

كتاب الاستبراء

obeikandi.com

### من سماع ابن القاسم من مالك من كتاب القبلة

قال سحنون: وقال ابن القاسم: سمعت مالكا قال فيمن ابتاع أمة ولم يذكر هو ولا البائع استبراء، فلما وجب البيع طلب البائع النقد، وقال المشتري حتى نستبرئ رحمها بحيضة، قال: قال مالك: إن كانت الجارية مما يراد بها الوطاء فلا ينقد حتى توضع على يدي عدل حتى يستبرئ<sup>(١)</sup> رحمها بحيضة، وأما ما اشترى من الجواري للخدمة فأرى البيع يجوز وينقد الثمن، فإن كان بها حمل ردها على البائع، قال ابن القاسم: قال لي مالك: وإن كان البائع مسافراً لزمته المواضعة في الجارية التي مثلها يراد للوطء.

قال محمد بن رشد: مذهب مالك رحمه الله أن المواضعة واجب<sup>(٢)</sup> في الجواري المرتفعات وإن لم يطأها سيدها البائع إلا أن تكون ظاهرة الحمل أو زانية أو ذات زوج أو في عدة منه لم يختلف قوله في ذلك كما اختلف في العهدة فيحكم بها عنده على المقيم والغريب، ولا يرخص في تركها للمسافر والمجتاز، وهي أن توضع الجارية على يدي أمين<sup>(٣)</sup> أو رجل له أهل حتى يعرف براءة

(١) في ق ٢: تستبرئ مهموزاً.

(٢) في ق ٢: واجبة.

(٣) في ق ٢ (امرأة) بدل (أمين).

رحمها من الحمل بحیضة إن كانت من ذوات الحيض وبثلاثة أشهر إن كانت يائسة من الحيض<sup>(٤)</sup> بِكَبْرٍ أَوْ صِغَرٍ إذا كانت ممن توطأ بكرة كانت أو ثيباً أمن منها الحمل أو لم يؤمن، وقد قيل: إذا أمن الحمل منها فلا مواضعة فيها، والضمان في ذلك من البائع، والنفقة عليه، فلا يجوز أن يتلذذ بشيء منها وإن كان الضمان عليه والنفقة عليه من أجل أنه قد أوجبها لغيره، ولا يجوز للمشتري ذلك أيضاً من أجل أن الضمان من غيره، وإن اشتراها في أول دمها أو في عظمه كان ذلك براءة لرحمها ولم يكن فيها مواضعة، وقد كان روي عن مالك أنها تستأنف حيضة أخرى ثم رجع عنه، ولا يجوز النقد في ذلك بشرط، وليست المواضعة بواجبة إجماعاً إلا في التي وطئها سيدها وإن كانت من الوحش. وقد قال أصبغ: بيوع البلدان كلها ما عدا المدينة، وهي بيوعنا بمصر أيضاً في الجوّاري المرتفعات، ترك المواضعة وتعجيل النقد، فلا يفسد البيع بترك المواضعة إلا أن يشترط تركها وتعجيل النقد والبراءة من الحمل، وفي ذلك اختلاف كثير سنذكره في الرسم الذي بعد هذا، وقد مضى في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب العيوب سبب وجوبها والفرق بين ما تنعى به<sup>(٥)</sup> الحمل في المرتفعات من الجوّاري وبين سائر ما يوجد بها من العيوب لمن أحب الوقوف عليه، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

### مَسْأَلَةٌ

وقال سحنون: سئل مالك عن الرجل يشتري الجارية فيواضعه للاستبراء، فيقول البائع: هلمّ الثمن فواضعه<sup>(٦)</sup> على يد<sup>(٧)</sup> رجل، فقال مالك: ليس له ذلك عليه، وإنما يدفع الثمن إذا وجبت له الجارية.

(٤) في ق ٢: المحيض.

(٥) في ق ٢: يتقى من الحمل.

(٦) في ق ٢: نواضعه.

(٧) في ق ٢: يدي بلفظ التشبية.

قال محمد بن رشد: ابن المَوَاز يرى أن يوضع الثمن على يدي عدل ويحكم بذلك على المتباع، وهو قول مالك في الواضحة، وفي كتاب ابن عبدوس، وظاهر ما في كتاب الاستبراء والبيع الفاسدة من المدونة. واختلف إذا وضع بيد عدل فتلف قبل خروجها من الاستبراء، فقليل مصيبته ممن كان يصير إليه، وهو قول مالك في كتاب الاستبراء من المدونة، وقيل: إنه من المتباع، روي ذلك عن مالك، وعلى قوله هذا إن خرجت الجارية صحيحة من المواضعة لزمه ثمن آخر، وقيل: إنه [يسقط ذلك عنه تلف الثمن]<sup>(٨)</sup> بفسخ البيع، ومعنى ذلك عندي إن لم يرد أن يؤدي ثمناً آخر من عنده، واختلف أيضاً إن خرجت معيبة من المواضعة والثمن قد تلف هل يأخذها بالثمن التالف أم لا؟ ففي نوازل سحنون بعد هذا عن أشهب وابن القاسم أن له أن يأخذها بالثمن التالف، وعن غيرهما أن ذلك ليس له إلا أن يغرم ثمناً آخر، وإلى هذا ذهب ابن حبيب فقال: لو كان له أن يأخذها بالثمن التالف لوجب إذا تلف الثمن أن يعطي السلعة والجارية، إذ لا يشك أحد أنه يختار<sup>(٩)</sup> أن يأخذها إذا لم يؤد فيها ثمناً آخر. وفرق ابن الماجشون في ديوانه على ما فسره ابن عبدوس بين أن يحدث العيب قبل تلف الثمن أو بعده فقال: إن حَدَث العيب قبل تلف الثمن كان له أن يأخذها معيبة بذلك الثمن التالف لأن الخيار قد كان وجب له قبل تلف الثمن، فليس يسقط ذلك عنه تلف الثمن، وإن تلف الثمن قبل حدوث العيب لم يكن له أن يأخذها بذلك الثمن التالف إلا بثمان يدفعه، وبالله التوفيق.

### ومن كتاب اوله الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل مالك عن رجل وصي رجل باع رقيقاً له في ميراث باعه ونادى فيه إنه بيع ميراث فلان، فباع فيه جارية بمائة دينار، فلما

(٨) ساقط من ق ٢ .

(٩) في ق ٢ : سيختار.

وجب البيع للبائع قال له: تدفع الثمن إليّ، فقال له المتباع: لا حتى أضعك<sup>(١٠)</sup> الجارية، فإني أخشى أن تكون حاملاً، فقال له البائع: إنها جارية فلان ابن فلان، وهي ممن لم تكن توطأ، وقد بعناك بيع ميراث، قال مالك: أرى له أن يواضعه<sup>(١١)</sup> إياه ولا يعطيه الثمن حتى تخرج من الحيضة، فإن أُلْفِيَتْ حاملاً ردها المتباع ولم ينفعه شرطه عليه أنها بيع ميراث.

قال محمد بن رشد: هذا ما لا اختلاف فيه أعلمه في المذهب أن الحكم بالمواضعة واجب في بيع الميراث وبيع السلطان كما هو في بيع الناس بعضهم من بعض، لا يفسد البيع بتركها وإن قصدوا فيه إلى ذلك بعادة جروا عليها ما لم يشترطوا تركها نصّاً، فإن اشترطوا ذلك نصّاً ففيه ثلاثة أقوال: أحدها أن البيع جائز والشرط جائز، وهو قول ابن عبد الحكم، والثاني أن البيع فاسد قاله أبو بكر الأبهري ومثله في كتاب ابن المواز [في قول]<sup>(١٢)</sup> وقاله ابن حبيب إذا اشترط ترك المواضعة وتعجيل النقد، ومثله في رسم العتق بعد هذا من سماع عيسى، [والثالث]<sup>(١٣)</sup> أن البيع جائز والشرط باطل ويخرج<sup>(١٤)</sup> إلى المواضعة وهو قول مالك في المدونة وفي رسم تأخير صلاة العشاء بعد هذا. فإن ماتت على هذا القول قبل أن تخرج من المواضعة فقبل: إن مصيبتها من المشتري إن ماتت عنده، حكى ذلك إسماعيل القاضي في المبسوط عن مالك، وقيل: إنها إن ماتت في مقدار ما يكون فيه استبراء لها فمصيبتها من المشتري، وإن ماتت قبل أن يمضي<sup>(١٥)</sup> لها من المدة ما يكون فيه استبراء لها وهو الشهر فمصيبتها من البائع، وهو قوله في المدونة. وأما إذا باعها بشرط

(١٠) في ق ٢: أواضعك.

(١١) في ق ٢: يواضعها.

(١٢) ساقط من الأصل.

(١٣) ساقط من ق ٢.

(١٤) في ق ٢: تخرج.

(١٥) في ق ٢: تقضي.

البراءة من الحمل فالمشهور من قول مالك وأصحابه أن البيع فاسد والمصيبة من المشتري إن بلغت<sup>(١٦)</sup> قبل قبضة على حكم البيوع الفاسدة، وقيل البيع جائز والشرط باطل، وقع هذا القول في كتاب محمد، وقيل البيع جائز والشرط جائز وهو قول ابن عبد الحكم، وبالله التوفيق.

### ومن كتاب أوله سن رسول الله ﷺ

وسئل مالك عن الأمة يبتاعها الرجل فتبيت عنده ثم يدعي أنها حامل، قال مالك: فيستأنى<sup>(١٧)</sup> بها حتى يتبين أنها حامل [فإذا تبين أنها حامل]<sup>(١٨)</sup> وشهد النساء ردت بشهادة النساء، فإذا وجد الحمل بعد ذلك باطلاً لم ترد إلى المشتري، ولا ينبغي أن يستأنى بها حتى تضع لأن الضمان منه، ولكن إذا شهد النساء أنه حمل وتبين ذلك ردت على بائعها ولم يستأنى<sup>(١٩)</sup> بها للوضع.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأن الحمل عيب، وشهادة النساء فيه جائزة لأنه مما لا يطلع عليه إلا هُنَّ، فتجوز فيه شهادة امرأتين منهن، وهو لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر، ولا يتحرك تحركاً بيئناً يصح القطع على تحركه في أقل من أربعة أشهر وعشر، فإذا شهد النساء أن بها حملاً بيئناً لا يشك<sup>(٢٠)</sup> فيه من غير تحريك ردت فيما دون ثلاثة أشهر، ولم ترد فيما زاد على ذلك لاحتمال أن يكون حادثاً عند المشتري، وإذا شهدن أن بها حملاً يتحرك ردت فيما دون أربعة أشهر وعشر، ولم ترد فيما فوق ذلك لاحتمال أن يكون حادثاً عند المشتري، فإن ردت ثم وجد المشتري ذلك الحمل باطلاً لم ترد إلى المشتري كما

(١٦) في ق ٢: تلتقت.

(١٧) في ق ٢: (يستأنى) بدون الفاء.

(١٨) إضافة من ق ٢.

(١٩) كذا.

(٢٠) كذا بالأصل وفي ق ٢: (لا يشكون) والعربية فيه هكذا: (لا يشككن).

قال، إذ لعلها قد أسقطته فكتمت ذلك، وقد روي عن مالك أن النفقة لا تجب للمطلقة البائن بظهور الحمل بها حتى تضعه، وأن اللعان لا يكون عليه إلا بعد وضعه، وأن الأمة الحامل [من سيدها]<sup>(٢١)</sup> لا يحكم [لها بحكم]<sup>(٢٢)</sup> الحرة بظهور الحمل بها بعد موته حتى تضع<sup>(٢٣)</sup> فعلى قياس هذا لا يجب رد الأمة بحمل يظهر بها عند المشتري لم يكن ظاهراً بها حين البيع، ويستأنى بها حتى تضع، فإن وضعته حياً لأقل من ستة أشهر كان له ردها بعيب الولد والولادة، وإن مات الولد ردها بعيب الولادة إن كانت قد نقصتها، وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر لم ترد لاحتمال أن يكون أصل الحمل عند المشتري وبالله التوفيق لا شريك له.

### ومن كتاب سعد في الطلاق

وقال مالك: من ابتاع أمة وهي في عدتها من وفاة أو طلاق فلا تجرد لينظر منها عند البيع، ولا يلتذ<sup>(٢٤)</sup> منها بشيء إذا ابتاعها حتى تنقضي عدتها.

قال سحنون: روى ابن وهب عن مالك مثله.

وقال سحنون: ليس على من ابتاع<sup>(٢٥)</sup> جارية وهي في عدة من طلاق أو وفاة مواضعة الاستبراء<sup>(٢٦)</sup> إلا أن المبتاع يستبري لنفسه لأن الحمل بها ليس بعيب، إنما هو من زوج قد<sup>(٢٧)</sup> علم بذلك

(٢١) ساقط من الأصل.

(٢٢) ساقط من الأصل.

(٢٣) في ق ٢: تضعه.

(٢٤) في ق ٢: يتلذذ.

(٢٥) في ق ٢: باع.

(٢٦) في ق ٢: (استبراء) بالتنكير.

(٢٧) في ق ٢: وقد.

ورضي به، فإن جاءت بولد فإنما هو من زوج قد علم أنها في عدة منه.

وقال مالك: من كانت له أمة حامل من غيره فلا يحل له وطؤها كان حملها ذلك عنده أو عند غيره من زوج أو زنى، فلا أرى أن يقبلها أو يباشرها ولا يغمزها تلذذاً حتى تضع حملها.

قال محمد بن رشد: قول مالك إن من ابتاع أمة وهي في عدتها من وفاة أو طلاق إنه لا يجوز له أن يتلذذ بشيء منها في حال عدتها صحيح لأنه وإن كان الضمان منه إذ لا مواضعة فيها فالنسب لاحق بالزوج الذي هي في عدة منه، كمن زوج أمته فدخل بها زوجها ثم مات عنها أو طلقها فإنه لا يحل له أن يتلذذ بشيء من أمرها في حال عدتها، وإنما يختلف فيمن اشترى أمة من الوحش أو حاملاً ظاهرة الحمل أو في المقاسم وهي حامل أو غير حامل لأن بيع المقاسم بيع براءة، وإن ظهر بها حمل لم يردّها؛ فمالك يرى أنه لا يجوز أن يتلذذ منها بما دون الوطء في حال حملها ولا في حال استبرائها، إذ لا يجوز له الوطء في تلك الحال، وغيره يبيح له أن يتلذذ منها بما شاء من قبله أو مباشرة، روي ذلك عن عبدالله بن عمر وغيره من السلف، وذهب إليه ابن حبيب، وقول سحنون: إنه لا مواضعة في الجارية التي تشتري وهي في عدة من وفاة أو طلاق صحيح لا اختلاف فيه، لأن المشتري إنما وقع شراؤه على أنها مشغولة الرحم بماء زوجها، وإن ظهر بها حمل لم ينقص ذلك من ثمنها كثيراً، وكذلك لو اشتراها وهي في استبرائها من زنى لم يكن فيها مواضعة من أجل أن الحمل إذا ظهر بها لم ينقص من ثمنها كثيراً، والمواضعة إنما هي من أجل نقصان كثرة الثمن لحمل<sup>(٢٨)</sup> إن ظهر [بها]<sup>(٢٩)</sup> وقول مالك أخيراً<sup>(٣٠)</sup> إن من كانت له أمة حامل من غيره فلا يطأها كان الحمل من زوج أو زنى

(٢٨) في ق ٢: يحمل.

(٢٩) ساقط من الأصل.

(٣٠) في ق ٢: آخر.

صحيح لا اختلاف فيه لقول النبي عليه السلام: «لَا تُوْطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ»<sup>(٣١)</sup> فإن فعل أدب إلا أن يعذر بجهل، ولم يعتق<sup>(٣٢)</sup> عليه هي ولا ما في بطنها؛ وقد روي عن الليث بن سعد أنها تعتق عليه هي وما في بطنها، وقضى بذلك عبد الملك بن مروان، ذكر ذلك ابن حبيب، وأما قوله: إنه لا يقبلها ولا يباشرها ولا يغمزها تلذذاً حتى تضع حملها فهو مذهبه أنه لا يجوز له أن يقبل ويباشر إلا ما يجوز له أن يبطأ وعلى ما ذكرناه من مذهب ابن حبيب يجوز له أن يقبل ويباشر إن كان الحمل [ظاهراً]<sup>(٣٣)</sup> من زنى، ولم يكن من زوج، وبالله التوفيق.

### ومن كتاب أوله تأخير صلاة العشاء من الحرس

وسئل مالك عن الرجل يشتري الجارية فيدفعها البائع إلى المشتري فينقلب بها ثم يأتي البائع بعد ذلك بيوم أو يومين فيقول: ادفع إليّ الثمن، فيقول المشتري: لا أدفع إليك شيئاً حتى تحيض وأستبريها، فيقول البائع: قد أغلقت عليها بابك وقد قبضتها مني، قال: قد ائتمنته عليها حين دفعها إليه، فأرى للمشتري ألا يدفع إليه الثمن حتى تحيض، فأرى أن يتواضعها على يدي امرأة للحبيضة واحتج فقال: يمكنه منها ويأمنه عليها، ثم يقول: ادفع إليّ الثمن، ما أرى ذلك له.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إن من حق المشتري أن لا يدفع إليه الثمن حتى تحيض لأن النقد في الجارية التي يتواضع<sup>(٣٤)</sup> مثلها لا يجوز

(٣١) لم أقف عليه.

(٣٢) في ق ٢: تعتق.

(٣٣) ساقط من الأصل.

(٣٤) في ق ٢: يواضع.

بشروط حتى تخرج من الحيضة، ولو زاد<sup>(٣٥)</sup> البائع في هذه المسألة أن يوقف له الثمن بيدي<sup>(٣٦)</sup> عدل إلى أن تخرج من الحيضة لم يكن ذلك له من أجل أنه قد دفع إليه الجارية، ولو دعا إلى ذلك قبل أن يدفع إليه الجارية لكانت المسألة التي قد مضى الخلاف فيها في أول رسم من السماع، وأما قوله: فأرى أن يتواضعها على يدي امرأة فهو قول مالك في المدونة: إن البيع لا يفسد بترك المواضعة ويحكم [بها]<sup>(٣٧)</sup> بينها ما لم يشترط البراءة من الحمل، وقد مضى هذا الاختلاف فيما يفسد به البيع من هذا المعنى في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة، فلا وجه لإعادته وبالله تعالى التوفيق.

### ومن كتاب صلى نهاراً ثلاث ركعات

وسئل مالك عن الرجل يبيع جارية له بالبراءة بيع السلطان فوجد بها حملاً، قال مالك: إن كانت جارية رائحة من جوارى الوطاء لم أر البراءة تنفعه في الحمل، فقيل [له]<sup>(٣٨)</sup>: ثمنا خمسون ديناراً، قال: هذه رائحة، لا أرى البراءة تنفعه في الحمل إلا أن تكون جارية من الوحش للخدمة فإني أرى البراءة في ذلك تنفعه.

قال محمد بن رشد: إنما لم ير أن يبرأ في بيع البراءة من الحمل في الجارية الرائحة من أجل أن البراءة من الحمل فيها لا تجوز [فلما كانت البراءة منه لا تجوز]<sup>(٣٩)</sup> ويفسخ البيع بينها<sup>(٤٠)</sup>، وكان لفظ البراءة لفظاً عاماً يحتمل أن يحمل على عمومه في الحمل وغيره، وأن يحمل على ما سواه مما لا يفسد

(٣٥) في ق ٢: أراد.

(٣٦) في ق ٢: بيد.

(٣٧) ساقط من ق ٢.

(٣٨) إضافة من ق ٢.

(٣٩) زيادة من ق ٢.

(٤٠) في ق ٢: بها.

