه الصلاة والسلام «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» وفيه: أي في وقت عتق المكاتب اختلاف الصحابة رضي الله عنهم، فعند علي رضي الله عنه يعتق بقدر ما أدى، وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق كما أخذ الصحيفة من مولاه: يعني بنفس العقد، لأن الصحيفة عند ذلك تكتب، وعند ابن مسعود رضي الله عنه يعتق إذا أدى قيمة نفسه، وعند زيد بن ثابت رضي الله عنه بما ذكرنا وهو المختار، ويعتق إذا أدى جميع بدل الكتابة، وإن يقل المولى إذا أدبها فأنت حر. وقال الشافعي رضي الله عنه: لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك

قوله: (وتقريره أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط) أقول: فيه أن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا مع أن الشارح ذكر له ذكر على وفق العادة قوله: (وذلك لأن المراد بالخير المذكور على ما قال بمضغهم الخ) أقول: فيه بحث، فإنه على هذا التقرير لا يلزم إلغاء

اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا يد من التزامه ولا يعتق إلا بأداء كل البذل لقوله عليه الصلاة والسلام «أيما عبد كوتب على مائة دينار فأذاها إلا عشرة دنائير فهو عبده»^(١) وقال عليه الصلاة والسلام «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم»^(٢) وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم، وما اخترناه قول زيد بن ثابت رضي الله عنه، ويعتق بأدائه وإن لم

تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قوله بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتماد برواة القول بذلك فتأمل قوله: (وإنما هو أمر ندب هو الصحيح) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا: إن الأمر للإباحة لا للندب كما في قوله تعالى «وإذا حللتم فاصطادوا» [المائدة ٢] وقوله تعالى «إن علمتم فيهم خيراً» [النور ٣٣] مذكور على وفاق العادة، فإنها جرت على أن الولي إنما يكتب عبده إذا علم فيه خيراً، كذا في الشروح. أقول: بهذا وبما مر آنفاً من قول بعض العلماء: يكون الأمر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الإمام الزاهدي في شرح مختصر القدوري في المقام حيث قال: وإنه للندب بإجماع الأمة انتهى. إذ قد علم منهما أن كون الأمر للندب في «فكاتبوهم» [النور ٣٣] ليس مما وقع عليه إجماع الأمة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول: بأنه للندب كما هو مذهب أكثر العلماء قوله: (وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه) تقريره أن في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط وهو قوله «إن علمتم فيهم خيراً» [النور ٣٣] لأن الإباحة ثابتة بدونه بالاتفاق، وكلام الله منزّه عن ذلك، كذا في العناية وغيرها. واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه: إن مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اهـ. أقول: هذا ساقط، لأن معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه، لا أن ليس في ذكره فائدة أصلاً، فإن هذا لا يليق بكلام البشر فضلاً عن كلام خالق القوى والقدر. نعم يرد على ذلك منع أن في الحمل

إذا أذيتني إني فأنت حرّ، لأن الكتابة ضم نجم إلى نجم، فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفاً على أن تؤديها إني في كل شهر كذا لم يعتق، فكذا هذا. ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح به وموجه ها هنا ضم حرية اليد الحاصل في الحال إلى حرية الرقبة عند أداء البذل فيثبت وإن لم يصرح به كما في البيع فإنه يثبت الملك به وإن لم يصرح بكونه موجه. ولا يجب حط شيء من البذل اعتباراً بالبيع. وقال الشافعي: يستحق عليه حط ربع البذل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى «وآتوهم من مال الله الذي آتاكم» فإن الأمر المطلق للوجوب. والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جداً، لأنه

الشرط لو حمل على الإباحة، فإنه إذا لم يعلم فيه خير يكون ترك الكتابة مندوباً لا مباحاً كما لا يخفى قوله: (وعند ابن عباس رضي الله عنهما يعتق، إلى قوله: تكتب) أقول: فيه تأمل قول: (ولنا أن موجب العقد يثبت من غير تصريح بالخ) أقول: قال في الحواشي الجلالية نقلاً من المبسوط: فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعاً إلى تفسير الكتابة. فعندنا تفسيرها شرعاً ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند

(١) أحسن. أخرجه أبو داود ٣٩٢٦، ٣٩٢٧، والترمذي ١٢٦٠ والنسائي في الكبرى ٥٠٢٦ وابن ماجه ٢٥١٩ والبيهقي ٣٢٤، ١٠ وأحمد ١٧٨، ٢، ١٨٤، ٢٠٦، ٢٠٩ كلهم من حديث عمر بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً. وفي بعض الروايات «من كاتب عبده...» قال الترمذي: حسن غريب اهـ.

وقال البوصيري: في إسناده حجاج بن أرطاة، وهو مدلس اهـ وأخرجه مطولاً النسائي في الكبرى ٥٠٢٧ وابن حبان ٤٣٢١ كلاهما من حديث عبد الله بن عمرو. وصدره «يا رسول الله إنا نسمع منك أحاديثاً، فتأذن لنا أن نكتبها؟» قال: نعم. فكان أول ما كتب كان النبي ﷺ إلى أهل مكة: «لا يجوز شرطان في بيع...» وفي إسناده عطاء. قال الزيلعي في نصب الراية ١٤٣، ٤: قال عبد الحق في أحكامه: وعطاء هذا هو الخراساني، ولم يسمع من عبد الله بن عمر وشيئاً وقال النسائي: هذا حديث منكر، وهو عندي خطأ اهـ.

فالحديث بمجموع طرقه يرقى إلى درجة الحسن والله أعلم.

(٢) أحسن. أخرجه أبو داود ٣٩٢٦ والبيهقي ٣٢٤، ١٠ كلاهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وأخرجه ابن عدي في الكامل ٢٥٢، ٣ من حديث أم سلمة وفي إسناده المسيب بن شريك، وسليمان بن أرقم. قال ابن عدي: البلاء من المسيب فإنه أشتر من سليمان وقال يحيى بن عدي: سليمان ليس بشيء. وقال السعدي عنه: ساقط اهـ ابن عدي.

ورود موقوفاً على ابن عمر أخرجه مالك في الموطأ ٧٨٧، ٢ قلت: المعتمد في هذا حديث عمرو بن شعيب وهو من نوع الحسن للاختلاف المشهور فيه. وحديث أم سلمة شاهد فقط.

يقول المولى إذا أديتها فأنت حرّ لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع، ولا يجب حط شيء من البذل اعتباراً بالبيع. قال: (ويجوز أن يشترط المال حالاً ويجوز مؤجلاً ومنجماً) وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز

على الإباحة إلغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي إخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالإباحة على ما ذكر في عامة الشروح قوله: (والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضمر بالمسلمين بعد العتق، فإن كان يضمر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه وإن كان يصح لو فعله) أقول: لقائل أن يقول: فعلى هذا لا يكون في الحمل على الإباحة إلغاء الشرط، لأن عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكروهاً لا مباحاً، إذ قد تقرر في علم الأصول أن المباح ما استوى طرفاً فعله وتركه، وأن المكروه ما كان طرف تركه أولى، وإذا كان الأفضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن لا يكاتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة إذ ذاك مكروهاً لا مباحاً فينافي قوله فيما قبل وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط إذ هو مباح بدونه فليتأمل قوله: (لقلوله عليه الصلاة والسلام «أيما عبد كوتب على مائة دينار فأذاها إلا عشرة دنائير فهو عبد»^(١) الخ) قال تاج الشريعة: فإن قلت: اختلاف الصحابة في المسألة وتكلمهم فيها بالرأي يدل على زيادة الحديث كما عرف، ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال «ابنخوا في أموال اليتامى خيراً كي لا يأكلها الزكاة»^(٢) في إيجاب الزكاة في مال الصبي

قال «من مال الله» وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات، فكأن الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة، والمأمور به الإتياء وهو الإعطاء، والحط لا يسمى إعطاءً، والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين، فحمله على حط ريع بدل الكتابة عمل بلا دليل، ولو سلم فالمراد به التذب كالذي في قوله فكاتبوهم. لا يقال: القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم، لأننا لم نجعل القرآن موجباً بل نقول: الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب، وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك. قال: (ويجوز أن يشترط المال حالاً) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالاً ومؤجلاً غير منجم ومنجماً عندنا وقال الشافعي: (لا بد من نجمين لأنه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) لخروجه من يد مولاه مفلساً ولم يكن قبل العقد أهلاً لملك المال، والعاجز عن التسليم لا بد له من أجل يقدر به على تسليم اليد. فإن قيل: المسلم إليه عاجز عن التسليم لأنه لو قدر عليه لما رضي بأخس البدلين فلا بد له من أجل.

الأداء فكأنه قال: أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند الأداء، ولو كان نص على هذا لكان يعتق عند الأداء كذا هنا. وعند الشافعي تفسيرها شرعاً ضم نجم إلى نجم لا ضم حرية إلى حرية انتهى. لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف قوله: (والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جداً) أقول: الأنسب لسياق كلامه أن يقول: لا دلالة في الآية على ذلك قوله: (وقوله «فكاتبوهم» قرينة لذلك) أقول: فيه تأمل، فإن كون قرينة مانعة للحمل على الوجوب غير مسلم.

(١) هو المتقدم قبل الحديث.

(٢) حسن لشواهده. أخرجه الدارقطني ١١٠،٢ من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: «احفظوا اليتامى في أموالهم لا تأكلها الزكاة» وفي إسناده عبيد بن إسحاق الطعّار قال عنه في الميزان: قال البخاري: له مناكير. وقال الأزدي: متروك اه وفي إسناده أيضاً مندل وهو ضعيف كما في التريب.

وأخرجه البيهقي ١٠٧،٤ من حديث يوسف بن ماهك من طريق الشافعي.

قال البيهقي: هذا مرسل إلا أن الشافعي أكد بما روي عن الصحابة في الزكاة اه.

وله شاهد أخرجه الطبراني في الأوسط كما في المجموع ٦٧،٣ من حديث أنس بلفظ: «أتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة».

قال الهيثمي إسناده صحيح اه.

أخرجه البيهقي أيضاً موقوفاً على عمر، وقال: هذا إسناده صحيح، وله شواهد عن عمر رضي الله عنه اه.

هذا وللحديث شواهد ترمي به إلى درجة الحسن والله أعلم. قلت: حديث أنس قال عنه الهيثمي: أخبرني سيدي وشيخي أن إسناده صحيح اه وشيخه هو العراقي فالحديث بهذه الطرق حسن.

حالا ولا بد من نجمين، لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق، بخلاف السلم على أصله

بأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في هذه المسألة ولم يحتج أحد منهم بهذا الحديث. قلت: جاز أنه ما بلغ إليهم انتهى كلامه. أقول: في الجواب بحث، لأنه مشترك الإلزام، إذ يجري في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال: جاز أن لم يبلغ إليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسألة وتكلمهم فيها بالرأي على زيادة حديث قط مع أنه خلاف ما عرف. والأظهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسألة بالرأي، ويقال: يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك، كما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «إذا أصاب المكاتب ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه»^(١) وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «يؤدي المكاتب بحصة ما أدى دية حر، وبما بقي دية عبد»^(٢) كما ذكر في بعض الكتب، والذي يدل على زيادة الحديث إنما هو اختلافهم بالرأي، لأن استعمال الرأي في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الأصول قوله: (ويعتق بأدائه وإن لم يقل المولى إذا أدبته فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع) وعند الشافعي: لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك إن أدبته إلي فأنت حر. قال كثير من الشراح: وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع إلى تفسير الكتابة، فعندنا تفسيرها شرعاً ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة عند الأداء، فكأنه قال: أوجبت حرية اليد في الحال وحرية الرقبة عند أداء المال، ولو نص على هذا عتق عند الأداء، كذا هذا. وعند الشافعي: تفسير هاضم نجم إلى نجم، ولو نص عليه بأن قال: ضربت عليك ألفاً على أن تؤديها إلي كل شهر كذا لم يعتق، كذا هذا انتهى كلامهم. وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشي الجلالية منقولاً فيها عن المبسوط: لا يخفى عليك أن ما ذكر من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى. أقول: تنصيب المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته ها هنا، بل لا يبعد أن يدعي تنصيبه على خلافه بعد صحيفة حيث قال: أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم انتهى. ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسيراً للكتابة، لأن موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس

أجاب بقوله: (بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك قبل العقد لكونه حراً فكان احتمال القدرة ثابتاً، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت) ولقائل أن يقول: احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت، لأن المسلمين مأمورون بإعانتهم، والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات، وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت. ولنا قوله تعالى ﴿فَكَاتِبُهُمْ﴾ من غير شرط التنجيم، ولأنه عقد معاوضة وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به ووجود المعقود عليه لا بد منه لأنه بأنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتاع من لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معقود عليه لا محالة فأشبه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البذل، والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط فأشبه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا، وكذا ذكرناه في التقرير مستوفى، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذ العبد وما يملكه لمولاه، فالظاهر من مولاه أن يمهله، فإن لم يمهله وطلبه بالأداء وامتنع عنه يردّ رقيقاً بالتراضي أو بقضاء القاضي (بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة) فليس الإمهال فيه

(١) حسن. أخرجه أبو داود ٤٥٨٢ والترمذي ١٢٥٩ والنسائي في الكبرى ٧٢٦٦ والدارقطني ١٢١،٤ والبيهقي ٣٢٥،١٠ كلهم من حديث ابن عباس قال الترمذي: حديث حسن اهـ.

ولفظه: «إذا أصاب المكاتب حذاً، أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه».

ورجاله ثقات كلهم مسهرون، وهو متصل.

(٢) جيد. أخرجه الترمذي بإثر حديث ١٢٥٩ والنسائي ٤٦،٨ وفي الكبرى ٥٠١٩ والبيهقي ٣٢٥،١٠ والدارقطني ١٢٢،٤ كلهم من حديث ابن عباس.

ولفظ النسائي في الصغرى: «المكاتب يعتق بقدر...» رجاله ثقات كلهم بل هو على شرط مسلم.

لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتاً، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت. ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم، ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه، بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه، ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهل المولى ظاهراً، بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الأداء يرذ إلى الرق. قال: (وتجوز كتابة العبد

بعزيز كما هو حال الرسوم عامة. ولئن سلم ذلك أيضاً فيجوز أن يكون معنى قولهم راجع إلى تفسير الكتابة راجع إلى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف، ومنها قوله تعالى ﴿وجاء ربك﴾ [الفجر ٢٢] أي أمر ربك، وقوله تعالى ﴿واسأل القرية﴾ [يوسف ٨٢] أي أهل القرية، إلى غير ذلك فلا معنى لردة كلام الثقات بما هو وهم محض قوله: (ولا يجب حط شيء من البدل اعتباراً بالبيع) وقال الشافعي: يستحق عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ [النور ٣٣] فإن الأمر المطلق للوجوب. والجواب أن دلالة الآية على ذلك ممنوعة لأنه قال ﴿من مال الله﴾ [النور ٣٣] وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات، فكأن الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة، والمأمور به الإيتاء وهو الإعطاء، والحط لا يسمى إعطاء، والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين، فحملة على حط ربع بدل الكتابة عمل بلا دليل، ولو سلم فالمزاد به الندب كالذي في قوله فكاتبوهم لا يقال: القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم، لأننا لم نجعل القرآن موجباً نقول: الأمر المطلق على قرينة غير الوجوب للوجوب، وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك. كذا في العناية. أقول: فيه نظر، لأن قوله تعالى ﴿فكاتبوهم﴾ لا يصلح أن يكون قرينة لكون الأمر في قوله ﴿وآتوهم﴾ لغير الوجوب بدون ملاحظة إيجاب القرآن في نظم القرآن في الحكم، إذ لا دلالة في مجرد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضاً لذلك حتى يجعل كون الأمر في قوله بعد ﴿فكاتبوهم﴾ للندب قرينة لكون الأمر في ﴿وآتوهم﴾ أيضاً لذلك قوله: (بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتاً، وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت) قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت، لأن المسلمين مأمورين بإعائته، والطرق

ظاهراً، ويجوز حالاً (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة) لتحقق الركن منه وهو (الإيجاب والقبول، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف في حقه) ولا عجز بالنسبة إلى المنافع (وخالفتنا الشافعي فيه، وهو) أي هذا الخلاف منه (بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة) فإنه لا يجوز لأنه ليس من أهل التصرف فلا يصح الإذن له. وعندنا هو من أهل التصرف إذا عقل العقد، ونقصان رأيه ينجز برأي المولى والتصرف نافع فيصح الإذن (بخلاف ما إذا كان لا يعقل العقد، لأن القبول لا يتحقق منه والعقد لا يتعقد بدونه، حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع) قوله: (ومن قال لعبد جعلت عليك ألفاً تؤديها إلي نجوماً أول نجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر) لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها، فإن المجموع المذكور مفيد لذلك، فإن قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها إلي نجوماً يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة. فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تتمتع جهة الكتابة ما لم يقل فإذا أديت فأنت حر. وأما قوله وإن عجزت فأنت رقيق ليس بلازم، وإنما ذكره لحث العبد على أداء المال عند النجوم، والكتابة بدونه صحيحة. ولو قال إذا أديت إلي ألفاً كل شهر مائة فأنت حر اختلفت الرواية. في رواية أبي سليمان هو مكاتبه لأن التنجيم يدل على الوجوب لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال، ولا يجب المال إلا بالكتابة لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً إلا في الكتابة. وفي نسخة أبي حفص: قيل أي في روايته لا تكون مكاتبه قال فخر الإسلام: وهو الأصح اعتباراً بما لو قال: إذا أديت إلي ألفاً في هذا الشهر فأنت حر، فإنه لا يكون كتابة، والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيراً لها لأنه يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه، ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيراً فلا يكون كتابة. قال: (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) وإذا صحت الكتابة بخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه (أما الخروج

الصغير إذا كان يعقل الشراء والبيع) لتحقق الإيجاب والقبول، إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه. والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة، وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد، حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع. قال: (ومن قال لعبده: جعلت عليك ألفاً تؤديها إليّ نجوماً أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أدبتها فأنت حرّ وإن عجزت فأنت رقيق فإن هذه مكاتبه) لأنه أتى بتفسير الكتابة، ولو قال: إذا أدبت إليّ ألفاً كل شهر مائة فأنت حرّ فهذه مكاتبه في رواية أبي سليمان، لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة. وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكاتبه اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة. قال: (وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) أما الخروج من يده لتحقيق معنى

متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات، وقد دل الإقدام على العقد عليها فتثبت انتهى، واقتضى أثره الشارح العيني. أقول: هذا السؤال ليس بوارد، لأنه إن أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذلك قطعاً، إذ لا أهلية فيه للملك قبل العقد قط، فأني يثبت له احتمال القدرة على المال قبله، فإن أريد به أن احتمال القدرة عقيب العقد أثبت في حقه فهو مسلم، ولكن لا يجدي نفعاً لأن مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على أصله إنما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعائد قبل العقد في السلم لكون العائد فيه أهلاً للملك قبل العقد، بخلاف الكتابة فإن العائد فيها ليس بأهل للملك قط قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البذل له قبل العقد، وهذا أمر ضروري لا مجال لإنكاره، فلا وجه للمناقشة فيه كما فعله الشارحان المزبوران. والحق في الجواب عما قاله الشافعي: ها هنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال: سلمنا أن العقد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئاً من الأموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للملك قبله، ولكن ثبوت الملك والقدرة عليه حال العقد إنما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به، ألا يرى أن المفلس لو اشترى أموالاً عظيمة يصح شراؤه وإن لم يكن هو مالكاً لشيء من الثمن وبدل الكتابة معقود به فلا يلزم أن يكون العبد مالكاً له حال عقد الكتابة، بخلاف المسلم فيه فإنه معقود عليه، وقد أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال: ولأنه عقد معاوضة والبذل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه، بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اه تدبر قوله: (أما الخروج من يده فلتتحقيق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: أما الخروج من يده فلتتحقيق

من يده فلتتحقيق معنى الكتابة) لغة (وهو الضم فيضم مالكية يده) الحاصلة في الحال (إلى مالكية نفسه) التي تحصل عند الأداء. فإن قيل: ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرش، ولو وطئ العكاتبه لزمه العقر فيتحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البذل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر) طويلاً كان أو غيره (نهاء المولى عنده أولاً) لأن مقصود المولى وهو أداء البذل قد لا يتحقق إلا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روي) من قوله ﷺ «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» (ولأنه عقد معاوضة) كما مر (ومبناه على المساواة ويتعذر ذلك) أي المساواة باعتبار التساوي (إن تنجز العتق ويتحقق إن تأخر لأنه يثبت بها للمكاتب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فيثبت في فتمه حق من وجه) وهو أصل البذل وإنما كان حقاً من وجه لضعفه فإنه ثابت في الذمة مع المنافي، إذ المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولهذا لا تصح به الكفالة ولو ثبت العتق ناجزاً كما قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مرّ فانت المساواة. لا يقال:

قوله: (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء جائزة لتحقيق الركن منه) أقول: فيه بحث، ثم الظاهر أن يقال فيها بدل قوله منه قوله: (لبيان ما يفيد الخ) أقول: ناظر لقوله قوله ومن قال لعبده الخ قوله: (لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول: يعني في المال الواجب وأشار بقوله ذلك إلى التيسير قوله: (والتنجيم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول: والتنجيم في العبد يوجد في الضريبة وفيه تأمل.

الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاء المولى، وأما عدم الخروج عن ملكه فلما رويناه، ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة، وينعدم ذلك بتنجز العتق ويتحقق بتأخره لأنه يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه (فإن عتقه عتق بعته) لأنه مالك لرقبته (وسقط عنه بدل الكتابة) لأنه ما التزمه إلا مقابل حصول العتق به وقد حصل دونه. قال: (وإذا وطىء المولى مكاتبته لزمه العقر) لأنها صارت أخص بأجزائها توسلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه، ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان (وإن جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وإن أثلف مالا لها غرم) لأن المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها، إذ لو لم يجعل كذلك لأثلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد، والله أعلم بالصواب.

معنى الكتابة لغة وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء. وقال: فإن قيل: ضم الشيء إلى الشيء يقتضي وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم؟ أجيب بأن مالكية النفس قبل الأداء ثابتة من وجه، ولهذا لو جنى عليه المولى وجب عليه الأرض، وإن وطىء المكاتبته لزمه العقر فيتحقق الضم، انتهى كلامه. أقول: فيه خلل، لأن هذا الجواب ينافي قوله فيما قبل إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الأداء، لأن مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم وإليه موجودين في الحال، ومدلول ما قاله: أولاً أن يكون المضموم إليه حاصلاً عند الأداء لا في الحال، وإلا يلزم أن يكون قوله: التي تحصل عند الأداء لغواً محضاً كما لا يخفى. ثم إن بعض الفضلاء بعد أن تنبه لما قلنا قال ولا يخفى عليك أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا، بل يجوز أن يقال: الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم انتهى. أقول: ليس هذا بسديد، إذ لو كفى تحقق الضم حين مالكية النفس لبطل كلام المصنف وهو قوله: أما الخروج من يده فلتحقيق معنى الكتابة وهو الضم، فإن تحقق الضم حين مالكية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال، بل يتيسر بالخروج من يده حين مالكية النفس التي تحصل عند الأداء على ما مر، ومبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير إلى تحقيق معنى الضم في الحال.

المساواة فائتة على ذلك التقدير أيضاً لأن نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأين المساواة، لأن نوع مالكيته أيضاً ضعيف لبطلانه بعوده رقيقاً (فإن نجز المولى عتقه عتق بعته) لا بالكتابة المتقدمة (لأنه مالك لرقبته) فيجوز له إتلاف ملكه (وسقط عنه بدل الكتابة) لحصول ما يقابله مجاناً (وإذا وطىء المولى مكاتبته لزمه العقر لاختصاصه بأجزائها توسلاً إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه) أي على الوصول إلى البدل من جانبه (ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان) قابليها الشرع بالأعيان، قال الله تعالى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ والزم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة، ولو كان الوطء لأخذ المنفعة ليقدر بقدر الاستعمال وليس كذلك فإنه يلزم بإيلاج واحد (وإن جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله: (لما بينا) إشارة إلى قوله لأنها صارت أخص بأجزائها.

قوله: (أجيب بأن مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول: فيه بحث، وما أسرع ما نسي قوله التي تحصل عند الأداء. ولا يخفى عليك أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا، بل يجوز أن يقال: الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم ثم وجوب الأرض ولزوم العقر لمالكية اليد لا لمالكية النفس قوله: (وينعدم ذلك أي المساواة الخ) أقول: فإن قيل: إذا أدى المكاتب بعض البدل يملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شيء للمكاتب فينتفي التساوي. قلنا: بل يحصل له تأكيد المالكية ولهذا لا يبقى محلاً للتكفير كما سبق في باب الكفارة قال المصنف: (وإذا وطىء المولى مكاتبته لزم العقر) أقول: قال صاحب التسهيل: ولو شرط وطأها في العقد لا يضمن العقر انتهى. وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله ما يخالفه.

فصل في الكتابة الفاسدة

قال: (وإذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلاً فيفسد العقد. وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرًا وجنسًا ووصفًا فتفاحت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة، ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة. قال: (فإن أدى الخمر عتق) وقال زفر: لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه، لأن البدل هو

فصل في الكتابة الفاسدة

آخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لانحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة قوله: (أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم) عبر عن مسألتي الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالأول دون الأولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكأنما صاراً مسألة واحدة، وإلا فهما مسألتان مستقلتان في الحقيقة كمسألة الكتابة على قيمة العبد، وقد أومأ إلى هذه النكتة في بسط نفس المسائل أيضاً حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى، ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال: وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة الخ مع أنه في الحقيقة مسألة ثالثة بلا ريب قوله: (وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضاً لأنه هو البدل معنى) قال صاحب النهاية: وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة، فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن انتهى. وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية: قلت صحيح إن كان الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه، وأما إذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى. وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعاً قلت: سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم، والشارح ما جعلوا الألف واللام في القيمة إلا بدلاً عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى. أقول: ما قاله الشارح العيني ليس بشيء. أما أولاً فلأن ظاهر الرواية إنما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه، والمروى عن أبي يوسف ها هنا

فصل في الكتابة الفاسدة

وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد. قال: (وإذا كاتب المسلم عبده) جمع ها هنا أموراً يفسد عقد الكتابة بها ذكر بعضها أصالة وبعضها استشهاده. وإذا كاتب المسلم عبده (على خمر أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم (فالكتابة فاسدة، أما الخمر والخنزير فلأنهما ليسا بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقهما فكان عقداً بلا بدل وهو فاسد، وأما قيمة العبد فلأنها مجهولة جهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف) وكذلك الثوب والدابة. وأما الدم والميتة فلما ذكرنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما نذكره. وإذا عرف ذلك (فإن أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له إن أديت إلي فانت حر أو لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة وقال زفر: (لا يعتق إلا بأداء قيمة نفسه، لأن البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة) كما في البيع الفاسد وقع في بعض نسخ الهداية إلا بأداء قيمة الخمر، قبل وهو مخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء عين الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضاً) قبل أي بأداء قيمة نفسه (لأنه البدل معنى) قال في النهاية: وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة، فهلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن. قلت: صحيح إن كان الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه، وأما إذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر

فصل في الكتابة الفاسدة

قوله: (وأما إذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول: ونظيره ما سيحيي رواية عن أبي يوسف فيما إذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز في رواية عنه، أجاز ذلك صاحب المال أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها

القيمة. وعن أبي يوسف رحمه الله: أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة، ويعتق بأداء القيمة أيضاً لأنه هو البدل معنى. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أدبتها فأنت حرّ لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة، وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية. ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه، وموجبه العتق عند أداء عوض المشروط. وأما الميتة فليست بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه (وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته) لأنه وجب عليه ردّ رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب ردّ قيمته

بكلمة عن عليّ تقدير أن يجعل الألف واللام في القيمة بدلاً عن الخمر إنما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر، وهذا غير ظاهر الرواية قطعاً، إذ لا يلزم من اشتراك الروايتين في أحد الجزئين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى. فقوله: سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلاً عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض. وأما ثانياً فلأن صاحب غاية البيان من الشراح جعل الألف واللام في القيمة بدلاً عن الخمر حيث قال في شرح المقام: وأبو يوسف قال: إن كل واحد من عين الخمر وقيمتها بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق إذا أدى أيهما كان انتهى. وأشار إلى ذلك صاحب العناية بقوله: وأما إذا كان بدلاً عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقول العيني والشراح: ما جعلوا الألف واللام في القيمة إلا بدلاً عن نفسه إن أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح وإلا فليس بمفيد قوله: (وهذا لأن المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لأن المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء، والعبد رضي بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً، فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى

الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أدبتها فأنت حرّ لأنه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق به العتق وصار كما إذا كاتب كتابة على ميتة أو دم) فإنه لا يعتق بتسليم عينها إلا إذا قال إن أدبت إلني فأنت حرّ، (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والميتة (أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه، وموجبه العتق عند أداء البدل المشروط، بخلاف الميتة فإنها ليست بمال أصلاً فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه، وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسعى في قيمته لأنه وجب عليه ردّ رقبته لفساد العقد، وقد تعذر الردّ بالعتق فيجب ردّ قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع، و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت، وهذا) أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لأن المولى ما رضي بالنقصان) سواء كان في المسمى أو في القيمة لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان، لأن بعدم الإخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء (والعبد رضي بالزيادة) سواء كانت في القيمة أو في المسمى (كي لا يبطل

يجب تسليم قيمته كما في النكاح، ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان. قال في المجموع: ويحكم به لأدائها عنها أو قيمتها انتهى ابن فرشته: أي قيمة عين الخمر انتهى قوله ويحكم به: أي ويحكم أبو يوسف به: أي بالعتق قال المصنف: (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول: قال صدر الشريعة: هذه مسألة مبتدأة لا تعلق لها بمسألة الخمر والخنزير، ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة إذا كانت من جنس المسمى، فإن كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى، وإن كانت زائدة زيدت عليه. ووضع المسألة في المبسوط فيما إذا كاتب عبده بألف على أن يخدمه أيداً فالكتابة فاسدة فتجب القيمة، فإن كانت ناقصة عن الألف لا ينقص، وإن كانت زائدة زيدت عليه انتهى. ولا يخفى عليك أن ما ذكره من أنه لا تعلق لها بمسألة الخمر والخنزير مخالف لما في شروح الهداية قوله:

كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع. قال: (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد، وهذا لأن المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً فتجب قيمته بالغة ما بلغت، وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لأنه هو البديل،

عن العقد فيفوت له إدراك شرف الحرية، انتهى كلامه. أقول: هذا الشرح غير مطابق للمشروح وغير تام في نفسه: أما الأول فلأن الظاهر أن كلمة هذا في قول المصنف، وهذا إشارة إلى مضمون قوله: ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه، والمعنى وهذا: أي ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه، لأن المولى ما رضي بالنقصان عن المسمى والعبد رضي بالزيادة عليه كي لا يبطل حقه في العتق بالكلية فحيث يتنظم الدليل والمدعي بلا كلفة أصلاً، ويرشد إليه تحرير صاحب الكافي حيث قال: ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لأن المكاتب رضي بالمسمى وزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً، والمولى ما رضي بالنقصان عنه اهـ. وأما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا إشارة إلى وجوب القيمة بالغة ما بلغت فيحتمل كلام المصنف، لأنه إما أن يكون المراد بالنقصان في قوله: لأن المولى ما رضي بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله: فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خالياً عن التعليل والبيان بالكلية مع أنه مطلب مقصود بالبيان ها هنا كما لا يخفى، أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم أن لا يطابق الدليل المدعي وأن لا يفيد، إذ لا يستدعي عدم رضا المولى بالنقص عن المسمى إلا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغة ما بلغت، لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعاً كما يفصح عنه قول الشارح المزبور، لأن المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة، فيرد عليه أن يقال: إن عدم رضا بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغة ما بلغت فما معنى تعميم النقصان ها هنا للنقصان عن المسمى، فلعل الشارح المزبور إنما اغترّ بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغة ما بلغت، ولكنه تفريع على قوله: والعبد رضي بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضاً. وأما الثاني: أي أنه غير تام في نفسه فلأن قوله: لأن المولى ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع، كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعاً سواء كان ناقصاً عن القيمة أم لا، فما يخالف رضاه إنما هو النقصان عن المسمى لا

حقه في العتق أصلاً فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به إدراك شرف الحرية، ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلاً بعدم الرضا بالزيادة، لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه (وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لأنه هو البديل، وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة) لاستحقاق المسلم تسلمه، ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف. قيل: تعرف بأحد أمرين: إما أن يتصادقا على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدي قيمته بتصادقهما لأن الحق فيما بينهما لا يعدوهما فصار كضمان الغصب والبيع الفاسد. وإما بتقويم المقومين، فإن اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك

(وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول: لا يخفى عليك أن قوله لأن المولى ما رضي بالنقصان لا يلائم هذا التفسير، والظاهر أنه إشارة إلى قوله ولا ينقص عن المسمى، ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تفريع على قوله والعبد رضي الخ قوله: (لأنه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ) أقول: في دلالة على عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل، وقوله فلا يرضى بالنقصان إن أراد عن المسمى فمسلم لكن مدعاه عام، وإن أراد عن القيمة أو الأعم فممنوع ولا دلالة عليه في قوله لأن بعدم الإخراج الخ قوله: (فإنه إن لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به إدراك شرف الحرية) أقول: كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى إذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة، فلو لم يرض بالزيادة أي بما يوجبها وهو العقد الفاسد يمتنع المولى عنه فيفوت إدراك شرف الحرية فليتامل.

وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد، بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا

غير، ولئن سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة إذا كان البذل المسمى فيها أقل من القيمة فإنه لا يجب هناك الزيادة على المسمى من القيمة قطعاً مع جريان الدليل المذكور ما هنا في تلك الصورة أيضاً على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لأن المولى ما رضي بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تأمل تقف. ثم قال صاحب العناية: ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة إنما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلاً بعدم الرضا بالزيادة، لأن اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا إنما هو عند ابتداء العقد لا في بقاءه اهـ. أقول: لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد إنما هو عدم ثبوت العتق له رأساً لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهي قوله كي لا يبطل حقه في العتق، إذ الظاهر أن بطلان حق شخص في شيء إنما يكون بعد تعلق حقه به أولاً. ومورد ما قيل إنما هو قول المصنف: كي لا يبطل حقه في العتق أصلاً كما صرح به في النهاية وغيرها، فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور: الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد؟ وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا: فإن قيل: ما وجه قوله كي لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الخمر وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق؟ قلنا: يحتمل أن يكون القاضي يرى صحة ما روي عن أبي حنيفة أنه إذا كاتبه على الخمر ولم يقل إن أديتها فأنت حرّ فأدى الخمر لا يعتق، فلو قضى القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق اهـ. أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأن مقتضى هذا الجواب أن يكون قوله: كي لا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لا لرضا العبد بالزيادة، والمذكور في الكتاب خلافه، والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب. وأما ثانياً فلأن ذلك على تقدير تمامه إنما يتمشى في صورة إن لم يقل المولى للمكاتب على الخمر إن أديتها فأنت حرّ، لا في صورة إن قال: له ذلك، إذ لا رواية لعدم العتق عند أداء الخمر في هذه الصورة فلا رأي للقاضي فيها مع أن ما نحن فيه يعم صورتين كما لا يخفى، فيبقى السؤال في صورة. ثم إن صاحبي النهاية ومعراج الدراية ردأ على المصنف ما هنا حيث قال: ثم قوله: كي لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلاً لقوله: والعبد رضي بالزيادة لأنه يحتمل أن يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وإن بطل حقه في العتق، لأن ذلك نفع مشوب بالضرر لأن تحمل الزيادة ضرر عليه وإن كان عتقه نفعاً له اهـ. أقول: ليس ذلك بسديد، لأن تحمل الزيادة إنما يكون ضرراً عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق، وليس كذلك لا محالة فإنه إذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكاً لمولاه، ويقدر المولى بعد ذلك على أن يستعمله كيف يشار فيحصل به أكثر من تلك الزيادة، فلم يظهر فيرضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم رضاه بها نفع له أصلاً. ثم قال: والأولى في تعليل ذلك أن يقال: لأن العبد لما عقد عقد الكتابة الفاسدة مع مولاه كان

قيمة له، وإن اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين، لأن شرط العتق لا يثبت إلا بيقين. فإن قيل: القيمة مجهولة فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة. أجب بقوله: (وأثر الجهالة في الفساد) أي لا في البطلان كما في البيع فإنها تفسده لا تبطله. فإن قيل: الكتابة على ثوب كالكاتبه على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما عتق بأداء القيمة. أجب بقوله: (بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب) وتقديره: الثوب عوض والعوض يقتضي أن يكون مراداً، والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مراداً، فتعين أن يكون المتعين مراداً، والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين. فإن قلت: فإن أدى القيمة فيما إذا كاتبه على ثوب يعتق أو لا؟ قلت: ذكر في الذخيرة أن الأصل عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان مجهول القدر والجنس فإنه لا يعتق العبد بأداء القيمة، ولا تعتقد هذه الكتابة الفاسدة مع مولاه كان

يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته. قال: (وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجوز) لأنه لا يقدر على تسليمه، ومراده شيء يتعين بالتعيين، حتى لو قال كاتبك على هذه الألف

قابلاً قيمة نفسه بالغة ما بلغت، لأن ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه باختياره ورضاه، ثم قيمة نفسه قد تربو على المسمى فكان راضياً بالزيادة على المسمى ضرورة اهـ. أقول: وهو أيضاً ليس بسديد، لأن في التعليل بما ذكره مصادرة على المطلوب، فإننا بصدد أن يثبت بدليل أن موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جملة مقدمات ذلك قوله: والعبد رضي بالزيادة، فلو عللنا هذه المقدمة بما يمتني على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت لزم المصادرة قطعاً. ثم أقول: بقي شيء في كلام المصنف وهو أن قوله: لأن المولى ما رضي بالنقصان الخ دليل شاف مفيد لتمام المدعي وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه، إلا أن قوله: لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة بلغت كما في المبيع الفاسد يرى مستدركاً ها هنا لأنه صار مستغنى عنه بما ذكر قبله من قوله: لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته، كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعي فإنه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى فلم يكن في ذكره فائدة فكان الأولى طرحه من البين كما في الكافي قوله: (لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون إرادته) قال صاحب العناية: وتقريره أن الثوب عوض والعوض يقتضي أن يكون مراداً، والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فلا يكون مراداً فتعين أن يكون المتعين مراداً، والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون إرادته، بخلاف القيمة فإنها وإن كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين، انتهى كلامه. أقول: فيه كلام، أما أولاً فلائنه إن أراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بموجود في الخارج فرداً مبهماً من الثوب فلا نسلم أنه ليس بموجود في الخارج، إذ الإبهام إنما ينافي التعيين لا الوجود في الخارج، وكمن من شيء جزم بوجوده في الخارج وإن لم تتعين خصوصيته عندنا وإن أراد بذلك مفهومه الكلي فنسلم أنه ليس بموجود في الخارج، ولكن لا نسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مراداً لجواز أن يكون المراد هو المبهم فلا بد من بيان بطلان هذا الاحتمال أيضاً. وأما ثانياً فلائنه لمانع أن يمنع إمكان استدراك

قال: (وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجوز) إذا كاتب عبده على شيء هو لغيره فلما أن يتعين بالتعيين كالفرس والعبد أولاً كالنقود، فإن تعين فلما أن يجيزه أولاً، فإن لم يجزه فلما أن يملكه المكاتب بسبب وأداه إلى المولى أولاً، فذلك أربعة أوجه، فإن لم يتعين بالتعيين كما لو قال كاتبك على هذه الألف من الدراهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة، وإن تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز، حتى إذا ملكه وسلمه عتق، وإن عجز يرد رقيقاً لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهم، فأشبه ما إذا تزوج امرأة على عبد غيره فإن التسمية صحيحة، حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج بقيمة العبد لا بمهر المثل، ولو فسدت لرجعت به، والجامع كون كل واحد منهما عوض ما ليس بمال. ووجه الظاهر أن العين في المعاوضات معقود عليه، والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع. فإن قيل: قد تقدم أن لبطلان الكتابة حكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنى جواز الكتابة الحالة والثمن معقود به لا معقود عليه فلا تكون القدرة عليه شرطاً. فالجواب أن ذلك إذا كان من النقود، وليس الكلام فيها وإنما هو في العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبطلان حكم المبيع فيشترط القدرة عليه قوله: (بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأشبهه الصداق، وذلك لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل. وقال في النهاية: منافع البضع ليس بشرط لجواز نكاح الرضيعة، فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى. وهذا الجواب على طريقة تخصيص العلل وتخلصه معلوم (وإن أجاز صاحب العين ذلك، فعن محمد أنه يجوز لأن البيع يجوز عند الإجازة، فإن اشترى شيئاً بمال الغير فأجاز صاحب المال جاز فالكتابة أولى) لأن ميناها على المسامحة، وقيل لأنها لا تفسد بالشرط الفاسد، بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضاً المال من العبد فتصير العين من

الدرهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز. وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز، حتى إذا ملكه وسلمه يعتق، وإن عجز يرذ في الرق لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبهه الصداق. قلنا: إن العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة إذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع، بخلاف الصداق في النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط، فعلى ما هو تابع فيه أولى. فلو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى. وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب، والجامع أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لأنها تثبت للحاجة إلى الأداء منها، ولا حاجة فيما إذا كان البدل عيناً

مراده بتقويم المقومين في صورة الكتابة على القيمة بناء على تقريره في صورة الكتابة على الثوب، إذ قد حكم بتعين كون المتعين مراداً ويتعذر الاطلاع على ذلك لاختلاف أجناسه، ولا شك أن الأمر كذلك في صورة الكتابة على القيمة أيضاً، ألا ترى إلى قول المصنف فيما مر: وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرأً وجنسأً ووصفاً فتفاحتش الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة اهـ. فكيف يمكن اطلاع المقومين على مراده في صورة الكتابة على

أكسابه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتباراً بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به إلى قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجازته المالك وبين ما لم يجزه (أن عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملك المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة، لأنه) أي ملك المكاسب وفي بعض النسخ: لأنها أي المكاسب لكن لا بد من تقدير مضاف (يثبت للمعالجة إلى الأداء منها، ولا حاجة إلى الأداء منها فيما إذا كان البدل عيناً معينة لغيره، والمسألة فيه) أي فرض المسألة في ذلك (على ما بيناه) أن مراده شيء يتعين بالتعيين (وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز، غير أنه إذا أجاز وجب تسليم عينه، وإذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح، والجامع صحة التسمية ليكون المسمى مالاً وإن لم يجزه لكن ملك المكاتب العين) بسبب وأداء (فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضاً أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد) وهو ظاهر الرواية (إلا إذا قال له إذا أذيت إلي فأنت حرّ فحيثد يعتق بحكم الشرط. وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل، لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط. وإن كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النقود (فقيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز، وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الأعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكره ها هنا لطوله. وذكره بعض الشارحين على وجه الاختصار فقال: وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال معلوم مقدور التسليم فيجوز. ووجه عدمه أن كسب العبد حال الكتابة ملك المولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله وأنه لا يجوز، وإنما قلنا سوى النقود لأنه لو كاتبه على دراهم أو دنائير في يد العبد بأن كان مأذوناً في التجارة واكتسب جازت الكتابة باتفاق الروايات، لأنها إذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة. قال: (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرذ عليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: هي جائزة، وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط، ويطلق منها حصة العبد ويكون مكاتباً بما بقي، لأن العبد المطلق يصلح بدلاً للكتابة وينصرف إلى الوسط، وهذا بالاتفاق، وكل ما صلح بدلاً صلح

قوله: (فلان تعين فلما أن يجيزه) أقول: أي يجيز العقد قوله: (وإن تعين به ولم يجزه ولم يملكه لم تجز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول: الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فناقض آخر الكلام أوله، والظاهر أن كلام المصنف مجرى على عمومته، ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء. وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعقد العقد موقوفاً، وإنما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن للغنية عنه بذكرها أولاً قوله: (وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى إذا ملكه الخ) أقول: كالكتابة الحالية فلا يفسخ المولى إلا برضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائزة. ثم أقول: إنه مخالف ظاهرأً لغرض عدم الملك فتأمل في دفعه قوله: (إذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول: احتراز عن النكاح قوله: (ليس بشرط) أقول خبر أن.

معيناً، والمسألة فيه على ما بيناه. وعن أبي يوسف أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز، غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه، وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح، والجامع بينهما صحة التسمية لكونه مالاً. ولو ملك المكاتب ذلك العين، فعن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه إذا أذاه لا يعتق، وعلى هذا الرواية لم ينعقد العقد إلا إذا قال له إذا أدت إلي فأنت حرّ فحينئذ يعتق بحكم الشرط، وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله. وعنه أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل، لأن العقد ينعقد، مع الفساد لكون المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط. ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان، وهي مسألة الكتابة على الأعيان، وقد عرف ذلك في الأصل، وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى. قال: (وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرّد المولى عليه عبداً عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف: هي جائزة، ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيطل منها حصة العبد فيكون مكاتباً بما بقي لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط، فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل في أبدال العقود. ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير، وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً

القيمة حتى تتعين بتعيينهم فتأمل قوله: (ولهما أنه لا يستثنى العبد من الدنانير، وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً فذلك مستثنى) يعني أنهما يسلمان الأصل المذكور، ولكن يقولان: ذلك فيما صح استثناءه من غير أن يورد فساد العقد، وها هنا استثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس، وإنما يصح استثناءه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل الكتابة لتفاحش جهالتها قدرأً وجنساً ووصفاً كما مر في أول الفصل، فذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة، كذا في الشروح والكافي. أقول: يرد على هذا التعليل أنه يقتضي أنه لا تصح الكتابة فيما إذا شرط أن يرّد المولى عليه عبداً معيناً أيضاً لجريانه فيه أيضاً بعينه، فإن قيمة العبد المعين أيضاً مجهولة جهالة فاحشة، ولهذا لو كاتب عليها لم يصح كما مر في أول الفصل، وعدم المجانسة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضاً ظاهر، مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما إذا شرط أن يرّد عليه عبداً معيناً. والعجب من صاحب الدرر والغرر أنه علل هذه المسألة بوجه آخر، وعزاه إلى الزيلعي. وأورد عليه النقض بما إذا شرط أن يرد

مستثنى من البذل وهو الأصل في أبدال العقود. وقالوا بالموجب: أي هذا الأصل مسلم، ولكن فيما صح الاستثناء، واستثناء العبد عينه من الدراهم غير صحيح، وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلاً لتفاحش الجهالة من حيث الجنس والقدر والوصف (وإذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والفرس (ولم يبين النوع) أنه تركي أو هندي (ولا الوصف) أنه جيد أو رديء (جازت وينصرف إلى الوسط) من ذلك الجنس. وقدره أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهماً، وقالوا: هو على قدر غلاء السعر ورخصه، ولا ينظر في قيمة الوسط إلى قيمة المكاتب لأن عقد الكتابة عقد إرفاق، فالظاهر أن يكون البذل على أقل من قيمة المكاتب، وإنما ينصرف إلى الوسط لأن الأصل في الحيوان المجهول إذا ثبت في الذمة أن ينصرف إلى الوسط كما في الزكاة والدية، والوسط فيه نظر للجانبين (ويجبر على قبول القيمة) لأنه قضاء في معنى الأداء على ما عرف في الأصول لأنها أصل من حيث إن البذل يعرف بها (وقد مر في النكاح) فصار كأنه أتى بعين المسمى (وإنما صح العقد مع الجهالة لأنها يسيرة، ومثلها يتحمل في الكتابة) لأن منابها على المساهلة (فتعتبر جهالة البذل لجهالة الأجل فيه) حتى لو قال: كاتبك إلى الحصاد أو الدياس أو القطف صحت الكتابة، وقد ثبت أن ابن عمر أجاز الكتابة على الوصفاء وهو جمع وصيف وهو العبد للخدمة وقال الشافعي: (لا يجوز وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع) في أن تسمية البذل شرط فيها كما هي شرط فيه، والبيع مع البذل المجهول أو الأجل المجهول لا يجوز، فكذا الكتابة. ولنا أن هذا قياس فاسد لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتداءها أو من حيث الانتهاء، والأول لا يصح لأن البيع معاوضة مال بمال، والكتابة معاوضة مال بغير مال لأنها في مقابلة فك الحجر في الابتداء، وكذلك الثاني لأنها وإن كانت في الانتهاء معاوضة بمال وهو

قوله: (وهو ظاهر الرواية) أقول: فلا يناسب كلمة عن في قوله فعن أبي حنيفة.

فكذلك مستثنى. قال: (وإذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مرّ في النكاح، أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناساً مختلفة فتفاحش الجهالة، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الأجل فيه. وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز، وهو القياس لأنه

عليه معيناً وجعل الوجه المذكور في الكتاب هو الصواب، وعزاه إلى الكافي حيث قال: لأن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة، لأن ما كان من المائة بإزاء الوصيف الذي يرد المولى بيع وما كان منها بإزاء ربة المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها، كذا قال الزيلعي. ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد إذا شرط أن يرد عليه عبداً معيناً أو أمة معينة، والقوم صرحوا بخلافه، والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلا يصح كما لو كاتبه على قيمة الوصيف، وهذا لأن العبد لا يمكن استثنائه من الدنانير، وإنما تستثنى قيمته، والقيمة لا تصلح أن تكون بدل الكتابة لجهالتها، فكذا لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة اهـ. ولا يخفى على ذي فطنة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزاه إلى الزيلعي والوجه الذي عزاه إلى الكافي في ورود النقض بالصورة المزبورة عليهما، فردّ الأول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى قوله: (أما إذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناساً فتفاحش الجهالة، وإذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العناية: واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبد، لأن المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناساً ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد. والجواب أن اللفظ إن شمل أجناساً عالية كالذابة مثلاً أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها، وإن شمل أجناساً سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما

الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبه النكاح في الانتهاء، وفي أن مبنى كل منهما على المسامحة، وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح. وقوله بخلاف البيع لأنه مبنى على المماكسة زيادة استظهار، وإن لم يبين جنسه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لأنها تشمل أجناساً، وكذلك الثوب لتفاحش الجهالة. واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما إذا كاتب على عبد، لأن المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناساً ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد. والجواب أن اللفظ إن شمل أجناساً عالية كالذابة مثلاً أو متوسطة كالمركوب منع الجواز مطلقاً في الوكالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها، وإن شمل أجناساً سافلة كالعبد منعه فيما بنى على المماكسة كالبيع والوكالة لا فيما بنى على المسامحة كالكتابة والنكاح. قال: (وإذا كاتب النصراني عبده النخ) وإذا كاتب النصراني عبده الكافر على مقدار من الخمر جاز، لأن الخمر في حقهم كالخل في حقنا، وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر لأن المسلم ممنوع من تملك الخمر وتملكها، وفي التسليم تملك الخمر لأن الفرض أن الخمر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم، بخلاف ما إذا كانت معينة فإن الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة، والتسليم نقل من يد إلى يد، والمسلم غير ممنوع من نقل اليد، كما إذا غصب المسلم من الذي خمرأ ثم أسلم الذي فإنه لا يمنع من استرداد خمره من يد الغاصب، وإذا كان ممنوعاً من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته، وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خمرأ ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض، لأن العجز كما وقع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته، لأن قيمة المسمى لا تصلح عوضاً في البيع بحال ففسد وتصلح في الكتابة في الجملة، فإنه لو كاتب على وصيف: أي عبد للخدمة وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة لأن البقاء أسهل من الابتداء، وإنما قيد بقوله على ما قاله البعض لأن بعض المشايخ قال: ينبغي أن

قوله: (وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلاً لتفاحش الجهالة) أقول: لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة إذا كان العبد معيناً لعين هذا الدليل، فإن قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة، وقد سبق في أول الفصل.

معاوضة فأشبه البيع. ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح، والجامع أنه يبتنى على المسامحة، بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة. قال: (وإذا كاتب النصراني عبده على خمر فهو جائز) معناه إذا كان مقداراً معلوماً والعبد كافراً لأنها مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها، وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البديل فيجب عليه قيمتها، وهذا بخلاف ما إذا تباع الذميان خمرأ ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على ما قاله البعض، لأن القيمة تصلح بدلاً في الكتابة في الجملة، فإنه لو كاتب على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة، فأما البيع فلا يتعقد صحيحاً على القيمة فافترقا. قال: (إذا قبضها عتق) لأن في الكتابة معنى المعاوضة، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق، بخلاف ما إذا

والوكالة لا فيما بنى على المسامحة كالكتابة والنكاح انتهى. أقول: ليس السؤال بشيء ولا الجواب. أما الأول فلأن لا نسلم أن شمول اللفظ للأجناس إن منع الجواز ما جازت فيما إذا كاتب على عبد، وقوله: لأن المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجنبياً ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فرية بلا مرية لأن المصنف ما ذكر قط في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن للعبد يتناول أجنبياً، والذي ذكره في كتاب الوكالة إنما هو أن العبد يشمل أنواعاً، وأن ما يشمل أنواعاً لا يصح التوكيل بشرائه إلا ببيان الثمن أو النوع، فإنه قال هناك: ثم إن كان اللفظ يجمع أجنبياً أو ما هو في معنى الأجناس لا يصح التوكيل وإن بين الثمن، لأن بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الأمر لتفاحش الجهالة، وإن كان جنساً يجمع أنواعاً لا يصح إلا ببيان الثمن أو النوع، لأن بتقدير الثمن يصير النوع معلوماً، وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يتمتع الامتناع. مثاله: إذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لأنه يشمل أنواعاً، فإن بين النوع كالتركي والحشي والمولد جاز، وكذا إذا بين الثمن لما ذكرنا اهـ. فهل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجنبياً حتى يجعله مداراً للاعتراض على المصنف ها هنا، وقد سبق إلى هذا التوهم صاحب النهاية ومعرّج الدراية؟ ولعمري إنه من العجائب من أمثال هؤلاء الفحول. وأما الثاني فلأن الجواب المزبور مع ابتناؤه على القول بمراتب الأجناس. الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بمعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقامين: أي في كتاب الوكالة، وفيما نحن فيه، أما هنا فلما عرفت آتفاً، وأما فيما نحن فيه فلأنه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيد بالجنس في قوله: ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط، إذ بيان الجنس الأسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان قوله: (ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال، لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح، والجامع أنه يبتنى على المسامحة، بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا أن هذا يعني ما قاله الشافعي: قياس فاسد، لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث ابتداؤها أو من حيث الانتهاء.

يكون الجواب في البيع كالجواب في الكتابة معنى، والرواية في الكتابة رواية في البيع. قال: (وإذا قبض المولى قيمة الخمر عتق لأن في الكتابة معنى المعاوضة، فإذا وصل أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق، بخلاف ما إذا كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة، لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر، ولو أدى الخمر عتق لما بينا في أول هذا الفصل) أنه إذا أدى الخمر عتق. وقال زفر: لا يعتق، وهذا لأن عقد الكتابة تضمن تعليق العتق بأداء البديل المشروط، فإذا وجد البديل وقع العتق. وذكر التمرناشي أنه لو أدى الخمر لا يعتق فكان في العتق بأداء الخمر روايتان. والفرق على إحداهما بينها وبين المسلم إذا كاتب عبده على خمر فأذاها إلى مولاه فإنه يعتق أن في هذه المسألة انقلبت الكتابة إلى قيمة الخمر ولم يبق الخمر بدل هذا العقد صحيحاً على الخمر ابتداء وبقي على القيمة صحيحاً بعد الإسلام، ولا يتصور بقاؤه صحيحاً والخمر

قوله: (وإن شمل أجنبياً سافلة كالعبد) أقول: الذي يشمل التركي والهندي وهما جنسان سافلان.

كان العبد مسلماً حيث لم تجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر، ولو أذاها عتق وقد بيناه من قبل، والله أعلم.