البيع به . وحمله (٤١) على ما سواه مما لا يفسد به البيع لم (٤٢) يفسخ إلا بيقين، وإنما لم تجز البراءة من الحمل في المرتفعات من أجل أن الحمل يهدم جل ثمنها، فيلزم على قياس ذلك لو اشترط البراءة من عيب يذهب بجل الثمن كالجذام ونحوه، ونص على ذلك أن يكون البيع فاسداً، إلا أن يفرق بينهما بأن الحمل غالب والجذام وشبهه من الأدواء نادرٌ، وإلى أن لا فرق بينهما ذهب ابن عبد الحكم فقال: إن من باع (شاة) (٤٣) واشترط البراءة من الحمل في المرتفعات فالبيع جائز والشرط عامل قِياساً على ما رجع إليه مالك من إجازة البراءة في الجنون والجذام والبرص الذي يكون قبل العقد ولم يعلم به البائع بعد أن كان يقول: لا تجوز البراءة فيما يعظم من الأشياء، وأما ما حدث في السميت (٤٤) من الجنون والجذام والبرص فهو يبرأ منه في بيع البراءة قولاً واحداً، والله أعلم.

### مَسْأَلَةٌ

وسئل عن رجل كانت له أم ولد، وكان لها حلي وكسوة، فأوصى عند الموت إن هي قامت على ولدها فدعوا [لها] (٤٥) ما كان لها، وإن هي لم تقم وتزوجت فخذوا ما كان في يديها من كسوة وحلي. قال مالك: ليس ذلك له، وأراه لها حين مات، وليس له أن ينتزع منها مالها مما أعطاه في مرضه، وأراها بمنزلة المدبرة.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه لا تجوز وصية الرجل في انتزاع كسوة أم ولده وحليها صحيح، لأن الحرية تجب لها بموته، فهو لا يجوز له أن ينتزع

(٤١) في ق ٢: (حمله) بدون الواو.

(٤٢) في ق ٢: ولم.

(٤٣) ساقط من ق ٢.

(٤٤) في ق ٢: السنة.

(٤٥) إضافة من ق ٢.

مالها في مرضه لقربها في تلك الحال من العتق كالمعتق إلى أجل إذا قرب أجل عتقه والمدبر، فإذا لم يجوز له أن ينتزعه منها في مرضه فأحرى أن لا تجوز له الوصية بأن ينتزع منها بعد موته، وما كان لها من الحلي والثياب والمتاع الذي يشبه حالها فهو لها، وإن لم يعلم عطية سيدها ذلك لها، وأما الشيء المستنكر الذي لا يشبه أن يكون من هيئتها ولباسها فلا يكون لها بدعواها أنه لها إلا أن تكون لها بينة على أنها أعطيت ذلك أو وهبته أو اكتسبته، وهي في هذا بخلاف الزوجة لأن القول قول الزوجة فيما كان من متاع النساء أنه لها وإن كثر إلا أن يكون للزوج بينة على أنه له أو على أنه اشتراه فيكون له بعد يمينه أنه إنما اشتراه بماله لنفسه لا لها، وهذا كله بين في الرسوم الباقية من هذا السماع وفي رسم الأفضية الثاني من سماع أشهب، وبالله التوفيق.

#### ومن كتاب شك في طوافه

قال ابن القاسم: سمعت مالكا يقول في أم الولد: إذا هلك عنها سيدها ولها حلي ومتاع أترأه لها؟ قال: نعم إلا أن يكون الشيء المستنكر.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم قبل هذا مما لا اختلاف فيه.

#### ومن كتاب اوله باع غلاماً بعشرين ديناراً إلى أجل

وقال مالك في أم الولد في ثيابها إذا كانت تستمتع بها وإن لم يكن لها شهود على عطية سيدها إياها وهو معروف أنها كانت تلبسه (٤٦) فأراها لها.

قال محمد بن رشد: وهذا أيضاً مثل ما تقدم فلا وجه للقول فيه وبالله التوفيق.

### ومن كتاب أوله مساجد القبائل

وسئل مالك عن الرجل يهلك ويترك أم ولد لها ثياب وحلي أترأه لها؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: وهذا مثل ما تقدم أيضاً ومثل (٤٧) القول فيه فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

### من سماع أشهب وابن نافع من مالك من كتاب الأفضية الثالث

قالا: وسئل مالك عن رجل توفي وترك جارية حاملاً منه أتمت حرمتها؟ فقال: إذا كان حملها بيناً فقد ثبتت حرمتها، قيل: إذا كان حملاً بيناً معروفاً تمت حرمتها؟ قال: نعم، فقيل له: إذا مات الرجل وله جارية ولها منه حمل تمت حرمتها حتى تقتل (٤٨) من قتلها وترث وتورث؟ فقال: أما إذا مات عنها سيدها وهي لم تتم حرمتها ولم تجز شهادتها ولم تقتل من قتلها ولم ترث ولم تورث حتى يتبين حملها، فإذا تبين حملها وظهر وعرف تمت حرمتها وجازت شهادتها وقتل من قتلها وورثت وأخذ لها الحدود إذا بان حملها، قيل لها: إن المرأة ربماً نظر إليها النساء فيقلن (٤٩) هي حامل وكبر بطنها ثم ينفش ذلك فلا يكون في بطنها شيء، فكيف ترث وتورث ويقتل بها من قتلها وهي لعلها ألا يكون لها حمل؟ قال: كذلك هذه، يوقف ذلك منها حتى يتبين حملها، فإذا تبين تمت حرمتها وورثت ورثتها وقتل من قتلها.

قال محمد بن رشد: مثل هذا للمالك في الواضحة من رواية مطرف

(٤٧) في ق ٢: (ومضى) بدل (ومثل).

(٤٨) في ق ٢: يقتل.

(٤٩) في ق ٢: فقلن.

عنه. وفي كتاب ابن سحنون من رواية ابن القاسم عنه قال: وتعجب من قول من يقول لا تتم حرمتها حتى تضع، وقال المغيرة توقف أحكامها حتى تضع، وهو قول ابن الماجشون في الثمانية وعليه يأتي قوله في الواضحة إن للأمة الحامل من سيدها إذا مات النفقة في ماله حتى تضع حملها إن كان من مذهبه أن أم الولد إذا توفي عنها سيدها وهي حامل فلا نفقة لها على المشهور في المذهب إذ قد اختلف في ذلك حسبما قد ذكرناه في رسم سعد من سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة؛ وقال ابن نافع في المَدْنِيَّة لا يقتل من قتلها ويستأنى بمن قذفها فإن ولدت حد لها، وفيها أعني في المَدْنِيَّة قال عيسى: قال ابن القاسم: سألت مالكا عن القذف وكان فيها اختلاف بالمَدْنِيَّة فقال: أرى أن يضرب من قذفها الحد ثمانين إذا تبين حملها، قيل له: إن قوماً يقولون لو استؤني بها فلعل ذلك ينفش، فأنكر ذلك من قولهم وتعجب منه<sup>(٥٠)</sup> وقد مضى في رسم من سماع ابن القاسم ذكر اختلاف قول مالك في وجوب الحكم للحمل بظهوره قبل وضعه، وبالله التوفيق.

### ومن كتاب الأفضية

وسئل مالك عن الرجل تكون له أم ولد<sup>(٥١)</sup> فيزوجها غلاماً له فتلد منه أولاداً فيهب جارية منهن لابنه أيطؤها؟ فقال: نعم، لا بأس بذلك، الرجل يتزوج المرأة ويتزوج ابنه ابنتها، فقيل له: أليس ولد أم ولد بمنزلتها؟ فقال: بلى، ولد كل ذات رحم بمنزلتها، فقيل له: أفليس ولدها معها معتق إلى أجل؟ فكيف يجوز له أن يهب معتقة إلى أجل فيطؤها؟ فسكت.

قال أشهب: والذي<sup>(٥٢)</sup> لا شك فيه عندي أن كل جارية فيها طرف

(٥٠) في ق ٢: منهم.

(٥١) في ق ٢: (أم الولد) معرفاً.

(٥٢) في ق ٢: (هو الذي ...)

من عتق فليس يجوز لسيدها أن يوطئها أحداً من الخلق لا عبده، ولا ولده ولا غيرها بملك يمين ولا غيره إلا بتزوج<sup>(٥٣)</sup> فلا بأس بذلك، ومما يشبهه المدبرة لا يجوز لسيدها أن يوطئها أحداً من الخلق بهبة، وله أن يزوجهها.

ومن سماع ابن دينار من ابن القاسم من كتاب استأذن سيده

قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل يزوج أم ولد رجلاً فتلد له أولاداً ثم يريد أن يهب بعض بناتها لولده أو لأجنبي هل يجوز له أن يطأها؟ قال: قال مالك: لا يطؤها بملك يمين ولا يطؤها إلا بتزويج.

قلت: وكذلك بنات المدبرة لا يطؤون غير سيدهن، قال: نعم كذلك بنات المدبرة لا يطؤون أحد سواه إلا بالتزويج.

وقال محمد بن رشد: رأى مالك رحمه الله أنه لا حرمة بين الرجل وبين ما ولدت أم ولد أبيه من غيره بعده ولا قبله يحرم بها نكاحها<sup>(٥٤)</sup>، وأغفل النظر في صحة الهبة إذ سبق إلى ظنه أن القصد بالسؤال إنما هو إلى هل بينها حرمة أم لا؟ من أجل أنه قد اختلف في ذلك، فكان طاووس يكره للرجل أن يتزوج ما ولدت امرأة أبيه بعد أبيه من غير أبيه، وروى أبو زيد عن ابن القاسم في كتاب النكاح أن ذلك لا يحل له، ولذلك قال: لا بأس أن يطأها يريد من جهة أنه لا حرمة بينه وبينها، وقوله: إنه لا حرمة بينه وبينها هو الصحيح، وقول من قال: إنها لا تحل له بعيد، وقد مضى في سماع أبي زيد من كتاب النكاح وجه الكراهية عند من كره ذلك لمن أحب الوقوف عليه، وأما هبة الرجل رقبة ولد أم ولده من غيره فلا يصح، إذ لا يملكها

(٥٣) في ق ٢: بتزويج.

(٥٤) في ق ٢: يحرم به عليه نكاحه.

وإنما له خدمتها طول حياته، فالهبة إنما تصح فيما يملك من اختدامها ولا يصح بذلك للموهوب [له] (٥٥) وطؤها كما قال أشهب ومالك في رواية عيسى عن ابن القاسم عنه، وقد كان الفقيه شيخنا أبو جعفر رحمه الله يحكي لنا عن الفقيه أبي عمر بن القطان أنه كان يقول: لا أقول إن مالكاً وهم في إغفال النظر في صحة الهبة فأخطأ في الجواب، بل أقول: إنه أعمل الهبة في الرقبة مراعاة للاختلاف في جواز بيع أم الولد، فأجاز للابن وطؤها بالهبة، وبالله التوفيق.

### ومن كتاب الأقضية الثاني، قال أشهب وابن نافع:

وسئل مالك عن رجل توفي وترك أم ولد له، فادّعت متاع البيت، قال: أرى أن تكلف البينة على أن ذلك لها، وإن كان ذلك من متاع النساء لأنها ليست بحرة، وإنما (٥٦) هي أم ولد، ثم يكون ذلك لها، قلت: أرأيت ما أعطها سيدها من الحلي والثياب؟ فقال: ذلك لها إذا مات سيدها.

قلت: أرأيت ما كان من متاع [البيت] (٥٧) دني؟ فقال: أما الفراش والحلي واللحاف والثياب التي على ظهرها فأرى ذلك لها من كتاب العتق. وسمعت سئل (٥٨) عن أم الولد يتوفى عنها سيدها وفي يدها متاع فيريد الورثة أخذه منها أذلك لهم؟ فقال: إن كان وهبه لها فلا.

قال محمد بن رشد: وإنما وجب أن تكلف أم الولد البينة فيما ادعته من

(٥٥) زيادة من ق ٢.

(٥٦) في ق ٢: وإنما.

(٥٧) ساقط من ق ٢.

(٥٨) في ق ٢: يسأل.

متاع النساء أنه لها سوى ثيابها التي تلبسها والحلي الذي يشبهها إذا نازعها في ذلك ورثة سيدها من أجل أنه لا يد لها مع سيدها إذ لم تتم حريتها إلا بموته، فهي في هذا بخلاف الحرة، وقد مضى في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب طلاق السنة القول في اختلاف الزوجين في متاع البيت موعباً لمن أحب الوقوف عليه، ومضى في رسم صلى نهاراً من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب القول في مال [أم] (٥٩) الولد وما يصح منه بالدعوى مما لا يصح، فلا معنى لإعادته، والله الموفق.

### ومن كتاب البيوع الأول

وسئل مالك عن الصبية الصغيرة تشتري، أعلى من ابتاعها استبرأؤها؟ قال: نعم إذا كان مثلها يوطأ، واستبرأؤها ثلاثة أشهر، وإن كانت صغيرة ليس مثلها يوطأ فليس عليها استبراء.

قال محمد بن رشد: أما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فلا اختلاف في أنه لا مواضعة فيها ولا استبراء، وإنما اختلف في الصغيرة التي يوطأ مثلها ويؤمن الحمل منها، فمذهب مالك وعامة أصحابه وجوب الاستبراء فيها والمواضعة إن كانت من ذوات الأثمان بثلاثة أشهر لأن الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر، وقيل شهران، وقيل شهر ونصف، وقيل شهر، وذهب مطرف وابن الماجشون إلى أنه لا يجب فيها استبراء ولا مواضعة، وجاء ذلك عن جماعة من السلف منهم عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وسعيد بن المسيب، وسليمان بن يسار، والقاسم بن محمد، وابن شهاب، وأبو الزناد، وربيعة، وابن هرمز وغيرهم، وكذلك الكبيرة التي يؤمن الحمل منها، وبالله التوفيق.

من سماع عيسى بن دينار من كتاب نقدها نقدها

قال عيسى: سئل ابن القاسم عن امرأة توفيت وتركت خادماً

وتركت من الورثة زوجها وولدها وهم صغار في حجر أبيهم يليهم، فحضرته الوفاة فقال: إن فلانة للخادم التي بعضها له ولولده الصغار بعضها: قد ولد<sup>(٦٠)</sup> مني، فأنكر ذلك الورثة بعد موته فقال: القول قوله، والولد يلحقه، وتعتق الجارية، وتخرج حرة، وتقوم عليه في ماله، ويعطون نصيبهم منها، فإن لم يكن له مال فهي حرة، وهي مصيبة دخلت عليهم.

قال محمد بن رشد: أما إذا كان لها ولد أقرَّ أنه منه فلا اختلاف في أنه يلحق به وتعتق [هي]<sup>(٦١)</sup> وتخرج حرة، وتقوم عليه في ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال فهي مصيبة دخلت عليهم لأن النسب يثبت منهم<sup>(٦٢)</sup> والحد يسقط عنه، فوجب أن يصدق على ورثته من كانوا كما يصدق في أمته أن ولدها هذا منه وأن حملها منه، وإن كان ذلك في مرضه الذي مات منه، لأن النسب يسقط التهمة عنه، وإنما يختلف إذا أقرَّ لها في مرضه الذي مات منه أنها قد ولدت منه ولا ولد معها، فقيل: إنه لا يقبل قوله وإن كان ورثته ولده، وقيل: إنه يقبل قوله إن كان ورثته ولداً فتعتق من رأس ماله ولا يقبل قوله إن كان ورثته كلالاً، وقيل له<sup>(٦٣)</sup>: إن كان ورثته ولداً عتقت من رأس المال، وإن كان ورثته كلالاً عتقت من ثلثه، والثلاثة الأقوال كلها في المدونة وغيرها، وبالله تعالى التوفيق.

ومن كتاب استئذان سيده في تدبير جاريته

قال عيسى: وسألته عن الأمة يموت عنها زوجها وهي من

(٦٠) في ق ٢: (ولدت) بناءً تأنيث.

(٦١) ساقط من ق ٢.

(٦٢) في ق ٢: منه.

(٦٣) في ق ٢: إنه.

اللآئي [قد] (٦٤) يئسن من المحيض كم عدتها؟ قال: شهران وخمس ليال.

قلت: فإن باعها سيدها في العدة؟ قال: لا يطؤها مشترها. حتى يستبرها بثلاثة أشهر من يوم هلك عنها زوجها، ولا ينقلها مشترها من بيتها التي (٦٥) كانت تبيت فيه حتى تعتد فيه شهرين وخمس ليال من يوم مات عنها زوجها، فإذا مضى لها شهران وخمس ليال انتقلها (٦٦) مشترها ولكن لا يمساها حتى يستبرها (٦٧) بثلاثة أشهر بالشهرين والخمس ليال من يوم مات عنها زوجها.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الأمة الأيسة (٦٨) من المحيض تعتد من وفاة زوجها شهرين وخمس ليال، ثم ينقلها مشترها من بيتها إن شاء ولا يطؤها حتى تتم ثلاثة أشهر معناه في الأمة اليائسة من المحيض لصغر (٦٩) أو لكبر والحمل غير مأمون منها وقد دخل بها لأن التي لم يدخل بها والتي يؤمن الحمل منها وإن كان يوطأ مثلها لا اختلاف في أن عدتها تنقضي بالشهرين والخمس (٧٠) ليال كما ينقضي (٧١) بها إذا كانت في سن من تحيض فحاضت فيكون لسيدها أن يطأها وأن يزوجهها وليس عليه أن ينتظر بها تمام ثلاثة أشهر

(٦٤) زيادة من ق ٢ .

(٦٥) في ق ٢: الذي .

(٦٦) كذا بالأصل، ومثله في ق ٢ وجاء في أساس البلاغة للزخشري ما نصه: «نقلته

فانتقل وتنقل، ونقلته كثيراً وتناقلوه، وانتقلته نقلته لنفسه، قال الجعدي:

ما تظنون بقوم قتلوا أهل صفين وأصحاب الحمل  
وابن عفان حنيفاً مسلماً ولحوم البدن لما تنتقل

(٦٧) في ق ٢: تستم .

(٦٨) في ق ٢: اليائسة .

(٦٩) في ق ٢: بصغر .

(٧٠) في ق ٢: (وخمس) منكراً .

(٧١) في ق ٢: تنقضي .

ولم يحكم لها بحكم المعتدة بعد انقضاء الشهرين وخمس ليال إلى تمام الثلاثة الأشهر إذ قال: إن لسيدها أن ينقلها<sup>(٧٢)</sup> عن بيتها، فعلى قوله: لا إحداد عليها، وذلك خلاف ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الملاجشون من أن على المتوفى عنها زوجها الإحداد إذا استرأبت حتى تنقضي الريبة مثل قول سحنون: إنه لا إحداد عليها إلا في الأربعة أشهر وعشر، وظاهر ما في المدونة أن عدتها تنقضي بالشهرين والخمس ليال فيكون لسيدها أن يطأها ولمشترها وإن كانت ممن لا يؤمن الحمل منها إذا لم يكن<sup>(٧٣)</sup> بها ريبة لأنه قال في كتاب الاستبراء منها: إنها إذا لم تحض في الشهرين وخمس ليال فلا يطأها إن أحست من نفسها، لأن في قوله: إن أحست من نفسها دليل<sup>(٧٤)</sup> على أنها [إن]<sup>(٧٥)</sup> لم تحس من نفسها شيئاً يطؤها إذا انقضت الشهران وخمس ليال. وإن لم تحض فيها، وذلك بين أيضاً من قول سحنون في تفرقة بين أن يكون بين المدتين أقل من شهرين وخمس ليال أو أكثر في أم الولد التي يتوفى زوجها وسيدها ولا يدري أيها مات قبل صاحبه. والريبة في ذلك تكون بوجهين: أحدهما: بامتلاء تحسه في البطن، والثاني: بتأخير<sup>(٧٦)</sup> الحيض عن وقته إن كانت ممن تحيض فأق عليها في الشهرين وخمس ليال وقت حيضتها فلم تحض، فأما الريبة بامتلاء تحسه في البطن فلا بد من استبرائها إلى تمام تسعة أشهر فإن لم تزد<sup>(٧٧)</sup> على ما كان عليه حلت، وإن زاد انتظرت إلى أقصى أمد الحمل، وأما الريبة بتأخير الحيض عن وقته [إن كانت]<sup>(٧٨)</sup> فيستبرها إلى تمام ثلاثة أشهر، فإن لم يظهر بها حمل ولا أحست بشيء حلت،

(٧٢) في ق ٢: ينتقلها.