والأول لا يصح لأن البيع معاوضة مال بمال، والكتابة معاوضة مال بغير مال لأنها في مقابلة فك الحجر في الابتداء، وكذلك الثاني لأنها وإن كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء، وفي أن مبني كل منهما على المسامحة، وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح. وقوله بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة زيادة استظهار. انتهى كلامه. أقول: فيه نظر: أما أولاً فلأنه جعل قول المصنف: فأشبهه النكاح متفرعاً على الشق الثاني حيث قال: فأشبهه النكاح في الانتهاء، وليس بتمام لأن كون النكاح في الابتداء معاوضة مال وهو المهر بغير مال وهو منفعة البضع ظاهر مقرر عندهم في محله. وأما كونه في الانتهاء معاوضة مال بمال فغير ظاهر ومما لم يقل به أحد من الشراح ها هنا سوى تاج الشريعة والعيني فإنهما قالوا في تعليل قول المصنف: فأشبهه النكاح لأن منافع البضع مال عند الدخول فيكون معاوضة مال بمال انتهى. فكان حق المقام أن يجعل قول المصنف فأشبهه النكاح متفرعاً إما على الشق الأول فقط أو على مجموع الشقين. وأما ثانياً فلأنه قال: وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح، وجعل قول المصنف: بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة لزيادة الاستظهار، وليس هذا بتمام أيضاً لأن مجرد مشابهة شيء لشيء في وجه لا ينافي مشابهته لغيره في ذلك الوجه أو في وجه آخر، فمشابهة عقد الكتابة للنكاح فيما ذكر لا ينافي مشابهته للبيع أيضاً، فلو لم يذكر قوله بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة لما ظهر اختصاص هاتيك المشابهة بالنكاح حتى يثبت عدم صحة قياس الشافعي عقد الكتابة على البيع كما هو المطلوب على ما أفصح عنه قول الشارح المزبور. ولنا أن هذا قياس فاسد، لأن قياس الكتابة على البيع إما أن يكون من حيث الابتداء أو من حيث الانتهاء الخ، فكان قوله: بخلاف البيع عمدة في إثبات المطلوب ولم يكن لزيادة الاستظهار فقط، والله للموفق للصواب.

بدل فيه، فيقاؤه صحيحاً دليل على أن الخمر لم يبق بدلاً فلا يعتق. وفي مسألة المسلم وقع العقد فاسداً بسبب كون الخمر بدلاً وبقي كذلك فلا حاجة إلى إخراجها عن البدلية، وإذا بقي بدلاً عتق بأدائها.

قوله: (وفي التسليم تملك الخمر) أقول: الأظهر أن يقول: وتملكها لطابق المشروح؛ ألا يرى أن المسلم إذا كان المولى فاللازم هو تملك المسلم الخمر، وإنما جعل التسليم ظرفاً للتملك لاستلزامه إياه كأنه مشتمل عليه قوله: (فإن الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة) أقول: أي على رواية جواز الكتابة على عين في يد المكاتب قال المصنف: (ولو أذاها عتق) أقول: قال الإقناني: أي لو أدى عين الخمر عتق أيضاً فيما إذا أسلم أحدهما، إلا أن في الكتابة معنى التعليق، وبه صرح قاضيخان في شرحه للجامع الصغير انتهى. وعلى شرحه يكون في كلام المصنف نوع تعقيد بخلاف شرح السفناقي فتأمل.

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال: (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً، وذلك بمالكية التصرف مستبداً به تصرفاً يوصله إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البذل، والبيع والشراء من هذا القبيل، وكذا السفر لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج إلى المسافرة، ويملك البيع بالمحابة لأنه من صنيع التجار، فإن التاجر قد

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

الظاهر أن اكتفاء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للمكاتب أن يفعله لكونه العمدة المقصود بالذات، وإلا فقد ذكر في هذا الباب كثير مما لا يجوز للمكاتب أن يفعله كما ترى. ثم إن صاحب العناية قال: لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح اهـ. واقتفى أثره الشارح العيني. أقول: لا يذهب على من له أدنى مسكة سماجة التعليل بقولهما فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح، فإن هذا التعليل لا يقتضي تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة، بل يقتضي تقديمه عليها فلا يتم التقريب. وقال صاحب النهاية: لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وأن لا يفعله انتهى. أقول: هذا سالم مما يتجه على ما ذكره الشارحان المسطوران، لكن فيه أيضاً سماجة لأنه جعل قوله: وأن لا فعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز أن يفعله المكاتب وما يجوز أن لا يفعله، ولا شك أن الذي ذكر في هذا الباب وقصد بيانه إنما هو ما يجوز أن يفعله المكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يفصح عنه قوله: ولا يتزوج ولا يهب ولا يتصدق ولا يتكفل ولا يقرض لا مجرد ما يجوز أن لا يفعله، فإن جواز أن لا يفعل شيئاً لا ينافي جواز أن يفعله أيضاً كما في الأشياء المباحة التي يستوي فيها جانباً الفعل وتركه، وما نحن فيه ليس كذلك قطعاً قوله: (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية: قد تقدمت هذه المسألة في كتاب المكاتب حيث قال: وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه، وكأنه أعادها تمهيداً لقوله: فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً فإنه لم يبين ذلك ببيانه ثمة اهـ. أقول: لا يخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيداً لقوله المذكور: إنما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء، فحديث الإعادة للتمهيد لا يتم عذراً بالنظر

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة شرع في بيان ما يجوز للمكاتب أن يفعله وما لا يجوز له، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح. قال: (ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسألة في كتاب المكاتب حيث قال: وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه، وكأنه أعادها تمهيداً لقوله: (فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً) فإنه لم يبين ذلك ببيانه ثمة. وجه الاستحسان (أن هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة، لأن مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد، وذلك قد يكون بالضرب في الأرض والتقيد بمكان بنافيه، والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل. فإن قيل: هذا يقتضي بطلان العقد كما في البيع. أجاب بقوله: (وصح العقد) يعني أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إذا تمكن في صلب

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قوله: (فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح) أقول: هذا الوجه بظاهره لا يقتضي تقديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب، بل يقتضي عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر فتدبر قوله: (قد تقدمت هذه المسألة في كتاب المكاتب) أقول: لا يخفى عليك أنه إنما ذكره هناك استطراداً، وإنما محل ذكره أصالة هنا، وهذا لفظ القدوري هنا قوله: (ولا فيما يقابله) أقول: قوله ولا فيما يقابله ممنوع،

يحابى في صفقة ليربح في أخرى. قال: (فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً) لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد، وبمثله لا تفسد الكتابة. وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع

إلى مسألتى البيع والشراء كما ترى. وقال بعض الفضلاء: لا يخفى عليك أنه إنما ذكره هناك استطراداً، وإنما محل ذكره هنا وهذا لفظ القدوري ها هنا انتهى. أقول: وهذا الذي ذكر هنا بلفظ القدوري، وإنما لفظه: فيجوز له البيع والشراء والسفر بقاء التفرغ على قوله: وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه، وبإضمار المكاتب دون إظهاره، والذي ذكر هنا بالواو بدل فاء التفرغ، وبإظهار لفظ المكاتب إنما هو لفظ البداية. نعم حاصل معناهما واحد، لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضاً، فإنه قال هناك: فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر، ولا شك أن حاصل معناه متحد بما ذكره هنا، وعن هذا قال في غاية البيان: وهذه المسألة وقع بيانها مكرراً لأنه ذكرها في أوائل كتاب المكاتب عند قوله: وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه، إلا أنه لم يذكر في البداية ثمة قوله: فيجوز له البيع والشراء والسفر، وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية، فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساق الكلام كما ساق من غير إخلال وإن كان ذكر جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا اه فتبصر قوله: (وصح العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: يعني أن الشرط الباطل إنما يبطل الكتابة إذا تمكن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين، كما إذا قال: كاتبك على أن تخدمني مدة أو زماناً، وهذا ليس كذلك لأن لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى. وردّ عليه بعض الفضلاء حيث قال: قوله: ولا فيما يقابله ممنوع، فإن مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفق والحرية فليتأمل، فإن مراده بما يقابله هو المكاتب، إلا أن هذا الشرط يختص به أيضاً كما سيجيء بعد أسطر انتهى. أقول: ليس ذاك بشيء، لأن كون المنع من الخروج تخصيصاً للفق والحرية لا يقتضي كونه داخلياً فيهما، فإن تخصيص الشيء قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه، كما إذا عرفنا الإنسان بالحيوان الضاحك فإن قيد الضاحك يخصص الحيوان بالإنسان مع أنه خارج عنه قطعاً، وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضاً، إذ لا ريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية، وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب، فإن اختصاص هذا

العقد، وهو أن يدخل في أحد البدلين كما إذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة أو زماناً، وهذا ليس كذلك (لأنه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة، وهذا) أي هذا التفصيل (لأن الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتها بلا بدل واحتمالهما الفسخ قبل الأداء (وتشبه النكاح) من حيث إنها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد إذا لم يتمكن في صلب العقد عملاً بشبه النكاح، وببطلان العقد إذا تمكن في صلبه عملاً بشبه البيع أو نقول: (إن الكتابة في جانب العبد إعتاق) لأن الإعتاق إزالة الملك لا إلى أحد، والكتابة كذلك لأنه لا يحصل للمكاتب شيء وإنما يسقط عنه ملك مولاه، وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الإعتاق لدخوله في الكتابة وهي إعتاق (وهذا الشرط يختص به) فهو داخل في الإعتاق (والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة) قال: (والتزوج ليس وسيلة إليه) الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوصل إلى المقصود: أي إلى مقصود المولى من البذل وذلك لقيام الملك ومقصود

فإن مقابله فك الحجر وحرية اليد والمنع من الخروج تخصيص للفق والحرية فليتأمل، فإن مراده بما يقابله هو المكاتب إلا أن هذا الشرط يختص به أيضاً كما سيجيء بعد أسطر قوله: (من حيث المعاوضة) أقول: حيشة المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح إلا أن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف: أعني وعدم صحتها بلا بدل قوله: (وعدم صحتها بلا بدل) أقول: يعني بلا ذكر بدل قوله: (واحتمالهما الفسخ قبل الأداء) أقول: واحتمال الفسخ بعد الأداء أيضاً لا يضرنا قال

في شرط تمكن في صلب العقد، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البذل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل. أو نقول: إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك، وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر إعتاقاً في حق هذا الشرط، والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة. قال: (ولا يتزوج إلا بإذن المولى) لأن الكتابة فك

الشرط به لا يقتضي دخوله فيه، بل لا مجال لدخوله فيه أصلاً كما لا يخفى. والذي نفاه صاحب العناية إنما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة أو فيما يقابله، إذ به يتحقق التمكن في صلب العقد كما عينه قوله: (وهذا لأن الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد، كما إذا شرط خدمة مجهولة لأنه في البذل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل) أقول: لقائل أن يقول: قد مرّ قبيل هذا الباب في مسألة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا بمشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا بها، وردوا على الشافعي قوله: بمشابهته للبيع فكيف يصح منهم العمل ما هنا بشبهه بالبيع أيضاً. ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معاً فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل بأحدهما بعينه دون الآخر لرجحان الأول على الثاني فيما لا يمكن العمل بهما معاً كما في المسألة المارة فتأمل قوله: (أو نقول إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك، وهذا الشرط يخص العبد الخ) قال صاحب غاية البيان. لو قال: في جانب المولى إعتاق أو قال: في جانب العبد عتق كان أولى انتهى. أقول: كل من شقي كلامه منظور فيه. أما شقه الأول فلأنه لو قال: في جانب المولى إعتاق لم يتم المطلوب، لأن هذا الشرط يخص العبد كما صرح به المصنف فلا يلزم من كون الكتابة إعتاقاً في جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسراً في جانب العبد، بخلاف ما إذا كانت إعتاقاً في جانب العبد كما لا يخفى، فلهذا قال: إن الكتابة في جانب العبد إعتاق. وأما شقه الثاني فلأن الإعتاق في قوله: في جانب العبد إعتاق مصدر من المبني للمفعول دون المبني للفاعل فيؤول إلى العتق، فكان قوله في جانب العبد إعتاق وقوله: في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى. ثم قال صاحب الغاية: وهذا الذي قاله ضعيف، إذ حاصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشروط الفاسدة فلا تفسد الكتابة أيضاً بالشروط الفاسدة لشبهه بالعتق. ولقائل أن يقول: إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن تفسد الكتابة أيضاً إذا دخل الشرط الفاسد في صلب

المكاتب وهو تحصيل الكسب للإيفاء وذلك بفك الحجر والتزويج ليس وسيلة إلى المقصود، بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الحجر، لكن إذا أذن له المولى بذلك جاز لأن الملك فيه قائم (ولا يهب ولا يتصدق) المكاتب (إلا بالشيء اليسير) وكلامه فيه ظاهر، والمجاهز عند العامة: هو الغني من التجار، وكأنه أريد المجهاز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به فحزف إلى المجاهز، كذا في المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعيه) يعني في الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لأن الثاني تبرع محض فكان كالهبة، والأول إقراض لأن الكفيل متى أدى صار مقرضاً بما أدى للمكفول عنه، والإقراض تبرع، وإنما قيد بالحال لأنها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفالة العبد المحجور عليه. فإن قيل: بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره. أجيب بأنه يضره فربما عجز عن تسليم النفس فيحسب على ذلك وهو يخل بالاكنتساب الذي يحصل به المال. وقوله: (وإن زوج أمته جاز) ظاهر. وقوله: (ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه. ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره كالمعير يعير (بخلاف الإعتاق على مال) فإنه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما أوجب للأول، فإن العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف على

المصنف: (أو نقول: إن الكتابة في جانب العبد إعتاق) أقول: قال الإفتائي: لو قال في جانب المولى إعتاق أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى. والأمر فيه سهل قال المصنف: (فاعتبر إعتاقاً في حق هذا الشرط) أقول: قال الإفتائي: ولقائل أن يقول إذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضاً إذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة، فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف انتهى. ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فإنها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد. أو

الحجر مع قيام الملك ضرورة التوصل إلى المقصود، والتزويج ليس وسيلة إليه، ويجوز بإذن المولى لأن الملك له (ولا يهب ولا يتصدق إلا بالشيء اليسير) لأن الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك لملكه، إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجد بداً من ضيافة وإعارة ليجتمع عليه المجاهزون، ومن ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته وتوابعه (ولا يتكفل) لأنه تبرع محض، فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعه نفساً ومالاً لأن كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لأنه تبرع ليس من توابع الاكتساب (فإن وهب على عوض لم يصح) لأنه تبرع

عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف. والأولى ما بيناه آنفاً من رعاية الشبهين، إلى هنا كلامه. وقال بعض الفضلاء: بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه: ولا يخفى عليك أنه يحوز دفعه بملاحظة قوله: من جانب العبد فإنها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد، أو نقول: يندفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى. أقول: كل من وجهي دفعه غير سالم. أما وجهه الأول فلأن كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة، فلو كان ذلك علة للفساد لفسدت بغير الدخال في صلب العقد أيضاً، وإن رجع إلى العمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها إعتاقاً في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه إلى الوجه الأول. وأما وجهه الثاني فلأن التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الإشكال المذكور. إذ لقائل أن يقول: إذا كان لشبهه بالعقق أثر ينبغي أن يعتبر إعتاقاً في غير هذا الشرط أيضاً قوله: (لأن الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوصل إلى المقصود والتزويج ليس وسيلة إليه) قال بعض الفضلاء: تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتب نفسها؟ وقال: ولا يخفى أنه لا يمكن انتهى. أقول: بل يمكن تعميمه له، إذ الظاهر أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هو أن المكاتب بتزويج نفسها تتملك المهر فيصير ذلك وسيلة إلى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة، ومأخذ ذلك ما ذكره المصنف فيما سيأتي في تحليل مسألة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لأنه اكتساب المال فإنه يتملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى. لكنه ليس بتام، فإن بين تزويج المكاتب نفسها وتزويج المكاتب أمته فرقاً كما صرحوا به في أثناء شرح مسألة تزويج المكاتب أمته فيما سيأتي، وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هناك بأن المكاتب لما ملك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن تملك المكاتب تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لأنها تكسب به المهر وتسقط نفقتها عن نفسها، ومع ذلك ذكر في

أداء المال، وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تملك ما لا يملكه وهو لا يجوز قوله: (فإن أدى الثاني) يعني إن أدى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الأول (عق الثاني) لتحقق شرط عقه (وولاء للمولى لأن له فيه نوع ملك) لأن الثاني مكاتب للمولى بواسطة الأول فكان كتابة المولى للأول بمنزلة علة العلة، ولهذا لو عجز الأول كان الثاني ملكاً للمولى كالأول (وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازاً وإن كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئمان على مواله (فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية) لكونه رقيقاً (أضيف إليه) أي إلى المولى لكونه علة العلة (كالعبد إذا اشترى شيئاً) فإنه يثبت الملك للمولى لتعذر إثباته للعبد لعدم الأهلية (فلو أدى الأول بعد ذلك وعق لا ينتقل الولاء إليه، لأن المولى جعل معتقاً) مباشرة حكماً لما أن العقد انتقل إليه لعدم أهلية المكاتب للإعتاق (والولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة، وقيد بقوله مباشرة لثلا يرذ جر الولاء، فإن ثمة مولى الجارية ليس بمعتق للولد مباشرة بل تسيباً باعتبار إعتاق الأم، والأصل أن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا عند تعذر الإضافة إلى العلة، والتعذر عند عدم عتق الأب، فإذا عتق فينجر الولاء إلى قوم الأب (وإن أدى الثاني) بدل الكتابة (بعد عتق الأول فولأؤه للأول لأن المباشرة من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت). قال: (وإن

نقول: يندفع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حواشي حميد الدين الضرير فراجعه قال المصنف: (وبجوز بإذن المولى لأن الملك له) أقول: تأمل، هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتب نفسها ولا يخفى أنه لا يمكن قوله: (بخلاف الإعتاق على مال فإنه لا يملكه) أقول: والإعتاق مصدر من المبني للمفعول: أي لم يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره قوله: (إنما

ابتداء (وإن زوج أمته جاز) لأنه اكتساب للمال فإنه يتملك به المهر فدخل تحت العقد. قال: (وكذلك إن كاتب عبده) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي. لأن ماله العتق والمكاتب ليس من أهله كالإعتاق على مال. وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الأمة وكالبيع، وقد يكون هو أنفع له من البيع لأنه لا يزيل الملك إلا بعد وصول البدل إليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له، بخلاف الإعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له. قال: فإن أدى الثاني قبل أن يعتق الأول فولأوه للمولى، لأن له فيه نوع ملك، وتصح إضافة الإعتاق إليه في الجملة، فإذا تعذر إضافته إلى مباشر العقد لعدم الأهلية أضيف إليه كما في العبد إذا اشترى شيئاً (فلو أدى الأول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء إليه) لأن المولى جعل معتقاً والولاء لا ينتقل عن المعتق (وإن أدى الثاني بعد عتق الأول فولأوه له) لأن العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له. قال: (وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لأن هذه الأشياء

باب جنابة رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتب لا تزوج بغير إذن المولى. وأجاب بأن تزويج المكاتب نفسها ليس لاكتساب المال بل للتحصين والعفة، فإن مقصودها من تزويج نفسها شيء آخر سوى المال، فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناوله الفك الثابت بالكتابة. وقال: وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الأمة، وعزاه إلى المبسوط. فتلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور هنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتب نفسها أيضاً كما لا يخفى تأمل تقف. نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزويج ليس وسيلة إله بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب، فإن التزم المهر والنفقة إنما يتصور في حق المكاتب دون المكاتب، لكن الكلام في إمكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف. ثم إن الدليل الأظهر الخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالمذكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال: ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير إذن مولاه، وكذا المكاتب لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، وقد قال رسول الله ﷺ «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر»^(١) لأن المولى يملك ربة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين أنه لا ينفرد واحدهما بالنكاح انتهى كلامه. نعم ما ذكره من الدليلين بعبارته ورد في المذكر، ولكن بدلالته يعم المؤنث أيضاً لا محالة قوله: (وإن أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل: قد تقدم أن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها، وإعتاق العبد على مال وغيره مما ذكرها هنا ليس من ذلك فلا يملكه اهـ. أقول: قد أخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرير الكلام حيث قال: إن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع أنه يملك أيضاً ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فإن الاكتساب أعم من التجارة كما سيجيء. فالحق هنا عبارة المصنف حيث قال: لأن هذه الأشياء ليست من الكسب ولا من

أعتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب إنما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها، وإعتاق العبد على مال غيره مما ذكره هنا ليس من ذلك فلا يملكه. وقوله: (وأما الثالث فتقيص له) لأن من اشترى عبداً ووجده ذا زوجة يتمكن من الرد بذلك العيب، وكلامه ظاهر. وقوله: (على ما مر) إشارة إلى قوله وإن زوج أمته جاز لأنه اكتساب للمال قوله: (وكذلك الأب والوصي) ظاهر قوله: (ولأن في تزويج الأمة والمكاتب نظراً) أما في تزويج الأمة فلما مر آنفاً، وأما في الكتابة فلأنه بالعجز يرد

يملك ما كان من التجارة) أقول: الأولى أن يقول: من الاكتساب بدل قوله من التجارة حتى يستقيم الحصر فإن الاكتساب أعم من التجارة كما سيجيء بعد سطور ويملكه المكاتب قوله: (وقوله فأما المأذون له فظاهر) أقول: لا وجه للقاء، إذ لا يتضمن المبدأ معنى الشرط.

(١) تقدم في النكاح باب ولاية النكاح.

ليست من الكسب ولا من توابعه. أما الأول فلأنه إسقاط الملك عن رقبته وإثبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض، وكذا الثاني لأنه إعتاق على مال في الحقيقة. وأما الثالث فلأنه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل

توابعه. لا يقال: إن مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وإن لم يكن من نفس التجارة فاندرج في قوله: أو من ضروراتها. لأننا نقول: ليس ذلك من ضروراتها أيضاً لأن المأذون له يملك التجارة إجماعاً ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتي. وقد تقرر عندهم أن من ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل، فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضاً إجماعاً، فلا محيص عن المحذور في كلام الشارح المزبور إلا بأن يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازاً عن مطلق الكسب إطلاقاً للخاص على العام قوله: (وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعني يملك الأب والوصي في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه، ولا يملكان في رقيق الصغير ما لا يملكه في رقيق نفسه فيملكان تزويج أمة الصغير وكتابة عبده لا تزويجه ولا بيعه من نفسه ولا إعتاقه على مال، كذا قالوا واعترض عليه صاحب الإصلاح والإيضاح حيث قال: فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول: الإعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع ما هنا، بخلاف المكاتب فإن كون العتق فوق الكتابة مانع ثمة فإذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملكوا العتق على مال أيضاً أه. أقول: لم يَمَرَّ في هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب أن العتق أنفع من البيع، وإنما الذي مَرَّ وتقرر في عامة الكتب أن الكتابة أنفع من البيع لأنها لا تزيل الملك إلا بعد وصول البدل إلى المالك والبيع يزيله قبيله، ولا شك أن الإعتاق على مال يزيله قبله أيضاً مع ما فيه من إثبات الدين في ذمة المفلس كما مر آنفاً فلم يكن أنفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فبطل قوله فإذا ملكا البيع كان ينبغي أن يملكوا العتق على مال أيضاً قوله: (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف: له أن يزوجه أمته) أقول: في هذا التحرير نوع إشكال، لأن إن كان لمشار إليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسألة من قوله وإن عتق عبده على مال أو باعه نفسه أو زوج عبده لم يجز، فمع كون كلمة أما في قوله: فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما يأتي، إذ حكم ما ذكر قبيله أيضاً عدم الجواز ينافيه قوله: وقال أبو يوسف: له أن يزوجه أمته، فإن تزويج الأمة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكورة قبيل هذه المسألة فما معنى بيان خلاف أبي يوسف فيه، وإن كان المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتجه عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فإنهما يجوزان للمأذون له قطعاً كما يجوزان للمكاتب فلا معنى للسلب الكلي. فإن قلت: المشار إليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب أصالة، ومسألة جواز البيع والشراء والسفر إنما ذكرت في أول هذا الباب تمهيداً لقوله: فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثمة. قلت: قد عرفت هناك أن ما يصلح للتمهيد إنما هو مسألة جواز السفر دون مسألتي جواز البيع وجواز الشراء، فحديث الذكر للتمهيد دون الأصالة لا يتم عذراً لا هناك ولا هنا. وأعلم أن صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولاً ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله: صح بيعه وشراؤه وسفره وإن شرط ضده وإنكاح أمته وكتابة عبده. وثانياً ما لا يصح منها بقوله: لا تزوجه إلا بإذنه ولا هبته ولو بعوض وتصدقه إلا بيسير وتكفله وإقراضه وإعتاق عبده ولو بمال. ثم لما قال: وشيء من ذا لا يصح من مأذون ومضارب وشريك

رقيقاً، فربما كان العجز بعد أداء نجوم وذلك لا شك في كونه نظراً قوله: (فأما المأذون له) فظاهر. وقوله: (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض الشروح أن المفاوض يجوز له أن يكتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال: ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه. وقوله: (هو) يعني أبا يوسف (فأما على المكاتب) فإن المكاتب يجوز له أو يزوجه الأمة فكذلك المأذون له (واعتبره بالإجارة أي اعتبر التزويج

قوله: (ذكر في بعض الشروح) أقول: يعني غاية البيان قوله: (وفيه ما فيه) أقول: فإن دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق، وما ذكره عن الكرخي أيضاً ممنوعة، لكن العلامة الإثنائي لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره، بل نقل عن

رقبته بالمهر والنفقة، بخلاف تزويج الأمة لأنه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر. قال: (وكذلك الأب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لأنهما يملكان الاكتساب كالمكاتب، ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظراً له، ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية. قال: (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو

تفطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار إليه من الاشتباه والإشكال، فحمل الإشارة على المنفيات فقط وهي من قوله لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفيات والمثبتات لعدم تمامها في صورتها البيع والشراء من المثبتات. وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا التوجيه. أما أولاً فلأن المنفيات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفيات والمثبتات مختلطة مع الأخرى فلا تفهم الإشارة إلى البعض دون الآخر من اللفظ. وأما ثانياً فلأن قوله وقال أبو يوسف له أن يزوجه أمته يمنع ذلك. لأن تزويج الأمة من قبيل المثبتات في المكاتب، وأنا أتعجب من شراح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم لها هنا لا للتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركافة في التحرير قوله: (هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة) أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب، فإن المكاتب يجوز له أن يزوجه أمته فكذلك المأذون له، واعتبر التزويج بالإجارة فإن المأذون له يجوز أن يؤجر عبده وأمته فكذلك يجوز له أن يزوجه أمته كذا في الشروح. أقول: في كل من قياسه واعتباره نظر. أما في الأول فلأنه لو صح قياس المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضاً، فإن المكاتب يجوز له أن يكتب عبده فينبغي أن يجوز للمأذون له أيضاً أن يكتب عبده بطريق القياس، مع أن كتابة المأذون له عبده مما لا يجوز بالاتفاق. وأما في الثاني فإنه لو تم اعتبار التزويج بالإجارة من حيث أن جوازا للمأذون له يقتضي جوازه له أيضاً لزم أن يجوز تزويج عبده أيضاً كما يجوز إجارة عبده وأمته على ما نصوا عليه مع أنه لا يجوز له تزويج عبده بالإجماع. ثم إن صاحب النهاية قال: ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما المأذون والمكاتب، ولفظ الاعتبار في الفعلين وهما التزويج والإجارة، لأن المماثلة بين هذين العينين ظاهرة، إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف فكان شرط القياس موجوداً فاستعمل لفظ القياس لذلك. وأما في هذين الفعلين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير، لما أن الإجارة من المعاملات المالية بين الجانبين لأن للمنفعة حكم المالية؛ ألا يرى أن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بمقابلة المنافع كما لا يثبت ديناً بمقابلة الأموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق اه كلامه. أقول: فيه بحث. أما أولاً فلأنه إن أراد بقوله إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعاً، إذ لا يجوز لكل واحد منهما كثير من التصرفات على ما فصل في كتابيهما، وإن أراد بذلك أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق

بالإجارة) فإن المأذون له جاز له أن يؤجر عبده أو أمته فكذا يجوز له أن يزوجه أمته، وقاسه واعتبره مترادفان. وقيل استعمل القياس بين العينين: أي المأذون والمكاتب، والاعتبار بين الفعلين: أي التزويج والإجارة لأن المماثلة بين العينين ظاهرة، إذ في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى، بخلاف الفعلين لأن المماثلة بينهما ليست إلا من

شرح الجامع الصغير للفقير أبي الليث، وعن شرح الطحاوي للإمام الإسيجاني ما يدل صريحاً على الاتفاق، وما ذكر عن الكرخي أيضاً يصلح مؤيداً لذلك، ويكفي ذلك لذكره في هذا المقام. ثم قوله يجوز له أن يكتب عبد الشركة سهو من قلم الكاتب، والصواب يجوز له تزويج الأمة إذ الكلام فيه قوله: (وقيل استعمل القياس) أقول: القائل هو السفناقي قوله: (لأن المماثلة بينهما ليست إلا من حيث الفعلية) أقول: في الحصر كلام، فإنهما يتماثلان في كون كل منهما من طرق الكسب قوله: (لأن الإجارة معاوضة مال بمال الخ) أقول: لا يدل على الحصر الذي ادعاه قوله: (وفيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعي الخ) أقول: المراد هو القياس الشرعي. وقوله لا يكون بين عينين إن أراد أنه لا يكون بين عينين حقيقة فمسلّم، وإن أراد أنه لا يجعل العينان مقيساً ومقيساً عليه مجازاً ففساده ظاهر، والحكم بالأولوية لظهور المماثلة في الأول دون الثاني.

يوسف: له أن يزوّج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة. ولهما أن المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة، فأما المكاتب يملك الاكتساب وهذا

التصرف الذي أطلق في الآخر أيضاً فليس كذلك أيضاً؛ ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق، وإن أراد بذلك أن في كل منهما فك الحجر وإطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فبهذا القدر لا تتحقق المماثلة المصححة للقياس فضلاً عن ظهورها. وأما ثانياً فلأن قوله: لما أن الإجارة من المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذينك الفعلين من حيث الفعلية لا غير، فإن انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات الأخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب. وقال صاحب العناية: بعد نقل ما في النهاية وفيه نظر، لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيين، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته اهـ. أقول: هذا النظر مندفع، فإن المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد إليه جعله دليلاً على المسألة الشرعية. قوله فذلك لا يكون بين عيين إن أراد به أنه لا يكون بين نفسي العيين من حيث ذاتيهما فهو مسلم، ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية، وإن أراد به أنه لا يكون بين العيين بحيثية من الحيثيات فهو فاسد لا محالة، على أنه لو كان المراد بالقياس ها هنا غير الشرعي كان منع الأولوية أيضاً ساقطاً، لأن لفظ القياس أكثر وأشهر استعمالاً في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار، حتى أن معنى المماثلة كان معتبراً في أصل معنى القياس من حيث اللغة، وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره: قاس الشيء بالشيء قدره على مثاله، فكان استعمال لفظ القياس في الشئين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة، واستعمال لفظ الاعتبار في الأمرين اللذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعاً، لأن فيه توفية الأقوى للأقوى والأضعف للأضعف. ثم إن رأى صاحب العناية ها هنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في النهاية: وقاسه واعتبره مترادفان اهـ. أقول: إن أراد أنهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جداً، وإن أراد أنهما مترادفان في عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتبّع قوله: (ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة إذ هي مبادلة المال بالمال) أقول: يرد على قوله إذ هي: أي الإجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالإجارة مع أنه تعريف مسلم متفق عليه.

وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال: فيه بحث، لأنه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة فليتأمل اهـ. أقول: يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ها هنا وبين ما ذكره الشراح في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال اهـ، بأن مرادهم ما ليس بمال ما ليس بمال حقيقة، ومراد المصنف بالمال في قوله إذ هي مبادلة المال بالمال ما هو مال حكماً وإن لم يكن مالاً حقيقة، فإن أحد البديلين في عقد الإجارة وهو

حيث الفعلية لا غير، لأن الإجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج، وفيه نظر لأن المراد بالقياس إن كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيين، وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته (ولهما) وهو الفرق بين المأذون والمكاتب (أن المأذون له يملك التجارة، وهذا) أي تزويج الأمة (ليس بتجارة) لأنه ليس بمبادلة المال بالمال والتجارة ذلك (والمكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب) لأنه اسم لما يتوصل به إلى المال، وبالتزويج توصل المولى إلى المهر فكان اكتساباً. (قوله) ولأنه أي التزويج دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويج بالكتابة لأنها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالإجارة لأنها مبادلة المال بالمال، لأن المنافع

قوله: (وإن كان غير ذلك فلا نسلم أولويته) أقول: فيه بحث.

اكتساب، ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة، إذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج، العبد، والله أعلم.

المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقة العين وإقامتها مقام المنفعة، بخلاف عقد الكتابة، ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله إذ هي مبادلة المال بالمال ما قلنا قول صاحب معراج الدراية: في تعليل ذلك لما ذكرنا من أن المنفعة في الإجارة في حكم المال اهـ. ثم أقول: ويمكن أن يحمل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصراف المطلق على الكمال، فحيث لا يرد انتقاض تعريف البيع بالإجارة لأن أحد البدلين هناك مال حكماً لا حقيقة كما عرفته آنفاً. ثم إن عامة الشراح قالوا: في تعليل قول المصنف إذ هي مبادلة المال بالمال لأن المنافع في باب الإجارة مال. وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل: ولأن المنافع في باب الإجارة تصلح مهراً في النكاح مع أن النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى ﴿أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ﴾ اهـ. وهكذا قال صاحب العناية: أيضاً غير أنه لم يذكر الواو في قوله: لأن المنافع في باب الإجارة تصلح مهراً في باب النكاح بل جعله علة لما قبله. أقول: فيه بحث لأنه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وإن تزوج حر امرأة على خدمته سنة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال: بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك: ولنا أن المشروع إنما هو الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال، وكذا المنافع على أصلنا اهـ. فإنه صريح في أن المنافع ليست بمال على أصلنا سيما في باب النكاح فتأمل.

في باب الإجارة مال (ولهذا) أي ولأن التزويج ليس من الاكتساب (لا يملك هؤلاء) أي المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لأنه ليس باكتساب المال.

قال المصنف: (ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة، إذ هي مبادلة المال بالمال) أقول: فيه بحث، لأنه مخالف لما ذكره الشارحون في وجه مناسبة الكتابة بالإجارة، فليتأمل قوله: (ولهذا: أي ولأن التزويج ليس من الاكتساب) أقول: إن أراد تزويج الأمة فلا شك أنه من الاكتساب، وإن أراد مطلقاً فلم يدع أحد أنه من الاكتساب.

فصل

قال: (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) لأنه من أهل أن يكاتب وإن لم يكن من أهل الإعتاق فيجعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان؛ ألا ترى أن الحر متى كان يملك الإعتاق يعتق عليه (وإن اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة، وقالوا: يدخل) اعتباراً بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية. وله أن للمكاتب كسباً لا ملكاً، غير أن الكسب يكفي الصلة في الولاد حتى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا تجب نفقة الأخ إلا على الموسر، ولأن هذه قرابة توسطت بين بني الأعمام وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في العتق، وبالأول في الكتابة

فصل

لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الأصالة شرع في ذكر مسائل وقوعها بسبيل التبعية وما يتبعها لأن التبعية يتلو الأصل قوله: (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها) هذا لفظ القدوري. قال

فصل

لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الأصالة ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبعية يتلو الأصل. قال: (وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته) تقديم الأب في الذكر ها هنا على ابنه للتعظيم، وأما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الأب سواء كان مولوداً في الكتابة أو مشتري والمولود مقدم على المشتري، فإن المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فإنه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الأب، والمشتري يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعد موت الأب حالاً، ولا يتمكن من السعاية على نجوم الأب ليظهر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية. وأما الأب فإنه يحرم بيعه حال حياته ابنه المكاتب، ولم يقبل منه البدل بعد موته لا حالاً ولا مؤجلاً، وإنما قال دخل في الكتابة ولا يقل صار مكاتباً، لأنه لو صار مكاتباً لكان أصلاً ولقيت كتابته بعد عجز المكاتب الأصلي، وليس كذلك بل إذا عجز المكاتب بيع الأب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الأصالة. فإن قيل: ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الأولاد وبين ما إذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير، فإنه إذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء، وإذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه. أجيب بأن المشتري تبع من كل وجه فلا معتبر به في أمر البدل لثقله قبل دخوله في الكتابة. وأما الصغير فقد كان مقصوداً بالعقد من وجه وكان البدل في مقابلته ومقابله والده فهذا يسقط ما يخصه، ثم المكاتب إذا اشترى من بينه وبينه ولا دخل في كتابته كما ذكرنا لأنه لما لم يكن من أهل الإعتاق جعل مكاتباً تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان (وإذا اشترى ذا رحم محرم منه لأولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة، وقالوا: يدخل اعتباراً بقرابة الولاد لأن وجوب الصلة ينتظمهما، ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية ولأبي حنيفة أن للمكاتب كسباً لا ملكاً لأنه ملك لغيره كما عرف وهذا لا يملك الهبة، ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح والكسب يكفي للصلة في الولاد) لا في غيره، ألا يرى أن القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الأخ إلا على الموسر، ولأن هذه: أي قرابة الأخوة (توسطت بين) القرابة البعيدة من بني الأعمام والقرابة القريبة وهي (الولاد) والمتوسط بين الشيتين ذو حظ منهما فعملنا بالشبهين (والحقناها بالثانية) أي القرابة في العتق حتى إذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما إذا ملك والده أو ولده (وبالأولى) أي بالبعيدة (في الكتابة) حتى إذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما إذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس. لأننا لو ألحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نلحقها به أيضاً في العتق (لأنه أسرع نفوذاً من الكتابة، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للأخر فسخه، وإذا أعتق ليس له ذلك) وفي ذلك إبطال لأحد الشبهين وإعمالهما ولو بوجه أولى

فصل وإذا اشترى المكاتب

قوله: (والمولود مقدم) أقول: أي المولود في الكتابة الخ قوله: (فإنه يحرم بيعه حال حياته) أقول: يعني حال حياة الأب قوله: (على نجوم الأب) أقول: يعني بعد موته قوله: (ولأن هذه: أي قرابة الإخوة) أقول: الأنسب أن يقال: أي قرابة المحرمية غير الولاد

وهذا أولى لأن العتق أسرع نفوذاً من الكتابة، حتى أن أحد الشريكين إذا كاتب كان للآخر فسخه، وإذا اعتق لا يكون له فسخه. قال: (وإذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه إذا كان معها ولدها، أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه، وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم، قال عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» وإن لم يكن معها ولدها فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد أم ولد خلافاً لأبي حنيفة. وله

المصنف: ومعناه إذا كان معها ولدها. وقال صاحب العناية في شرح المقام: امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعه بالاتفاق. أقول: في عبارته خلل، لأن القنة بالتاء في وصف المرأة تخالف اللغة، إذ قد تقرر في كتب اللغة عامة أن لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب: وأما أمة قنة فلم أسمعه اه. قوله: (وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها»)^(١) قال تاج الشريعة: فإن قلت: إذا ثبت للولد حقيقة الحرية ثبتت للأم حقها وما هنا ثبت للولد حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للأم حقها تحقيقاً لانحطاط ربتها عن الولد. قلت: للكتابة أحكام: منها عدم جواز البيع فيثبت للأم هذا الحكم دون الكتابة تحقيقاً لانحطاط الرتبة. فإن قلت: لم لا تصير مكاتباً تبعاً للولد؟ قلت: لأن العقد ما ورد عليها اه. أقول: فيه نظر، لأن عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتباً تبعاً لولده كما مر، مع أن العقد ما ورد على الأب هناك أيضاً قطعاً. فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال: إنما لا تصير مكاتباً تبعاً لولده تحقيقاً لانحطاط ربتها عن ولدها في حق الحرية، ألا يرى أنها

من إهمال أحدهما. قال: (وإذا اشترى أم ولده الخ) امرأة المكاتب القنة إذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها، فإن ملكها مع الولد فليس له أن يبيعه بالاتفاق لأن ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يجز بيعها إذا عجز، والأم تابعة للولد في هذا الحكم، قال ﷺ «أعتقها ولدها» وإن ملكها وحدها فكذلك عندهما لأنها أم ولد خلافاً لأبي حنيفة. له أن القياس جواز بيعها وإن كان الولد معها، لأن كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البدل، فإن أدى عتق، وما فضل معه فهو له، وإن عجز عاد هو وماله للمولى، وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ، وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد، لأن ما لا يقبله أقوى من الذي يقبله، والأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للأدنى إلا أنه ثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه، وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه. ولقائل أن يقول: القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل، فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدور الكلام تحكماً. والجواب أنه ليس بتحكم، وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر وهو قوله ﷺ «أعتقها ولدها» ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب. وقوله والقياس ينفيه: يعني ولا نص فيه يترك به القياس، بخلاف ما إذا كان معها الولد (وإن ولد للمكاتب ولد من أمة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري) يعني في أول الفصل حيث قال: لأنه من أهل أن يكاتب إن لم يكن من أهل الإعناق. واعتراض بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له ولد من الأمة حتى يدخل في الكتابة. وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطء أمته، لكن إن وطء وأدعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فإنه ليس لأحد الشريكين وطؤها، لكن إن وطئها فولدت وأدعاه ثبت النسب. قال في المبسوط: جارية بين حر ومكاتب ولدت ولداً فادعاه المكاتب، فإن الولد ولده والجارية أم ولد له، ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها، ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لأن المكاتب بماله من حق الملك في كسبه يملك الدعوة كالحز فقيام الملك له في نصفها ها هنا يثبت نسب الولد منه من وقت العلوق، ويثبت لها حق أمة الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد قوله: (وكان حكمه كحكمه) أي حكم الولد كحكم المكاتب (وكسبه له) أي كسب الولد لوالده (لأن كسب الولد كسب كسبه) إذ الولد كسبه (وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسبه ولده، وكذلك إذا ولدت المكاتب

قوله: (قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول: أي بالشراء أو الهبة أو الإجارة، وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها.

أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ، إلا أنه يثبت به هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوته في الولد بناء عليه، وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وإن ولد له من أمة له دخل في كتابته) لما بينا في المشتري (وكان حكمه كحكمه وكسبه له) لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه، وكذلك إن ولدت المكاتب ولدًا لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً فيسري إلى الولد كالتدبير والاستيلاء. قال: (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه

لا تصير حرة في الحال تبعاً لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه، فكذا لا تصير مكاتبه تبعاً لولدها بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الأول، بخلاف الأب إذا ملكه ولده فإنه يدخل في عين حرية ولده سواء كانت حقيقة الحرية أو حقها تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان على ما مر. ثم قال تاج الشريعة: فإن قلت: العقد ما ورد على الولد أيضاً. قلت: ورد على المكاتب والولد جزؤه فيكون وارداً عليه بخلاف الأمة اهـ. أقول: فيه أيضاً نظر، لأن كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود العقد على الأب وروداً على الولد أيضاً وإلا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضاً فيما نحن فيه أصالة لا تبعاً لولده فلا يصح قول المصنف: أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا كما لا يخفى. ويلزم أيضاً أن لا يثبت. فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما إذا كان معها ولدها في الاشتراء وبين ما إذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر توقف قوله: (وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد، إلى قوله: وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه) قال صاحب العناية: ولقائل أن يقول: القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل، فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه مناف لصدر الكلام تحكم. والجواب أنه ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالأثر وهو قوله ﷺ «اعتقها ولدها»^(١) ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب. وقوله والقياس ينفيه: يعني ولا نص فيه يترك به القياس، بخلاف ما إذا كان معها ولدها، إلى هنا كلامه. أقول: في الجواب بحث، وهو أن الأثر المذكور

من زوجها دخل الولد في كتابتها لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكداً) فصار من الأوصاف القارة الشرعية والأوصاف القارة الشرعية في الأمهات (كالتدبير والاستيلاء) والحرية والرق تسري إلى الولد، فقوله مؤكداً إشارة إلى ذلك احترازاً عن ولد الأبة، فإن بيعها لا يجوز وبيع ولدها يجوز لأن امتناع البيع في الأبة غير مؤكد إذ الإباق مما لا يدوم، وكذا بيع المستأجرة والجانبة فإن الأمة إذا اتصفت بهما امتنع بيعها إلا مقروناً بشيء لكنه ليس بمؤكد، فقولهم الأوصاف القارة احتراز عن مثل هذين الوصفين، وقولهم الشرعية احتراز عن السواد والبياض والطول والقصر فإنها لا تسري، وإذا سرت كتابتها إلى ولدها لم يجز بيعه كما لم يجز بيع أمه. قال: (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضاً بناء على أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد ولهذا كان الولد داخلاً في كتابة الأم وكسبه لها قوله: (لأن تبعية الأم أرجح) إشارة إلى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية. وفي بعض النسخ: دخل في كتابتهما وكسبه لها أي في الدخول يتبعهما وفي الكسب يتبعها خاصة، والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب، وإنما كان تبعية الأم أرجح لأنه جزء منها بحيث يقرض منها بالمقراض. قال: (وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد، ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤدونها إلى المستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: أولادها أحرار بالقيمة) لأنه ولد المغرور لوجود سببه وهو الغرور، لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد فيجب عليه قيمة الأولاد والمهر في الحال لوجود الإذن من المولى والأولاد أحرار، هكذا في المبسوط. وفي شروح الجامع الصغير أن قيمة الأولاد عنده يتأخر أدائها إلى ما بعد العتق، وإليه أشار المصنف بقوله: (لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الخ) ثم إذا غرم القيمة يرجع عليها عنده لأن الغرور حصل منها (ولهما أنه مولود بين رقيقين، والمولود بين رقيقين رقيق، وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم

ولداً دخل في كتابتها وكان كسبه لها) لأن تبعية الأم أرجح ولهذا يتبعها في الرق والحرية. قال: (وإن تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة زعمت أنها حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة، وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزويج، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف. وقال محمد: أولادها أحرار بالقيمة) لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور، وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال حرية الأولاد، ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقاً، وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، وخالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم^(١)، وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وها هنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد

لا يفرق بين ما إذا كان معها ولدها وبين ما إذا لم يكن معها ولد، بل هو بظاهر إطلاقه يتناول الصورتين معاً، فقلوه ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب إن أراد أن الأثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جداً، وإن أراد به أن ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الأثر المذكور عليه فهو يؤدي إلى المصادرة إذ هو أول المسألة، فإن الإمامين لم يقبلها فلهاذا لم يجوزوا بيع المكاتب امرأته المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناء على أنها أم ولد له وإن لم يملك ولدها قط، على أن قوله: ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس يتم على قول: أصحابنا جميعاً، لأنه إن أراد بالملك في قوله: إذا ملكه الأب ملك اليمين فهو ليس بشرط في إعتاق الولد أمه عند أحد من الفقهاء، ألا يرى أن الحر إذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالأثر المزبور بعينه مع أن الولد هناك ليس بمملوك للأب ملك اليمين بلا ريب، وإن أراد بذلك ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضاً ليس بشرط في إعتاق الولد أمه عند أصحابنا، فإن من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا جميعاً على ما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم، مع أن التصرف في أمر ذلك الولد في الولاية عليه إنما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب أن كانت الأمة مملوكة له عند الاستيلاء لا لأبيه، فظهر أن قوله: ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس يتم على كل حال قوله: (ومن زوّج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولداً دخل في كتابتها وكان كسبه لها) وفي بعض النسخ: دخل في كتابتهما وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعهما، وفي الكسب يتبعها خاصة، والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب، كذا في العناية وغيرها. قال بعض الفضلاء: فيه تأمل، إذ يجوز أن يقال: فائدته أن يعتق بعتهها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ الكسب مثلاً انتهى. أقول: ليس هذا بشيء لأن المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الأب هو الكسب له لا غير، لأنه لا يتبع الأب في الرق والحرية، فلما كان كسبه للأم خاصة لم تتحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان

في الرق والحرية. لكن تركنا هذا الأصل فيما إذا كان الرجل حراً بإجماع الصحابة) وقد قررناه في التقرير (وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وها هنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق) فكان المانع عن

قوله: (والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب) أقول: فيه تأمل، إذ يجوز أن يقال: فائدته أن يعتق بعتهها سواء كسب أم لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلاً قوله: (وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية) أقول: قد يكون الولد حراً من زوجين فثنين بلا تحرير ووصية. وصورته أن يكون للحر ولد وهو قن لأجنبي فزوج الأب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الأمة ولداً فهو حر لأنه ولد المولى، كذا في جامع الفصولين، ولا ترده هذه نقضاً على الكلية لأنها مقيدة بانتفاء المانع قال المصنف: (وهذا ليس في معناه، لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وها هنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فيبقى على الأصل ولا يلتحق به) أقول: قيل وعلى تقدير أن تجب القيمة عند محمد حالاً فنقول: ولد المكاتب ليس في معنى الحر، لأنه انخلق من ماء الرقيق، وولد الحر انخلق من ماء الحر فافتراقاً من هذا الوجه، فلا يلحق حمله بولد الحر المغرور بالقياس والدلالة فتأمل. قوله: (تقريره الكتابة أوجب الشراء) أقول فيه: بحث، إلا أن يقال: المراد أوجب صحة الشراء.

(١) قوله: إجماع الصحابة على أن ولد المغرور حر بالقيمة. تقدّم في الدعوى.

العتق فيبقى على الأصل ولا يلحق به . قال: (وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة، وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق أن في الفصل الأول ظهر الدين في حق المولى لأن التجارة وتوابعها داخله تحت الكتابة، وهذا العقر من توابعها، لأنه لو لا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر . أما لم يظهر في الفصل الثاني لأن النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا تنتظمه الكتابة كالكفالة . قال : (وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسداً ثم وطئها فردّها أخذ بالعقر في المكاتب، وكذلك العبد المأذون له) لأنه من باب التجارة، فإن التصرف تارة يقع صحيحاً ومرة يقع فاسداً، والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهراً في حق المولى .

القول : بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه، ثم إن عتق الولد بعته أمه إنما يكون فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه . والكلام في الثاني . ولئن سلم تعميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضاً فتلك الفائدة أيضاً إنما تتحقق بالنظر إلى دخوله في كتابة أمه فقط، فلا ينافي كون الأول هو الوجه، بل يؤيده . وأما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ها هنا، لأن المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة في الجملة، والكسب كذلك فإنه على تقدير حصوله يصير فائدة .

الإلحاق به موجوداً وهو الضرر اللاحق بالمستحق في التأخير (فيبقى على الأصل ولا يلحق به، وإذا اشترى المكاتب أمة ووطئها بغير إذن المولى) أو بإذنه لكنه قال بغير إذنه ليتبين منه ما إذا كان بإذنه بطريق الأولى (ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتاب من غير تأخير إلى الإعتاق وإن وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق) فيما إذا كان بغير إذنه (و حكم (المأذون له كذلك) قناً كان أو مدبراً، والفرق المذكور في الكتاب تقريره الكتابة أوجبت الشراء والشراء أوجب سقوط الحد وسقوط الحد أوجب العقر، فالكتابة أوجبت العقر، ولا كذلك النكاح، وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج إلى شرح .

فصل

قال: (وإذا ولدت المكاتبه من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها، وصارت أم ولد له) لأنها تلقتها جهتها عاجلة بيدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما، ونسب ولدها ثابت من المولى

فصل

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول، ففصلها بفصل ووصلها بالذكر، كذا في الشروح قوله: (ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة). قال تاج الشريعة، فإن قلت: ينبغي أن لا يسقط لأن الأكساب تسلم لها وكذا أولادها التي اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة. قلت: الكتابة تشبه المعاوضة، وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط، وبالنظر إليه يسقط؛ ألا يرى أنه لو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثاً يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الأكساب عملاً بجهة المعاوضة، وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملاً بجهة الشرط، انتهى كلامه. وقد اقتضى أثره صاحب العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب. أقول: في الجواب نظر. أما أولاً فلأنه قد تقرر فيما مر مراراً أن العمل بالشبهين إنما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين، وها هنا ليس كذلك لأن جهة كون الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البدل، وجهة كونها شرطاً تستلزم سقوطه، وهما: أي السقوط وعدمه متنافيان قطعاً لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة، وتنافي اللازمين يوجب تنافي الملزومين فلا يمكن اجتماعهما كذلك. وأما ثانياً فلأن العمل بالشبهين لو تصور ها هنا فإنما يتصور عند ثبوت الكتابة لأنها هي المشابه لكل من المعاوضة والشرط، لا عند بطلانها لأنه ينتفي حينئذ محل المشابهة بالكلية، فما معنى قول هؤلاء الشراح: فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين. وقلنا: بسلامة الأكساب عملاً بشبه المعاوضة، وقلنا بسقوط الكتابة عملاً بشبه الشرط. ثم أقول: الحق في الجواب عن ذلك السؤال ما أشار إليه المصنف في المسألة الآتية بقوله غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد، لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه انتهى تأمل قوله: (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة، ولا تنافي بينهما لأنه تلقتها جهتها حرية) قال صاحب العناية: لا يقال أحدهما يقتضي العتق بيدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين، لأنه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتها على سبيل البدل انتهى. ورد بعض الفضلاء قوله: والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين بأن قال: إن أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم، كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الأكساب، بخلاف العتق بأموية الولد، وإن أراد النوعية فلا تنافي انتهى. أقول: وهو مردود بشقيه. أما شقه الأول فلأن صاحب العناية أن أراد بقوله: والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر فلا مجال لعدم تسليمه، لأنه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق بالكتابة، والعتق بأموية الولد في اللوازم سنداً لمنع ذلك، بل قال:

فصل

مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الأول ففصلها بفصل قوله: (وإذا ولدت المكاتبه من المولى) وذلك بأن ادعاه (فهي بالخيار إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له) سواء صدقته إذا ادعى أو كذبه، لأن للمولى حقيقة الملك في رقبته ولها حق الملك والحقيقة راجحة فيثبت من غير تصديق وإنما تتخير لأنه تلقتها جهتها حرية عاجلة بيدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى سواء جاء به لسته أشهر أو أكثر (وهو

فصل وإذا ولدت المكاتبه

قوله: (سواء صدقته إذا ادعى أو كذبه لأن للمولى النخ) أقول: قوله لأن تعليل لقوله أو كذبه قوله: (فعملنا بالشبهين) أقول: نظراً

وهو حر لأن المولى يملك الإعتراف في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاء بالدعوة. وإذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاهما لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا. ثم إن مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة، وإن ماتت وهي وتركت ما لا تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جرياً على موجب الكتابة، وإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر، ولو ولدت ولد آخر لم يلزم المولى إلا أن يدعي لحرمة

العتق الواحد لا يثبت بهما، وعدم ثبوت العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في اللوازم أمر جلبي لا يقبل المنع، وما ذكره ذلك البعض في معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصح أن يكون سنداً لمنع ذلك، بل إنما يكون علة لسقوط المنع عنه. وأما شقه الثاني فلأنه أن أراد بقوله: فلا تنافي في قوله، وإن أراد النوعية فلا تنافي أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع، كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الأكساب لها، بخلاف العتق بأموية الولد فأني يجتمعان معاً، وإن أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل البذل فهو عين ما قاله صاحب العناية: في تعليل لا يقال قوله: (غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الأكساب والأولاد، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه) قال صاحب غاية البيان: ولقاتل أن يقول: النظر في إيفاء حقها إليها وحقها الحرية وقد حصل لا في إبطال حق الغير، لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه، ولم تعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لأنها عتقت بالاستيلاء لا بالكتابة انتهى. قال بعض الفضلاء: بعد نقل هذا الإيراد عن الشارح المزبور: وأنت خير أنه ليس فيه إبطال حق الغير لأنها عتقت وهي مكاتبة، وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى. أقول: ليس هذا بدفع صحيح لأن ملك المكاتب والمكاتبة في أكسابهما إنما هو يداً لا رقة ولهذا لا يملكان التبرع فيهما، وإنما رقة أكسابهما ملك مولاهما كرقبة أنفسهما ما لم يؤديا بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كله مما سبق ومما يأتي.

حر لأن المولى يملك الإعتراف في ولدها) لأن الدعوى من المولى كالتحرير، وأنه يملك تحرير ولدها من غيره قصداً، فلأن يملك ذلك ضمناً للدعوة بطريق الأولى. وقوله: (وما له من الملك) دليل قوله ونسب ولدها ثابت من المولى، ويندفع به ما عسى أن يترهم أن ملك المولى في الكتابة ناقص فلا تصح دعوته، لأن ملكه فيها أقوى من ملك المكاتب في مكاتبتها بدليل جواز إعتراف المولى بمكاتبتها دون المكاتب، والمكاتب إذا ادعى نسب الولد من مكاتبتها يثبت نسبه فلأن يثبت من المولى أولى، (فإن اختارت الكتابة ومضت عليها أخذت العقر من مولاهما) أي مهر مثلها (لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا) يعني قبل فصل الكتابة الفاسدة بقوله لأنها صارت أخص بأجزائها توسلاً إلى المقصود بالكتابة (ثم إن مات المولى) يعني بعد مضيتها على الكتابة (عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) على ما نذكره. فإن قيل: وجب أن لا يسقط لأن الأكساب ها هنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة. أجب بأن الكتابة تشبه المعاوضة، وبالنظر إلى ذلك لا يسقط البذل وتشبه الشرط، وبالنظر إليه يسقط، ألا يرى أنه لو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها ثلاثاً يطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة به فعملنا بالشبهين، وقلنا بسلامة الأكساب عملاً يشبه المعاوضة، وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملاً يشبه الشرط (وإن ماتت وهي وتركت ما لا تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث لابنها جرياً على موجب الكتابة، وإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لأنه حر ولو ولدت ولد آخر) وهي ماضية على الكتابة (لم يلزم المولى) بالسكوت لأن نسب ولد أم الولد إنما يثبت بالسكوت إذا لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلا بد من الدعوة، وباقي كلامه ظاهر والله أعلم. قال: (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) وإذا كاتب المولى أم ولده جاز، لأن الكتابة يتوسل بها إلى ملك السيد في الحال، والحرية عند أداء

لها قوله: (والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين) أقول: إن أراد الوحدة الشخصية لغير مسلم، كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الأكساب بخلاف العتق بأموية الولد، وإن أراد النوعية فلا تنافي قوله: (على سبيل البذل) أقول: وتوارد علتين ممتنعين: الاجتماع على معلول واحد شخصي لا يمتنع.