(٧٣) في ق ٢: تكن.

(٧٤) في ق ٢: دليلاً.

(٧٥) إضافة من ق ٢.

(٧٦) في ق ٢: بتأخر.

(٧٧) في ق ٢: يزد.

(٧٨) ساقط من ق ٢.

فيتحصل على هذا الذي قلناه في اليائسة من الحيض التي لا يؤمن الحمل منها وفي التي هي بمن تحيض إذا لم تحض في الشهرين وخمس ليالٍ ولا مرَّ بها فيها وقت حيضتها ثلاثة أقوال: أحدها أنها تحل بتمام الشهرين وخمس ليالٍ فيكون لسيدها أن ينقلها عن بيتها وأن يطأها ويزوجها. والثاني أنها تبقى على إحداها ولا ينقلها عن بيتها ولا يطأها ولا يزوجها حتى تنقضي ثلاثة أشهر، والثالث: أنه ينقلها عن بيتها ويسقط عنها الإحداد، ولا يطؤها ولا يزوجها حتى تنقضي ثلاثة أشهر، وإنما كانت عدّة الأمة في الوفاة شهرين وخمس ليالٍ، لأن العدة حدّ من الحدود، والعبيد في الحدود على النصف من الأحرار، لقول الله عز وجل: ﴿فَإِذَا أَحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ (٧٩)، فكان على الأمة ومن فيها بقية رِق في الطلاق حيضتان إذ لا تنقسم الحيضة الثانية، وفي الوفاة شهران وخمس ليالٍ، لانقسام الشهور والأيام، والله أعلم.

### مَسْأَلَةٌ

قال ابن القاسم في الأمة المستحاضة والتي ترتفع عنها حيضتها يبيعها سيدها استبرأؤها ثلاثة أشهر إلا أن ترتب فنتهي تسعة أشهر.

قلت له: فالأمة التي لا تحيض في ستة أشهر إلا مرة تباع هل ينتظر بها إلى حين حيضتها؟ قال: ثلاثة أشهر تبرئها إذا لم ترتب، والتي لا تحيض في ستة أشهر إلا مرة واحدة إذا لم ترتب أقوى في الاستبراء لأنه يعرف أنه لم يمنعها من الحيض شيء يخاف عليها، ألا ترى أن المتوفى عنها زوجها إذا كانت ممن تحيض فلم تحض في عدتها أمرت أن تقيم حتى تحيض أو تبلغ من الأجل ما لا يشك فيه أن فيه استبراء رحمها، وذلك تسعة أشهر إذا لم تحس شيئاً، والتي

(٧٩) الآية ٢٥ من سورة النساء.

حيضتها في ستة أشهر مرة أو في السنة مرة أو تكون ترضع تجزيها العدة إذا لم ترتب بشيء لأنه يعلم أنه لا تحتبس عنها حيضتها لريبة خيفت عليها، وإنما احتبست بحيضتها التي كانت من شأنها، فكذاك البيع لا تكون التي تحيض أعجل في الاستبراء في الريبة من التي لا تحيض، وهو فرق بين، ورواه أصبغ عن ابن القاسم في كتاب النكاح الأول من سماعه.

قال محمد بن رشد: قوله: إن المستحاضة والتي ترتفع عنها حيضتها تستبرأ في البيع بثلاثة أشهر هو أحد قولي مالك في المدونة من رواية ابن غانم عنه واختيار أشهب خلاف قوله الآخر فيها أنها يستبريان جميعاً بتسعة أشهر، وقد قيل: إن المستحاضة تستبري<sup>(٨٠)</sup> بثلاثة أشهر، والتي ترتفع عنها حيضتها بتسعة أشهر، وهذا يأتي على ما روي عن مالك أن المستحاضة تعتد في الوفاة بأربعة أشهر وعشرٍ وتحل بخلاف التي ترتفع عنها حيضتها، وأما التي لا تحيض في ستة أشهر إلا مرة فقولها: إنها تستبري بثلاثة أشهر صحيح على قياس قوله: إن المتوفى عنها زوجها تحل بأربعة أشهر وعشر إذا لم يمر بها فيها وقت حيضتها، وتأتي على رواية ابن كنانة عن مالك في سماع أشهب من كتاب طلاق السنة في المتوفى عنها زوجها تعتد أربعة أشهر وعشرًا ولا يأتيها فيها وقت حيضتها أنها لا تتزوج حتى تحيض وتبرأ من الريبة أنها لا يجزئها في الاستبراء الثلاثة الأشهر، ولا بد لها من انتظار حيضتها، وهو قول ابن القاسم في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى بعد هذا، ورواية عيسى أصح في النص لأن المعنى في الاستبراء معرفة براءة الرحم من الحمل، وقد حصل ذلك بالثلاثة الأشهر فلا يلزم انتظار الحيضة إذ ليست الحيضة في الاستبراء عبادة فيلزم انتظارها وإن حصلت البراءة بما دونها كما أن الصحيح أن تحل الحرة المتوفى عنها زوجها بأربعة أشهر وعشر إذ لم يمر بها فيها وقت حيضتها، ورواية ابن كنانة عن مالك شذوذ من القول لأنها قد أكملت العدة التي

(٨٠) في ق ٢: تستبرأ.

فرضها الله عليها ولا رية فيها فوجب أن تحل، وقد حكى ابن المواز أن مالكاً رجع عنه، وقد قال أبو إسحاق في رواية عيسى هذه: إنها غلط ومخالفة للقرآن، وإن رواية يحيى هي الصحيحة، وقوله هو الغلط، إذ ليس في القرآن وجوب استبراء الأمة في البيع بحيضة فيلزم أن يقال: إن الاستبراء لا يحصل بما دونها، إذ قد<sup>(٨١)</sup> علم وقتها كما يقال في الأقراء في عدة الطلاق، ولو قال: إنها مخالفة لقول النبي عليه السلام: «لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ»<sup>(٨٢)</sup> لكان أشبه وإن لم يكن ذلك صحيحاً إذ ليس الحديث على عمومه لأنه إنما خرج على الأغلب من أن ذوات الحيض من النساء يحضن فيما دون الثلاثة الأشهر التي يعلم بها براءة الرحم.

### مَسْأَلَةٌ

قال عيسى: وسألت<sup>(٨٣)</sup> عن رجل اشترى عبداً وجارية في صفقة واحدة والجارية مما مثلها توضع للاستبراء فوضعت للاستبراء فماتت قبل أن تخرج من الاستبراء والجارية أكثر ثمناً من العبد أو أدنى ثمناً، والعبد قائم بعينه، أو مات العبد والجارية قائمة بعينها لم تخرج من الاستبراء، قال ابن القاسم: إن كان العبد وغداً وإنما اشترى لمكان الجارية وفيها التّماء والفضل وكثرة الثمن فيما يرى الناس كان موقوفاً ولم ينبغي<sup>(٨٤)</sup> له أن ينفذ<sup>(٨٥)</sup> فإن ماتت الجارية ولم تخرج من حيضتها انتقض البيع، وإن أصيب العبد في ذلك فمصيبته من البائع، إلا أن تخرج الجارية من الحيضة، فإن خرجت من الحيضة فمصيبته من المبتاع لأنه لو لم يَتَمَّ بيع الجارية لم يكن فيه

(٨١) في ق ٢: إذا علم.

(٨٢) سبق التعليق عليه.

(٨٣) في ق ٢: وسألته.

(٨٤) في ق ٢: ينبغي.

(٨٥) في ق ٢: ينفذ.

بيع، ولو رضي أن يأخذه بالذي يصيبه من الثمن من قيمتها لم تحل<sup>(٨٦)</sup>، وإن كان العبد من أجله اشترت الجارية وفيه الثَّمَاءُ والفضل فيما يرى الناس قبض المشتري العبد ووقفت الجارية للحیضة، فإن هلكت الجارية أو لم تخرج من الحیضة لزمه العبد بما يصيبه من الثمن بمنزلة ما لو استحقت أو وجد بها عيب<sup>(٨٧)</sup> فردت، فإن هلك العبد في ذلك قبل أن تخرج الجارية من الاستبراء كانت مصيبته من المشتري ويستأنى بالجارية، فإن خرجت من الحیضة لزمه الثمن كله، وإن أُلْفِيَتْ حاملاً أو ماتت قبل أن تخرج من الحیضة كان عليه من الثمن بقدر ثمن العبد من الجارية، ينظر كم قيمته وقيمة الجارية فَيَفْضُ الثمن عليهما فيتبعه بقدر ذلك من حصة الثمن.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة حسنة جيدة بينة المعنى، قوله فيها: إن الجارية إذا كانت وَجَّهَ الصفقة يوقف العبد بتوقيف الجارية للمواضعة، وتكون مصيبته من البائع إن لم تخرج الجارية من المواضعة، ومن المبتاع إن خرجت من المواضعة، ولا يجوز نقد الثمن في ذلك بشرط صحيح لأن البيع لما كان لا يتم فيه دونها وجب أن يكون تبعاً لها في التوقيف والضمان، وفي أن النقد فيه لا يجوز وقد قيل: [إن]<sup>(٨٨)</sup> له أن يأخذه بما يُنْبِئُهُ من الثمن إن لم تخرج الجارية من المواضعة هو أحد قولي ابن القاسم في غير ما كِتَابٍ من المدونة، فعلى هذا القول تكون مصيبته أيضاً إن مات ولم تخرج الجارية من المواضعة من البائع، ولا يجوز فيه النقد كحكم العبد المشتري بالخيار، وأما إذا كان العبد وَجَّهَ الصفقة فيقبضه ويدفع ما يُنْبِئُهُ من الثمن لأن الشراء له فيه لازم بما يُنْبِئُهُ من الثمن إن لم تخرج الجارية من المواضعة، ولا ينقد ما

(٨٦) في ق ٢: مجل.

(٨٧) في ق ٢: عيبا.

(٨٨) زيادة من ق ٢.

ينوب الجارية بشرط، وقد اختلف في وجوب توقيفه إن دعا إلى ذلك البائع حسبما مضى القول فيه في أول رسم من سماع ابن القاسم، فإن طاع بدفع جميع الثمن ولم تخرج الجارية من المواضعة ماتت أو ألفت حاملاً فلم يرد المبتاع أخذها رد البائع من الثمن ما ينوبها، وإن لم يدفع من الثمن شيئاً ولم تخرج الجارية أيضاً من المواضعة لزم المبتاع من الثمن ما ينوب العبد منه بأن ينظر ما قيمته [من قيمته]<sup>(٨٩)</sup> وقيمة الجارية فيكون عليه من الثمن ذلك الجزء، مثال ذلك أن تكون قيمته مائتين وقيمة الجارية مائة فيكون عليه ثلثا الثمن ما كان، وقوله في الرواية كان عليه من الثمن بقدر ثمن العبد من الجارية لفظ وقع على غير تحصيل، ومراده كان عليه من الثمن بقدر ثمن العبد من ثمن العبد والجارية حسبما بيناه، والحمد لله.

### ومن كتاب الفصاحة

قال عيسى: قال ابن القاسم: إذا<sup>(٩٠)</sup> باع الرجل الجارية بالجارتين فإنهن يوضعن للاستبراء، فإن ماتت الجارية التي هي ثمن الجارتين أو أصابها عيب قبل أن تخرج من الاستبراء فإن ذلك من بائعها، إن كان موت<sup>(٩١)</sup> فالمصيبة منه، وإن كان عيباً ردت عليه وانفسخ البيع في الجارتين، قال ابن القاسم إلا أن يشاء المشتري حسبها معينة فيتم البيع، وإن سلمت مما ذكرنا فأصاب الجارية ألفاره من الجارتين مثل ما وصفنا في هذا من قبل أن تخرج من الاستبراء انفسخ البيع أيضاً وردت الجارية ألفاره التي كانت ثمناً للجارتين إلى صاحبها واسترجع جاريته، وإن سلمت الجارتان الفارهتان مما ذكرنا وأصاب الدنية من الجارتين موت أو عيب قبل

(٨٩) زيادة من ق ٢.

(٩٠) في ق ٢: وإذا.

(٩١) في ق ٢: موتا.

أن تخرج من الاستبراء انتظر بالجارتين الفاهتين، فإن خرجتا من الاستبراء صحيحتين تم البيع فيهن ورجع مشتري الجارتين بثمان الدنيّة على صاحبه فينظر ما اسم قيمتها من قيمة صاحبتهما فيرجع بذلك الاسم على بائعها في قيمة الجارية الفارهة التي يأخذ وذلك أن تكون قيمة الجارية الفارهة التي هي ثمن الجارتين ثلاثمائة دينار، وتكون قيمة الجارية (٩٢) ثلاثمائة دينار أيضاً فتكون قيمة المرتفعة منها مائتين وقيمة الدنيّة مائة، فيرجع بثلاث قيمة المرتفعة، وذلك مائة دينار، وإن خرجت الدنيّة من الاستبراء صحيحة قبل أن تخرج صاحبتهما ثم ماتت فإنه ينتظر بصاحبتهما، فإن خرجت صحيحة من الاستبراء كانت المصيبة من المشتري، وإن لم تخرج صحيحة أو ماتت كانت المصيبة من بائعها، وإن وجد بأحد (٩٣) الجارتين عيب بعد الاستبراء فإنه إن كانت العلية (٩٤) أدناهما ليس من أجلها اشترت صاحبتهما ردها ونظر ما اسم قيمتها من قيمة صاحبتهما فيرجع بذلك الاسم على البائع في قيمة الجارية المرتفعة كما فسرت لك وإن (٩٥) كانت المعيبة هي وجه ما اشترى وفيها يرجو ردهما جميعاً ونظر، فإن كانت المرتفعة لم تفت بنهائٍ ولا نقصان ولا اختلاف أسواق ولا بيع ولا بشيء من وجوه ألقوت قبضها ورد الجارتين جميعاً، وإن كانت قد فاتت بشيء مما ذكرنا أو طال أمرها كان [له] (٩٦) عليه قيمتها يوم قبضها، وإن كانت المرتفعة التي هي ثمن الجارتين هي التي وجد بها العيب ردها ونظر إلى الجارتين، فإن كانت المرتفعة منها والدنيّة

(٩٢) في ق ٢: (الجارتين) بالثنية.

(٩٣) في ق ٢: إحدى.

(٩٤) في ق ٢: المعيبة.

(٩٥) في ق ٢: فإن.

(٩٦) إضافة من ق ٢.

لم يفوتا ردها وقبض الجاريتين، وإن كانت الدنيّة قد فاتت والمرتفعة منهما لم تفت ردها أيضاً وأخذ المرتفعة ورجع عليه بقيمة الدنيّة، وإن فاتت المرتفعة ولم تفت الدنيّة منها لم يردّها ولزمه البيع فيهما وغرم قيمة الجاريتين.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة حسنة جيدة إلا أنه لم يستوف جميع وجوهها ولا يبيّن ما فيه الخلاف منها، وأنا استوفي ما قصّر عنه من وجوهها وأنبّه على ما فيه الخلاف منها إن شاء الله، ولا حول ولا قوة إلا بالله، قال أولاً: إن البيع يفسخ في الجاريتين إن ماتت الجارية التي هي ثمن لهما أو أصابها عيب قبل أن تخرج من الاستبراء، ومعنى ذلك إن كانت الجاريتان لم تخرجا بعد من الاستبراء أو كانتا قد خرجتا منه ولم تفوتا عند المبتاع لهما بوجه من وجوه الفوت، فأما إن كانتا قد فاتتا عنده بحوالة سوق فما فوقه فيلزم قيمتهما يوم خروجهما من الاستبراء ولا يفسخ البيع بردهما إلى بائعهما، كمن باع عبداً بعد فاستحق أحدهما وقد فات الآخر إنه لا يرد بعد فوات<sup>(٩٧)</sup> ويلزم مشتريه قيمته يوم اشتراه، وكذلك إن فاتت الأرفع منها ولم تفت الأدنى، وأما إن فاتت الأدنى ولم تفت الأرفع فيردها وقيمة التي فاتت، وفيما يأتي بعد هذا في بقية المسألة بيانه. وقول ابن القاسم إلا أن يشاء المشتري حسب المعية فيتم البيع، وقع في بعض الروايات وهو صحيح مبين لما تقدم من قوله. وقوله وإن سلمت مما ذكرنا فأصاب الجارية الفارة من الجاريتين مثل ما وصفنا في هذا قبل أن تخرج من الاستبراء انفسخ البيع أيضاً وردت الجارية الفارة التي كانت ثمناً للجاريتين إلى صاحبها واسترجع جاريته، معناه أيضاً إذا كانت الجارية الفارة التي كانت ثمناً للجاريتين قائمة لم تفت بوجه من الوجوه، فإن كانت قد فاتت بحوالة سوق [فما فوقه لم ترد، ولزم مشتريها قيمتها يوم خروجها من الاستبراء، وأما الجارية الدنيّة من الجاريتين فتزد وإن فاتت بحوالة

(٩٧) في ق ٢: وفاته.

الأسواق] (٩٨) ما لم تفت بالعيوب المفسدة. وقوله: إن سلمت الجاريتان الفارھتان وأصاب الدنيّة من الجاريتين موت أو عيب قبل أن تخرج من الاستبراء تمّ البيع فيهن ورجع مشتري الجاريتين بثمن الدنيّة على صاحبها (٩٩) فينظر ما اسم قيمتها من قيمة صاحبها فيرجع بذلك الاسم على بائعها في قيمة الجارية الفارھة، معناه فينظر ما اسم قيمتها من قيمتها وقيمة صاحبها جميعاً، وتمثله الذي مثل بقوله وذلك أن تكون قيمة الجارية إلى آخر قوله يدل على ذلك، وسواء كانت الجارية الفارھة قائمة أو فائتة؛ وقد قيل إنها إن كانت قائمة كان شريكاً معه فيها بقدر قيمتها من قيمتها وقيمة صاحبها، وهو قول أشهب، وقيل أيضاً إنه يكون شريكاً معه فيها بذلك الجزء إلا أن يأبى ذلك مشتري الجارية الفارھة لضرر الشركة عليه فينفسخ البيع في الجميع، وهو قول ابن القاسم في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب الشفعة. وقوله: وإن خرجت الدنيّة من الاستبراء صحيحة قبل أن تخرج صاحبها ثم ماتت فإنه ينتظر صاحبها (١٠٠)، فإن خرجت صحيحة من الاستبراء كانت المصيبة من المشتري، وإن لم تخرج صحيحة أو ماتت كانت المصيبة من بائعها صحيح لأنها تبع لصاحبها إذ لا يتم البيع فيها دونها، وقد مضى هذا المعنى في المسألة التي قبل هذه. وقوله: وإذا وجد بإحدى الجاريتين عيب بعد الاستبراء فإنه إن كانت المعيبة أدناهما ليس من أجلها اشترت صاحبها ردها ونظر ما اسم قيمتها من قيمة صاحبها فيرجع بذلك الاسم على البائع في قيمة الجارية المرتفعة كما فسرت لك، قد مضى القول فيه وبيّن أن فيه ثلاثة أقوال، وكذلك قد مضى القول في معنى بقية ما ذكر من وجوه المسألة، فلا معنى لإعادة ذكره، ولا يجوز النقد في هذه المسألة حتى تخرج الجاريتان الفارھتان من المواضع، فإذا خرجتا من المواضع تقابضا، وإن لم تخرج الدنيّة بعد من المواضع لأن ظهور الحمل بها أو موتها لا ينقض البيع بينهما،

(٩٨) ساقط من الأصل ما بين معقوفتين.