وطئها عليه، فلو لم يدع وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعاً لها، فلو مات المولى بعد ذلك عتق ويطل عنه السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها. قال: (وإذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجتها إلى الاستفادة الحرة قبل موت المولى وذلك بالكاتب، ولا تنافي بينهما لأنه تلقتهما جهتا حرة: (فإن مات المولى عتقت بالاستيلاء) لتعلق عتقها بموت السيد (ومسقط عنها بدل الكتابة) لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها بغير فائدة، غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأكساب والأولاد، لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه. ولو أدت المكاتب قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية. قال: (وإن كاتب مديبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي، إذ الحرية غير ثابتة، وإنما الثابت مجرد الاستحقاق (وإن مات المولى) ولا مال له غيرها (فهى

فقلوه: وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لأن ملكها في كسبها يدا لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه رقة فلا يندفع الاستشكال بلزوم إبطال حق الغير بالنظر إلى ملك الرقة ثم قال صاحب العناية: ولنا في قوله: تسلم لها الأولاد أيضاً نظر، لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد بالتعليل الذي ذكره لأن الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أيضاً في حق الأولاد يكون النظر لها باقياً، لأن حكم ولد أم الولد له حكم الأم لأنه تابع للأمم حالة الولادة انتهى كلامه. أقول: هذا النظر ساقط جداً، لأن المراد بالأولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور هي الأولاد التي ولدت قبل كتابة أمها من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الأولاد في قول المصنف تسلم لها الأكساب والأولاد بقوله: أي الأولاد التي اشترتها المكاتب في حال الكتابة لا الأولاد التي ولدت من مولاهما انتهى. ولا شك في الحاجة إلى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الأولاد، إذ لو

البدل وحاجة أم الولد إلى الاستفادة هذا المعنى قبل موت المولى كحاجة غيرها فكان جائزاً. لا يقال: أحدهما يقتضي العتق ببدل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين، لأنه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق تلقتهما على سبيل البدل. وعورض بأن مالية أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة فكيف يقابلها بدل متقوم. وأجيب بأن ملك المولى فيها ثابت يدا ورقية، والكتابة لرفع الأول في أول الحال ولرفع الثاني في الثاني، والملك يجوز أن يقابل ببدل متقوم، وإن لم يكن متقوماً كملك القصاص إذا عفا بعض الأولياء فإنه يقابل حصة الآخرين بالمال (فإن مات المولى عتقت بالاستيلاء لتعلق عتقها بموت

قال المصنف: (غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد) أقول: قال الإقناني: لم نجد فيه الرواية المنصوصة. ولقائل أن يقول: النظر إليها في إيفاء حقها إليها وحقها الحرية وقد حصل، لا في إبطال حق الغير لأن الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه، ولم تعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لا لها لأنها عتقت بالاستيلاء لا بالكتابة. ولنا في قوله تسلم لها الأولاد أيضاً نظر، لأنه لا حاجة إلى ذكر الأولاد بالتعليل الذي ذكره، لأن الكتابة لو اعتبرت مفسوخة الأولاد أيضاً في حق يكون النظر لها باقياً، لأن حكم ولد أم الولد حكم الأم لأنه تابع للأمم حالة الولادة اه كلامه. وأنت خير بأنه ليس فيه إبطال حق الغير لأنها عتقت وهي مكاتب، وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل قوله: (فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة) أقول: امتناعه غير بين ولا يبين في العقود الشرعية فكم لها نظائر قوله: (والثاني أن يطل بانتهاه بإيفائه) أقول: فيه شيء، فإن بالإيفاء يقرر ولا يطل. والحق أن بطلان الثاني لحصول المعلوم وهو العتق بعله أخرى فالسعي في إيفائه بعده يكون سعياً في تحصيل الحاصل، وهذا هو الذي أشار إليه المصنف على ما قرره الشارح قوله: (وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه) أقول: وفيه أنه ليس في الثاني إيفاء الكتابة مع إبطالها وكان الكلام فيه. وجوابه أن عتقها كانت بأمرية الولد حقيقة، لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باطلة بالإيفاء نظراً لها، فليس الإيفاء والإبطال في زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل قوله: (والمعلوم الواحد بالشخص لا يعمل بملتين مختلفتين) أقول: إذا كانتا قريبتين ولا تسلم ذلك فيما نحن فيه قوله: (لأن للكتابة جهتين: جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه) أقول: أراد من قوله هي أولاً العتق ومن قوله هي ثانياً البدل قوله: (فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول: وعلى هذا فقول المصنف إذ الحرية غير ثابتة تعليل لوجود المقتضى، والظاهر أنه تعليل لانتفاء المانع، فإنه لو ثبت لها حقيقة الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة به أو بكليهما قوله: (وانتفاء المانع) أقول: معطوف على قوله لوجود المقتضى.

بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف: تسعى في أقل منهما. وقال محمد: تسعى في الأقل من ثلثي بدل الكتابة، فالخلاف في الخيار والمقدار. فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار، ومع محمد في نفي الخيار. أما الخيار ففرع تجزؤ الإعتاق عنده لما تجزأ بقى الثلثان رقيقاً وقد تلقاها حرية ببديلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير. وعندهما لما عتق كلها بعثت بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير. وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البذل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البذل بمقابلته؛ ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة. ولهما أن جميع البذل مقابل بثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء، وهذا لأن البذل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحققت حرية الثلث ظاهراً، والظاهر أن الإنسان لا يلزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما إذا طلق

اعتبرت الكتابة مفسوخة أيضاً في حق بأمثالهم لكانوا أرقاء لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقياً في حقهم إذ ذاك قطعاً. وقال صاحب العناية في هذا المقام: ولقائل أن يقول: الكتابة عقد أحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة؟ والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين: أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن إيفاء البذل، والثاني أن يبطل بانتهائه بإيفائه، وبالأول يعود رقيقاً فأولاده وأكسابه لمولاه، وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه، وحيث احتجنا إلى إبطال الكتابة نظراً للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه. أقول: لا السؤال شيء ولا الجواب. أما الأول فلأن كون الكتابة عقداً واحداً لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة إذا كانا من جهتين مختلفتين، فإنهم شرطوا في تحقق التناقض أموراً منها وحدة الجهة، وما هنا لم تتحقق تلك الوحدة لأن بطلان عقد الكتابة من جهة البذل وعدم بطلانه من جهة الأولاد والأكساب كما يفصح عنه قول المصنف، لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الأكساب والأولاد فلا محذور أصلاً. وأما الثاني فلوجوه: أحدها أن انتهاء الكتابة بإيفاء البذل إنما هو تمامها وتقررها، فجعل أحد طريقي بطلانها مما لا يساعده العقل والنقل. وثانيها أن المكاتب في مسألتنا هذه ممن لم يقع منه إيفاء البذل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على إيفائه واعتبار غير الواقع واقعاً لمجرد النظر لها مما لا نظير له في قواعد الشرع. وثالثها أن قول المصنف: لأن الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الأكساب والأولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح المزبور تحقيق كلامه، لأنه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بإيفاء تمام البذل يصير إتمام الكتابة في حق البذل وفي حق الأكساب والأولاد على السواء كما هو الحال عند إيفاء البذل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البذل وبقيائها في حق الأكساب والأولاد وجه. ورابعها أن حمل بطلان عقد الكتابة ها هنا على المعنى الثاني الذي تخيله هذا الشارح لا يدفع أصل السؤال، لأن بطلان العقد على أي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متنافيان قطعاً إذا كانا من جهة واحدة، وإن صير إلى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج إلى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلاً. ثم قال صاحب العناية: لا يقال في كلام المصنف تسامح لأنه علل بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة، ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمتين مختلفتين، لأن للكتابة جهتين: جهة هي للمكاتب، وجهة هي عليه، وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمل فلعله شديد، إلى هنا كلامه. أقول: هذا السؤال أيضاً ليس بشيء وجوابه ليس بسديد. أما الأول فلأن المعلول الواحد بالشخص إنما لا يعمل بعلمتين مستقتلتين

السيد وسقط عنها بدل الكتابة، لأن الغرض من إيجاب البذل العتق عند الأداء، فإذا عتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها بلا فائدة بالنسب إلى البذل، وبقيت في حق الأولاد والأكساب يعتق الأولاد وتخلص لها الأكساب. ولقائل أن يقول: الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة. والجواب أن تحقيق

امراته ثنتين ثم طلقها ثلاثاً على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة، كذا ها هنا، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا. قال: (وإن

على سبيل الاجتماع. وأما على سبيل البدل فيعمل بهما قطعاً على ما تبين في موضعه، والأمر فيما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلان أو أدلة كذلك، فإن المقصود في أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعمل به المطلوب بدلاً عن الآخر. وأما الثاني فلأن كون المعلل بالعلة الأولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع، لأن تلك الجهة أن يلزمه إبقاء البدل وقوله لامتناع إبقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك، بل يدل على خلافه لأن عدم الفائدة بسقوط بدل الكتابة عنها، وإذا أسقط عنها البدل لا يلزمها إبقاؤه قطعاً فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليين على ما لها وما عليها سديداً كما لا يخفى قوله: (والإعتاق عنده لما تجزأ بقي الثلثان رقيقاً وقد تلقاها جهتا حرية بديلين معجل بالتدبير وموَجَل بالكتابة فتخير) لأن في التخيير فائدة وإن كان جنس المال متحداً لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين أسير باعتبار الأجل وأداء أقلهما أسير لكونه حالاً فكان التخيير مفيداً، كذا في عامة الشروح. وعزاه في معراج الدراية إلى مبسوط شيخ الإسلام. أقول: فيه شيء وهو أن الفائدة المذكورة إنما تتصور في صورة إن كان البدل المعجل بالتدبير أقل من البدل المؤجل بالكتابة. وأما في العكس فلا، إذ لا شك أن أداء الأقل المؤجل أسير من كل وجه من أداء الأكثر المعجل، فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة أصلاً لتعين اختيارها الأقل لا محالة كما قال صاحبها، مع أن الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من إطلاق المسألة في الكتب بأسرها قوله: (وعندهما لما عتق كلها بعث بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالكين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير) واعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعاية في ثلثي قيمتها لا غير. وأجيب بأننا قد حكمتنا بصحة الكتابة نظراً لها فتبقيتها لذلك فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه، كذا في العناية أخذاً من شرح تاج الشريعة. أقول: في الجواب إشكال، لأن القول بإبقاء الكتابة فيها بعد أن عتق كلها بالتدبير ينافي قول المصنف، وعندهما لما عتق كلها بعث بعضها فهي حرة، إذ الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة، فأني يتصور إبقاء الكتابة فيها بعد أن صارت حرة عندهما. فإن قلت: المراد إبقاء حكم الكتابة لا إبقاء حقيقتها والمنافي للحرية هو الثاني دون الأقل.

كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين: أحدهما أن تبطل بعجز المكاتب على إبقاء البدل، والثاني أن تبطل بانتهائه بإيفائه، وبالأول يعود رقيقاً وأولاده وأكسابه لمولاه، وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه، وحيث احتجنا ها هنا إلى بطلان الكتابة نظراً للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا إليه. لا يقال: في كلام المصنف تسامح، لأنه علل بطلانه بامتناع بقاءه من غير فائدة ثم علله بالنظر له، والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مختلفتين، لأن للكتابة جهتين: جهة هي للمكاتب، وجهة هي عليه، وعلل الثانية بالأولى والأولى بالثانية فتأمله فلعله سديد (ولو أدت المكاتب) بالنصيب: أي بدل الكتابة. وفي بعض النسخ: ولو أدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية وإن كاتب مدبرته) وضع المسألة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعها في المبسوط في المدبر، وإنما جاز كتابتها لوجود المقتضي وهو الحاجة، فإن الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لا حقيقتها وانتفاء المانع وهو عدم المنافاة كما تقدم. قال: (وإن مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمتها مدبرة لأقنة وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة) وقد أوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة إيضاح قوله: (فتخير) لأن في التخيير فائدة وإن اتحد الجنس لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين أسير باعتبار الأجل، وأداء أقلهما أسير لكونه حالاً فكان التخيير مفيداً قوله: (وجب عليها أحد البديلين

قوله: (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول: فيه تأمل قوله: (لأن إخراجها عن الملك) أقول: أي لا إلى مالك قال المصنف: (والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال الخ) أقول: لا يتمشى على أصل أبي يوسف فإنه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الإعتاق.

دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا: (ولها الخيار، إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة) لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك، فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة. وقالوا: تسعى في الأقل منهما، فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا. أما المقدار فمتفق عليه، ووجهه ما بينا. قال: (وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لأنه ما التزمه إلا مقابلاً بالعتق وقد حصل له دونه فلا

قلت: لو أبقى حكم الكتابة لأبقى تأجيلها لأنه من خصائصها. ولهذا قال في الكافي: في تقرير دليل الإمامين هنا. وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الأجل لأنه من خصائص الكتابة وبقي أصل المال عليه غير مؤجل الخ. ولو أبقى تأجيلها لزم أن لا يتم قولهما: فتختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخيير لجواز أن تختار الأكثر المؤجل لكون أداته أيسر من أداء الأقل المعجل كما مر في بيان دليل أبي حنيفة فيكون هذا هو المعنى للتخيير فلا تنقطع مادة الإشكال قوله: (والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته) أقول: لمانع أن يمنع هذه المقدمة، فإنه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية، والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقتها فجاز أن يحتاج إلى استفادة حقيقتها عاجلاً فتلتزم المال بمقابلتها؛ ألا ترى أنه يجوز للمولى أن يكاتب أم ولده بالإجماع مع استحقاقها حرية الكل قطعاً لعتقها عند موت مولاهما من جميع المال دون ثلثه، فإذا جاز التزام المال من أم الولد بمقابلة ما تستحق حرته كلاً للاحتياج إلى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر، فلأن جاز ذلك من المدبرة بمقابلة ما تستحق حرته بعضاً لتلك العلة بعينها أولى كما لا يخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال: لا يتمشى على أصل أبي يوسف فإنه استحق حرية الكل عنده لعدم تجزؤ الإعتاق اهـ. أقول: ذاك ساقط لأننا لا نسلم أن المدير والمدبرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده، بل الظاهر أنهما يستحقان به حرية الثلث عندهم جميعاً ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثهما إذا لم يكن له مال غيرهما بالإجماع، وثبوت عتق الكل بعتق البعض عند موت المولى على أصل الإمامين وهو عدم تجزؤ الإعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضاً.

فتختار الأقل) قد اعترض عليه بأن الإعتاق لما لم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعتق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجبت السعاية في ثلثي قيمتها لا غير. وأجيب بأننا قد حكمنا بصحة الكتابة نظراً لها فتبقيتها لذلك فربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه. وقوله: (أنه قابل البذل بالكل) لأنه أضاف العقد إلى ذاتها فقال كاتبك على كذا والمحل قابل لها كالفئة فتصير كلها مكاتبية (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قابله من البذل وإلا لكان ما فرضناه سالماً غير سالم هذا خلف باطل. وقوله: (وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكاتب عبده أولاً ثم يدره ثم يموت ولا مال له سواء فإنه يسقط عنه ثلث البذل بالاتفاق وهي المسألة التي تلي هذه المسألة. وقوله: (لأنها استحققت حرية الثلث ظاهراً) أي مكشوفاً بينا لا يخفى على أحد، لأن إخراجها عن الملك بغير الإعتاق غير صحيح، فإن أعتقها خرج عما نحن فيه، وإن ماتت قبله فكذلك، وإن مات المولى عن مال تخرج من ثلثه فقد استحققت حرية كلها، وإن لم يترك غيرها فقد استحققت حرية ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعاً (والظاهر) البين (أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته) فتعين أن يكون جميع البذل بمقابلة ثلثي

قوله: (لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال بما هو مال) أقول: أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة المتروكة قوله: (وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز) أقول: أشار بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله اعتياض عما ليس بمال بما هو مال، ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق، إلا أن يقال: ذلك على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج إلى قوله وإذا لم يجز ذلك، فإنه إذا لم يجز أخذ المال عوض الأجل تكون الخمسمائة المتروكة بمقابلة الأجل قوله: (لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً) أقول: لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل وإسقاط الديون المؤجلة، وكلام العاقل يجب صونه عن الإناء، فالمكاتب يعتبر مسقطاً حقه الذي هو التأجيل، والمولى مسقطاً بعض حقه وهو خمسمائة.

يلزمه، والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلاً إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له لأننا نبقي الكتابة في حقه. قال: (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز) استحساناً. وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا، ولهذا لا يجوز مثله في الحرّ ومكاتب الغير. وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر

ولئن سلم استحقاق المدبر والمديرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لأنها استحققت حرية الثلث ظاهراً هو أنها استحققتها مجاناً من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين، ويقول والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرّيته هو أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرّيته مجاناً، بخلاف ما لا يستحق حرّيته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعاية فإنه يجوز له أن يلتزم المال بمقابلته. ولا يخفى أن هذا المعنى يتمشى على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضاً تفكر تفهم قوله: (وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال هو مال، لأن الأجل ليس بمال والدين مال، وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة، وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلاً عن ألف وذلك ربا اه كلامه. وقال بعض الفضلاء: أشار بقوله: ذلك في قوله: وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز إلى قوله: اعتياض عما ليس بمال بما هو مال، ولكنه منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق إلا أن يقال: ذلك على خلاف القياس بالنص اه. أقول: ليس ذلك منقوضاً بالمهر والمال المقابل بالطلاق، لأن المراد بعقد المعاوضة في قوله: وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز ما ذكر العوض فيه بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة فيخرج منه النكاح والطلاق على مال ونحوهما، لأن ذكر العوض بطريق الأصالة. وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب حيث قالوا: أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب والقبول بطريق الأصالة. وقالوا: خرج بقولنا ما ليس بمال البيع والهبة بشرط العوض. وخرج بقولنا: لا يقال هلا جعلت إسقاطاً لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً اه. وقال ذلك البعض من الفضلاء: لو صح هذا لم تجز هبة المهر المؤجل وإسقاط الديون المؤجلة اه. أقول: ليس هذا بسديد، لأن المستحق في كل منهما هو المؤجل، والمسقط أيضاً هو

رقيتها فلا يسقط منه شيء. ولقائل أن يقول: لو كان كذلك لما عتق الجميع إذا أدت كل البدل قبل موت المولى لأنه في مقابلة الثلثين لا الكل. والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لأنه لا يقول بتجزؤ الإعتاق. وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر أنا حكمنا بصحة الكتابة نظراً للمدبر، وليس من النظر أن يبقى بعضه غير حرّ ويغرم كل البدل، فاعتبرنا المقابلة الصورية قبل موت المولى نظراً له قوله: (إذ لا استحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل، فإذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقتها جهتا حرية (ولها الخيار، إن شاءت مضت على الكتابة، وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة، لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك) لأن النفقة والجنابة على المكاتب في حال الكتابة، وإذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك (فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تخيرت بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما، فاختلفوا ها هنا في الخيار بناء على ما ذكرنا) من تجزؤ الإعتاق (وأما المقدار فمفتق عليه) ومحمد مَرَّ على أصله لا يحتاج إلى فرق، والفرق لهما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل ها هنا مقابل بالكل الخ. قال:

قوله: (وقد اختلف الجنس فلم يكن ثمة ربا) أقول: لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال قوله: (وقد استعمله باللام) أقول: يجوز أن تكون زائدة كما في «ردف لكم» قوله: (لما تقدم أن له شيئاً) أقول: الأولى أن يقال: لأنه شرع مع المنافي كما علله غيره. قوله: (فيكون من هذا الوجه يميناً) أقول: اليمين أيضاً من العقود.

على الأداء إلا به فأعطى له حكم المال، وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربا، ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة، بخلاف العقد بين الحرين لأنه

المؤجل، وليس هناك شرط شيء معجل في المقابلة فلم يوجد التصرف في غير المستحق أصلاً، بخلاف ما نحن فيه فإن الخمسمائة المعجلة التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن حمل الصلح إسقاطاً لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر، فإن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً فلا يمكن الاستيفاء. نعم لو قال صاحب العناية: لا يقال هلا جعلت الصلح إسقاطاً لبعض الحق واستيفاء لبعضه الآخر لأن الإسقاط والاستيفاء إنما يتحققان في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً لكان أظهر، لأن تأثير قوله والمعجل لم يكن مستحقاً في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الإسقاط فيه كما لا يخفى. وعن هذا قال

(وإذا اعتق المولى مكاتبه الخ) وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة إلى تحصل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة إليها. فإن قيل: الكتابة لازمة في جانب المولى فلا تقبل الفسخ. أجب بقوله: (والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) واللزوم كان لتعلق حقه، فإذا رضي بالفسخ فقد أسقط حقه كما لو باعه المولى أو أجره برضاه (والظاهر رضاه توسلاً إلى عتقه بغير بدل) فإنه إذا رضي به ببذل فلا بدل يكون أرضى، وقوله: (مع سلامة الأكساب له لأننا نبقي الكتابة في حقه) إشارة إلى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضياً ببذل نظراً إلى سلامة الأكساب له فقد تكون الأكساب كثيرة تفضل بعد أداء البذل منها له جملة. ووجهه أن الأكساب سالمة له لأننا نبقي الكتابة في حقه لتبقى الأكساب على ملكه نظراً له، وحينئذ صار الظاهر كالمحقق الواقع فيعتق بإعتاقه (وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز استحساناً. والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عما ليس بمال) بما هو مال (لأن الأجل ليس بمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة، وإذا لم يجز ذلك كان خمسمائة بدلاً عن ألف (وذلك ربا) لا يقال: هلا جعلت إسقاطاً لبعض الحق ليجوز لأن الإسقاط إنما يتحقق في المستحق والمعجل لم يكن مستحقاً ولهذا لا يجوز مثله بين الحرين وقد مر في كتاب الصلح، وكذا لا يجوز إذا كان على مكاتب الغير ألف إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة (وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على أداء البذل إلا به فأعطى له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا) وكانا اعتياضاً عما هو مال من وجه بما هو مال من وجه، وقد اختلف الجنس (فلم يكن) ثمة (رباً) وفيه بحث لأن المال ما يتمول به وهو يعتمل الإحراز وذلك في الأجل غير متصور، ولأن قوله فأعطى له حكم المال ليس بمستقيم لفظاً ومعنى، أما لفظاً فلأن أعطى متعد إلى مفعوليه بلا واسطة وقد استعمله باللام وأما معنى فلأنه قال الأجل في حق المكاتب مال من وجه، فإن أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجه فات الاعتدال إذ الدين مال من وجه، وإن أراد حكم المال من وجه فهو تحصيل للحاصل. والجواب أن ما ذكرتم من أن المال ما يتمول به ويحز صحیح إذا كان مالاً من كل وجه، وليس ما نحن فيه كذلك، وإنما المراد به ما هنا أنه وسيلة إلى تحصيل مقصود المكاتب وهو في ذلك كعين الدراهم لتوقف قدرة الأداء عليه توقفها على عين الدراهم، وضمن أعطى معنى اعتبر، ومعناه اعتبر للأجل حكم المال، فإن الشيء يجوز أن يكون جهة في شيء ولا يكون معتبراً، فبين أنه اعتبر له تلك الجهة تصحيحاً للعقد ونظراً للمكاتب قوله: (ولأن عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان، وتقديره أن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لما تقدم أن له شبهة بالتعليق بالشرط فيكون من هذا الوجه يميناً والأجل ربا من كل وجه ففيه شبهة الربا، وشبهة الربا إذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا معتبر بها، بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة لا شبهة الشبهة. قال: (وإذا كاتب المريض عبده على ألفين إلى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز الورثة الأجل) لأن المريض تصرف فيه وهو حقهم فلمهم أن يردوه دفعاً لضرر تأخير حقهم إلى مضي الأجل عن أنفسهم (فإن المكاتب يؤدي ثلثي الألفين حالاً) وهو ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم (والباقي) وهو ستمائة وستة وستون

قوله: (بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه) أقول: وخرج الجواب أيضاً عن مكاتب الغير فليتأمل قوله: (والأخذ بالشفعة) أقول: فيه شيء والأمر سهل.

عقد من كل وجه فكان ربا والأجل فيه شبهة . قال : (وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالاً والباقي إلى أجله أو يرد رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يؤدي ثلثي الألف حالاً والباقي إلى أجله) لأن له أن يترك الزيادة بأن يكتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما إذا خالغ المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز ، لأن له أن يطلقها بغير بدل . ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليها أحكام الأبدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل ، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع ، بخلاف الخلع لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ، ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالاً والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع . وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى . قال : (وإن كتبه على ألف إلى سنة وقيمتها ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثي القيمة حالاً أو ترده رقيقاً في قولهم جميعاً) لأن المحاباة هنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما .

تاج الشريعة : في شرح قول المصنف : لأنه اعتياض عن الأجل ، لأن المعجل غير مستحق بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح إسقاطاً للبعض واستيفاء للبعض ، فلو جعل إنما يجعل اعتياضاً عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الأجل بخمسمائة أخرى ، والاعتياض عن الأجل لا يجوز اهـ قوله : (وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به) قال بعض العلماء : فيه مناقشة ظاهرة ، إذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فليتأمل اهـ . أقول : هذه المناقشة إنما تظهر أن لو أرادوا بنفي القدرة على الأداء إلا به نفي القدرة الممكنة وهي أدنى ما يتمكن به من الأداء ، وأما إذا أرادوا بذلك نفي القدرة الميسرة وهي ما يوجب اليسر على الأداء كما هو الظاهر فلا يكون للمناقشة مجال لظهور أن اليسر على الأداء في حق المكاتب إنما يتصور بالأجل لأنه يخرج عن يد المولى مفلساً فيمتنع الناس غالباً عن إقراضه المال في الحال فيعسر الأداء عليه جداً بدون الأجل وإن أمكن في الجملة ، على أن المصنف وأضرابه لم يتشبهوا في تعليل صحة الكتابة الحالة عندنا بجواز الاستقراض ، بل قالوا : إن عقد الكتابة عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه ، وأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى ، ومتى امتنع من الأداء في الحال يرد إلى الرق أه فلم يتم قول ذلك المناقش ، وبذلك الاعتبار صح الكتابة الحالة فتدبر ، والله أعلم .

درهماً وثلثاً درهم (إلى أجله أو يرد رقيقاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : يؤدي ثلثي الألف حالاً والباقي إلى أجله لأن له أن يترك الزائد على قيمته) ومن له ترك شيء له ترك وصفه والتعجيل وصف فيجوز تركه (وصار) ذلك (كما إذا خالغ المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل) ولو قال لأن له أن يترك الزيادة وثلث الألف فله أن يؤخرهما كان أحسن فتأمل (ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة) بدليل جريان أحكام الأبدال من جواز المراجعة على الألفين وجواز الحبس على المماطلة والأخذ بالشفعة فإنها تتعلق بجميع المسمى وهو الألفان ، وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة لتعلقه بالمبدل ، فإن المبدل لما كان متقوماً كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة ، وما تعلق به حق الورثة جاز للمريض إسقاط ثلثه فيجوز تأجيله لأنه إسقاط معنى ، بخلاف بدل الخلع فإن حق الورثة لم يتعلق به لأنه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال ، وعلى هذا الأصل اختلافهم إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل ؛ فعندهما يخير المشتري بين أداء ثلثي جميع الثمن حالاً والثلث إلى أجله ، وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما بينا من المعنى : يعني الدليل من الطرفين (وإن كتبه على ألف إلى سنة وقيمتها ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالاً أو يرد رقيقاً في قولهم جميعاً لأن المحاباة في القدر) وهو إسقاط ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الألف الأخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الإسقاط والتأخير ، لكن لما سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضاً ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الإسقاط ولا في حق التأخير .

باب من يكتتب عن العبد

قال: (وإذا كاتب الحر من عبد بألف درهم، فإن أدى عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب) وصورة المسألة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط، وإذا قبل العبد صار مكاتباً، لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة، ولو لم يقل على أني إن أديت ألفاً فهو حر فأدى لا يعتق قياساً لأنه لا شرط والعقد موقوف على إجازة العبد. وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد. وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب (ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد) لأنه متبزع.

باب من يكتتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها، وقدم أحكام الأصل لأن الأصل في تصرف المرء أن يكون لنفسه قوله: (وهي أولى بذلك من الأجنبي) يعني أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الأجنبي، فلأن يجوز في حق ولدها أولى لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي، كذا في

باب من يكتتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها، وقدم أحكام الأصل لأن الأصل في تصرف المرء أن يكون لنفسه. قال: (وإذا كاتب الحر من عبد بألف درهم الخ) قال في الجامع الصغير: وإذا كاتب الحر من عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق، وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب. واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم: هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفاً فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط، وإذا قبل العبد صار مكاتباً: يعني إن هذا العقد نافذ في حق مال العبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأداء هذا القائل وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البذل لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازة من له الإجازة، فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتباً، لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء، ولو وكله العبد بذلك نفذ عقده عليه، فكذا إذا أجاز بعد العتق. وقال بعضهم: هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم يقل على أني إن أديت إليك ألفاً فهو حر فأدى عتق استحساناً. وفي القياس لا يعتق لأنه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف لما مر. وجه الاستحسان أنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق: أي في توقف العتق على أداء القائل فيصح العقد في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الألف العبد. قيل ما الفرق بين هذه وبين البيع، فإن بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيز فيما له وفيما عليه، وما هنا لا يتوقف فيما له. والجواب أن ماله هنا إسقاط وهو لا يتوقف على القبول وما عليه إلزام وهو يتوقف عليه، ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد لأنه متبزع حيث لم يأمره بالأداء ولا هو مضطر في أدائه، وهل له أن يسترد ما أدى إلى المولى؟ فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه. قال: (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه الخ) إذا قال العبد لمولاه كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحساناً. وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها، ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه، كمن باع عبده وعبد غيره أو زوج أمته وأمة غيره. وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البذل شيء. فإن قيل: ليس ما نحن فيه كالمستشهد بها لأن الأولاد تابعة لها. من كل وجه، حتى أن المولى لو أعتق الأولاد لم يسقط من البذل شيء وتعتق الأولاد إذا أعتق المولى الأم، بخلاف العبد الغائب فإنه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد إليها مقصوداً، حتى أن المولى إذا أعتق الحاضر

باب من يكتتب عن العبد

قوله: (ذكر في هذا الباب أحكاماً تتعلق بالنائب فيها) أقول: كان الأظهر أن يقول بالتبعية، وإنما عدل عنه لملاحظة عنوان الباب قوله: (فإن بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيز فيما له) أقول: كثبت الملك له.

قال: (وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب، فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقا) ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب، وهذه كتابة جائزة استحساناً. وفي القياس: يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه. وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً، والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البذل شيء وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله أن يأخذه بكل البذل لأن البذل عليه لكونه أصلاً فيه، ولا يكون على الغائب من البذل شيء لأنه تبع فيه. قال: (وأيهما أدى عتقاً ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلأن البذل عليه. وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية، وإن لم يكن البذل عليه وصار كمعير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه. قال: (وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لأن الحاضر قضى ديناً عليه والغائب متبرع به غير

الشروح. قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك: وأقول لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز هنا قياس واستحسان، لأن الولد تابع لها، بخلاف الأجنبي وأرى أنه الحق اهـ. وأنا أقول: أرى أن الحق خلافه، وهو أن يكون ثبوت الجواز هنا أيضاً على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الإمام قاضيان في شرح الجامع الصغير، وما ذكره صاحب الكافي وبعض من شراح هذا الكتاب، وذلك لأن من ذهب إلى أن ثبوت الجواز هنا على وجه القياس والاستحسان إن أراد بوجه القياس ما هنا كون الولد تابعاً للأُم في الكتابة مطلقاً كما هو الظاهر من قول صاحب العناية: لأن الولد تابع لها، بخلاف الأجنبي فليس بتام، لأن تبعية الولد للأُم في الكتابة مطلقاً إنما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشترته في حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خيراً. ولا شك أن وضع مسألتنا هذه في كتابة الأمة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصورها هنا التبعية المطلقة، وأما التبعية الحاصلة بالضم إليها في عقد الكتابة فمثل هذه التبعية متحققة في المسألة الأولى أيضاً فلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك. وقال ها هنا

نفذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب، وإذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من المكاتبه ويجب على الحاضر حصته لا غير، ولا يلزم من نفوذ ما هو تبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف. فالجواب أن ما ذكرت يجوز أن يكون وجهاً للقياس. وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحيحاً للعقد ونظراً للمكاتب ولاشتماله على المسامحة، وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله: أي للمولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البذل، لأن البذل عليه لكونه أصلاً فيه، ولا يكون على الغائب من البذل شيء لأنه تبع فيه وهذا يدل على أن النظر في مجرد التبعية لا مغتبر بجهة الأصالة في انعقاد العقد عليه قوله: (وأيهما أدى عتقاً) تكرر لأنه قال في أول المسألة: فإن أدى الشاهد أو الغائب عتقاً، لكنه أعاده تمهيداً لقوله: (ويجبر المولى على القبول، أما الحاضر فلأن البذل عليه، وأما الغائب) فالقياس فيه أن لا يجبر لأنه متبرع إذ ليس عليه شيء من البذل. ووجه الاستحسان أن له فيه منفعة (لأنه ينال شرف الحرية وصار كمعير الرهن إذا أدى المرتهن) لفكالك عينه (يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم يكن الدين عليه، وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى ديناً عليه) ومثله لا يرجع (والغائب متبرع به غير مضطر إليه) ومثله أيضاً لا يرجع. فإن قيل: الغائب ها هنا كمعير الرهن ومعير الرهن مضطر ولهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطر إليه؟ فالجواب أنه كهو في حق جواز الأداء من غير

قوله: (وأما في الاستحسان فالنظر إلى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظر في أن يكون فيه جهة أصالة أو لا تصحيحاً للمعقد) أقول: قوله تصحيحاً ناظر إلى قوله فالنظر، والضمير في قوله فيه راجع إلى البعض قوله: (ولاشتماله على المسامحة) أقول: عطف على قوله تصحيحاً قوله: (في انعقاد العقد عليه) أقول: الضمير في قوله عليه راجع إلى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البذل شيء.

مضطر إليه . قال : (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء) لما بينا (فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء، والكتابة لازمة للشاهد) لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله، كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه، حتى لو أدى لا يرجع عليه، كذا هذا . قال : (وإذا كاتب الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز، وأبهم أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي .

لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى ادمع أن ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق، وإن أراد بوجه القياس ما هنا ثبوت ولاية المكاتبه على أولادها كثبوتها على نفسها فليس بصحيح، إذ قد صرحوا قاطبة بأن الأم الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالأمة، وقالوا: هذا هو السر في وضع هذه المسألة في الأمة، إذ لو وضعها في العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما فلا يعلم تساوي العبد والأمة في حكم هذه المسألة .

دين عليه لا في الاضطرار، فإن الاضطرار إنما هو إذا فات له شيء حاصل وها هنا ليس كذلك، بل إنما هو بعرضية أن تحصل له الحرية، وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسراناً: فإن قيل: حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فاته لو لم يؤذ فكان مضطراً . أجيب بأنه متوهم، وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء لما بينا) أنه فيه تبع (فإن قبل العبد الغائب ذلك ولم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) وإن رده الغائب لا أثر لرده وقبوله في ذلك (لأن الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله) فليس للمولى أن يأخذه بشيء من بدل الكتابة (كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه، كذا هذا، وإذا قبلت الأمة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وإنما وضع المسألة في الأمة إشارة إلى أن الحكم في العبد والأمة سواء، فإنه لو وضعها في العبد لربما توهم أن الجواز لثبوت ولاية الأب عليهما فلا يجوز ذلك في الأمة لعدم ولايتها، إذ الأم الحرة لا ولاية لها فكيف بالأمة؟ (وأبهم أدى لم يرجع على صاحبه، ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها أصلاً في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسألة الأولى) وذلك أن الأم إذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها، وكل من الولدين إن أدى فهو متبرع غير مضطر، وفي ذلك كله لا رجوع . فإن قيل: إذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الآخر لأنه لا أصالة بينهما ولا تبعية . فالجواب أن أحدهما إذا أدى كان أداؤه كأداء الأم لأنه تابع لها من كل وجه، ولو أدت الأم عتقوا، فكذا إذا أدى أحدهما . قيل وهذه فائدة وضع المسألة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى قوله: (وهي أولى بذلك من الأجنبي) يريد أن هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الأجنبي، فلأن يجوز في حق ولدها لأن ولدها أقرب إليها من الأجنبي أولى . وأقول: لعله إشارة إلى ما ذهب إليه بعض المشايخ أن ثبوت الجواز ما هنا قياس واستحسان، لأن الولد تابع لها، بخلاف الأجنبي وأرى أنه الحق، والله أعلم .

قوله: (فإن قيل حق الحرية، إلى قوله: أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتاً فلا يثبت به) أقول: الضمير في قوله بأنه راجع إلى قوله حق الحرية، والضمير في قوله به راجع إلى قوله متوهم قوله: (وكل من الولدين إن أدى الخ) أقول: الظاهر أن يقال وكلا .

باب كتابة العبد المشترك

قال: (وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما لصاحبه أن يكتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة، وقالوا: هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما)

باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لأن الأصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان. وقال أكثر الشراح: ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لأن الاثنين بعد الواحد. أقول: الوجه الأول هو الراجح، لأن الوجه الثاني لا يتمشى في المسألة الأولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة رحمه الله، بخلاف الوجه الأول تأمل تقف قوله: (وإذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح: وفي بعض النسخ بين شريكين وهي أولى اهـ. أقول: وجه الأولية أن حكم هذه المسألة يعم ما إذا كان العبد بين رجلين وما إذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين، ولفظ شريكين يتنظم الكل، إما يجعل الشريك فعلاً بمعنى مفعول من شركه في كذا فإن كلاً من المتشاركين في أمر شارك فيه ومشرك والفعل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكر والمؤنث، أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد الأسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جعلوا التوابع جمع تابع من هذه الحثية فيتناول المذكر والمؤنث على السوية. ثم إن صاحب العناية لما أخذ بنسخة: بين شريكين حيث قال: قال: وإذا كان العبد بين شريكين فسر بعض الفضلاء قوله شريكين برجلين حيث قال: أي بين رجلين. أقول: هذا أمر عجيب إذ لا شك أن حكم هذه المسألة غير مختص بما إذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يتحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له ها هنا أصلاً، ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشريكين مطلقاً تغلياً للذكور على الإناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام إياه فكيف بالعكس قوله: (وأصله أن الكتابة تنجزاً عنده خلافاً لهما بمنزلة الإعتاق لأنها تنفيذ الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتنجز. وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن)

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لأن الواحد قبل الاثنين. قال: (وإذا كان العبد بين شريكين الخ) إذا أذن أحد الشريكين لصاحبه أن يكتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة، وقالوا: هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما. وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تنجزاً عنده خلافاً لهما كالإعتاق لأنها تنفيذ الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده، والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة، وإنما تكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه. واعترض بأن الكتابة إما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الإعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال، ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشريكين بغير إذن صاحبه ليس للآخر ولاية الفسخ، فمن أين للمكاتب ذلك؟ وأجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة، وإنما هي تشتمل عليها، فيحوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو إلحاق الضرر ببطلان حق البيع للشريك الساكت بالكتابة، وتصرف الإنسان في خالص حقه إنما يسوغ إذا لم يتضرر به الغير، ثم المحل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بتراضيها فتتحقق المقضى وانتفى المانع. وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وإن قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه، فإنه إذا باع نصيبه لم يبطل على صاحبه بيع نصيبه، والإعتاق والتعليق وإن كان فيهما ضرر لكن المحل لا يقبل الفسخ. أما الإعتاق فظاهر، وأما التعليق لأنه

باب كتابة العبد المشترك

قوله: (ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لأن الواحد قبل الاثنين) أقول: الأظهر أن يقال: ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لأن الاشتراك خلاف الأصل، ولأن المشترك من غيره كالمركب من المفرد فتدبر. وإنما قلنا: الأظهر ذلك لأن مقصود الباب بيان حال كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحداً كما في المسألة الأولى على مذهب أبي حنيفة أو اثنين قوله: (وإذا كان العبد بين شريكين) أقول: أي بين رجلين قوله: (والإذن لا يفيد) أقول: أي على مذهبهم.

وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده خلافاً لهما بمنزلة الإعتاق، لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزؤ، وفائدة الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن، وإذنه له بقبض البدل إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعاً بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له. وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ، فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز. قال: (وإذا

قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تتجزأ عنده خلافاً لهما كالإعتاق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده، والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة، وإنما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ إن كاتبه بغير إذنه اه كلامه. ، وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله: والإذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة: أي على مذهبهما اه. أقول: هذا خط ظاهر لأن الإذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبهما قطعاً؛ ألا يرى إلى قولهما في تعليل مذهبهما في هذه المسألة إن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز اه. ولعل قوله: على مذهبهما وقع سهواً من قلم الناسخ وكان الصحيح على مذهبه. ثم إن صاحب العناية بعد أن شرح دليلي الطرفين في هذه المسألة بالتمام قال: وكان المصنف مال إلى قولهما: حيث أخره اه. وقال بعض الفضلاء: فيه كلام، لأنه يأبى عنه ترجيح قول أبي حنيفة: في كتاب العتاق اه. أقول: الذي مر في كتاب العتاق مسألة العتاق المذكور ها هنا مسألة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة: في مسألة الإعتاق ترجيحه في مسألة الكتابة ممنوع، سيما إذا كانت كتابة أحد الشريكين بإذن الآخر كما نحن فيه، فمن أين يثبت الإبراء، ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الأصل في كلتا المسألتين هو التجزؤ وعدمه فترجيح قوله هناك لم يكن بالتصريح به، بل إنما فهم من تأخير دليله في البيان، وقد عكس الأمر ها هنا، ففهم منه ترجيح قولهما لا محالة، ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على

يمين قوله: (وإذنه له بقبض البدل) بيان لاختصاص المكاتب بالمقبوض، وذلك أنه إذا أذن له بالقبض فقد أذن للعبد بالأداء من الكسب إليه فيصير الأذن متبرعاً بنصيبه من الكسب عليه، أي على المكاتب، فلهذا كان كل المقبوض له، ويجوز أن يكون ضمير عليه للعبد: أي فيكون الأذن متبرعاً بنصيبه على العبد ثم على الشريك، فإذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع. فإن قيل: المتبرع يرجع بما تبرع إذا لم يحصل مقصوده من التبرع، كمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض أو استحق فإن له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري. أجيب بأن المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث إن مقصوده الأذن قضاء دينه من ماله وبعد العجز صار عبداً له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئاً بخلاف البائع فإن ذمته محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع إذا لم يحصل مقصوده. ولهما أن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف، وهو أي البدل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز، كما لو كاتباه فعجز وفي يده من الأكساب، وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخره. قال: (وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها الخ) وإذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه: أي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه: أي صحت دعوته أيضاً وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد كلها للأول بطريق التبين، لأنه لما ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعوته لقيام الملك له فيه وصار نصيبه أم ولد له بناء على أن الاستيلاء في المكاتب يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه لا وجه لتكميل الاستيلاء إلا بتملك نصيب صاحبه

قوله: (فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ لمعنى يوجبه وهو إلحاق الضرر ببطان حق البيع للشريك الساك بالكتابة) أقول: قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع إلى قوله حكم، وقوله ببطان متعلق بقوله الضرر، وقوله للشريك متعلق بقوله إلحاق، وقوله بالكتابة متعلق بقوله إلحاق أيضاً قوله: (فتحقق المقتضى) أقول: يعني إلحاق الضرر قوله: (وانتفى المانع) أقول: يعني عدم قبول الفسخ قوله: (لكن ليس فيها ضرر) أقول: فلم يتحقق فيها المقتضى قوله: (أما الإعتاق فظاهر، وأما التعليق فلأنه يمين) أقول: فلم ينتف فيهما المانع قول: (وهو: أي البدل) أقول: أو العقد أو المكاتب، ويؤيده قوله وقالوا هو مكاتب بينهما.

كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبه أم ولد له، لأن المكاتب لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة، وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق (ويضمن نصف قيمتها) لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء (ونصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه) لأنه

الرجوع عن الأول كما هو المخلص في أمثال هذا فلا محذور تدبر قوله: (ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد) قيل: ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأن الولد عنده فكذلك لابنها. وأجيب بأن هذا على قولهما. وأما على قوله: فليس عليه ضمان قيمة الولد. قال صاحب العناية بعد ذكر ذاك السؤال: وهذا الجواب وليس بشيء. أقول: يعني أن هذا الجواب ليس بشيء لأن ما ذكره المصنف فيما سيأتي بقوله: وهذا الذي ذكرناه كله قول: أبي حنيفة ينافي هذا الجواب قطعاً، ثم قال صاحب العناية: وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد، روايتان، فيكون الولد متقوماً على إحداهما فكان حراً بالقيمة انتهى. وقال بعض الفضلاء: هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدبر، وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوم لماليتها انتهى. أقول: لا

والمكاتب لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه، كما في المدبرة المشتركة فإن الاستيلاء فيها يتجزأ بالاتفاق، والجامع أن كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك إلى ملك، ولا وجه لفسخ الكتابة لأن المكاتب قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية آجلة بجهة الاستيلاء، فإذا لم يتمحض الفسخ منفعة، لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتب، وإذا ادعى الثاني ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً، وإنما قيد بقوله ظاهراً لأن الظاهر أن تمضي على كتابتها فكان ملكه باقياً نظراً إلى الظاهر، ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق، ويضمن نصف قيمتها لأنه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لو طئه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصاً ويبقى للأول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد، ويكون الولد ابنه بالنظر إلى الظاهر والحقيقة، أما بالنظر فيكون الولد ابنه بالقيمة فإنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف، وأما بالنظر إلى الحقيقة فلزوم كمال العقر لأنه وطئ أم ولد الغير حقيقة. فإن قيل: فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد للأول عند أبي حنيفة لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذلك لابنها. أجيب بأن هذا على قولهما، وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشيء. وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان، فيكون الولد متقوماً على إحداهما فكان حراً بالقيمة، وأيهما دفع العقر إلى المكاتب: يعني قبل العجز جاز، لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها باختصاصها بمنافعها وأبدالها، وإذا عجزت ترد العقر إلى المولى لظهور اختصاصه، وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: هي أم ولد للأول وهي مكاتبه له ويعتق بأداء البذل إلى الأول، ولا يجوز وطء وآخر لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن، لأن الاستيلاء طلب الولد وإنه يقع بالفعل والفعل لا يتجزأ فكذلك ما يثبت به، ولهذا لا يكمل في الفقة بالإجماع، وقد أمكنها هنا بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ تكميلاً للاستيلاء فيما لا تنصير به المكاتب وهو أمومية الولد، لأنه لا ضرر لها فيها بل لها فيه نفع حيث لم تبق محلاً للابتذال بالبيع

قوله: (وكان المصنف مال إلى قولهما حيث أخره) أقول: فيه كلام، لأنه يأبى عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق قوله: (أي صحت دعوته وثبت نسبه) أقول: فيه بحث قوله: (أي صحت دعوته أيضاً) أقول: فيه بحث أيضاً قوله: (لا تنفسخ إلا بفسخ المكاتب) أقول: دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض في وضع المسألة.

بمنزلة المغرور، لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً وولد المغرور ثابت النسب منه حرّ بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر إلى المكاتبه جاز) لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لا اختصاصها بمنافعها وأبدالها، وإذا عجزت تردّ العقر إلى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذي ذكرنا (كله قول أبي حنيفة). وقال أبو يوسف ومحمد: هي أم ولد للأول ولا يجوز وطء الآخر) لأنه لما ادعى الأول الولد صارت كلها أم ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن، وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبه وتبقى الكتابة فيما وراءه، بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ، وبخلاف بيع

ضير في مخالفة ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد، فإنه وإن أسلفه هناك تبعاً لصاحب النهاية إلا أن المصنف صرح هناك بتحقيق الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوّم أم الولد أيضاً حيث قال: وإن ماتت أم الولد والمدير في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالوا: عليه قيمتها وهو رواية عنه انتهى. والمجيب بهذا الجواب الثاني إنما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكرنا في باب البيع الفاسد عدم تحقق الروايتين عن أبي حنيفة في حق أم الولد، وأما صاحب العناية فليس بمجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل محض فلا ينافي ما اختاره هناك قوله: (وبخلاف بيع المكاتب النخ) هذا جواب عما يقال هلا قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة البيع فيما إذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة الاستيلاء؟ ووجه الجواب أن في تجويز البيع إبطال الكتابة، إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً، ولو أبطلناها تضرر به المكاتب، وفسخ الكتابة

والهبة وتبقى الكتابة فيما وراءه محلاً: أي فيما وراء ما لا تتضرر به وهو كونها أحق بأكسابها وأكساب ولدها قوله: (بخلاف التدبير) جواب عن قياس أبي حنيفة المتنازع فيه على المدبرة المشتركة. ووجهه أنا قد قلنا إن أمومية الولد تستكمل ما أمكن ولا إمكانها هنا لأن التدبير غير قابل للفسخ، فإذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاء الأول المدبرة المشتركة بينهما صح استيلاءه قوله: (وبخلاف بيع المكاتب) قيل هو جواب عما يقال هلا فسختم الكتابة في ضمن صحة البيع فيما إذا بيع المكاتب كما فسختموها في ضمن صحة الاستيلاء. ووجهه أن في تجويز البيع إبطال الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً، ولو أبطلناها تضرر به المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتضرر به المكاتب لا يصح، ويجوز أن يكون بياناً لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه، فإن البيع وراءه مالا يتضرر به، وإن كان المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت قوله: (وإذا صارت كلها أم ولد له) متصل بقوله صارت كلها أم ولد له. وتقريره أنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له، وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرّاً عليه بالقيمة غير أنه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة أنها مكاتبه بينهما بدليل ما ذكره أبو حنيفة أنها تبقى مكاتبه بينهما فيما تتضرر به للإجماع على ما ذكرناه ولا حدّ على وطء مكاتبته، ويلزمه جميع العقر لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين. وقوله: (وإذا بقيت الكتابة) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه، وتقريره وتبقى الكتابة فيما وراءه، وإذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبه له: أي للأول. قيل هو جزء إذا بقيت عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة قد انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبه، ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور. وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة تكميل الاستيلاء، والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل. وقوله: (وفي إبقائه) يجوز أن يكون جواباً عما يقال الكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبه، وهي لا تتضرر بسقوط نصف البدل فيجب أن تنفسخ. ووجهه أن في إبقاء عقد

قوله: (ويكون الولد ابنه بالنظر إلى الظاهر) أقول: أي ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر إلى الظاهر والحقيقة قوله: (لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه) أقول: سبق في هذه الكراسة أن الأوصاف القارة الشرعية في الأمهات تسري إلى الأولاد قوله: (وقيل عن أبي حنيفة في تقوّم أم الولد روايتان فيكون الولد متقوماً على إحداهما) أقول: هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الروايتين في حق المدير، وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوّم لماليتها قال المصنف: (وبخلاف بيع المكاتب) أقول: هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبه المفروضة من

المكاتب لأن في تجويزه إبطال الكتابة إذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً. وإذا صارت كلها أم ولد له فالثاني وطىء أم ولد الغير (فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرّاً عليه بالقيمة) غير أنه لا يجب الحدّ عليه للشبهة (ويلزمه جميع العقر) لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين، وإذا بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتباً له، قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتب ولا تتضرر بسقوط نصف البدل. وقيل يجب كل البدل لأن الكتابة لم تنفسخ إلا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل وفي إبقائه في حقه نظر للمولى وإن كان لا تتضرر المكاتب بسقوطه، والمكاتب هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها، ولو

فيما يتضرر به المكاتب لا يصح، هذا ما عليه جمهور الشراح في حمل مراد المصنف بكلامه هذا عليه. وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بفان قيل. قلنا: ثم إن صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى لكلام المصنف هذا بقيل قال: ويجوز أن يكون بياناً لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فإن البيع وراء ما لا يتضرر به فإن المكاتب يتضرر به فتبقى الكتابة كما كانت انتهى. أقول: لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركابة من جهة اللفظ ومن جهة المعنى فليتفكر. وقال بعض الفضلاء: قول المصنف: هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتب المفروضة من ملك الثاني إلى ملك الأول على بيعها. ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقاً كما فصل بخلاف البيع، إلى هنا كلامه. أقول: أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي حنيفة قط فكيف يكون

الكتابة في حق نصف البدل نظراً للمولى وإن كانت لا تتضرر المكاتب بسقوطه، فرجحنا جانب المولى لأن الأصل في الكتابة عدم الفسخ (والمكاتب هي التي تعطى العقر لاختصاصها بأبدال منافعها، ولو عجزت وردت في الرق تردّ إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا) في تعليل قول أبي حنيفة. قال: (ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف الخ) إذ كاتب الرجلان عبداً مشتركاً بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتباً عند أبي يوسف موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار. وعندما يضمن الأقل من نصف قيمته مكاتباً ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز، وفي نصف البدل على اعتبار الأداء، فللتردد بينهما يجب أثلهما لأنه متيقن. قال صدر الإسلام: ولأنه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة إلا نصف درهم فلماذا أوجبنا الأقل، هذا قولهما في المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه، وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه، فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتباً، وعلى قياس قول محمد يضمن الأقل من نصف قيمتها مكاتباً ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه (وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك، أما عندنا فظاهر، لأن المستولد تملكها قبل العجز، وأما عنده فلأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه) أي التدبير (مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك) فلا يصح بدونه (بخلاف النسب) فإنه يثبت من الثاني إن وجد الوطء منه (لأنه يعتمد الغرور) لا البملك (وهي أم ولد للأول لأنه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاء على ما بينا) يعني في تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال (ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطنه جارية مشتركة ونصف قيمتها لأنه تملك نصفها بالاستيلاء وهو تملك بالقيمة، والولد ولد الأول لأنه صحت دعوته لقيام المصحح) وهو الملك في المكاتب (وهذا قولهم

ملك الثاني إلى ملك الأول على بيعها، ووجهه أن في النقل لا تنفسخ الكتابة مطلقاً كما فصل بخلاف البيع قوله: (إنها تبقى مكاتباً بينهما) أقول: مخالف لقوله وهي مكاتباً له قوله: (قيل هو جزء إذا بقيت) أقول: قوله هو راجع إلى قوله قيل قوله: (على ما بينا) أقول: يعني في شرح قوله ويبقى فيما وراءه قوله: (في تعليل قول أبي حنيفة) أقول: فيه بحث، والأولى أن يقال في تعليل القولين.

قوله: (وهذا قولهم جميعاً لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة) أقول: فيه أنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليأمل قوله: (لأن الاختلاف) أقول: يعني بين أبي حنيفة وصاحبيه.