(٩٩) في ق ٢: صاحبه.

(١٠٠) في ق ٢: بصاحبها.

فسهل انتقاد ثمنها مع إمكان الرجوع فيه بعينه على ما حكيناه من مذهب أشهب الذي لا يراعي ضرر الشركة أو في قيمته على ما مضى من مذهب ابن القاسم، وعلى هذا يأتي ما في أول كتاب الجعل والإجارة من المدونة من أنه يجوز أن يبيع الرجل نصف ثوبه من رجل على أن يبيع له النصف الآخر إلى شهر لأنه إن باع في نصف الشهر كان له أن يرجع في عين الثوب أو في قيمته على ما ذكرناه من الاختلاف في هذا المعنى، وبالله التوفيق.

### مَسْأَلَةٌ

وإذا ابتاع رجل وليدة كان لها زوج وهي في عدة من طلاق زوجها أو وفاته ولم يبين ذلك لمشتريها، فوطئها المشتري فحملت ثم علم بما كتبه البائع من ذلك فإنه إن كان مشتريها وطئها وقد حاضت في عدتها حيضة فإن الولد لأحق بالمبتاع، وأراها أم ولد بذلك الولد إذا جاءت به لتمام ستة أشهر غير أنه لا يحل له وطؤها أبداً لو طئه إياها في عدتها، فمن الناس من يقول إنها تعتق عليه ساعة حملت، إذ لا يجد سبيلاً إلى وطئها، ومنهم من يقول يستخدمها بالمعروف حتى يموت، فإذا مات عتقت من رأس المال ولم يلحقها دين، وكان سبيلها سبيل أمهات الأولاد، ويرجع المبتاع على البائع بقيمة عيب ما كتبه، فيأخذه منه، وإن كان وطئها ولها زوج ولم يطلقها فكان الزوج غائباً عنها أو معزولاً عنها ما يكون في مثله استبراء لرحمها فوطئها المبتاع فحملت فإن الولد لاحق بالمبتاع أيضاً، وترد إلى زوجها إذا وضعت، وتكون بذلك الولد أم ولد للمبتاع إن طلقها زوجها يوماً ما أو مات عنها حل له وطؤها وأعتقت من رأس مال سيدها إذا مات، كان زوجها حياً أو مات عنها أو طلقها فإن سبيلها سبيل أمهات الأولاد، ويرجع المشتري على بائعها منه بقيمة عيب ما كتبه من أن لها زوجاً، قال: وإن لم يكن الزوج غائباً ولا

معزولاً عنها كما ذكرنا فالولدُ للزوج، وترد الأمة على بائعها بعيب ما كتمه من غير غرم يكون عليه لوطنها، قال: وإن وطئها في هذا كله، وهي حامل من زوجها أو من غير زوجها أو ليست بحامل فهو يردها بعيب ما كتمه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بيّنة على معنى ما في المدونة وغيرها لأن المشتري وطئ بشبهة الشراء فوجب أن يلحق به الولد إذا وطئها في العدة بعد حيضة وجاءت بالولد لتمام ستة أشهر من يوم وطئ كمن تزوج في العدة ودخل بعد حيضة، وكذلك إذا وطئها وهي في ملك الزوج وهو غائب أو معزول مدة تكون فيها استبراء لرحمها فجاءت بالولد لتمام ستة أشهر من يوم وطئها، وإذا لحق به الولد وجب أن تكون به أمٌ ولدٍ، وإذا صارت أمٌ ولدٍ<sup>(١٠١)</sup> فات ردها بالعيب ووجب له الرجوع بقيمته، وإذا لم يلحق به الولد ولحق بالزوج إما بأن يكون وطؤه في طهرٍ واحد وإما بأن يكون وطئها في طهر آخر فات بالولد لأقل من ستة أشهر، وإما بأن يكون وطؤه وهي حامل فإنه يردها بالعيب ولا يكون عليه في وطئه شيء، كما اشترى أمة فوطئها ثم وجد بها عيباً فإنه يردها ولا شيء عليه في الوطاء إلا أن تكون بكرًا فيرد بما نقص الافتضاض منها إن أراد ردها، وإن لم يرد أخذ قيمة العيب وحبسها، وقد قيل: إن الوطاء فيها فوت، ذكر ذلك ابن حبيب عن جماعة من الصحابة والتابعين وأخذ به<sup>(١٠٢)</sup> وحكاه عن ابن وهب وابن نافع وأصبغ.

### ومن كتاب العتق

وسئل عن رجل اشترى جارية وقبضها من غير مواضعة ودفع الثمن ثم استبريت الجارية وخيف عليها الحمل، فقال: إن كان باعها على أن ينقده الثمن بشرط فسخ البيع، ردت إلى صاحبها،

(١٠١) في ق ٢: (أم ولده) مضافاً إلى الضمير.

(١٠٢) إضافة من ق ٢.

وإن كان إنما تطوع بذلك من غير شرط يكون في البيع لم ينزع منه الثمن حتى ينظر إلى ما تصير إليه الجارية، فإن استمر بها حمل رد الثمن، وإن حاضت نفذ البيع.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة والاختلاف فيها في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من سماع ابن القاسم لمن أحب الوقوف عليه، فلا معنى لإعادته، والله الموفق.

### مَسْأَلَةٌ

قال ابن القاسم: الاستبراء في كل ما يوطأ من الجوارى رفيعة كانت أو وضيعة وما يراد للوطء، مما لم يكن يوطأ، فأما وخش الرقيق وما لا تراد<sup>(١٠٣)</sup> للوطء وما لم يكن يوطأ فليس فيه مواضعة استبراء.

قال محمد بن رشد: قوله: الاستبراء في كل ما يوطأ يريد المواضعة في كل ما يطؤه البائع من الجوارى رفيعة كانت أو وضيعة، وقوله: وما يراد للوطء مما لم يكن يوطأ، يريد به وفي الجوارى المرتفعات اللاتي يتخذن للوطء وإن كان البائع هن لا يطوهن، وقوله: فأما وخش الرقيق وما لا يراد للوطء وما لم يكن يوطأ فليس فيه مواضعة استبراء فليس على ظاهره، والمعنى فيه: فأما وخش الرقيق الذي لا يتخذ للوطء ولم يكن البائع يطؤه فليس فيه مواضعة استبراء يريد ولا يجوز للمبتاع أن يطأها حتى يستبري لنفسه، وهذا كله مما لا اختلاف فيه، والله الموفق للصواب.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب الكيش  
قال يحيى: سألت ابن القاسم عن الرجل يبيع الجارية وهي

(١٠٣) في ق ٢: يراد.

حامل ثم يُقَرُّ أن الحمل منه، قال: إن اتهم أن يكون متعشقا بها نادماً على بيعها ألحق به الولد وغرم قيمته يوم أقرَّ به ولم ترد عليه الأمة، وإن كان مُعَدِّماً ألحق به الولد وكانت قيمته ديناً عليه يتبع به، قال: وإن لم يتهم في استرجاع الأمة بتعشق ولا رغبة في صلاح حال الجارية لزيادتها في بدنها وكان مليئاً، فإنها ترد إليه ويفسخ البيع ويغرم الثمن الذي كان أخذ ويلحق به ولدها، وليس عليه في الولد إذا سقطت عنه التهمة وكان مليئاً، وإن كان غير متهم وهو مُعَدِّمٌ ألحق به الولد، واتبع بقيمته يوم يُقَرُّ به ولا ترد إليه الأمة لعدمه لأنه يتهم في أخذها لعدمه، ولا يتهم في استلحاق ابنها لأنه يغرم قيمته ولا يرق له منه شيء، والأمة لو ردت إليه وهو معدم رقت له فاستمتع واستخدم، فهو متهم فيها لعدمه، وإن أقر بهذا وقد أعتق الولد والأمة وهو مليٌّ لم ترد إليه الأمة ومضى عتقها للمعتق وثبت له ولاؤها، ومضى عتق الولد أيضاً وثبت ولاؤه لمعتقه، ولكنه يُوارثُ أباه المقربه بالنسب، ويلحق به ولا يغير ذلك ولأهه ويقضى عليه بإقراره<sup>(١٠٤)</sup> بأنه باع أم ولد<sup>(١٠٥)</sup> بغرم الثمن الذي أخذ لأنه لا يحل له أكله، ويقال لمعتق الأمة وابنها: إن شئت فخذ الثمن الذي أخذ منك هذا المقر، وإن شئت فدع.

قال محمد بن رشد: أما الولد فلا اختلاف في أنه يرد إليه إذا اتهم في الأم فلم ترد إليه ويلحق<sup>(١٠٦)</sup> به نسبه ويتبع بقيمته يوم أقرَّ به ديناً في ذمته إن لم يكن له مال على ما قاله في هذه الرواية، قيل<sup>(١٠٧)</sup> بقيمته يوم ولد، وقيل بما يُتوبه من الثمن بأن ينظر إليه اليوم أن لو كان معها يوم عقد البيع فيفرض

(١٠٤) في ق ٢: لإقراره.

(١٠٥) في ق ٢: أم ولده.

(١٠٦) في الأصل: وتلحق - بالتاء - وهو تصحيف.

(١٠٧) في ق ٢: وقيل.

الثلث عليها، وإلى هذا ذهب أبو إسحاق التونسي، وقال إنه لا يشبهه<sup>(١٠٨)</sup> وقال بعض شيوخ القرويين إنه يقوم مع أمه يوم عقد البيع على حاله التي هو عليها [الآن]<sup>(١٠٩)</sup> اليوم، ثم تقوم الأم دونه فيرد من الثمن حصاص الولد، وهو يرجع بالمعنى إلى ما قاله أبو إسحاق التونسي، والقياس أن لا يكون عليه للمبتاع إلا ما زاد في ثمنها بسبب الحمل إن كان اشتراها ظاهرة الحمل، ولم يكن عليه في الولد شيء إن لم تكن ظاهرة الحمل، وإنما اختلف قول ابن القاسم في انتقاص العتق إن كان قد أعتقه المشتري فمرة قال ابن القاسم: ينتقض العتق إذا ثبت به نسبه ولا يكون للمعتق ولاؤه، ومرة قال: ينقض<sup>(١١٠)</sup> العتق ويلحق به النسب ويكون الولاء للمعتق، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، والقولان قائمان من المدونة. وأما الأم ففي ردها إليه ثلاثة أقوال: أحدها أنها ترد إلا أن يكون عديماً أو يتهم فيها بميل إليها أو رغبة فيها لصلاح حالها، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية وقول مالك وغيره في المدونة، والقول الثاني: أنها ترد إليه إلا أن يتهم بميل إليها ورغبة فيها لصلاح حالها، فإن لم يتهم فيها بشيء من ذلك ردت إليه وإن كان مُعديماً واتبع بثمانها ديناً في ذمته، وهو قول ابن القاسم في المدونة، والقول الثالث أنها ترد إليه إلا أن يكون معدماً، فإن كان مَلِيّاً ردت إليه، وإن اتهم بميل إليها ورغبة فيها لصلاح حالها، وهو ظاهر قول ابن نافع في المبسوطة، وهذا كله ما لم يعتقها المشتري، واختلف قول ابن القاسم إذا كان المشتري قد أعتقها [فمرة] قال: إنه إذا أعتقها فلا ينتقض العتق، ولا ترد إليه على حال، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، وأحد قوليه في المدونة. ومرة قال: إنه لا تأثير لعتق المشتري لها. فيما يجب من ردها للبائع وتصديقه في قوله إن لم يُتَّهم فيها، فإذا صدق وردت إليه نقض العتق إن كان المشتري قد أعتقها<sup>(١١١)</sup> وسواء في هذا

(١٠٨) في ق ٢: الأشبه.

(١٠٩) ساقط من ق ٢.

(١١٠) في ق ٢: ينتقص.

(١١١) إضافة من ق ٢. ما بين المعقوفتين.

كله من لحوق نسبه ورد أمه إليه أم ولد باع الأمة وهي حامل فولدت عند المشتري فادعى ولدها، أو باعها وولدها ثم ادعى أن الولد منه، أو باعها وحبس ولدها ثم ادعى أن ولدها الذي عنده منه، أو باعها فولدت عند المشتري إلى ما يلحق فيه<sup>(١١٢)</sup> الأنساب ولم يطاء المشتري ولا زوج، غير أنه إن باعها مع ولدها ثم ادعى أنه ولده واتهم في الأم فلم ترد إليه يكون عليه من الثمن ما ناب الولد منه، ولو باعها ولا ولد معها ثم ادعى بعد البيع أنها قد كانت ولدت منه لم يصدق ولم ترد إليه في المشهور في المذهب خلاف ما في بعض الروايات من كتاب اللقطة من المدونة من أنها ترد إليه إذ لا<sup>(١١٣)</sup> يتهم وهو بعيد، طرحها سحنون وقال: إن إجازته عن ابن القاسم وصمة في الدين، وأما إذا ادعى أنه لا يلحق به أنه ملك أمه أو تزوجها فاختلف في ذلك قول ابن القاسم، مرة قال إنه لا يلحق به على حال، ومرة قال يلحق به إذا لم يكن للولد نسب ثابت ما لم يتبين كذبه، وإن لم يشبه قوله، ومرة قال: إنه إنما يلحق به إذا لم يكن للولد نسب ثابت إذا أشبه قوله، وهذا الاختلاف كله قائم من المدونة، وبالله التوفيق.

### ومن كتاب أوله يشترى الدور والمزارع

قال يحيى: وسألته عن الشريكين في الأمة يطؤها أحدهما فتحمل وتلد، ثم يتعدى الآخر ويطؤها وتحمل، ما الأمر فيها؟ فقال: إن كان للأول مال قومت عليه وكانت أم ولد له وأدب، ونكل الثاني نكالا موجعا ودريء عنه الحد للشبهة وألحق به ولده، وإن لم يكن له مال لم تقوم على الأول ولا على الثاني ونكلا جميعا، والثاني أحق بأشد النكال، وألحق بهما أبنائهما وعتقت عليهما، ولم تترك في يد واحد منهما.

(١١٢) في ق ٢: تلحق به.

(١١٣) في ق ٢: إذا لم.

قال محمد بن رشد: قال إن الأول إن كان له مال قومت عليه الأمة وكانت أم ولد له، وقال إن الثاني ينكل وَيُدْرَأُ عنه الحدُّ ويلحق به الولد، وسكت عما يجب عليه للأول، ويجب عليه له قيمة ولده على أنه ولد أم ولدٍ [له لأنه إنما وطئها وأولدها بعد أن صارت أم ولدٍ للأول] (١١٤) ويترادان فيما بينهما، فمن كان له منها فضل على صاحبه رجع به عليه على ما يأتي لسحنون في نوازله بعد هذا، وقيل (١١٥) إنه إن لم يكن للأول مال لم تقوم على الأول، ولا على الثاني، ونكلا وألحق بهما أبناؤهما، وأعتقت عليهما، وذلك كله بين على ما قال، لأن القيمة سقطت عن الأول لعدمه، وعن الثاني إذ قد فات نصيب الأول بالإيلاد ووجب أن تعتق عليه إذ لا يقدر على وطئها من أجل نصيب الثاني الذي قد صارت (١١٦) أم ولد له، ووجب النكال عليهما، إذ لا يجوز وطء أمة فيها شرك، ولحق بهما أبناؤهما للشبهة التي أسقطت الحد عنها وأعتقت عليهما لأن نصيب كل واحد منهما قد صار أم ولد له بالإيلاد، ولا سبيل له إلى الوطاء لأن نصفها أم ولد له ونصفها أم ولد لصاحبه، وسكت هل يجب على الأول قيمة نصف ولد (١١٧) للثاني، فروي عن ابن القاسم أن ذلك يجب عليه، وهو الصحيح في النظر والقياس، لأن الأمة لما لم تقوم عليه لعدمه، وبقي نصفها ملكاً لشريكه، وجب عليه نصف قيمة ولده، وفي كتاب ابن المواز أنه لا شيء عليه من نصف قيمة ولده، إذ قد أفات شريكه نصيبه من الأمة بإيلاده إياها، وأما الثاني فلا يجب عليه للأول في ولده شيء لأنه وطئ وبعض الأمة ملك له وبعضها قد وجب عتقه على شريكه، وهذا على مذهب ابن القاسم الذي يرى أنه يعجل عليه عتق نصيبه، وأما على قول غيره الذي يرى أنه لا يعجل عليه عتق نصيبه حتى يعتق نصيب شريكه فيكون عليه قيمة نصف ولده على أنه ولد أم ولد.

(١١٤) إضافة من ق ٢.

(١١٥) في ق ٢: وقال.

(١١٦) في ق ٢: صار.

(١١٧) في ق ٢: (ولده) مع الضمير.

## مَسْأَلَةٌ

وعن الأمة تشتري وهي ممن تحيض في كل أربعة أشهر حيضة بكم تستبرأ؟ قال: أما التي قد عرفت حيضتها فإن كانت إنما تحيض من أربعة أشهر إلى أربعة أشهر ومن خمسة إلى خمسة أو إلى ستة ونحو ذلك فإنه لا يبرئها إلا الحيضة، فإن استبرأت<sup>(١١٨)</sup> من حيضتها فأقصى ما تستبرأ به تسعة أشهر، قال: وأما التي يتأخر حيضها فوق التسعة الأشهر أو السنة أو ما قاربها فإن ثلاثة أشهر تجزيها في الاستبراء إلا أن ترتب فتقيم تسعة أشهر. [قال]<sup>(١١٩)</sup> وأما التي تحيض في أقل من ثلاثة أشهر فإن رفعتها حيضتها كان استبرائها ثلاثة أشهر إلا أن تسترب فتنتظر استكمال التسعة الأشهر أجل الحمل.

قلت: فإن كانت ترضع فخيف عليها أن تستأخر حيضتها للرضاع، قال: استبرؤها ثلاثة أشهر، فإن ارتابت فتسعة أشهر.

قلت: وفي جميع ما تبلغ فيه التسعة الأشهر عند الرية ضمانها من البائع؟ قال: نعم، ولا يحل وطؤها دون ذلك.

قال محمد بن رشد: لا فرق في القياس بين التي تحيض من ستة أشهر إلى ستة أشهر أو من أربعة أشهر إلى أربعة أشهر، أو مما فوق [ذلك]<sup>(١٢٠)</sup> التسعة إلى<sup>(١٢١)</sup> السنة إلى مثلها أو التي تتأخر حيضتها للرضاع، فإنها<sup>(١٢٢)</sup> تبرأ بثلاثة أشهر إذا لم يمر بها فيها وقت حيضتها فارتفعت عنها لغير سبب

(١١٨) في ق ٢: استبرأت.

(١١٩) إضافة من ق ٢.

(١٢٠) ساقط من ق ٢.

(١٢١) في ق ٢: (أو) بدل (إلى).

(١٢٢) في ق ٢: في إنها.