عجزت وردت في الرق ترد إلى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا. قال: (ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبه) لأنه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبه فيضمنه موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان التملك (وفي قول محمد: يضمن الأقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز، وفي نصف البدل على اعتبار الأداء فللتردد بينهما يجب أقلهما. قال: (وإذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير) لأنه لم يصادف الملك. أما عندهما فظاهر لأن المستولد تملكها قبل العجز. وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا لأنه بالعجز تبين أنه تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك، بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر. قال: (وهي أم ولد للأول) لأنه تملك

هذا جواباً عن ذلك قوله: (ويضمن الأول لشريكه في قياس قول أبي يوسف نصف قيمتها مكاتبه، إلى قوله: فللتردد بينهما يجب أقلهما) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام: إذا كاتب الرجلان عبداً مشتركاً بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتباً عند أبي يوسف موسراً كان أو معسراً، لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار. وعند محمد يضمن الأقل من نصف قيمته مكاتباً ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، لأن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الأداء، فللتردد بينهما يجب أقلهما لأنه متيقن. قال صدر الإسلام: ولأنه لو بقي من البدل درهم يكون حصته نصف درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل إليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة إلا نصف درهم فلهذا أوجبت الأقل، هذا قولهما في المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه، وعلى هذا القياس قولهما: فيما نحن فيه، فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتبه، وعلى قياس قول محمد: يضمن الأول الأقل من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي البدل، والوجه قد ذكرناه، إلى هنا كلام صاحب العناية. أقول: هذا شرح فاسد وتحرير مختل. أما أولاً فلأن قوله: إذا كاتب الرجلان عبداً مشتركاً بينهما كتابة واحدة ثم أعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتباً عند

جميعاً) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة وما هنا ما بقيت، لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره، وقد ذكرنا أيضاً من قوله: (ووجهه ما بينا) أي في تحليل القولين، أما طرف أبي حنيفة فقد ذكرنا آنفاً من قوله وتبين أن الجارية الخ، وأما طرفهما فهو قوله لأنه لما ادعى الأول صارت كلها أم ولد له الخ (وإن كان كاتبها ثم أعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يرجع عليها لأنها لما عجزت وردت في الرق صارت كأنها لم تزل قنة. والجواب فيه) أي في إعتاق أحد الشريكين الفن (على هذا الخلاف في الرجوع) فإن عند أبي حنيفة إذا ضمن الساكت المعتق فالعقود يرجع على العبد، وعندهما لا يرجع عليه (وفي الخيارات) عند أبي حنيفة الساكت مخير بين الخيارات الثلاث: إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه. وعندهما ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار (وغيرها) يعني الولاء وترديد الاستسعاء، فإن عند أبي حنيفة إن أعتق الساكت أو استسعى فالولاء بينهما، وإن ضمن المعتق فالولاء للمعتق، وعندهما للمعتق في الوجهين جميعاً. وأما ترديد الاستسعاء فإنهما لا يريان الاستسعاء مع اليسار، ويقولان: إن كان المعتق موسراً يضمن نصيب الساكت، وإن كان معسراً سعى العبد لنصيب الساكت، وأبو حنيفة رضي الله عنه يراه (كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق كما تقرر في العتاق) هذا إذا عجز (فأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة) خلافاً لهما وهو واضح، ومبناه أيضاً على تجزؤ الإعتاق،

قوله: (وغيرها الخ) أقول: معطوف على قوله وفي الخيارات، وقوله وفي الخيارات معطوف على قوله في الرجوع قوله: (يعني الولاء وترديد الاستسعاء) أقول: فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد العتق قال المصنف: (وإذا كان العبد بين رجلين) أقول: ليست المسألة من كتابة العبد المشترك.

نصيب شريكه وكمل الاستيلاء على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقراها) لوطنه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لأنه تملك نصفها بالاستيلاء وهو تملك بالقيمة (والولد ولد الأول) لأنه صحت دعوته لقيام المصحح، وهذا قولهم جميعاً. ووجه ما بينا. قال: (وإن كانا كاتباً ثم أعتقتهما أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يرجع عليها) لأنها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تنزل قنة، والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسألة تجزؤ الإعتاق وقد قررناه في الإعتاق، فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبي حنيفة لأن الإعتاق لما كان يتجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لأنها مكاتب قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً، ويستسعى العبد إن كان معسراً لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار. قال: (وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر، فإن شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبراً، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء أعتق، وإن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) ووجه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه، فإذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء، وإعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه يتجزأ عنده، ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه، وله خيار العتق والاستسعاء أيضاً كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبراً لأن

أبي يوسف موسراً كان أو معسراً خط فاحش، إذ قد صرح في عامة المعتربات حتى الهداية نفسها فيما سيأتي بعد نصف صفحة بأن قول أبي يوسف: في تلك المسألة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً ويستسعى العبد إن كان معسراً بناء على أنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار. ومن العجائب قول صاحب العناية: في الاستدلال على قول أبي يوسف: في تلك المسألة لأنه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والإعسار، إذ لا يشتبه على أحد أن ضمان الإعتاق ضمان إفساد التملك لا ضمان التملك، أو لم ير قول صاحب الكفاية بصدد شرح قول المصنف هنا لأنه ضمان تملك فأما إذا أعتقتهما أحدهما أولاً كان هذا ضمان إفساد الملك. وأما ثانياً فلأن قوله هذا قولهما: في المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه يدل على أن ما ذكره فيما قبل بأسره كان في حق المكاتب المشترك إذا أعتق أحدهما نصيبه مع أن ما نقله عن صدر الإسلام فيما قبل صريح في أنه في حق المكاتب المشتركة إذا تملكها أحدهما بالاستيلاء. وأما ثالثاً فلأنه صرف القياس في كلام المصنف هذا إلى قول أبي يوسف ومحمد معاً حيث قال: وعلى هذا القياس قولهما: فيما نحن فيه. فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الأول لشريكه نصف قيمتها مكاتباً، وعلى قياس قول محمد: يضمن الأقل من نصف قيمتها مكاتباً ومن نصف ما بقي من البذل انتهى. مع أن كلام المصنف في المقيس عليه وهو مسألة الإعتاق على ما سيأتي صريح في أن محمداً مع أبي يوسف هناك في أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتباً إذا كان موسراً دون الأقل منها ومن نصف ما بقي من البذل، فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله، نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان في مسألة إعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما أحدهما ما ذكره المصنف فيما سيأتي، والأخرى ما يوافقه قياس ما ذكره في مسألة الاستيلاء، ويدل عليه ما ذكر في بعض الكتب المعتمدة كالكافي والبدائع، فإن المذكور فيهما في مسألة

وذلك (لأن الإعتاق لما تجزأ عنده لم يظهر إفساده نصيب الساكت ما لم يعجز فإن أثره حينئذ أن يجعل نصيب الساكت كالمكاتب) وهو حاصل، وإنما يظهر ذلك إذا عجزت كما يوجب ذلك في القنة فيوجب الضمان (وعندهما لما لم يتجزأ عتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتباً إن كان موسراً ويستسعى العبد إن كان معسراً، لأنه ضمان إعتاق فيختلف باليسار والإعسار) قال: (وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الغ) وإذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو

الإعتاق صادف المدبر. ثم قيل: قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين، وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لأن المنافع أنواع ثلاثة: البيع وأشباهه، والاستخدام وأمثاله، والإعتاق وتوابعه، والفائت البيع فيسقط الثلث. وإذا ضمنه لا يملكه بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك، كما إذا غصب مديراً فأبق، وإن أعتقه أحدهما أولاً كان للآخر الخيارات الثلاث عنده، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الإعتاق والاستسعاء لأن المدبر يعتق ويستسعى وقال أبو يوسف ومحمد: (إذا دبره أحدهما فعنت الآخر باطل) لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً) لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار، ويضمن نصف قيمته قناً لأنه صادف التدبير وهو قن (وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل) لأن الإعتاق لا يتجزأ فعنت كله

الإعتاق على قول محمد: هو الرواية الأخرى وهي ضمان الأقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة، لكن كلامنا في عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي أقحمه في لفظ الجامع الصغير ها هنا إلى قولهما معاً. ثم أقول: الوجه عندي أن يكون مراد المصنف ها هنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسألة الاستيلاد على قياس قوله في مسألة الإعتاق. وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسألة: يرشدك إلى هذا المعنى قطعاً أسلوب تحرير المصنف حيث قال في قياس قول أبي يوسف: وفي قول محمد بزيادة لفظ قياس في الأول وحذفه في الثاني تدبر ترشد قوله: (وهذا قولهم جميعاً) لأن الاختلاف مع بقاء الكتابة وها هنا ما بقيت لأنه لما استولدها الأول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للمدبر فيها فلا يصح تدبيره، كذا في العناية وغيرها. قال بعض الفضلاء فيه: إنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليتأمل انتهى. أقول: يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالأقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما إذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البذل على اعتبار الأداء للتردد بينهما يجب أفلهما، وهذا

موسر فإن المدبر مخير بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد وإعتاقه، وإن كانت المسألة بالعكس من ذلك وهو أن أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق، وهذا عند أبي حنيفة. ووجه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد باب النقل عليه فله أن يضمن قيمة نصيبه وله الإعتاق والاستسعاء، فإذا أعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء، ويقتصر الإعتاق على نصيبه لأنه يتجزأ عنده، ولكن يفسد به نصيب شريكه لسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والإعتاق والسعاية أيضاً كما هو مذهبه، فإن ضمنه ضمن قيمة نصيبه مديراً لأن الإعتاق صادف المدبر. واختلفوا في قيمته، فقيل قيمته تعرف بتقويم المقومين، وقيل قيمته ثلثا قيمة القن لأن المنافع أنواع ثلاثة: البيع وما أشبهه في كونه خروجاً عن الملك كالهبة والصدقة والإرث والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعاً بالمنافع كالإجارة والعارية والوطء. والإعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال، والفائت من ذلك النوع الأول فيسقط الثلث، وإذا ضمنه لا يملك شيئاً بالضمان لأنه لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مديراً وأبق فإنه يضمنه ولا يملكه فكان ضمان حيولة بين المالك والمملوك لا ضمان تملك، وإن أعتقه أو لا: يعني المسألة الثانية كان للآخر الخيارات الثلاث عنده خيار التضمين والإعتاق والسعاية، لأن المعتق اقتصر على نصيبه وأفسد نصيب شريكه كما مر، فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين، لأنه بمباشرة التدبير يصير ميراثاً للمعتق عن الضمان لمعنى وهو أن نصيبه كان قناً عند إعتاق المعتق فكان تضمينه إياه متعلقاً بشرط تمليك العين بالضمان وقد فوّت ذلك بالتدبير، بخلاف الأول فهناك كان نصيبه مديراً عند ذلك فلا يكون التضمين مشروطاً بتمليك العين منه. والحاصل أن الضمان يتعلق بالتمليك إذا كان

وإنما ذكرها استيراداً قوله: (فإذا دبره، إلى قوله: وهو أن نصيبه كان قناً) أقول: الضمير في قوله نصيبه والضمير المستتر في قوله دبر راجعان إلى قوله للآخر في قوله لكان للآخر الخيارات الثلاث.

فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمد (ويضمن نصف قيمته إن كان موسراً) ويسعى العبد في ذلك إن كان معسراً لأن هذا ضمان الإعتاق فيختلف ذلك باليسار والإعسار عندهما، والله أعلم.

الوجه غير متمشٍ فيما إذا لم تبق الكتابة لأن كون حق شريكه في نصف البدل على اعتبار الأداء إنما يتصور عند بقاء الكتابة، وأما بعد زوالها فيصير ما أدته إلى شريكه بمنزلة العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن أداء تمام البدل فانفسخت الكتابة فحينئذ يتعين حق شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمتها بالاتفاق فليتأمل انتهى.

المحل وقت الإعتاق قابلاً للتملك، كما إذا أعتق أولاً أو غصب القن فمات أو أبق، وأما إذا لم يكن المحل قابلاً له وقت الإعتاق كما إذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الجيلولة بين المالك والمملوك لا بالتملك، فإذا اعترض ضمان الجيلولة على ما تعلق بالتملك سقط الضمان لفوات شرطه، فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئاً لصاحبه عما لزمه، وبقي له خيار الإعتاق والاستعاء لأن المدبر يعتق ويستسعى. وقال أبو يوسف ومحمد: إذا دبره أحدهما فعتق الآخر باطل، لأنه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسراً كان أو معسراً لأنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار ويضمن نصف قيمته قناً لأن تدبيره صادفه وهو قن، وإن أعتقه أحدهما فتدبير الآخر باطل لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله، وكلامه فيه ظاهر.

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قال: (وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله، فإن كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يعجل بتعجيله وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظراً للجانبين، والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعدار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزداد عليه (فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله وعجزه وفسخ الكتابة، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يجزئ حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضي الله عنه: إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق^(١) علقه بهذا الشرط، ولأنه عقد إرفاق حتى كان أحسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من إمهال مدة استيساراً، وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان. ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة، فكذا بيان أحكامها قوله: (والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعدار كإمهال الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب العناية: والمديون بالجر عطف على كإمهال. أقول: هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعاً، إذ لا شك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكإمهال المديون لأجل القضاء قوله: (ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز، لأن من

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهر التناسب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة. قال: (وإذا عجز المكاتب عن نجم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة، وإن عجز المكاتب عن نجم (نظر الحاكم في حاله فإن كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يعجل بتعجيله وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظراً للجانبين والثلاث هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعدار كإمهال الخصم للدفع) فإن المدعى عليه إذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لي بيته حاضرة أنه يؤخر يوماً ويومين وثلاثة لا يزداد عليه، وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير، والأصل فيه قصة موسى مع الخضر عليهما السلام حيث قال في الكرة الثالثة: ﴿هذا فراق بيني وبينك﴾ وكذلك قدر صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كإمهال: يعني إذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوماً أو ثلاثة أيام فإنه يمهّل ولا يزداد عليه (فإن لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله وعجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضي الله عنه: إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط) فلا يوجد دونه. ولقائل أن يقول: هذا استدلال بمفهوم الشرط، وهو ليس بتأهض لأنه يفيد الوجود فقط. والجواب ما أشار إليه فخر الإسلام أنه معلق بشرطين، والمعلق بشرطين لا ينزل عند أحدهما، كما لو قال: إن دخلت هذين الدارين فأنت طالق (ولأن عقد الكتابة عقد إرفاق) مناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجله، وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا إرفاق في الطلب عنده (فلا بد من إمهال مدة إرفاقاً، وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان) فإن مضى النجم الثاني ولم يؤد المال تحقق العجز عن أدائها فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان (ولهما أن سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لأن من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز، وهذا) أي كون العجز سبباً للفسخ (لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً بدونه) والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى: أي يفسخ المولى الكتابة إذا لم يكن راضياً، وأن يكون للقاضي: أي يفسخ القاضي إذا لم يكن المولى راضياً بدون ذلك النجم

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

قوله: (والمديون بالجر عطف على قوله كإمهال) أقول: فيه مسامحة لظهور أنه معطوف على الخصم قوله: (يعني إذا ثبت) أقول: يعني بإقرار المدعى عليه قوله: (وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول: سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله.

(١) موقوف. أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في البيوع كما في نصب الرأية ١٤٦، ٤ والبيهقي ٣٤٢، ١٠ كلاهما عن علي موقوفاً بإسنادين الأول فيه حجاج وإو والثاني الحارث وإو.

العجز، لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين، وهذا لأن مقصود المولى الوصول إلى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ إذا لم يكن راضياً بدوره، بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيراً، والآثار متعارضة، فإن المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبه له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها. قال: (فإن أخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو جائز) لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فالبعذر أولى (ولو لم يرضى به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لأنه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا أو الرضا كالرد بالعين بعد القبض. قال: (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق) لانفساخ

عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول: فيه شيء، وهو أن دليلهما هذا لا يتمشى في صورة إن عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقا عليه بعد أن أدى سائر النجوم بأسرها، إذ لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند إمهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدي نجماً واحداً في ضعف مدته، ولا ريب أنه أيسر له كما قال أبو يوسف رحمه الله. وقال بعض الفضلاء: فيه تأمل، فإنه إذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا نسلم هذه الشرطية انتهى. أقول: إن قوله هذه الشرطية ليس بسديد، إذ الظاهر أن من عجز عن أداء نجم واحد موصولة، وأن قوله: يكون أعجز عن أداء نجمين خبر أن في قوله: لأن فلا شرط ولا جزء في الكلام حتى تكون الجملة شرطية قوله: (والآثار متعارضة، فإن المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن مكاتبه له عجزت عن أداء نجم واحد فردها^(١) فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر على رضي الله عنه بأن الأثر المروى عن ابن عمر رضي الله عنهما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها: أي بالآثار للتعارض، لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ سقطت فيصير إلى ما بعدها من الحجة

على اختلاف الروايتين، فإن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج إلى قضاء القاضي فيه روايتان (بخلاف اليومين والثلاثة لأنه لا بد منها لإمكان الأداء فلم يكن تأخيراً قوله. والآثار متعارضة) جواب عن استدلاله بأثر علي رضي الله عنه. وبيان ذلك أنه روي عن ابن عمر أن مكاتبه له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها، لأن الآثار إذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت ويصير إلى ما بعدها من الحجة، فيبقى ما قاله من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالماً عن المعارض، لأن دليل أبي يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به. قال: (فإن أخل بنجم عند غير السلطان) المراد بالإخلال ما هنا ترك أداء وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفقا على تعيينه في أدائها: فإذا أخل بهذا التعيين بنجم عند غير السلطان: أي القاضي (فعجز فرده مولاه برضاه كان جائزاً، لأن الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فالبعذر أولى، وإن لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لأنه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الإبطال بانفراده (تام) ليس فيه خيار شرط، وكل ما كان كذلك (ففسخه يحتاج إلى) الرضا أو (القضاء كالرد بالعيب بعد القبض) وقد تقدم أن فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء، ووجهها أن هذا عيب يمكن في أحد العوضين قبل تمام العقد، لأن تمام الكتابة بالأداء وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه، فشبّه بهذا الوجه بما لو وجد المشتري معيماً قبل القبض، وهناك ينفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ما هنا. قال: (وإذا عجز المكاتب عاد إلى أحكام الرق لانفساخ الكتابة، وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه لأنه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه وإنما قال: (ظهر لأن كسبه كان موقوفاً عليه أو

قال المصنف: (لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول: فيه تأمل، فإنه إذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لا تسلم هذه الشرطية قوله: (لأن دليل أبي يوسف) أقول: يعني دليله المعقول قوله: (وتمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول: ومن جملة أحكامه الحرية رقبة عند الأداء.

(١) غريب هكذا. كذا قال الزيلعي في نصب الراية ١٤٦، ٤ قال: وروى ابن أبي شيبة في مصنفه عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاماً له على ألف دينار، فأذاها إلا مائة، فردّه في الرق.

الكتابة (وما كان في يده من الأكساب فهو لمولاه) لأنه ظهر أنه كسب عبده، هذا لأنه كان موقوفاً عليه أو على مولاه وقد زال التوقف. قال: (فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعثقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) وهذا قول عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما، وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله. وقال الشافعي رحمه الله: تبطل الكتابة ويموت عبداً وما تركه لمولاه، وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه،^(١) ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل، وهذا لأنه لا يخلو إما أن يثبت بعد الممات مقصوداً أو يثبت قبله أو بعده مستنداً، لا وجه إلى الأول لعدم المحلية، ولا إلى الثاني لفقد

فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سالماً عن المعارض فيثبت الفسخ به، كذا في عامة الشروح. أقول: هنا إشكال، لأن ما قالاه من الدليل المعقول راجع إلى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الأصول عند بيان انحصار الأدلة الشرعية في الأربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع إلى القياس، وقد صرح به صاحب غاية البيان ها هنا أيضاً حيث قال: إن الآثار متعارضة والتاريخ مجهول فيصار إلى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتهى. وقد تقرر في الأصول أيضاً أن القياس لا يجري في المقادير، وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا: وما روينا من حديث ابن عمر كالمروى عن النبي عليه الصلاة والسلام، لأن ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لأنه لا يدركه القياس انتهى. فإذا تعارضت الآثار فيما نحن فيه وتساطعت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الأصول والفروع فكيف ينتهض ما قالاه من الدليل المعقول الذي مرجعه إلى القياس حجة لهما في إثبات ما ذهب إليه في جواب هذه المسألة فليتأمل قوله وقال الشافعي: (تبطل الكتابة ويموت عبداً، وما تركه لمولاه وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه، ولأن المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر إثباته فتبطل) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل: وقال الشافعي: تبطل الكتابة ويموت عبداً وما تركه فلمولاه، وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه، واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى. ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله: واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشروح لدلالته، على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف: ولأن المقصود بالواو العاطفة انتهى. أقول: بل هو مطابق للمشروح فإن الواو في قوله واستدل للعطف أيضاً والمعطوف عليه معنى

على مولاه) لأنه إن أدى بدل الكتابة فهو له وإلا فلمولاه (وقد زال التوقف) قال: (فإن مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعثقه في آخر جزء من أجزاء حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول عليّ وابن مسعود رضي الله عنهما (وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله، وقال الشافعي رحمه الله، تبطل الكتابة ويموت عبداً، وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه) واستدل لذلك بالمعقول بأن المعقود من الكتابة عتقه باطل فالمقصود منها كذلك، وذلك لأن العتق إن ثبت فإما أن يثبت بعد الممات مقصوداً أو قبله أو بعده مستنداً إلى حال حياته، لا سبيل إلى الأول لأن الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل، ولا إلا الثاني لأنه مشروط بالأداء والفرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه، ولا إلى الثالث لأن الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم

قوله: (واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) أقول: لا يطابق المشروح لدلالته على أنه استدل بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف: ولأن المقصود بالواو العاطفة والموافق للمشروح فتبطل الكتابة، لأن المعقود إنما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد قوله: (وهذا الشيء لم يثبت بعد) أقول: بل هو متعذر الثبوت في الحال على ما علمته.

(١) موقوف. أخرج البيهقي ٣٣١، ١٠ عن الشعبي قال: كان زيد بن ثابت يقول: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم لا يرث ولا يورث، وكان على يقول: إذا ماتت المكاتب وترك مالا قسم ما ترك على ما أدى، وعلى ما بقي، فما أصاب ما أدى، فللورثة وما أصاب ما بقي، فلمواليه، وكان عبد الله يقول: يؤدي إلى مواليه ما بقي من مكاتبه، ولورثته ما بقي.

الشرط وهو الأداء، ولا إلى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند. ولنا أنه عقد معاوضة، ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر، والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق، بل أولى لأن حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه، والموت أنقضى للمالكية من للمملوكية فينزل حياً

قوله: وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال: أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لمذعاه بالمعقول أيضاً، كما أن قول المصنف: ولأي المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله: وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه، كأنه قال لأثر زيد بن ثابت ولأن المقصود بالكتابة الخ، وألغى بحسب المعنى شائع في كلام الثقات، وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة، فتطابق الشرح والمشروح في حاصل المعنى كما ترى، ثم إن ذلك البعض قال: والموافق للمشروح فتبطل الكتابة لأن العقود إنما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى. أقول: هذا كلام خال عن التحصيل لأنه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشروح على تحقق الواو العاطفة في المشروح وعدم تحققه في الشرح على زعمه، ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فإنه قال: لأن العقود الخ بدون الواو العاطفة فما معنى عدم مطابقة ذلك للمشروح وموافقة هذا إياه؟ وأيضاً إن الفاء في قوله: فتبطل الكتابة مما لا محل له في المشروح كما لا يخفى على الفطن الناظر في عبارة المشروح قوله: (بل أولى لأن حقه أكد من حق المولى) قال صاحب العناية: قوله بل أولى يجوز أن يكون جواباً عما يقال: ليس موت المكاتب كموت العاقد، لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد. ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ها هنا إنما هو الحاجة، والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع الخ. أقول: لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف: هذا إنما هو لمجرد المبالغة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين، ولا وجه لتجوز كونه جواباً عما يقال من طرف الخصم ليس موت المكاتب كموت العاقد، لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون

يثبت بعد (ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى، فكذا بموت الآخر، والجامع بينهما الحاجة إلى إبقاء العقد لإحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج إليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وفرع هو نظيره ولا نص فيه، وبيان أن هذا النص في الحال معلول، وبيان ما يميز هذا الوصف عن غيره، وبيان صلاحه بملاءمته للعلل المنقولة عن رسول ﷺ وعن السلف، وعدالته بظهور أثره في جنس الحكم المعلن به وغير ذلك من شروط القياس، فإن تعذر ذلك فارجع إلى الأصول الجدلية بادعاء إضافة الحكم إلى المشترك وسد طريق ما يرد من رده، وادعاء الإضافة إلى المختص في هذا الموضع وأمثاله، فإن يسر الله عليك ذلك بفيض من عنده بعد الجئو على الركب بحضرة المحققين فذلك الفوز العظيم قدره، وإلا فإياك ودعوى معرفة الهداية فتكون من الجهالة الذي ظهر عند ذوي التحصيل عذره، والحق بالأخسرين أعمالاً الذين ضلّ سعيهم في الحياة الدنيا وهم يحسبون أنهم يحسنون صنعا قوله: (بل أولى) يجوز أن يكون جواباً عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد، لأن العقد يبطل بموت المعقود عليه وهو المكاتب دون العاقد. ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ها هنا إنما هو الحاجة، والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى من حيث المقتضى والمانع. أما المقتضى ف (لأن حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه، و) أما المانع فلأن (الموت أنقضى للمالكية منه للمملوكية) فإن المملوكية ضعف والموت لا ينافيه لكونه عجزاً صرفاً حقيقياً وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها (فينزل حياً تقديراً) كما أنزلنا الميت حياً في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما إذا كان على الميت دين

قوله: (يجوز أن يكون جواباً عما يقال ليس موت المكاتب كموت العاقد) أقول: هذا لا يخلو عن بعد قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المكاتب معقوداً عليه، اللهم إلا أن يحمل على الكلام التنزلي قوله: (والحاجة إلى ذلك بعد موت المكاتب أدعى) أقول: إلى في قوله إلى ذلك متعلق بقوله أدعى، وأشار بقوله ذلك إلى البقاء والمعنى والحاجة إلى البقاء أدعى الخ.

تقديراً، أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه، وكل ذلك ممكن على ما عرف تماماً في الخلافات. قال: (وإن لم يترك وفاء وترك ولدأ مولوداً في الكتابة سمي في كتابة أبيه على نجومه فإذا

العاقب، لأن الجواب عنه إنما يتصور بمنع كون المكاتب نفسه معقوداً عليه، وبيان المعقود عليه إنما هو سلامة مالكية البدل كما صرحوا به والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا لمنع ذلك قط ولا لبيان أن المعقود عليه ماذا، فلا مجال لأن يكون كلامه هذا جواباً عن ذلك السؤال، لأن بطلان العقد بهلاك المعقود عليه أمر مجمع عليه لا يحتمل جوازه بكون الحاجة أدعى إلى إبقائه بعد أن هلك المعقود عليه، فلا تفيد المقدمات المذكورة ها هنا شيئاً في دفع ذلك السؤال أصلاً، ثم إن بعض الفضلاء قدح فيما جزّره صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جواباً عما ذكر بوجه آخر حيث قال: لا يخلو عن بعد بعد قوله: لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فإنه صريح في عدم كون المكاتب معقوداً عليه، اللهم إلا أن يحمل على الكلام التنزلي انتهى. أقول: ليس هذا بتمام لأن كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر صريحاً في عدم كون المكاتب معقوداً عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقوداً عليه أيضاً لوقوع العقد على نفسه، ألا يرى إلى قوله: في تصوير مسألة كتابة العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غائب بأن يقول العبد: كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحاً في ذلك فعدم كون المكاتب معقوداً عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخصم أيضاً، والسؤال المذكور إنما يتوجه من قبل الخصم. فلو قصد المصنف بقوله بل أولى الجواب عنه لم يكن منافياً لقوله السابق بل يكون مقررأ له فلا احتياج إلى التنزل، بل لا معنى له يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق قوله: (فينزل حياً تقديراً أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويكون أداء خلفه كأدائه) هذا إشارة إلى الجواب عما ذكره الخصم من التردد بوجهين ذهب إلى كل واحد منهما جماعة من أصحابنا: أحدهما أنه يعتق بعد الموت بأن ينزل حياً تقديراً كما أنزلنا الميت حياً في حق بقاء التركة على ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث، وكما قدرنا المولى حياً ومالكاً ومعقوداً في فصل موت المولى. وثانيهما أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت ويجعل أداء خلفه كأدائه بنفسه. هذا زبدة ما في شروح هذا الكتاب وغيرها في هذا المقام. ثم أقول: من العجائب ها هنا أن صاحب الإصلاح والإيضاح بدل كلمة أو في أو تستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه: في أثناء تقرير تعليل مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء وهو عقد الكتابة إلى ما قبل الموت) فإن قيل: يلزم تقدم المشروط على الشرط. أجاب المصنف بقوله: (ويكون أداء خلفه كأدائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الأداء بل يقدر الأداء قبل العتق، ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه لما تقدم أن المعقود عليه هو سلامة مالكية اليد. قال: (وإن لم يترك وفاء وترك ولدأ مولوداً في الكتابة الخ) الولد المولود في الكتابة يسعى في

قال المصنف: (أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت) أقول: فإن قيل: من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء ثبت ثم يستند؟ قلنا: الأداء ثابت في الحال، فإن أداء خلفه كأدائه فيستند إلى ما قبل الموت، وثبتت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختيار الشق الثاني من التردد، وإضافة السبب إلى الأداء بيانية. أو نقول: المراد من استناد سبب الأداء استناد سببية عقد الكتابة لا نفسه، إذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب، فإن التعليقات ليست أسباباً عندنا في الحال بل عند وجود الشرط، فإذا أسند الأداء إلى ما قبل الموت فتأمل مراجعاً إلى شرح الإقناني. ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع الفقهري حتى يحكم بثبوته في الزمان المتقدم، كذا في التوضيح في فصل المأمور به نوعان قوله: (أو تستند الحرية باستناد سبب الأداء وهو عقد الكتابة إلى ما قبل الموت) أقول: ثبت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر. والحق أن تجعل إضافة السبب إلى الأداء بيانية. وقوله ويكون أداء خلفه الخ دفعاً لما يقال إنه لم يوجد من المكاتب الأداء بعد الممات قوله: (ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بمعقود عليه) أقول: ولعله إنما لم يتعرض له لأن سلامة مالكية اليد فاتت بفوته، إذ لا مالكية للميت فلا فائدة في التعرض، أو جعله باقياً حكماً مشتركاً كما لا يخفى، والجواب أنها حصلت له بالعقد والتفصيل في النهاية.

أذى حكمنا بعنق أبيه قبل موته وعنق الولد) لأن الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار كما إذا ترك وفاء (وإن ترك ولدأ مشترى في الكتابة قيل له إما أن تؤذي الكتابة حالة أو ترذ رقيقاً) وهذا عند أبي حنيفة. وأما عندهما يؤديه إلى أجله اعتباراً بالولد المولود في الكتابة، والجامع أنه يكاتب عليه تبعاً له ولهذا يملك المولى إعتاقه بخلاف سائر أكسابه. ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الأجل يثبت شرطاً في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لأنه لم يصف إليه العقد ولا يسري حكمه إليه لانفصاله، بخلاف المولود في الكتابة لأنه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم إليه وحيث دخل في حكمه سعى في نجومه (فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه) لأنه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة فيكون هذا حراً يرث عن حرّ (وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) لأن الولد إن كان صغيراً فهو تبع لأبيه، وإن كان كبيراً جعلاً كشخص واحد، فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر.

أثمتنا في هذه المسألة، فينزل حياً تقديراً وتستند الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت. وقال في حاشيته على قوله وتستند الحرية، هذا من تمام التعليل، فمن قال: أو تستند فقط أخطأ انتهى. وفسر القائل في حاشية صغرى بصاحب الهداية، ولا يخفى على الناظر في شروح الهداية وغيرها من الكتب المبسوطة أن المخطيء هو هذا المخطيء، فإن المقصود من كلمة أو هو الإشارة إلى المسلكين المختلفين المستقلين في إثبات قول أثمتنا في مسائلنا هذه، فحق التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة الواو، ولعل منشأ غلط ذاك المخطيء أنه زعم أن قول صاحب الهداية أو تستند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله: ولنا أنه عقد معاوضة فخطأه بأنه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو، ولا ريب أنه معطوف على قوله: فينزل حياً تقديراً، وأنه لا محذور في إتمام التعليل بأحد الأمرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة قوله: (ولا يسري حكمه إليه لانفصاله) قال بعض الفضلاء: فيه بحث انتهى. أقول: الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكم عقد الكتابة إليه لما دخل في كتابة أبيه، وقد مر في أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله أنه إذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته. وأيضاً لو لم يسر حكمه إليه لما عتق عنده بأداء بدل الكتابة حالاً، لكنه ساقط بوجهيه. أما سقوط وجهه الأول فلأن دخول الولد المشتري في كتابة أبيه ليس لسراية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه إليه، بل يجعل المكاتب مكاتباً لولده باشرائه إياه تحقيقاً للصلة بقدر الإمكان كما أن الحرّ إذا اشترى ولده يصير معتقاً له بالاشتراء. وأما سقوط

كتابة أبيه على نجومه إن كان مفلساً بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الأداء كما لو ترك وفاء. وأما الولد المشتري فكالمولود في الكتابة عندهما. وقال أبو حنيفة رحمه الله: قيل له إما أن تؤذي الكتابة حالة أو ترذ رقيقاً. هما اعتبرا بالمولود بجامع أنه يكاتب عليه تبعاً له ولهذا يملك المولى إعتاقه كالمولود فيها، بخلاف الأكساب فإن المولى لا تصرف له في أكسابه ولهذا لا يقدر على إعتاق عبد المكاتب. وأبو حنيفة رحمه الله فرق بين الفصلين على ما ذكره في الكتاب، فإن اشترى المكاتب ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لأنه لما اشترى دخل في كتابته، فلما أدى بدل الكتابة عتق المكاتب في آخر جزء من أجزاء حياته بطريق الاستناد، ولما حكم بحريته في ذلك الوقت حكم بحرية ابنه أيضاً في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة فيكون ذلك توريث حرّ عن حرّ، وكذلك إن كوتب الأب والابن كتابة واحدة ومات الأب وترك وفاء ورثه ابنه لأن الولد إما أن يكون صغيراً أو كبيراً، فإن كان صغيراً فهو تبع لأبيه، وإن كان كبيراً جعلاً كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة فيهما، فالحكم بحرية الأب حكم بحريته في تلك الحالة: يعني آخر جزء من أجزاء حياته على ما مر من استناد الحرية باستناد سبب الأداء إلى ما قبل الموت. قال: (وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة الخ) ذكر هذه المسألة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما. وصورتها: مكاتب مات وله ولد حرّ من امرأة حرة وترك ديناً على الناس وفاء بمكاتبته،

قال المصنف: (ولا يسري حكمه إليه) أقول: فيه بحث.

قال: (وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة وترك ديناً وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاءً بمعجز المكاتب) لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم، لكن على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالي الأب، والقضاء بما يقرّر حكمه لا يكون تعجيزاً (وإن اختصم موالي الأم وموالي الأب في ولائه فقضى به لموالي الأم فهو قضاء بالمعجز) لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً، وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها، فإنها إذا فسخت مات عبداً واستقرّ الولاء على موالي الأم، وإذا

وجهه الثاني فلأن عتق الولد المشتري عنده بأداء بدل الكتابة حالاً ليس لأجل السراية أيضاً بل لصيرورة المكاتب إذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء، وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال: وكان ينبغي أن يباع بعد موته لفوات المتبوع، ولكن إذا عجل صار كأنه مات عن وفاء انتهى فتبصر قوله: (وإن مات المكاتب وله ولد من حرّة الخ) قال صاحب العناية: ذكر هذه المسألة والتي بعدها لبيان الفرق بينهما انتهى. أقول: هذا كلام لا حاصل له، لأن الفرق متحقق بين كل مسألتين، وإلا لم تكونا مسألتين بل صارتا مسألة واحدة، فكل مسألتين إذا ذكرتا يعرف الفرق بينهما، فما وجه تخصيص عليّ بيان الفرق بذكر هاتين المسألتين؟ فإن قيل: الفرق بين هاتين المسألتين خفيّ فكان بيانه أهمّ فيهما ولهذا خصّ عليّ بذكرهما. قلنا: خفاء الفرق أيضاً متحقق في كثير من المسألتين كما لا يخفى، فلم يتم وجه التخصيص، وأيضاً لو كان ذكرهما لمجرد بيان الفرق بينهما لما استحقت واحدة منهما للذكر منفردة عن الأخرى، ولا شك أن كل واحدة منهما مسألة مهمة بنفسها مقصودة بالذكر والبيان، على أن الفرق بين مفهومي هاتين المسألتين ظاهر غنيّ عن البيان، وإنما المحتاج إلى البيان هو الفرق بين عليّتهما، وبيان الفرق بين عليّتهما إنما وقع في الهداية، وهاتان المسألتان أنفسهما مذكورتان في البداية أيضاً بدون بيان العلة، فلم يكن ذكرهما لبيان الفرق بينهما بل كان لبيان حكمهما في أنفسهما، ويفهم الفرق بينهما من حيث الحكم كما في سائر المسائل قوله: (لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة، لأن من قضيتها إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق فينجر الولاء إلى موالي الأب، والقضاء بما يقرّر حكمه لا يكون تعجيزاً) قال صاحب العناية في حل هذا المحل: لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة، وكل ما يقرّر شيئاً لا يبطله. أما أنه يقرّر حكم الكتابة فلأن الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فينجر ولأه ابنه إلى مواليه، لأن الولاء كالنسب والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه، كما إذا أكذب المكاتب الملاعن نفسه عاد النسب إليه فكذاك الولاء، فكان إيجاب العقل من لوازمها، وثبوت

فالكاتب باقية وولاء الولد لموالي الأم. أما بقاء الكتابة فلما له من المال المنتظر، لأن الدين باعتبار ماله مال، ولكن لا يحكم بعقه حتى يؤدي البدل، وإنما قيد بالدين لأنه لو ترك شيئاً لم يثأر القضاء بالإلحاق بالأم لإمكان الوفاء في الحال. وأما أن الولاء لموالي الأم فلأنه لما لم يحكم بعقه لم يظهر للولد ولأه في جانب أبيه، فإن جنى هذا الولد جناية وقضى به: أي بموجب الجناية على عاقلة الأم لم يكن ذلك قضاءً بمعجز المكاتب وفسخ الكتابة، لأن هذا القضاء يقرّر حكم الكتابة، وكل ما يقرّر شيئاً لا يبطله. أما أنه يقرّر حكم الكتابة فلأن الكتابة تستلزم إلحاق الولد بموالي الأم وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فينجر ولأه ابنه إلى مواليه، لأن الولاء كالنسب والنسب إنما يثبت من قوم الأم عند تعذر إثباته من الأب، حتى لو ارتفع المانع من إثباته منه، كما إذا أكذب الملاعن نفسه عاد النسب إليه فكذاك الولاء، فكان إيجاب العقل

قوله: (ذكر هذه المسألة والتي بعدها) أقول: وهي قوله وإن اختصم موالي الأم قوله: (لأنه لو ترك شيئاً لم يثأر القضاء) أقول: أي على مذهبي قوله: (مات رقيقاً)، إلى قوله: مات حراً والولاء لنا فقضى بولائه) أقول: الضمير المستتر في مات رقيقاً والمستتر في مات حراً وراجعاً إلى الأب، والضمير في قوله بولائه راجع إلى الولد قال المصنف: (لأن هذا اختلاف في الولاء مقصوداً الخ) أقول: لا يخفى

بقيت واتصل بها الأداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب، وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزاً. قال: (وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) فإن العبد يملكه صدقة والمولى عوضاً عن العتق، وإليه وقعت الإشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها «هي لها صدقة ولنا هدية»^(١) وهذا بخلاف ما إذا أباح للغني والهاشمي، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح، ونظيره المشتري شراء فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب، ولو عجز قبل الأداء إلى المولى فكذلك الجواب، وهذا عند محمد ظاهر لأن بالعجز يتبدل الملك عنده، وكذا عند أبي يوسف، وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى

اللازم يقرر ثبوت ملزومه. وأما أن كل ما يقرر شيئاً لا يبطله فلتلا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه. أقول: في تقريره نوع إشكال على طريقة أهل المعقول فإن قوله ثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه ممنوع، إذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت الملزوم لجواز أن يكون اللازم أعم من الملزوم، ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص، والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لأن إيجاب العقل على موالي الأم يتحقق في صورة أن يقضى بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب. ثم أقول: يمكن دفعه بأن اللازم ها هنا ليس مطلقاً إيجاب العقل على موالي الأم، بل إيجابه عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجوز ولاء ابنه إلى مواليه وإيجابه عليهم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة إبقاء الكتابة، إذ في صورة القضاء بالعجز ينتفي هذا اللازم بانتفاء جزئه وهو احتمال جزّ الولاء كما صرح به في المسألة الآتية، ولكن بقي ها هنا شيء، وهو أن المانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقيد فيما نحن فيه، لأن ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جنائية الولد على عاقلة الأم قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسألة، فلا يخلو التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتأمل قوله: (وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) وتبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة، كذا في الكافي وعامة الشروح. فإن قيل: إن ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك؟ قلنا: ملك الرقبة للمولى كان مغلوباً في مقابلة ملك اليد للمكاتب، حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه، ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه، ثم بالعجز يعكس الأمر، وليس هذا إلا بتبديل الملك للمولى

من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت ملزومه. وأما أن كل ما يقرر شيئاً لا يبطله فلتلا يعود على موضوعه بالنقض قوله: (وإن اختصم موالي الأم الخ) هو المسألة الثانية، وصورتها: مات هذا الولد بعد الأب واختصم موالي الأب وموالي الأم فقال موالي الأم مات رقيقاً والولاء لنا، وقال موالي الأب مات حراً والولاء لنا، ففرض بولائه لموالي الأم فهو قضاء بالعجز وفسخ الكتابة، لأن هذا الاختلاف اختلاف في الولاء مقصوداً وهو واضح. وذلك يبنى على بقاء الكتابة وانتقاضها، فإنها إذا فسخت مات عبداً واستقرّ الولاء على موالي الأم، وإذا بقيت واتصل بها الأداء: مات حراً وانتقل الولاء إلى موالي الأب، وهذا: أي بقاء الكتابة وانتقاضها فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ ما يلاقيه من القضاء، وإذا كان القضاء بالولاء نافذاً أنفسخ الكتابة لانتهاء لازمها وهو احتمال جزّ الولاء، لما تقدم في المسألة الأولى أن ذلك جزء اللازم والشيء ينتفي بانتفاء جزئه. قيل فسخ الكتابة مبني على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطلان وفي صيانه بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب، وليس أحد البطلتين أرجح. وأجيب بأن صيانة القضاء أولى لأنه إذا لاقى فضلاً مجتهداً فيه نفذ بالإجماع، وصيانة ما هو مجمع عليه أولى من صيانة كتابة اختلفت الصحابة في نفاذها. قال: (وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه الخ) إذا

عليك أن مقصود كل واحد من تينك الطائفتين قرار الولاء عليه، فاختصاصهم في الحقيقة فيه فلا يرد أن يقال: يتصور الولاء لمولى الأم على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الأداء فلا يستقيم قوله وذلك يبنى قوله: (لانتفاء لازمها وهو احتمال الخ) أقول: ها هنا مسامحة حيث لا يطابق تعليله المعلل ظاهراً، فإنه جعل احتمال جرّ الولاء لازماً في المدعي، وجزء اللازم في الدليل، وتوجيهه غير خفي كما لا يخفى قوله: (رعاية لحق المكاتب) أقول: ناظر إلى قوله ما يجب رعايته.

(١) صحح. أخرجه البخاري ٢٥٧٨ ومسلم ١٥٠٤، ١٠٧٥ والنسائي ١٦٦، ١٦٥، ٦ والبيهقي ١٣٤، ٧، ٨٥، ٦، ٢٩٥، ١٠ والطبراني ١٤١٧ كلهم من حديث عائشة. وتقدم في الطلاق.

عنده لأنه لا خبث في نفس الصدقة، وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه إذلاً به، ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمة والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذاً من الصدقة فإنه يطيب لهما، وعلى هذا إذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من

كذا قال جمهور الشراح. واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال: بعد ذكر السؤال والجواب. وفيه نظر، لأننا لا نسلم أن ذلك تبدل، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين اهـ. وقصد الشراح العيني دفع ذلك فقال: قلت أول كلامه منع مجرد، والثاني دعوى بلا برهان اهـ. أقول: ليس هذا بشيء، فإن المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين، غاية الأمر أن الثاني أقوى من الأول، فلا يفيد قوله أول كلامه منع مجرد. وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد، إذ لا دعوى له في الثاني بل هو أيضاً منع محض كما ترى فلا يلزمه البرهان، والصواب في دفع ذلك أن يقال: إن منع التبدل مكابرة، إذ لا شك أن الانعكاس يقتضي التبدل بل هو عين التبدل، وإن منع كون مثل هذا التبدل بمنزلة تبدل العين ساقط، لأن كونه بمنزلة تبدل العين إنما هو في حكم الشرع دون الحقيقة، وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع فلا مجال لمنعه. ثم قال صاحب العناية: ولعل الأولى أن يقال: المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلاً اهـ. ورد عليه الشراح العيني لأنه إن لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة. أقول: هذا أيضاً كلام لغو، إذ أن يكون له ملك رقبة قبل العجز لا ينافي تحقق التبدل بالنظر إلى ملك اليد، وهو كاف في كون ما أدى إلى المكاتب من الصدقات طيباً للمولى كما صرحوا به. والصواب في الرد عليه ما هنا أن يقال: هذا الذي ذكره في المال عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح، وأورد هو النظر عليه مع ما في ذلك الجواب من المزية وهي الإشارة إلى وجه اعتبارهم تبدل ملك اليد دون بقاء ملك الرقبة بأن ملك الرقبة مغلوب في مقابلة ملك اليد، فكان اعتبار حال الغالب وهي التبدل أولى من اعتبار حال المغلوب وهي البقاء فلا وجه لإيراد النظر على ذلك الجواب، وذكر هذا من عند نفسه وادعاء أنه أولى من ذلك قوله: (لأنه لا خبث في نفس الصدقة، وإنما الخبث في فعل الآخذ، إلى قوله: والأخذ لم يوجد من المولى) قال بعض الفضلاء: فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده إذ لا أخذ منهما كما لا يخفى اهـ. أقول: إن لم يوجد منهما الأخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الأخذ من يد الفقير حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تحقق في حقهما هناك سبب الخبث، إذ لا فرق في إيراد الخبث بين أخذ من واحد

كان المكاتب أخذ من الزكوات شيئاً وعجز، فأما إن عجز بعد أدائه إلى المولى أو قبله، فإن كان الأول هو طيب للمولى بالإجماع لأن سبب الملك فيه قد تبدل لأن العبد يملكه صدقة والمولى يملكه عوضاً عن العتق، وتبدل السبب كتبدل العين. أصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما أهدت إليه ﷺ وهي مكاتبه حيث قال ﷺ «هي لها صدقة ولنا هدية» وهذا بخلاف ما إذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغني أو هاشمي فإنه لا يطيب لهما، لأن المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل سبب الملك، ونظيره المشتري شراء فاسداً إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه طاب له. وإن كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح، وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لأنه بالعجز يتبدل الملك، فإن عنده أن المكاتب إذا عجز ملك المولى أكسابه ملكاً مبتدأ ولهذا أوجب نقض الإجارة في المكاتب إذا أجز أمته ظئراً ثم عجز، وكذا عند أبي يوسف رحمه الله، وإن كان بالعجز يقرر ملك المولى عنده فإن للمولى نوع ملك في أكسابه، وبالعجز يتأكد ذلك الحق ويصير المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون، ولهذا إذا أجز المكاتب أمته ظئراً ثم عجز لا يوجب فسخ الإجارة لأن الخبث ليس في نفس الصدقة، وإلا لما

قال المصنف: (ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة، وللهاشمي لزيادة حرمة) أقول: فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب لهما عنده، إذ لا أخذ منهما كما لا يخفى قوله: (لأن الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول: تعليل لقوله وكذا عند أبي يوسف.

الصدقة في يده. قال: (وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإنه يدفع أو يفدي) لأن هذا موجب جنابة العبد في الأصل ولم يكن عالماً بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختاراً للفداء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع، فإذا زال عاد الحكم الأصلي (وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز) لما بينا من زوال المانع (وإن قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه) لانتقال الحق من الرقبة إلى قيمته بالقضاء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقد رجع أبو يوسف إليه، وكان يقول أولاً يباع فيه وإن عجز قبل القضاء، وهو قول زفر لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية، فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنابة المدبر وأم الولد. ولنا أن

وأخذ من آخر إذا وجد الإذلال بالأخذ، بخلاف المولى فيما نحن فيه فإنه لم يوجد منه الأخذ لا من يد المتصدق وهو ظاهر، ولا من يد العبد، فإن أكسابه ملك مولاه عند أبي يوسف، فبالعجز لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الأخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد إليه تشبيهه بابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذاً من الصدقة. فإن قلت: لا شك أنه كان للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده، فبالعجز انتقل ذلك منه إلى المولى فوجد من المولى الأخذ من يد العبد بهذا الاعتبار. قلت: ذلك الانتقال ضروري والأخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك أخذاً، ولو سلم أن يعد ذلك أخذاً فاللزام فيما نحن فيه عند أبي يوسف أخذ المولى ملك نفسه من يد عبده، والذي كان سبباً للخبث إنما هو أخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند إباحة الفقير للغني أو الهاشمي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه قوله: (ولنا أن المنافع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية: فإن قيل:

فارقها أصلاً، وإنما الخبث في فعل الأخذ لكونه إذلالاً به، وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا للهاشمي لزيادة حرمة، والأخذ لم يوجد من المولى فصار كابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذاً من الصدقة فإنه يطيب لهما، وعلى هذا إذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة، وإنما قيل على الصحيح لأن بعض المشايخ قالوا على قول أبي يوسف رحمه الله لا يطيب، لأن المكاتب عنده لا يملك المولى أكسابه ملكاً مبتدأ بل كان له نوع ملك في أكسابه، وبالعجز يتأكد ذلك كما ذكرنا آنفاً.

وها هنا سؤال مشكل وهو أن ملك الرقبة كان للمولى فأني يتحقق تبدل الملك. وأجيب بأن ملك الرقبة للمولى كان مغلوباً في مقابلة ملك اليد للمكاتب، فإن للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه وبالعجز يتعكس ذلك وليس ذلك إلا بتبدل الملك للمولى، وفيه نظر لأننا لا نسلم أن ذلك تبدل، ولئن كان فلا نسلم أن مثله بمنزلة تبدل العين، ولعل الأولى أن يقال: المولى لم يكن له ملك يد قبل العجز وحصل به فكان تبدلاً. قال: (وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه الخ) إذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختاراً للفداء ويجب عليه قيمته. أما الأول فلعدم علمه بالجناية. وأما الثاني فلأن الدفع قد تعذر بفعله وهو الكتابة كما لو باعه وهو لا يعلم بالجناية فإن عجز خير المولى بين الدفع والأداء والفداء لأن هذا: أي أحد هذين الأمرين موجب جنابة العبد في الأصل، والموجب الأصلي لا يترك إلا بمانع، فإن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية والمانع عنه حال الكتابة قائم، أما

قوله: (وفيه نظر لأننا لا نسلم أن ذلك الخ) أقول: وأنت خبير بأن تبدل ملك اليد لا يقبل المنع وكون مثله بمنزلة تبدل العين أيضاً كذلك فإن ذلك يجعله حلاً طياً للمولى وهم يجعلونه حلاً بدون هذا التبدل كما في ابن السبيل إذا وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى فبمثل أولي قوله: (ولعل الأولى أن يقال الخ) أقول: إن أراد أنه لم يكن له ملك أصلاً فهو لا يوافق المذهب، وإن أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور فيه فليأمل قوله: (إذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختاراً للفداء ويجب عليه قيمته) أقول: أي إذا كان قيمته أقل من أرش الجناية، وإلا فالواجب عليه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية. ثم اعلم أن الضمير في قوله راجع إلى المولى. قوله: (وكذلك: أي وكما مر من عود الحكم الأصلي) أقول: والأولى أن تجعل الإشارة إلى ما ذكر من المسألة والتشبيه في عود الحكم الأصلي.

المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده، كذا هذا، بخلاف التدبير والاستيلاء لأنهما لا يقبلان الزوال بحال. قال: (وإذا مات المولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) كي لا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب، إذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المراء حق (وقيل له أذ المال إلى ورثة المولى على نجومه) لأنه استحقاق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير، إلا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء (فإن أعتقه أحد الورثة

قوله: ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه، لأن مذهب زفر رحمه الله أن جنابة المكاتب تصير مالاً في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل؟ قلنا ظهوره، فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال

عن الفداء فلما مر من عدم العلم، وأما عن الدفع فلتعذر بالكتابة، فأما إذا عجز فقد زال المانع، وإذا زال المانع عاد الحكم الأصلي، وكذلك: أي وكما مر من عود الحكم الأصلي إذا جيء المكاتب ولم يقض به: أي بموجب الجنابة حتى عجز لما بينا من زوال المانع وإن قضى به: أي بموجب الجنابة عليه: أي على المكاتب في كتابته ثم عجز فهو: أي ما قضى به من موجبها دين في ذمته يباع فيه. واعلم أن المكاتب إذا جنى جنابة خطأ فإنه يسعى في الأقل من قيمته ومن أرش الجنابة، لأن دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجنابة عند تعذر الدفع على من يكون الكسب له، والواجب هو الأقل من القيمة ومن أرش الجنابة؛ ألا ترى أن في جنابة المدبر وأم الولد يجب على المولى الأقل من قيمتهما ومن أرش الجنابة لأنه أحق بكسبهما، هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وغيره، وإذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الأصلي وهو دفع الرقبة إلى القيمة قبل زوال المانع، فإذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة للقضاء، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقد رجع إليه أبو يوسف رحمه الله آخرأ وكان يقول أولاً يباع فيه وإن عجز قبل القضاء إلا أن يقضي المولى عنه، وهو قول زفر رحمه الله لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجنابة، فالجنابة عندما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جنابة المدبر وأم الولد. وقوله من الرقبة إلى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير إلى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن أرش الجنابة، وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والميسوط، وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أرش الجنابة. ولنا القول بالموجب، وهو أننا سلمنا أن المانع من الدفع قائم، ولكن الكلام في أنه قابل للزوال أو لا، ولا شك في قبوله لإمكان انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا. فإن قيل: قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لأن مذهب زفر رحمه الله أن جنابة المكاتب تصير مالاً في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل؟ قلنا: ظهوره، فإن التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لإمكان وجود الموجب الأصلي فصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإنه يتوقف الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده، بخلاف التدبير والاستيلاء لأنهما لا يقبلان الزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة. قال: (وإذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لأنها سبب حريته وحرية حقه فهي سبب حقه، وسبب حق المراء حقه لإفضائه إلى حصوله، فالكتابة حقه، فإذا مات المولى لا تنفسخ كي لا يؤدي موته إلى إبطال حق غيره، ويقال له أذ المال إلى ورثة المولى على نجومه: أي مؤجلاً لأنه استحق الحرية على هذا الوجه، والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير، وهذا لأن المولى لما كان صحيحاً صح تصرفه بتأجيل الكل كإسقاطه، بخلاف ما إذا كان مريضاً وكتبه فإن المكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالاً أو يرد رقيقاً لأنه لما كان مريضاً لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كإسقاطه قوله: (إلا أن الورثة يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قبل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البذل فصار للورثة وهو تغير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغييراً في عقد الكتابة لأنها باقية كما كانت، فكما أن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تغيراً فكذلك دين الكتابة (فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه، إذ المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالآرث) ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم (وإن أعتقوه جميعاً) عتق استحساناً. وجه القياس ما ذكرنا من عدم

قوله: (وهو دفع الرقبة إلى القيمة الخ) أقول: لا يخالف ما قال آنفاً إن الموجب الأصلي أحد الأمرين، لأن أحد الأمرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه إلى القيمة، ثم اعلم أن قوله إلى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل.

لم ينفذ عتقه) لأنه لم يملكه، وهذا لأن المكاتب لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بسبب الوراثة، وإن أعتقه جميعاً عتق وسقط عنه بدل الكتابة لأنه يصير إبراء عن بدل الكتابة فإنه حقهم وقد جرى فيه الإرث، وإذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما إذا أبرأه المولى، إلا أنه إذا أعتقه أحد الورثة لا يصير إبراء عن نصيبه، لأننا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحاً لعتقه، والعتق لا يثبت بإبراء البعض أو أدائه في المكاتب لا في بعضه لا في كله، ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة، والله أعلم.

لإمكان عود الموجب الأصلي اه كلامه. أقول: فيه بحث، إذ لمانع أن يمنع أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال، كيف وهذا التردد متحقق فيما إذا عجز بعد القضاء أيضاً مع ثبوت الانتقال هناك بالاتفاق فلم لا يجوز أن لا يمنع ها هنا أيضاً كما هو مذهب زفر وقول أبي يوسف أولاً؟ فمن أين يثبت الظهور، ولو سلم أن مجرد التردد في زوال المانع يمنع الانتقال في الحال لزم أن يكون قول المصنف: ولم يثبت الانتقال في الحال مستدركاً بعد أن قال: إن المانع قابل للزوال للتردد، أو كان حقه أن يقول: فلم يثبت الانتقال في الحال بالتفريع على ما قبله كما لا يخفى على ذي مسكة، وكأن صاحب الكافي تنبه لهذا حيث قال: لما كان المانع متردداً لم يثبت الانتقال عن الموجب الأصلي إلا بالقضاء أو الرضا.

الملك. ووجه الاستحسان أن يصير إعتاقهم إبراء عن بدل الكتابة فإنهم يملكونه لجريان الإرث فيه (وإذا برئ المكاتب عن جميع (بدل الكتابة عتق كما إذا أبرأه مولاؤه) فإن قيل: فاجعل إعتاق أحد الورثة إبراء عن نصيبه. قلنا: لا يصح، لأننا نجعله إبراء اقتضاء تصحيحاً لعتقه، والعتق لا يثبت في المكاتب بإبراء بعض البدل أو أدائه لا في بعضه ولا في كله، لأن عتقه معلق بسقوط جميع البدل، ولهذا لو أبرأ المورث عن بعض البدل لم يعتق منه شيء، وإذا لم يمكن إثبات المقتضي لا يثبت المقتضي فلا وجه لإبراء البعض، وكذلك إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المآب.