فيكون ذلك ريبية يلزم من أجلها أن تزيد على الثلاثة الأشهر حتى تبلغ إلى التسعة الأشهر أو تحيض دون ذلك، وإذا كانت التي تحيض في أقل من ثلاثة أشهر فارتفعت حيضتها تبرا بثلاثة أشهر فأحرى أن تبرا بثلاثة أشهر التي لم يمر بها فيها وقت حيضتها أو التي يعلم أنها لم تحض فيها من أجل أنها ترضع، فرواية عيسى عن ابن القاسم التي تقدمت في أن التي تحيض في ستة أشهر تبرا بثلاثة أشهر أصح في القياس والنظر من هذه الرواية، وقد مضى القول على ذلك هناك. وقوله في التي تتأخر حيضتها فوق التسعة الأشهر أو السنة (١٢٣) فإن ثلاثة أشهر تجزيها في الاستبراء إلا أن ترتاب فتقيم التسعة الأشهر، الريبة ها هنا إنما هي بحس تجده في بطنها، وإنما (١٢٤) تبرا بتسعة أشهر كما قال إذا كانت تلك الريبة التي وجدت من الحس بقيت على حالها ولم ترد إلى التسعة الأشهر، فأما إن زادت فلا بد من استبرائها إلى أقصى أمد الحمل، وكذلك القول في قوله إن التي تستأخر حيضتها للرضاع إن ارتابت تستبرئ بتسعة أشهر، وبالله التوفيق.

### ومن كتاب المكاتب

قال: وسألته عن النصراني يبيع أم ولده النصرانية أيجوز للمسلم اشتراؤها؟ فقال: لا بأس بذلك إذا كان من دينهم استجازة بيع أمهات الأولاد، قيل له: رأيت إن باعها من نصراني فأسلمت؟ قال: إذا لم يكن إسلامها إلا بعد بيعه إياها فهي أمة لأنها قد رقت لمشتريها حين كان بيعها جائزاً له في دينه يوم باعها.

قال محمد بن رشد: إنما شرط في إجازته للمسلم شراء أم ولد النصرانية من النصراني وفي أنها تباع على النصراني الذي اشتراها منه إذا أسلمت كما تباع عليه أمته إذا أسلمت، ولا يكون حكمها حكم أم ولد

(١٢٣) في ق ٢: (السنة) بدل (السته) في الأصل.

(١٢٤) في ق ٢: وإنما.

النصراني تسلم أن يكون من دينهم استجازه بيع أمهات الأولاد لأن ذلك إذا لم يكن من دينهم فهو متعد عليها في بيعها وظالم لها في ذلك، وواجب على الإمام أن يمنعهم من التظالم فيما بينهم، فإذا أقر على نفسه ببيعها<sup>(١٢٥)</sup> وذلك غير جائز له في دينه وقال<sup>(١٢٦)</sup> ذلك أساقفتهم، وجب على الإمام أن يحول بينه وبين ذلك، ولم يجز لأحد من المسلمين أن يشتريها منه، فينبغي أن يحمل هذا على التفسير لما في كتاب الجنائيات من المدونة من أن الذمي لو باع أم ولده لم يمنع من ذلك. وإجازته للمسلم شراءها منه إذا كان من دينهم استجازه ذلك إنما يأتي على القول بأنهم غير مخاطبين بشرائع الإسلام، وقد اختلف في ذلك، وبالله التوفيق.

ومن سماع موسى بن معونة<sup>(١٢٧)</sup> من ابن القاسم

قال موسى بن معونة: قال ابن القاسم: من زعم أنه وطىء جاريته وأنه يعزلها فجاءت بولد فإنها أم ولده إلا أن يدعي استبراء، قال ابن القاسم: ومن ادعى أنه كان يظأ جاريته ولا يُنزل فجاءت بولد فإنه لا يلحقه ولا تكون أم ولد، لأنه إنما زعم أنه كان يفضي ويعزل، فالعزل قد يخطيء ويصيب، ولذلك<sup>(١٢٨)</sup> لزمه الولد، وإذا قال كنت أظأ ولا أنزل فإنه ليس هاهنا موضع خوف في أن يكون قد أفضى فيها، فلذلك لم يلزمه الولد.

قال محمد بن رشد: هذا يبين على ما قال لأن الولد إنما يكون من الماء الدافق، قال تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ﴾ الآية<sup>(١٢٩)</sup> وقال: ﴿وَلَقَدْ

(١٢٥) في ق ٢: إنه يبيعها.

(١٢٦) في ق ٢: أو قال.

(١٢٧) في ق ٢: (معاوية) بدل (معونة).

(١٢٨) في ق ٢: ولذلك. أما في الأصل فحرف: وكذلك.

(١٢٩) الآية ٥ من سورة الطارق.

خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ ﴿١٣٠﴾ فإذا لم ينزل أصلاً علم أنه لم يكن منه ما يكون عنه الولد، فوجب أن لا يلزمه، وإذا وطئ فأُنزل فعزل الماء عن الموطوءة وأنزله خارجاً منها احتمال أن يكون لم يعزله بجملته وسبقه شيء منه كان عنه الولد، فوجب أن يلزمه لأن الأمة قد صارت فراشاً له بوطئه إياها فوجب أن يلحق به الولد حتى يوقن أنه ليس منه، لقول النبي عليه السلام: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَالْحَجَرُ لِلْعَاهِرِ» (١٣١) ولا يقين في أن الولد ليس منه للاحتمال الذي ذكرناه، وقد دل على ذلك قول النبي لأصحابه حين سأله عن العزل: «مَا عَلَيْكُمْ أَلَّا تَفْعَلُوا، مَا مِنْ نَسَمَةٍ كَائِنَةٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ إِلَّا وَهِيَ كَائِنَةٌ» (١٣٢) فأخبر ﷺ أن الولد قد يكون مع العزل إذا شاء الله بأن (١٣٣) يكون معه بأن ينقلب (١٣٤) الوكاء، كما قال عمرو بن العاص صاحب النبي عليه السلام فسبقه (١٣٥) من الماء شيء يكون منه الولد لا يظن به، وقد (١٣٦) قال في آخر كتاب الاستبراء من المدونة: من قال كنت أطأ أمتي ولا أنزل فيها فإن الولد يلحقه ولا ينفعه أن يقول كنت أعزل عنها، فذهب بعض الناس إلى أن ذلك خلاف لرواية موسى هذه في قوله فيها إنه من قال كنت أطأ ولا أنزل أن الولد لا يلحقه، ومنهم من قال: سأله عمن قال لا أنزل، فأجاب (١٣٧) عمن قال كنت أعزل، وليس شيء من ذلك كله بصحيح، لأن قوله ولا أنزل فيها دليل على أنه كان ينزل (١٣٨) خارجاً عنها،

(١٣٠) كذا هو بالأصل ومثله في ق ٢ فأما الذي في المصحف فهو كما يلي: (ثم جعل

نسله من سلالة من ماء مهين). وهي الآية ٨ من سورة السجدة.

(١٣١) هو في الستة الصحاح وفي موطأ مالك ومسنَد ابن حنبل.

(١٣٢) هو عند البخاري وفي سنن أبي داود وموطأ مالك ومسنَد ابن حنبل.

(١٣٣) في ق ٢: (أن) بدون الباء.

(١٣٤) في ق ٢: ينقلت.

(١٣٥) في ق ٢: فيسبقه.

(١٣٦) في ق ٢: فقد.

(١٣٧) في ق ٢: فأجابه.

(١٣٨) كذا في ق ٢: ينزل.

وهذا هو العزل بعينه، فعنه سأله، وعليه أجابه، فلا خلاف في رواية موسى لما في المدونة، بل هي مفسرة لها، وبالله التوفيق.

### من سماع محمد بن خالد من ابن القاسم

قال محمد: سألت ابن القاسم عن الرجل يشتري الجارية، فتوضع للاستبراء، فيعتقها المتباع وهي في المواضعة من قبل أن تستبرأ<sup>(١٣٩)</sup> قال ابن القاسم: إذا كان الذي باعها لا يدعي حملها إن جاء حمل مضى عتقه عليه فيها ولم يكن له فيها ردٌ ولو جاء حمل لأنه قد قطع ذلك من<sup>(١٤٠)</sup> نفسه بعتقه إياها ورضي بذلك.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح من قول ابن القاسم على أصله في أن للمشتري أن يسقط المواضعة عن البائع ويقبلها بعيب الحمل إن ظهر بها إذا لم يقع البيع على ذلك، ويأتي على قول سحنون أنه لا يجوز أن يقبلها قبل ظهور الحمل بها ويسقط<sup>(١٤١)</sup> المواضعة فيها عن البائع لأنه يتهم في إسقاط الضمان عن البائع وتعجيل النقد له على أن يتعجل الانتفاع بالجارية فيدخله ابتياع الضمان وسلف جر منفعة أن عتقه فيها لا يلزمه وأن له أن يردها إن ظهر بها حمل، ويبطل العتق. وقد وقع في سماع أبي زيد من كتاب العتق في رجل اشترى أمة فوضعها للاستبراء فحلف بعتقها لرجل ليقضيته حقه فحنث، ثم ظهر بها حمل ليس هو من البائع، قال يردها بالحمل ويأخذ الثمن ولا عتق له، وقاله ابن المواز أيضاً في كتاب العيوب من ديوانه، فقال بعض الناس فيها إنها مسألة حائلة لابن القاسم ليست على أصله، ورواية محمد بن خالد هذه عنه تردها، وليس ذلك بصحيح عندي، لأنه إذا بتل عتقها فقد رضي بعيب الحمل إن ظهر واسقط التبعة فيه عن البائع بقصده إلى تفويتها

(١٣٩) في ق ٢: تستبري.

(١٤٠) في ق ٢: عن.

(١٤١) في ق ٢: وتسقط.

بالعتق، والحالف بالعتق أن يقضي غريمه حقّه ليس بقاصد إلى تبديل العتق باليمين، وإنما قصد به إلى التخلص من غريمه به فلا يحمل عليه أنه رضي بعيب الحمل إن ظهر إذ لم يرد إلا البر بالقضاء، ولعله غلب على الحنث بالعجز عن القضاء فوق الحنث بغير اختياره، وهذا فرق بين المسألتين، فلا يحمل على ابن القاسم التناقض والاضطراب في ذلك.

### ومن سماع عبد الملك بن الحسن من عبدالله بن وهب

قال عبد الملك بن الحسن: سألت ابن وهب عن الرجل يشتري الجارية وهي من جوارى الوطاء مثلها يوطأ ومثلها لا يحمل (١٤٢) فهل تتواضع (١٤٣) إذا لم تحض؟ قال: نعم، تتواضع، قلت له: فإن لم تتواضع وماتت في أيام الاستبراء في يد المشتري؟ فقال: إذا جهل الاستبراء فهي من البائع.

قال محمد بن رشد: قد مضى في رسم البيوع الأول من سماع أشهب الاختلاف في وجوب المواضعة التي لا يوطأ مثلها ويومن الحمل منها وفيما تستبرأ به عند من أوجب المواضعة فيها لمن أحب الوقوف عليه، فلا معنى لإعادته، فإن لم تتواضع عند من أوجب المواضعة فيها وماتت في يد المشتري قبل أن يمضي من المدة ما تستبرأ فيه فالضمان يكون من البائع كما قال لوجوب الحكم بالمواضعة عنده على ما في المدونة وغيرها، وبالله التوفيق.

### ومن مسائل نوازل سئل عنها سحنون

وسئل سحنون عن الرجلين يكون بينهما الجارية فيطأها في طهر واحد، أحدهما حرٌّ والآخر عبد فتأتي بولد فيدعيانه (١٤٤)

(١٤٢) في ق ٢: تحمل.

(١٤٣) في ق ٢: تواضع. وانظر ما يبدو من تناقض بين موضوع كلام العتيبي وتعقيب ابن رشد.

(١٤٤) في ق ٢: يدعيانه. وفي الأصل فيدعيانها، وهو تصحيف.

جميعاً، قال: يدعى لها القَافَةُ. قيل له: فإن دعي لها القَافَةُ فقالت: هو للعبد، فقال: الحر مخير إن شاء ضمنه قيمة نصيبه يوم وطئها، وإن شاء تمسك بنصيبه منها لأنها لا تخرج من رق إلى عتق، وهي مثل الجارية بين الرجلين الحرين يطؤها أحدهما فلا تحمل أن الشريك مخير بين أن يتمسك أو يقومها عليه، قيل له: فإذا رضي أن يتمسك بنصيبه هل يكون له نصف الولد رقيقاً؟ قال: نعم. قلت: فإذا أراد الشريك أن يقومها عليه والعبد معسر كيف يغرم قيمتها؟ فقال: تباع الجارية في نصف قيمتها يوم وطئها ليس يوم أولدها فيغرم إليه قيمتها يوم وطئها في الوجهين جميعاً كان له مال أو كان معسراً وليس هو في القيمة إذا كان معسراً مثل الحر

قلت: فهل يباع الولد معها إن كانت قيمة الجارية اليوم ليست مُحِيطُ بنصف قيمتها يوم وطئها؟ قال: لا يباع الولد معها لأن الولد ليس مالاً للعبد، وإنما يُباع في القيمة مالُ العبد؛ قال: ويتبع العبد بما بقي من القيمة في ذمته إن لم يكن في ثمن الجارية وفاء، ولا يكون ما بقي في رقبته لأنها ليست جنائية لأنه كان مَأْذُوناً له في ذلك، قيل له: فإن ألحقته القافة بهما جميعاً؟ فقال: يعتق الصبي على الحر لأنه قد عتق عليه نصف ابنه وبقي نصفه ابناً للعبد فيعتق عليه جميعه لما دخل في نصفه من الحرية، ويغرم نصف قيمته إلى سيد العبد.

قلت: فالأمة ما يكون حالها وقد صار نصفها أم ولد للحر ونصفها للعبد؟ قال: أرى أن يقوم عليه النصف [فيحل له وطؤها ويكون عنده نصفها أم ولد له ونصفها رقيق حتى يولدها مرة أخرى بعد استبرائه<sup>(١٤٥)</sup> هذا]<sup>(١٤٦)</sup> النصف الباقي فيكون جميعها أم ولد

(١٤٥) كذا.

(١٤٦) ساقط من ق ٢.

له، بمنزلة الرجلين الحرين تكون بينهما الجارية فيطؤها أحدهما فيولدها ولا مال له فيكون له نصفها أم ولد له، ثم إن اشترى نصف شريكه يوماً ما حل له وطؤها ويكون نصفها بحساب أم ولد ونصفها للمشتري رقيقاً له إلا أن يولدها بعد اشتراؤه النصف الثاني فيكون جميعها أم ولد له، قيل له: فهل يقال للصبي إذا بلغ وَالِ أَيُّهَا شَتَّى؟ قال: نعم. قيل له: فإن وَالِيَ الصبي العبد أيكون ذلك له فيكون ابناً للعبد؟، فقال: نعم يكون ابنه ويكون حراً.

قلت: فإن أعتق العبد يوماً ما أيرث الغلام إن مات العبد<sup>(١٤٧)</sup>؟ قال: نعم. قال أصبغ: إذا قالت القافة اشتركا فيه وكان أحدهما حراً والآخر عبداً كان نصيب الحر من الأمة عتيقاً معجلاً، وكان نصف العبد منها أم ولد موقوفة لا يطؤها على نحو أمهات الأولاد إن مات العبد ورثها سيده وإن أذن له سيده باعها، وإن رهقه دين وهو مأذون له بيعت، فإذا بلغ الابن فإن وَالِيَ الحر لحق به وكان عليه غرم نصف قيمة الولد لأنه رقيق لسيد العبد، لأن ولد العبد من أمته رقيق لسيده، فإن وَالِيَ العبد لحق به نسبه وكان ولده وكان نصفه حراً كما عتق من أمه نصفها وهو نصيب الحر منه لشبهة الشرك الذي وقع فيه، ولم يكن على الحر أن يقوم عليه بقيمة الولد لأنه ليس عتق ابتداءً<sup>(١٤٨)</sup> وإنما هو حكم لزمه ووقع عليه كهيبته ما لو ورث نصفه. قيل لسحنون: فلو أن أحد الحرين مات والصبي لم يبلغ حد الموالاة، فقال: يوقف للصبي قدر ميراثه من مال الميت حتى يبلغ، فإذا بلغ فإن وَالِيَ الميت كان الميراث له، وإن وَالِيَ الحي لم يكن له من ميراث الميت شيء، قيل له: فلو أن

(١٤٧) كذا بالأصل وفي ق ٢: أيرث الغلام العبد إن مات؟.

(١٤٨) في ق ٢: (عتقا ابتداءً).

الصبي مات قبل أن يبلغ المُوَالاةَ وبعد ما مات أحد أبويه الذي كنت أوقفت له منه ميراثه حتى يوالي لمن يجعل ميراث هذا الصبي وكيف يورث؟ قال: يورث الصبي من أبيه الميت ميراثه ويورث أبوه الحي من الصبي نصف ما ترك الصبي من ميراثه عن أبيه أو من مال وهب له أو صار له بوجه من الوجوه، ويرث النصف الباقي ولداً في الصبي الميت إن كان ترك أبوه ولداً لأنهم إخوته، فإن لم يكن للميت ولد ورث النصف الباقي من الصبي إخوة الميت أو أعمامه أو من كان يرجع مع الميت إلى صلب.

قال أبو زيد بن أبي الغمر وأصبغ بن الفرغ: ميراث الصبي وما ترك من مال لأمه وللأب الباقي، وليس للأب الميت ولا لعصبته من ميراثه شيء، ويرد ما كان أوقف للصبي من ميراث الميت إلى ورثة الميت الباقيين، لأنه لا يجب للصبي بعد فيجب لورثته، لأنه إنما يجب له بعد المُوَالاة. ألا ترى أنه لم يكن ينفق عليه منه، وإنما هو موقوف يجب له بالمُوَالاة أو لا يجب.

قال أصبغ: ولو رأيت أن ميراث الميت الأول يجب للصبي ولورثته دخلت<sup>(١٤٩)</sup> عصبه الأب الميت مع الأب الباقي في ميراث مال الصبي فورثوه جميعاً، ولكن هذا ليس بشيء، والذي لا شك فيه أن ميراث الصبي إذا مات بعد موت أحدهما للأب الباقي وحده لا يشرك<sup>(١٥٠)</sup> فيه أحد إلا الأم وحدها.

قيل لأصبغ: فإن كانا هذين الرجلين اللذين<sup>(١٥١)</sup> اشتركا فيه أحدهما كافر والآخر مسلم ما الأمر فيهما عندك؟ فقال لي: إن ألحقته

(١٤٩) في ق ٢: لأدخلت.

(١٥٠) في ق ٢: يشركه.

(١٥١) كذا بالأصل وهو الذي في ق ٢.

القَافَةُ بالمسلم لحق به وكأن الأمة أم ولد له وغرم نصف قيمة الأمة إلى الكافر، وإن ألحقته القافة بالكافر لحق به وكان ولده، وعلى دينه، يوارثه وينتسب إليه، وكانت الأمة أم ولد له، وغرم نصف قيمتها إلى المسلم، وإن كانت كافرة أقرت عنده أم ولد له، وإن كانت مسلمة عتقت عليه. قال أصبغ: فإن قالت القافة: إنهما اشتركا فيه فإن الأمة أم ولد معتقة الساعة منها جميعاً، والولد موقوف حتى يبلغ فيوالي أيها شاء، فإن ولى المسلم فهو ولده وعلى دينه، وإن ولى الكافر فهو ولده ولا يكون على دينه ولا يترك إلا على دين الإسلام للشبهة والشرك<sup>(١٥٢)</sup> الذي دخل فيه، وكذلك قال أصحابنا، وهو رأيي.

قلت: فإن مات الكافر منها قبل بلوغ الصبي أيوقف له ميراثه منه حتى يبلغ؟ قال: نعم، فإذا بلغ فإن والاه أخذ ميراثه منه الذي وقف له، وأما دينه فلا يكون إلا [على]<sup>(١٥٣)</sup> الإسلام.

قلت: وكذلك إن ماتا جميعاً، وقف له أيضاً ميراثه منها؟ فقال لي: نعم، فأبيها ولى وارثه.

قلت: وكيف يرث الكافر وليس هو [كما]<sup>(١٥٤)</sup> زعمت على دينه؟ فقال لي: يرثه بالرحم والنسب وبأنه ولده، ثم نُجبره<sup>(١٥٥)</sup> الساعة على الإسلام للذي أخبرتك من شبهة الشرك، وهو استحسان وليس بقياس.

قلت: فإن مات الصبي بعدهما وقد ماتا جميعاً قبله، من

(١٥٢) في ق ٢: وللشرك مجروراً باللام.

(١٥٣) ساقط من ق ٢.

(١٥٤) ساقط من ق ٢.

(١٥٥) في ق ٢: يجبره.

يرثه؟ قال: يرد ما وقف من مالهما إلى ورثتهما يوم ماتا إن مات قبل أن يوالي أحدهما، ثم إن كان ترك مالا وهب له أو ورثه من أمه أو فرض له ورث نصفه بعد خروج فريضة إن كان يرثه ذو فريضة عصبه أبيه [المسلم] (١٥٦) على قُعدِهِم به، ويبقى النصف الآخر، فإن كان لأبيه الكافر عصبه مسلمون يرثونه ورثوا ذلك النصف وإلا ورثه المسلمون كهيئة المسلم يموت من أبوه (١٥٧) كافر فيرثه عصبته لأبيه المسلم وإلا ورثه المسلمون.

قيل لأصبغ: فلو أنهم ثلاثة وطئوها في طهر واحد مسلمٌ وعبداً ونصراني، فحملت، والأمة مسلمة؟ قال: إن قالت القافة إنهم اشتركوا فيه فإنها تعتق على المسلم والنصراني ولا تعتق على العبد، ويكون للعبد قيمة نصيبه عليهما جميعاً. وإنما ألزمت النصراني العتق لأنه حكم وقع بين مسلم ونصراني، ولو كانت الأمة نصرانية عتق جميعها على الحر المسلم وقوم عليه نصيب العبد والنصراني.

قال محمد بن رشد: الحكم في الأمة بين الشريكين إذا وطئها أحدهما بإذن شريكه أن يقوم عليه شاء أو أبي، ولا خيار في ذلك لواحد منهما، لأن ذلك كالتحليل الذي يلزم (١٥٨) القيمة فيه بالوطء على كل حال، وأما إذا وطئها مُتَسَوِّراً عليها دون إذنه ولم تحمل (١٥٩) فهو مُخَيَّرٌ إن شاء قومها عليه وإن شاء تمسك بنصيبه، هذا قوله في المدونة، وهو المشهور في المذهب، وإذا تمسك بنصيبه ولم يقومها عليه منع من الغيبة عليها لئلا يعود إلى وطئها، ويعاقب على ما فعل من ذلك وإن كان جاهلاً لم يُعذر بجهله إلا أن عقوبته أخف من عقوبة العالم، قاله ابن حبيب؛ وقد قيل: إنها تقوم عليه على كل

(١٥٦) إضافة من ق ٢.

(١٥٧) في ق ٢: أبوه.

(١٥٨) في ق ٢: تلزم.

(١٥٩) في ق ٢: تحمل هكذا، وصحفت في الأصل فكتبت بالياء.

حال لأنه لما وطئها بشبهة دُرِيء عنه الحَد [بها] (١٦٠) قومت عليه، لأنها إن لم تقوم عليه أشبه ذلك عارية الفروج، وهو ظاهر [ما في] (١٦١) كتاب الشركة من المدونة، وأما إن حملت فإنها تقوم عليه على كل حال، قال في المدونة يوم حملت لا يوم وطئها إن كان وطئها مرة بعد مرة، لأنه إن كان إنما وطئها مرة فيوم الوطاء هو يوم الحمل، فتكون (١٦٢) له أم ولد ولا يكون عليه قيمة الولد، لأنه إنما حدث بعد أن صارت الأمة ملكاً له بوجوب القيمة عليه فيها، ولا نص خلاف في هذا، إلا أن الخلاف يدخل فيه بالمعنى على قوله إن القيمة تكون فيها يوم الحمل، لأنه إذا أوجب القيمة بالحمل فقد وقع الحمل ووجوب القيمة عليه معاً، وإنما وقعا معاً، فلا بد أن يغلب أحدهما على الآخر ويحكم له بحكم التقدم، فإذا غلبنا القيمة وحكمنا لها بحكم التقدم لم يكن عليه في الولد شيء، وهو المنصوص، وإذا غلبنا الإيلاد وحكمنا له بحكم التقدم وجب أن يكون عليه نصف قيمة الولد، وعلى هذا المعنى، والله أعلم، قال ابن القاسم في المعسر: إنه يباع عليه نصف الأمة فيما لزمه من نصف قيمتها ويُتبع بنصف قيمة الولد، والقياس على مذهبه في المدونة أن يكون مُخيراً بين أن يقومها عليه يوم الوطاء أو يوم الحمل، لأنه ما لم تحمل هو بالخيار ما بين أن يقومها عليه أو يتمسك بحظه منها، فإن قومها عليه يوم الوطاء فلا إشكال في أنه لا شيء عليه من قيمة الولد، وإن قومها عليه يوم الحمل احتَمَل أن [يكون جميعاً] (١٦٣) يجب عليه نصف قيمة الولد وأن لا يجب على ما ذكرناه من الاحتمال، والأظهر أن لا يكون عليه نصف قيمة الولد لأن القيمة تجب عليه بأول الإيلاج قبل الإيلاد، وإن وطأها جميعاً عزلت عنها لثلا يعودا إلى وطئها ووقفت على يدي امرأة، فإن حاضت بيعت عليها إلا أن يتقاوماها فتصير لأحدهما، وإن لم تحض واستمرت حاملاً فماتت قبل أن تضع كانت

. (١٦٠) إضافة من ق ٢.

. (١٦١) إضافة من ق ٢.

(١٦٢) في ق ٢: وتكون.

. (١٦٣) ساقط من ق ٢.

مصيبتها منها، وإن وضعت لسته أشهر فصاعداً من يوم وطئها الآخر دعي له القافة، فمن أحقوه به منها لحق به، وكانت الأمة أم ولد له، وكان عليه نصف قيمتها يوم حملت لشريكه حسبما وصفناه إذا أولدها أحدهما، وقول<sup>(١٦٤)</sup> سحنون في أول هذه النوازل: إذا كانت بين حر وعبد فوطأها في طهر واحد وأتت بولد وادعيها جميعاً أنه يدعى له القافة، معناه إذا أتت به لسته أشهر فأكثر من يوم وطئها الآخر. وقوله: إذا قالت القافة إنه للعبد أن الحر مخير بين أن يضمه قيمة نصيبه منها يوم وطئها وبين أن يتمسك به ويكون له نصف الولد رقيقاً صحيحاً على ما قال من أجل أنه ليس لها بإيلاد العبد حرمة أمهات الأولاد، فيكون الحكم في ذلك حكم الجارية بين الشريكين الحرين إذا وطئها أحدهما فلم تحمل كما قال في بعض الروايات، وهي مثل الجارية بين الرجلين الحرين يطؤها أحدهما ولا مال له [فتحمل]<sup>(١٦٥)</sup>، والرواية الأولى أصح وأظهر في المعنى، وعلى القول الذي حكيناه من أنه يقوم<sup>(١٦٦)</sup> على الحر على كل حال، وإن لم تحمل تقوم على العبد أيضاً حملت أو لم تحمل، وقوله: إن كان مُعديماً تباع كلها في نصف القيمة ولا يباع الولد في ذلك صحيح، إذ لا حرمة لها بإيلاده على ما وصفناه، ولأن ولد العبد من أمته ليس بملك له، وإنما هو ملك لسيدة، وقوله: إن القيمة يكون<sup>(١٦٧)</sup> فيها يوم وطئها ليس يوم أولدها هو خلاف قول ابن القاسم في المدونة أن القيمة تكون في ذلك يوم حملت لا يوم وطئها، وقد تقدم بيان ذلك<sup>(١٦٨)</sup> وما هو وجه القياس فيه على مذهبه في المدونة. وقوله: إنه لا يكون في رقبته من ذلك شيء لأنها ليست جناية خلاف رواية عن ابن القاسم في أول سماعه من كتاب الجنائيات أن ذلك جناية في رقبته، يقال لسيدة: إما أن

(١٦٤) في ق ٢: وقول. وصحفت في الأصل فكتبت: وقال.

(١٦٥) زيادة من ق ٢.

(١٦٦) في ق ٢: تقوم.

(١٦٧) في ق ٢: تكون.

(١٦٨) في ق ٢: هذا.

تفتكه بنصف قيمة الجارية، وإما أن تسلمه وماله لصاحب الجارية، وإلى هذا نحا ابن عبد الحكم فقال: ويقع في قلبي أنها جناية. وقوله: لأنه كان مأذوناً له في ذلك معناه لأنه كان مأذوناً له في وطء ما ملكت يمينه، فلما وطء بهذه الشبهة ما له فيه شرك فسقط عنه الحد لزمه القيمة في ذمته وخرجت من أن تكون جناية في رقبته، هذا معنى قوله، لا أنه يباح له أن يطأ أمةً له فيها شرك، وقوله: إذا ألحقته القافة بها أن الصبي يعتق على الحر ويغرم نصف قيمته إلى سيد العبد ليس بجيد، لأنه لم يعتق نصفه فيقوم عليه باقيه، بل كان نصفه حراً بالحكم من أصله، لأن ولد الحر من أمة حر من أصله. وإذا كان من ورث نصف أبيه لا يعتق عليه باقيه بالتقويم وإن كان الولاء له لأنه أعتق عليه فأحرى أن لا يُقوم عليه نصف ابنه في هذه المسألة إذ لم يعتق نصفه ولا له من ولائه شيء، ألا ترى أنه إن قوم عليه نصفه على ما ذهب إليه فمات أبوه وهو حر معتق ثم مات هو بعده ولا وارث له إلا الذي أعتق أباه لم يرث منه بالولاء إلا النصف الذي أعتق عليه بالتقويم، وكذلك قول أصبغ: إنه لا يعتق عليه نصفه يغرم نصف قيمته إلا أن يواليه لا معنى له يصح عليه، لأنه إن وجب أن يقوم عليه فلا وجه لتأخير ذلك إلى أن يواليه، وإن لم يجب ذلك قبل أن يواليه فلا يوجب ذلك عليه موالاته إياه، وهذا بين.

وفي قول سحنون: إنه يقوم على الحر نصف الأمة التي للعبد فيكون له رقيقاً ويحل له وطؤها حتى يولدها مرة أخرى بعد اشتراؤه هذا النصف فيكون جميعها أم ولد له نظراً، لأنه إذا لم يقوم عليه نصف العبد إلى حرية فلا ينبغي أن يكون ذلك إلا برضى العبد. وقد وقع في بعض الكتب قال: أرى أن يقوم عليه نصف الباقي فيكون جميعها أم ولد له، وسقط ما بين ذلك من الكلام، فعلى هذا يكون جميعها أم ولد له إذا قومت عليه، ولا يحتاج في ذلك إلا إيلاد ثانٍ، وهو ضعيف يرده قوله في المسألة التي نظرنا بها في الشراء، إذ لا فرق بين المسألتين. وقد حكى أبو إسحاق التونسي الخلاف أيضاً في مسألة الشراء وإن كان ضعيفاً لا يحمله<sup>(١٦٩)</sup> القياس، فعليه يأتي أن يجبر العبد على (١٦٩) في ق ٢: يحمله.

أن يقوم نصيبه من الأمة على الحر على ظاهر قول سحنون في الرواية وقد وصفناه. وقول أصبغ: إذا قالت القافة اشتركا فيه إن نصيب الحر من الأمة يكون عتيقاً معجلاً ويبقى نصيب العبد منها بحال أم ولد العبد وتكون موقوفة لا يطؤها خلاف قول سحنون المتقدم وخلاف قوله هو أيضاً بعد هذا في الجارية تكون بين الحر والعبد والنصراني فيطؤها في طهر واحد فتحمل إنها إن كانت مسلمة قوم نصيب العبد على النصراني والمسلم وأعتقت عليها، وإن كانت نصرانية قوم نصيب العبد والنصراني على المسلم وأعتقت عليه.

وقول أصبغ في هذه المسألة وإن كان مخالفاً لقوله الأول فليس بموافق لقول سحنون، بل هو مخالف له إذ قال: إنها تعتق على المسلم إذا قوم عليه نصيب العبد والنصراني، ولم يقل إنها تبقى بيده ثلثها أم ولد له وثلثاها رقيق حتى يولدها مرة أخرى فيكون جميعها أم ولد له، ولا قال أيضاً: إن جميعها يكون [له] (١٧٠) أم ولد إذا قوم عليه نصيب العبد والنصراني ولا يحتاج إلى أن يولدها مرة أخرى على ما ذكرنا أنه وقع في بعض الروايات، وعلى ما حكاه أبو إسحاق التونسي. وعتق الأمة على المسلم إذا كانت نصرانية فقوم عليه نصيب العبد والنصراني بعيداً لاحظ له في النظر، وأما إذا كانت مسلمة فقوم على المسلم والنصراني نصيب العبد وإنما أعتق على المسلم حظه منها من أجل أنه لا يستطيع وطأها بسبب حظ النصراني فيها الذي سبيله أن يعتق، ولا يدخل فيه اختلاف قول مالك في أم ولد النصراني تُسلم هل تعتق أو توقف لما دخلها من حرية نصيب المسلم. فيتحصل في حظ العبد من الأمة إذا كانت بينه وبين الحر فوطأها جميعاً في طهر واحد فحملت أربعة أقوال: أحدها أنه يكون مُخيراً بين أن يقوم حظه على شريكه الحر أو يتماسك به، فإن قومت عليه كانت له أم ولد في قول ولا تكون له أم ولد حتى يولدها ثانية في قول [مالك] (١٧١).

والثاني: أنها تقوم عليه شاء أو أبى، وتكون له أم ولد أيضاً ولا (١٧٢) يكون

(١٧٠) زيادة من ق ٢.

(١٧١) ساقط من ق ٢.

(١٧٢) في ق ٢: (أولاً).

حتى يولدها ثانية. والثالث: أنه يعتق عليه نصيبه ولا يقوم عليه نصيب العبد، وتبقى بيده بحال أم ولد العبد، والرابع: أنه لا يعتق عليه نصيبه ولا يقوم عليه نصيب العبد وتبقى بيده بحال أم ولد العبد، فإن اشتراها<sup>(١٧٣)</sup> يوماً ما حل له الوطء. فهذه ستة أقوال، لأن القول الأول والثاني يُشفرع كل واحد منهما إلى قولين، وفي كلها نظر لا يسلم من الاعتراض منها إلا القول الواحد، وهو أن يكون مخيراً بين أن يقوم حظه أو يتماسك به، فإن قومه عليه لم يكن جميعها أم ولد له حتى يولدها مرة أخرى<sup>(١٧٤)</sup>. وقول سحنون: إن أحد الحرين إذا مات والصبي لم يبلغ حد الموالة يُوقف له قدر ميراثه من مال الميت حتى يبلغ، فإذا بلغ فإن وإلى الميت كان الميراث له، وإن وإلى الحي لم يكن له من ميراث الميت شيء صحيح على القول بالموالة، وقد اختلف في حدها، فقيل بلوغ الإثغار والميز، وهو قول أصبغ في كتاب مجالسه، وظاهر قول ابن حبيب في الواضحة [أنه البلوغ]<sup>(١٧٥)</sup> وأما قوله: إنه إذا مات الصبي بعدما مات أحد أبويه الذي كان وقف له ميراثه منه أنه يورث من أبيه الميت ما كان وقف له من ميراثه منه ثم يرث ذلك عنه مع ما كان له من غير ذلك أبوه الحي وورثة أبيه الميت فهو قول فيه نظر، والصواب أن يأخذ نصف ما وقف له من الميت فيضاف ذلك إلى مال إن كان له من غير ذلك فيكون ذلك بين الأب الحي وأحق الناس بميراثه من قبل الأب الميت، لأنه ما لم يوال أحدهما فهو محمول على أنه ابن لهما جميعاً، وهذا قول ابن القاسم، وكذلك لو ماتا جميعاً قبله ثم مات بعدهما قبل أن يوالي واحداً منهما لورث من كل واحد منهما نصف ميراثه لأنه ابن لهما جميعاً، فيأخذ من مال هذا نصف ميراثه ومن مال هذا نصف ميراثه، فيضاف ذلك إلى مال إن كان له من غير ذلك جهة أو عطية أو ما أشبه ذلك، فيكون جميع ذلك بين أحق الناس بميراثه من قبل

(١٧٣) في ق ٢: (اشتراه) بضمير الغائب المذكور.

(١٧٤) في ق ٢ (ثانية) بدل (أخرى).

(١٧٥) إضافة من ق ٢.

أبويه جميعاً نصفين<sup>(١٧٦)</sup>، لأنه إنما هو رجل مات وله أبوان توفيا قبله، فيورث من أبويه جميعاً نصف ميراثه من كل واحد منهما، ثم يورث<sup>(١٧٧)</sup> أقرب الناس إليه من كل واحد من أبويه نصف ما ترك، وقول أصبغ وأبي زيد بن أبي الغمر: إنه يرد ما كان وقف له من ميراث الميت إلى ورثته وترثه هو أمه والأب الباقي وحده بعيداً، ويرده قوله بعد ذلك في المسلم والنصراني إنهما إن<sup>(١٧٨)</sup> ماتا قبله ثم مات هو بعدهما يودي<sup>(١٧٩)</sup> ما كان وقف له من ميراث كل واحد منهما إلى ورثته، ويرث نصف ما كان له من غير ذلك بعد خروج فريضة من له فرض مسمى إن كان يرثه ذو فريضة، يُريد مثل الأم والإخوة للأم والجدّة عصبة أبيه المسلم على قعددهم، والنصف الآخر للمسلمين من عصبة أبيه الكافر إن كان له عصبة مسلمون. فإن وقف له ميراثه من الميت منها فبلغ حد الموالاة فأبى أن يوالي واحداً منها فذلك له، قاله سحنون، ويكون له نصف ما وقف له، وإن مات الصبي قبل أن تنظر إليه القافة وله مال وهب له فهو بين الواطئين كمال بينهما يتنازعانه، وإن مات أحد الواطئين نظر القافة إلى الولد والباقي، فإن زعموا أنه له لحق به وكانت الجارية أم ولده، واختلف إذا<sup>(١٨٠)</sup> قالت القافة: ليس هو لهذا فقيل: إنه يلحق بالميت، وقيل: لا يلحق بواحدٍ منهما. وكذلك اختلف أيضاً إن مات الواطئان وبقي الولد، فقيل: إنه يورث<sup>(١٨١)</sup> من كل واحد منها نصف ميراث ولد، وقيل: إنه لا يورث<sup>(١٨٢)</sup> من واحد منها شيئاً.

(١٧٦) في ق ٢: بنصفين.

(١٧٧) في ق ٢: يرث.

(١٧٨) في ق ٢: إذا.

(١٧٩) في ق ٢: يرد.

(١٨٠) في ق ٢: إن.

(١٨١) في ق ٢: يرث.

(١٨٢) في ق ٢: يرث.

## مَسْأَلَةٌ

وقال سحنون في أمة بين ثلاثة نفر وطئها الأول فولدت منه [وهو لا يعلم] (١٨٣)، ثم وطئها الثاني فولدت منه وهو لا يعلم، ثم وطئها الثالث وهو لا يعلم فولدت منه، فإن السيد الأول لما وطئ ضمن القيمة لهذين وصارت أم ولد له فإنما وطئ هذا أم ولده فإنهم يتقاصون بالقيمة ويرجع بعضهم على بعض، فإن كانت قيمة أم الولد أكثر من قيمة الأولاد رجعوا عليه بما بقي، وإن كان قيمة الأولاد أكثر من قيمة أم الولد رجع عليهم بما بقي، وهذا إذا كان موسراً. وأما إن كان معدماً عتق عليه ثلثه في الأمة ويصير (١٨٤) عليه قيمة ثلثي ولده لهذين، فإذا وطئ الثاني أيضاً عتق عليه ثلثه في الأمة وإنما وطئ ثلثاً حراً وثلثين رقيقاً، فيصير ثلث قيمة ولده للثالث، وإذا وطئ الثالث أيضاً عتق نصيبه في الأمة فلا يكون لواحد منها على الثالث في ذلك (١٨٥) شيء.

قال محمد بن رشد: أما إذا كان الأول (١٨٦) موسراً فالحكم على ما قال لا أعرف فيه نص خلاف، إلا أن الخلاف يدخل فيه بالمعنى، فيقال: إنه يكون على الأول قيمة ثلثي ولده لشريكه مع قيمة ثلثي الأمة لهما إذا قررنا أن الحمل سبق وجوب القيمة حسبما مضى القول فيه في أول النوازل، وقد يقال أيضاً: إنها تعتق عليهم كلهم ولا تقوم على الأول إذ قد فات ذلك فيها كالعبد بين الشريكين يعتق أحدهما جميعه وهو موسر ثم يعتق الآخر، فقول: إنه يعتق على الأول ولا عتق للثاني فيه، وقيل: إنه ينفذ عتق الثاني ولا يقوم على

(١٨٣) ساقط من ق ٢.

(١٨٤) في ق ٢: وتصير.

(١٨٥) في ق ٢: في ولده.

(١٨٦) في ق ٢: (الولد) بدل (الأول).

الأول، ويقال أيضاً: إِنَّهُ يكون على الثاني للأول قيمة ثلث ولده على أنه ولد أم ولد، وللثالث قيمة ثلث ولده على أنه ولد أمة، إذ لم يكن وطؤه وإيلاده إلا قبل الحكم على الأول بالتقويم، فإنما وطىء أمة له ثلثها، وثلثها أم ولد للأول، وثلثها رِقٌّ للثالث، ويكون على الثالث على هذا القياس قيمة ثلث ولده للأول على أنه ولد أم ولد وقيمة ثلث ولده للثاني على أنه ولد أم ولد أيضاً، إذ لم يكن وطؤه إلا بعد أن صار حظ كل واحد منهما أم ولد به بإيلاده إياها، وأما إذا كان الأول معدماً فقولهُ: إنه يعتق ثلثه في الأمة ويكون عليه ثلثا قيمة ولده للآخرين صحيحٌ، لأنه لما لم تقوم عليه الأمة لعدمه، وبقي ثلثها ملكاً لشريكه وجب عليه لها ثلثا قيمة ولده، وهو قول ابن القاسم، وفي كتاب محمد بن المواز أنه لا شيء عليه لشريكه إذ قد أفاتا نصيبها بالإيلاد من الأمة، وقد مضى هذا في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى، وقوله: إن الثاني يعتق عليه ثلثه في الأمة ويكون عليه قيمة ثلث ولده للثالث ولا يكون عليه للأول شيء لأنه وطىء ثلثاً حراً فيه نظراً، إذ لم يطاء إلا قبل أن يحكم على الأول بعقوب نصيبه، وقد قيل: إنه لا يعتق عليه، فكان القياس أن يكون عليه للأول قيمة ثلث ولده على أنه ولد أم ولد، وكذلك كان القياس أن يكون على الثالث قيمة ثلثي ولده للأول والثاني على أنه ولد أم ولد، ولو وطئها الثاني والثالث وهما يعلمان أن الأول قد وطئها وأولدها لوجب أن تكون أم ولد له من غير عزم يكون عليه، وبالله التوفيق.

### مَسْأَلَةٌ

قيل لسحنون: فلو أن جارية لثلاثة إخوة تسوّر عليها أحدهم فوطئها فأولدها ولم يقر بولدها، فأقام بذلك زمناً ثم تسور عليها أيضاً أحد الأخوين فأولدها، ثم أقرّاً جميعاً بالوطء وبالولدين، هل تكون أم ولد للأول ويعطى إخوته (١٨٧) ثلثي قيمتها إذا كان يوم

وطئها موسراً؟ وهل (١٨٨) يعتق عليها ويعطى الآخر ثلث القيمة؟ قال: تكون أم ولد للأول وعليه ثلثا قيمتها يوم وطئها لأخويه، وعلى أخيه الثاني الذي أولدها قيمة ولده على أنه ولد أم ولد لأخيه الأول. وفيها قول غير هذا لأصحابنا، وهذا أعدل إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: قوله: إنها تكون أم ولد ويكون عليه ثلثا قيمتها يوم وطئها لإخوته هو مثل ما تقدم من قوله في المسألة التي قبل هذه، وكذلك قوله وعلى أخيه الثاني الذي أولدها قيمة ولده على أنه ولد أم ولد لأخيه الأول هو مثل قوله في المسألة التي قبل هذه أيضاً. وقد ذكرنا ما يدخل من الاختلاف في ذلك كله بالمعنى، وإليه أشار والله أعلم بقوله: وفيها قول غير هذا لأصحابنا، والله أعلم.

### مَسْأَلَةٌ

قيل لعبد الملك بن الماجشون: ما تقول في أمة بين رجلين ولدت ولدين مفترقين بطناً بعد بطن أو في بطن واحد، فقال أحدهما لأحد الولدين: هذا ابني، وقال الآخر للآخر من الولدين: هذا ابني، فقال: انظر إلى الذي استلحق الأكبر من الولدين فألحقه به وألزمه نصف قيمة الجارية، واجعل الآخر كأنما أصابها وقد ولدت من شريكه فولدت من الآخر بشبهة، فالولد ولده يلحق به، وعليه قيمته لشريكه الواطيء أولاً، ولهذا الآخر على الأول نصف قيمة الجارية ويتراذان الفضل بينهما. وهذا إذا كانا في بطن بعد بطن، فأما إذا كانا في بطن واحد فاجعلهما كأنهما ولداً (١٨٩) واحد ادعاه رجلان سيذا أمة فتتظر إليهما ألقافاً ولا يلحقانه أبداً إلا برجل واحد.

(١٨٨) في ق ٢: أو هل.

(١٨٩) في ق ٢: (ولد) بالإفراد.

قلت: فإن ألحقت القافة كل واحد من المتداعيين من ادعى واستتلاط (١٩٠)؟ قال هو مثل ما [لو] (١٩١) قالوا في واحد إنه (١٩٢) ابنهما جميعاً لم يكن أبداً حتى يلحق بواحد دون واحد، فكذلك الابنان في بطن واحد لا يلحقان أبداً إلا بواحد من السيدين.

قال محمد بن رشد: قوله فالولد ولده يلحق به، وعليه قيمته لشريكه، يريد قيمته على الرجاء والخوف، على أنه ولد أم ولد على معنى ما في المدونة وفي المسائل التي فوق هذا (١٩٣) ولو لم يقوم حتى مات المدعي الأول لم يكن على الثاني فيه قيمة لأنه يعتق بعنق أمه، وهي أم ولد الميت تعتق بموته وقوله: إن الولدين في بطن واحد كالولد الواحد لا تلحقه ألقافة أبداً إلا برجل واحد نص جلي في أن الاشتراك في الولد الواحد لا يصح ولا يعمل قول القافة فيه ويقال لهم ألقافه بأنضجها به شياً على ما حكى ابن حبيب عنه وعن مطرف وابن نافع، فإن لم يكن على هذا القول أحدهما أكثر شياً به من صاحبه لم يحكم عليه بأنه ابن لها ولا كان له أن يُوالي واحداً منهما، فإن مات ورثاه جميعاً بالدعوى كالمدعيين في المال وهو بأيديهما ولا بينة لواحد منهما، وإن مات أحدهما أو ماتا جميعاً لم يكن له ميراث من واحد منهما إذ لا يدرى هل هو ابنه أم لا، ولا يورث أحد من أحد بشك. وقيل إنه يأخذ نصف ميراثه من كل واحد منهما لأن المنازعة تحصل فيه بينه وبين الورثة بقوله هو لي لأنني ابنه، وبقول الورثة هو لنا لأنك لست بابن له، فيقسم بينهما نصين، والأول أظهر. ووجه هذا القول إنكار عمر بن الخطاب على القافة قولهم إنهما اشتركا في الولد وضربهم بالدرة على ذلك، وهذا هو مذهب ابن القاسم

(١٩٠) في أساس البلاغة للزمخشري: فلان مستتلاط: دعي واستتلاط ولداً ليس منه: ادعاه.

(١٩١) إضافة من ق ٢.

(١٩٢) في ق ٢: (هو) بدل (إنه).

(١٩٣) في ق ٢: هذه.

وروايته عن مالك أن الاشتراك في الولد الواحد لا يصح، إلا أنه يقول إن القافة إذا قالت اشتركا فيه قيل له وَالِ أَيُّهَا شئت اتباعاً لما جاء عن عمر بن الخطاب في ذلك، فإن مات قبل أن يبلغ حدّ الموالاة أو ماتا هما أو أحدهما كان الحكم في ذلك على ما تقدم. وقد قيل إنه يصح أن يكون علق المراءة بالولد الواحد من الرِّجَالِ أَلْعِدَّةِ، فعلى هذا القول إذا قالت القافة اشتركا فيه كان ابناً لهما جميعاً ولم يُوَالِ واحداً منها وورث كل واحد منها منه نصف ميراث أب، ويرث [هو من] (١٩٤) كل واحد منها نصف ميراث ابن. وقد جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ما يدل على هذا، فيلزم على قياس [هذا] (١٩٥) القول إذا أتت بولدين في بطن واحد وقد كانا وطأها في طهر واحد فألحقت القافة بكل واحد منها واحداً منها بعينه لحق به، لأنه إذا جاز أن يشترك الرجلان في الولد الواحد كان أَجَوَزَ أن يشتركا فيما في البطن الواحد فيكون لكل واحد منها واحد منها بعينه، وبالله التوفيق.

### مَسْأَلَةٌ

قيل لعبد الملك: ما تقول في الرجل يَطَأُ جارية ابنه ثم وطئها الابن بعد ذلك، قال: إذا أصابها الابن بعد الأب فقد سقطت القيمة عن الأب وتباع فيعطى الابن ثمنها بالغاً ما بلغ، أقل من القيمة كان أو أكثر، قال أصبغ: لا يعجبني، ولكن تَقْوَمُ على كل واحد منها يوم وطئها إن اختلفت القيم وتباع على الواطئ حين تحول (١٩٦)، ثم يتحاسبان على ذلك، فمن كان له الفضل أخذه، ومن كان عليه النقصان أداه، وتُباع ولا تقرّ عندهما، لأن القيمة

(١٩٤) إضافة من ق ٢.

(١٩٥) زيادة من ق ٢.

(١٩٦) في مصباح الفيومي: «حالت المرأة والنغلة والناقة وكل أنثى جبالاً بالكسر: لم تحمل فهي حائل».

الأولى لزمت الأب بالوطء. قيل لعبد الملك فلو حملت وقد أصابها جميعاً في طهر واحد؟ قال: تُدعى لها القافة فإن ألحقته بالابن عتقت عليه الجارية وكان الولد له، قال أصبغ مثله، قال عبد الملك، وإن ألحقته بالأول وهو الأب فالولد له والأمة منه بالقيمة إن كان المتعدي فيها وليست له، وإن كان الذي هي له فالولد له وله القيمة على ابنه بإتلافها عليه وبطلانها كقتله إياها لو قتلها، وإن ألحقته بالثاني فالولد له، وينظر فإن كان الابن الذي هو مالکها تحاسبا بالقيمتين، وإن كان هو الأب المتعدي غرم قيمتها للابن على كل حال بفساده إياها.

قال محمد بن رشد: أما إذا وطئ الأب جارية ابنه ثم وطئها الابن بعد ذلك فقول ابن الماجشون صحيح إن كان الابن قد وطئ جاريته قبل أن يطأها الأب، وقول أصبغ صحيح إن كان الأب لم يطأها قبل ذلك، لأن الأب إذا وطئ جارية ابنه بعد أن وطئها الابن فمن حق الابن أن يقومها عليه لأنه حرّمها عليه، فإن قومها عليه بيعت عليه، إذ لا يؤتمن عليها من أجل أنه وطئها وهي حرمة له بوطء ابنه إياها، وإن أراد الابن أن يتمسك بجاريته للاستخدام والخدمة ولا يقومها على أبيه فذلك له، فإذا وطئ الأب جارية ابنه وقد وطئها الابن ثم وطئها الابن بعد أن وطئها أبوه وكان وطؤه إياها رضى منه بترك تضمين أبيه ووجب أن تباع عليه إذ لا يؤتمن عليها من أجل أنه قد وطئها وهي حرمة له بوطء أبيه إياها كما قال ابن الماجشون، وذلك إذا وطئ الأب جارية ابنه قبل أن يطأها الابن فقد وجب أن تقوم على الأب شاء أو أبى، ولا خيار في ذلك لواحد منهما، وإن رضى جميعاً بترك تقويمها على الأب لم يجز ذلك، لأن الأمر يؤول إلى أنه كأنه حلّلها له، فإذا قامت عليه كانت أمة له وحل له وطؤها إذ لم يتقدم للابن فيها وطء، فإذا وطئ الأب جارية ابنه قبل أن يطأها الابن ثم وطئها الابن بعد أن وطئها أبوه وجب أن تقوم على الأب للابن لأنه أفسدها عليه بوطئه إياها أولاً، ووجب أيضاً أن تقوم على الابن للأب لأنه أفسدها عليه بوطئه إياها آخراً، إذ لو لم يطأها

لقومت على الأب وحلت له، ولم يكن لواحد منها في ذلك خيار ويتحاسبان في ذلك، فمن كان له فضل منها على صاحبه رجع به عليه، وتباع على الابن الذي قومت عليه آخراً حين يحول<sup>(١٩٧)</sup> أي حين يتبين أنه ليس بها حمل من أجل أنه لا يؤتمن عليها إذ قد وطئها وهي حرة له بما تقدّم من وطء أبيه إياها كما قال أصبغ، فالمعنى في هذا أن ابن الماجشون تكلم على أن الابن قد كان وطئ جاريتيه قبل أن يطأها الأب، وتأول عليه أصبغ أنه إذا تكلم على أن الابن لم يكن وطئ جاريتيه حتى وطئها الأب، ولذلك قال لا يعجبني قوله، ولكن يقوم<sup>(١٩٨)</sup> على كل واحد منهما، وما يصحح هذا الذي قلناه أن ابن الماجشون قد قال في آخر المسألة مثل قول أصبغ إنها تقوم على كل واحد منها فيتحاسبان في القيمتين إذا وطئها الأب ثم وطئها الابن في ذلك الطهر وهي له فأتت بولد وألحقته به القافة لأن المعنى في ذلك أن الابن لم يكن تقدم له فيها وطء قبل الوطء<sup>(١٩٩)</sup> يريد وتعتق عليه إذ لا يستطيع وطأها أبداً لو طء أبيه إياها، وهو لا يملك منها إلا الوطء لكونها أم ولد له، ولو كان [الابن]<sup>(٢٠٠)</sup> يطؤها وهي جاريتيه ثم وطئها بعد ذلك في طهر واحد الأب ثم الابن فأتت بولد وألحقته القافة بالابن لعنتت على الابن ولم يكن على الأب فيها قيمة، لأن وطأه إياها بعد أن وطئها أبوه رضى منه بإسقاط القيمة عنه على ما قال في أول المسألة إذ<sup>(٢٠١)</sup> لم تحمل حيث قال أصبغ إنه قال لا يعجبني قوله، وقد بينا أن قوله ليس بخلاف لقوله، وإن كل واحد منها تكلم على ما لم يتكلم عليه صاحبه، ولو ألحقت القافة الولد بالأب الذي ليست الجارية له لكانت أم ولد له ولزمته فيها القيمة لابنه لإفساده إياها عليه وعجل عليه عتقها، إذ لا سبيل له إلى وطئها سواء كان وطء الأب قبل الابن أو بعده،

(١٩٧) في ق ٢: تحول.

(١٩٨) في ق ٢: تقوم.

(٩٩) في ق ٢: (الأب) بدل (الوطء).

(٢٠٠) ساقط من ق ٢.

(٢٠١) في ق ٢: إذا.

كان تقدم للابن فيها وطء أو لم يتقدم، وإنما يفترق ذلك إذا ألحقت القافة الولد بالابن حسبما بيناه.

### مَسْأَلَةٌ

وسئل سحنون عن رجلين وطأ أمة في طهر واحد فحملت في ذلك الطهر فولدت ولداً فمات ذلك الولد قبل أن تدعى له القافة، قال تعتق الجارية منها.

قال محمد بن رشد: قوله إن الجارية تعتق منها صحيح، لأن الولد إذا مات قبل أن تدعى له القافة فيحمل محمل الاشتراك فيها وفي ولدها بمنزلة إذا قالت القافة إنها اشتركا فيه، فيرثانه جميعاً إن كان له مال وهب له، وتصير الأمة قد صارت في حكم أم ولد لهما جميعاً فتعتق عليهما جميعاً، إذ لا يحل لواحد منها وطؤها بالملك أبداً، ولم يكن لهما فيها سوى ذلك، وهذا إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من يوم وطئها الآخر، ولأقل من أقصى ما يلحق به الولد من يوم وطئها الأول، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم وطئها الآخر فهو للأول، والأمة أم ولد له، وعليه نصف قيمتها لشريكه إن كانت بينهما بنصفين، وإن أتت به لأكثر من أقصى ما يلحق به الولد من يوم وطئها الأول وذلك خمسة أعوام على المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك فهو للثاني، والأول منه بريء فتكون أم ولد للثاني ويكون عليه نصف قيمتها للأول.

### مَسْأَلَةٌ

قيل لسحنون فرجل توفي وترك جاريته وابنين من غيرها، ثم ظهر بالجارية حمل بعد موت السيد، فولدت بعد موته بمثل ما يكون (٢٠٢) لغيره، فادعى أحد الأخوين أنه وطئ الجارية وأن هذا

الولد منه، وادعى الآخر أن هذا الولد من أبيه الميت، وقال هو أخونا، قال سحنون: إن كان سيدها الميت كان يطؤها فالولد يلحق بالسيد، ولا يقبل قول الأخ الذي قال: هو ولدي، وإن كان السيد لم [يكن] (٢٠٣) يطؤها فالولد يلحق بهذا الأخ المدعى له، ولا يقبل قول أخيه الذي قال هو من أبي، وعلى الواطىء أن يغرم لأخيه نصف قيمتها، وإن شكوا فلم يدروا أن أباهم كان يطاءً أو لا يطاءً فالقول في ذلك قول المدعي للولد، وعليه نصف القيمة لأخيه.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال إنه إذا علم أن سيدها الميت كان يطؤها فالولد له ولا يقبل دعوى المدعي فيه لقول النبي عليه السلام «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَلِلْفِرَاشِ الْحَجَرُ» (٢٠٤) لأن فراش السيد الميت صحيح، والمدعي يدعي الولد بوطء غير صحيح إلا أن له فيه شبهة يُدْرَأُ الحَدَّ عنه بها، وهذا إذا أتت بالولد لما يلحق الأنساب من الميت، فإذا أتت به لأكثر من ذلك فهو للمدعي وعليه نصف القيمة لأخيه، وأما إن كان السيد الميت لا يطاءً أو جهل حاله فيلحق الولد بالمدعي كما قال، إذ لا يجوز أن يلحق بالميت ولو لم يقر به ولا علم أن أمه كانت فراشاً له.

### مَسْأَلَةٌ

وسئل سحنون عن جارية بين رجلين تسور عليها أحدهما فأولدها، فقال الشريك غير الواطىء: قد كنت أعتقت مصابتي منها قبل أن يطاءها فصدقه الواطىء وقال: قد كان أعتقها قبل ذلك، هل تعتق عليها جميعاً؟ أم تكون أم ولد للواطىء وعليه نصف قيمتها لشريكه؟ قال سحنون: تعتق عليها جميعاً ولا يكون على الواطىء

(٢٠٣) إضافة من ق ٢.

(٢٠٤) تقدم تحريجه.

شيء، ويلحق به النسب، وعليه الأدب إلا أن يعذر بالجهالة (٢٠٥).

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأن الشريك لما قال إنه أعتق حظه قبل وطء شريكه فقد أقر أنه لا شيء له على الواطئ في وطئه الأمة وإيلادها، وقد كان للواطئ أن لا يصدقه فيما ادعى (٢٠٦) من عتق حظه قبل ذلك لما يوجب له الحكم من أن تقوم عليه الجارية فتكون أم ولد له، فلما صدقه لم يكن له إلى التقويم سبيل وأعتق عليه حظه في الأمة إذ لا يستطيع أن يطأها ونصفها أم ولد له ونصفها حر، ولو لم يصدقه لم يصدق، لأنه إنما أراد أن يفسدها عليه وقومت عليه فصارت أم ولد له، إلا أن لا يكون له مال فيصدق الشريك في أنه قد كان أعتق حظه، ويعتق أيضاً نصيب الواطئ لأنه إنما كان له فيها الاستمتاع، فقد انقطع ذلك بعتق شريكه حظه، قال هذا ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العتق، وهو تميم لقول سحنون هنا، وإذا قوم عليه نصيب شريكه على قوله فتكون القيمة موقوفة لا يأخذها إلا أن يكذب نفسه. وقول سحنون ولا يكون على الواطئ شيء يريد لشريكه لا في الولد ولا في الأمة إذ قد أقر أنها حرة من قبل أن يطأها ولا للأمة في وطئه إياها إن كانت طوعته في ذلك، وإن كان استكرهها كان عليه نصف ما نقص ذلك من ثمنها إن نقص، قال ذلك في كتاب القذف من المدونة وغيره، واختلف قول ابن القاسم في عكس هذه المسألة، وهي الأمة تكون بين الرجلين ولها ولد هو بينهما فيعتق أحدهما نصيبه من الأمة ويستلحق الآخر الولد، فقال ابن القاسم في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب العتق يلحق به الولد ويكون عليه نصف قيمته لصاحبه، ويعتق نصيبه في الأمة إذ لا سبيل له إلى وطئها وبعضها حر، وقال في كتاب ابن حبيب لا قيمة عليه في الولد ولا في الأمة، لأن إقراره بأن الولد له لو علم منه قبل العتق لم يكن عليه في الولد قيمة، وإنما كانت تكون عليه نصف قيمة الأمة، فلما لم يعلم ذلك منه إلا بعد العتق سقطت عنه القيمة في الأمة وبالله التوفيق.

(٢٠٥) في ق ٢: (بجهالة) منكراً.

(٢٠٦) في ق ٢: ادعاه.

## مَسْأَلَةٌ

وسئل سحنون عن الرجل يموت ويقول: جاريتي حامل، وتقول الجارية ما أنا بحامل، هل يقبل قولها؟ قال تستبرأ إن كانت حاملاً، قيل له فإن جاءت بولد بعدما استبرئت؟ فقال: إن جاءت بولد بعد موت سيدها لخمس سنين فهو للسيد، لأنه أقر أن مائة فيها ما لم تتزوج، فإن تزوجت فأنت بولد لسته أشهر فأكثر (٢٠٧) فهو للزوج، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر بعدما تزوجت فهو للسيد.

قال محمد بن رشد: قوله تستبرأ يريد بحیضة لأنها من الإماء، فإن حاضت لم تمتنع من النكاح، وكذلك إن لم تحض فبقيت ثلاثة أشهر ولم تظهر بها رية ولا حمل، أو تسعة أشهر على اختلاف قول مالك في ذلك في المدونة وغيرها، وقد مضى القول فيه في رسم استأذن من سماع عيسى ورسم الدور والمزارع من سماع يحيى، فإن لم تتزوج وأنت بولد لحق بالسيد إلى ما تلحق به الأنساب وإن أقرت أنه ليس (٢٠٨) منه وإن كان ذلك بعد الاستبراء إذ قد ترى المرأة الدم على الحمل، وقد يضعف الولد في البطن فلا تتبين (٢٠٩) المدة الطويلة، وهذا ما لا اختلاف فيه، إذ قد أقر السيد أنها حامل منه، ولو لم يقر السيد بذلك ولا ادعاه إلا أنه علم أنه كان يطؤها فأقرت أنها حاضت واستبرأت نفسها وأنه لا حمل بها ثم أتت بعد ذلك بولد لما يلحق (٢١٠) به الأنساب فادعت أنه من سيدها لجرى ذلك على الاختلاف في التي تطلق أو يتوفى عنها زوجها فتقرر بانقضاء عدتها على وجهها وأنه لا حمل بها (٢١١) مدة ثم

(٢٠٧) في ق ٢: أو أكثر.

(٢٠٨) في ق ٢: ليس. وصحف في الأصل فكتب: ليست.

(٢٠٩) في ق ٢: يتبين.

(٢١٠) في ق ٢: تلحق.

(٢١١) في ق ٢: منها.

يظهر بها حمل فتريد أن تلحقه بزوجها فيما دون الخمسة الأعوام، فقليل ذلك لها وهو الذي في كتاب طلاق السنة من المدونة، وقيل ليس ذلك لها وتحد ولا يلحق الولد بالزوج إذا جاء من ذلك الأمر البين، مثل أن تعتد في الوفاة أربعة أشهر وعشراً وتحيض حيضة وتقيم اثني عشر شهراً ونحوها لا حمل بها ثم تأتي بحمل وتزعم أنه من زوجها، وهو قول ابن دينار وعيسى عن ابن القاسم في المدينة.

### مَسْأَلَةٌ

وسئل سحنون عن رجل اشترى جارية فأولدها ثم استحقتها رجل فدفعها إليه الذي أولدها، ثم اشتراها منه بعد ذلك، هل تكون الجارية عنده أم ولد أم لا حتى يولدها بعد الاستبراء (٢١٢)؟ فقال: إن كان دفعها إليه بقضاء قاض ثم استبرأها (٢١٣) فإنها لا تكون له أم ولد حتى يولدها فيها يستقبل، وإن كان دفعها إليه صلحاً منه على غير قضاء قاض ثم اشتراها فإنها تكون عنده أم ولد بملكه الأول حين أولدها [فيه] (٢١٤).

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال، لأنها قد وجبت لها حرمة الإيلاد فوجب أن لا ينقض إلا بحكم حاكم لأنه يتهم على إبطال ما وجب لها من الحرمة بأن يصدق المستحق لها فيما ادعاه من الباطل ويعمل معه على أن يشتريها منه لينقض بذلك حرمتها، وذلك ما لا يجوز له، وبالله التوفيق.

### مَسْأَلَةٌ

وسئل عن الجارية تواضع للاستبراء فيذهب الثمن في أيام

(٢١٢) في ق ٢: الاشتراء.

(٢١٣) في ق ٢: اشتراها.

(٢١٤) إضافة من ق ٢.

الاستبراء وتخرج هي وبها عيب أو تموت، فقال: أشهب وابن القاسم يقولان إن أحب أخذها بأخذها بالثمن التالف ولم يكن عليه غيره، وزعم غيرهما أن ذلك ليس له إلا أن يغرم الثمن، وقد قيل أيضاً إن البيع يفسخ، وذكر مالك أن الثمن من المبتاع.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة في أول رسم من سماع ابن القاسم [مستوفى] (٢١٥) فلا معنى لإعادته مرة أخرى [هنا] (٢١٦).

### مَسْأَلَةٌ

قال سحنون بلغني أن مالكا سئل فقيل له: إني ابتعت جارية بيع المسلمين وعهدتهم، ثم بعته بالبراءة، فهل ترد عليّ هذا البيع؟ فقال: لا ترد عليه (٢١٧) ولكنني أكرهه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في أول رسم من سماع أشهب في أوله وآخره من كتاب العيوب فهو موضعها لمن أحب الوقوف عليها.

### مَسْأَلَةٌ

وسئل مالك عن الرجل يشتري الجارية فيتواضعها (٢١٨) للاستبراء، فقال البائع: هلّمّ الثمن، فواضعه على يدي رجل، فقال مالك: ليس ذلك عليه، وإنما يدفع الثمن إذا وجبت له الجارية.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة متكررة في أول رسم من

(٢١٥) زيادة من ق ٢.

(٢١٦) إضافة من ق ٢.

(٢١٧) في ق ٢: عليك.

(٢١٨) في ق ٢: فيتواضعها.

سماع ابن القاسم، ومضى هناك من القول عليها ما فيه كفاية لمن أحب الوقوف عليها (٢١٩).

### مَسْأَلَةٌ

قال سحنون: وسألت ابن القاسم عن الرجل يشتري الجارية من الرجل فيقول لبائعها أحبسها (٢٢٠) عندك حتى أعطيك الثمن أو كان البائع نفسه هو الذي أبى أن يدفعها إلى المبتاع حتى يقبض الثمن، ثم وطئها البائع فحملت منه، [فقال ابن القاسم: إذا كان البائع هو الذي احتبسها حتى يقبض الثمن ثم وطئها البائع فحملت منه] (٢٢١) فلا حدّ عليه للشبهة التي فيها، ويأخذ المشتري جاريته ويكون على البائع قيمة الولد، وإن كان البائع هو الذي أمكنه منها فأقرّها مشتريها عنده فوطئها البائع بعد استبراء رحمها فأرى أن يُحد (٢٢٢) على كل حال، وهو رأيي، وإن كان لم يستبرأ (٢٢٣) رحمها وقد كان يطؤها رأيت أن يدرأ عنه الحد لأنّي لا أدري لعل هذا الحمل قد كان قبل ذلك الوطاء، ورأيتها أم ولد له، ويعاقب عقوبة موجعة، ورواها أصبغ عن ابن القاسم، قال سحنون: وإن كانت من وُخس الرقيق ومنعه البائع قبضها حتى يأتيه بالثمن فوطئها البائع فأولدها كانت له أم ولد لأن مصيبتها كانت منه، وعتقه فيها جائز إذا احتبسها للثمن، وكذلك يقول جميع أصحابنا إن المصيبة منه إلا

(٢١٩) في ق ٢: عليه.

(٢٢٠) في ق ٢: احتبسها.

(٢٢١) ساقط من ق ٢.

(٢٢٢) في ق ٢: يحد. وهو الصواب، وحُرف في الأصل فكتب بالتاء.

(٢٢٣) في ق ٢: يستبرأ.

القاسم وحده كان يقول: هي من المشتري، وإن كان تركها عنده المتباع على وجه الوديعة ولم يمنع من قبضها فإن الحدّ عليه، ولا يلحق به الولد لأن مصيبتها من المتباع.

قال محمد بن رشد: تحصيل القول في هذه المسألة أن الأمة المبيعة إن بقيت بيد البائع فوطئها بعد البيع قبل الاستبراء وقد كان المتباع ائتمنه على استبرائها وهي ممن تجب مواضعها لرفعها ولأن<sup>(٢٢٤)</sup> البائع كان يطؤها فإنها تكون أم ولد له<sup>(٢٢٥)</sup> ويبطل البيع، وإن كان وطؤه إياها بعد أن استبرأها بائتمان المتباع له على استبرائها أو كانت من وخش الرقيق التي لا مواضع فيها وقد انتقد فإنه يحدّ ولا يلحق به الولد، وتكون الأمة وولدها للمتباع، واختلف إن كان لم ينتقد فوطئها وهي عنده محبوسة بالثمن، فقال ابن القاسم: يدرأ عنه الحد بالشبهة ويأخذ المشتري جاريته ويكون على البائع قيمة الولد، وقال سحنون: تكون أم ولد له ويبطل البيع، وقد مضى في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب العيوب تحصيل الاختلاف فيما تدخل به السلعة المبيعة في ضمان المتباع كانت محبوسة بالثمن أو لم تكن، فلا معنى لإعادته [هنا]<sup>(٢٢٦)</sup>.

### من سماع أصبغ بن الفرغ من ابن القاسم من كتاب الكراء والأقضية

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في أم ولد العبد<sup>(٢٢٧)</sup> تكون حاملاً إنها لا تباع لغرمائه حتى تضع ما في بطنها لأن ما في بطنها مال من مال سيده، ولا يجوز بيعها ولا استئناؤها<sup>(٢٢٨)</sup> وإن

(٢٢٤) في ق ٢: أو لأن.

(٢٢٥) زيادة من ق ٢.

(٢٢٦) إضافة من ق ٢.

(٢٢٧) في ق ٢: أم ولد العبد. وصحفت في الأصل فكتبت: الولد.

(٢٢٨) في ق ٢: استئناؤه.

العبد وإن لم يكن عليه دين إذا أذن له سيده في بيعها باعها وإن كانت حاملاً، وقال أصبغ: وقال: وإن علم السيد بالحمل أو لم يعلم إذا أذن له بالبيع منها فهو إذن، وهو جائز، وهو البيع (٢٢٩).

قال محمد بن رشد: قوله إن أم ولد العبد إذا كانت لا تباع لغرمائه حتى تضع ما في بطنها يريد إلا بإذن السيد، وكذلك لا يبيعهها هو في دينه إذا كانت حاملاً إلا بإذن سيده الذي الحمل له، لأن ولده من أمته ومن أم ولده ملك لسيدته بمنزلة من لا ملك له، وإذا لم تكن حاملاً جاز له أن يبيعهها في دينه بغير إذن سيده، قاله في المدونة، فإن فعل ثم ظهر أنها كانت حاملاً كان للسيد أن يفسخ البيع، قاله بعض شيوخ صقلية، وقال بعضهم ليس ذلك له لأن البيع وقع بأمر جائز فلا يرد، والبيع الأول هو الصحيح، لأن الحمل الذي ظهر بها ملك للسيد فلا يمضي بيعه في دين العبد إلا برضاه، فعلى هذا لا بد في بيعها من المواضعة رفيعة كانت أو وضیعة، لأنه متى ظهر بها حمل كان للسيد فسخ البيع، وعلى القول الثاني لا مواضعة فيها إلا أن تكون رفيعة، لأنه إذا لم يكن للسيد فسخ البيع إن ظهر بها حمل صار حكمها حكم من باع أمة لم يظأها لأن الحمل فيها عيب بها يكون المبتاع بالخيار بين أن يأخذ أو يرد، وليس له أن يبيعهها في غير الدين إلا بإذن سيده، قاله في المدونة أيضاً، قيل مراعاة لقول من يقول إنها تكون أم ولد له إذا اعتق على أصل قول مالك في أن العبد إذا ملك ابنه لم يكن له أن يبيعه إلا بإذن سيده من أجل أنه يعتق عليه إن عتق، وقيل مخافة أن تكون حاملاً، والأول أظهر وهو الصحيح لأنه لا يبيعهها حتى يستبرئها، فإن (٢٣٠) باعها قبل أن يستبرئها فلا بد فيها من المواضعة، فإن ألفت حاملاً كان للسيد فسخ البيع، ألا ترى أنه يجوز له أن يبيع أمته وإن كان يظؤها دون إذن السيد، إذ لا بد فيها من المواضعة من أجل حق السيد في ولدها إن لم يسبرها قبل البيع، وإن أذن له

(٢٢٩) في ق ٢: البائع.

(٢٣٠) في ق ٢: وان.

السيد في أن يبيع أم ولده أو أمة له كان يطؤها جاز ذلك عليه ولزمه، وإن ظهر بها حمل لم يكن علم به على ما قاله أصبغ في هذه الرواية، والوجه في ذلك أنها محمولة على أنها حامل لأن جل النساء على الحمل كما قال مالك، فإذا أذن له في بيعها فقد ترك حقه في الولد للمشتري إن ظهر بها حمل، فإن ردها المشتري بعيبٍ حَمَلَهَا فعلى القول بأن الرد بالعيب نَقُضُ بَيْعٍ يكون الولد للسيد على ما كان، وعلى القول بأنه ابتداءً بيعٍ يكون الولد للعبد وتباع عليه في الدين، وإن لم يكن عليه دين لم يكن له أن يبيعه إلا بإذن سيده على ما قال في المدونة في العبد يشتري ولده، فإن باع أم ولده بغير إذن سيده مضى البيع ولم يرد، روى ذلك أصبغ عن ابن القاسم، وهو صحيح، لأن مراعاة الخلاف إنما يكون في الابتداء دون الانتهاء، ولو باع ولده في غير الدين بغير إذن سيده لوجب أن يرد البيع إذ لا اختلاف في أنه يعتق عليه إذا أعتق.

### مَسْأَلَةٌ

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الرجل يظا الجارية ثم يبيعها فيطؤها المشتري في ذلك الطهر قبل أن يستبرئها فيظهر بها حمل فتموت قبل أن تضع ممن هي؟ قال ابن القاسم: إذا ظهر بها حمل ثم ماتت قبل أن تضع فمصيبتها من البائع، وسواء طأولها في ذلك حملها أو لم يُطأولها إذا ماتت قبل أن تضع، ويرجع المبتاع في ماله فيأخذه ويعاقبه في فعله إلا أن يعذر بالجهالة.

قلت: فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم وطئها المشتري؟ قال فمصيبتها أيضاً من البائع كان سقطاً أو تماماً أو حياً أو ميتاً، والولد ولده، وهي أم ولد له، فإن وضعته لسته أشهر من يوم وطئها المبتاع أو مقدار نقصانها بالأهلة فصاعداً تقارب الوطآن (٢٣١) في ذلك أو لم يتقاربا أو وطئ هذا اليوم وهذا غداً، فهي من

المبتاع، وهي أم ولده والولد منه إذا وضعته سقطاً كان أو تماماً إذا كان ميتاً ولا أرى القافة في الأموات ولا أراهم يعرفون ذلك ولا أراهم. وإن وضعته حياً لسته أشهر من يوم وطىء الآخر فصاعداً دُعِيَ له القافة فمن أحقوه به منها أُحِقَّ به وكان ولده ينسب (٢٣٢) إليه وكانت أمه أم ولد منه وعُوقِبَا إلا أن يُعذَّرا بالجهالة.

قلت: فإن قالت القافة اشتركا فيه ما يكون حالها؟ قال ابن القاسم: إذا قالت القافة اشتركا فيه عتقت عليهما جميعاً ساعتئذ مكانها، لأنها قد اشتركا فيها جميعاً وفي ولدها، فصارت أم ولدهما جميعاً، فلا يحل وطؤها لواحد منهما بملك أبداً وإنما كان فيها الاستمتاع فقد انقطعت المتعة فيها عنها فلا توقف عليهما وهي حرة ساعتئذ، وأما الولد فيترك حتى يبلغ فيوالي من شاء.

قلت: فإن مات الصبي قبل أن يبلغ فيوالي من شاء من يرثه؟ قال يرثانه جميعاً لأنها جميعاً أبواه أبداً لشركتهما فيه حتى يبلغ فتتبع فيه قضية عمر بن الخطاب وستته فيوالي من شاء فينسب إليه ويوارثه دون الآخر.

قلت: فإن مات الأبوان جميعاً قبل أن يبلغ؟ قال يوقف له ميراثه منها جميعاً حتى يبلغ فيوالي من شاء منها فيرثه وينتسب إليه دون الآخر ويرد ما وقف له من ميراث الآخر إلى ورثته.

قلت: فإن مات أحدهما قال كذلك [أيضاً] (٢٣٣) يوقف له ميراثه منه حتى يبلغ، فإن وَّالَى الميت أخذ ميراثه منه، وإن وَّالَى الحي ردَّ ميراث الميت إلى ورثته.

(٢٣٢) في ق ٢: يتسب.

(٢٣٣) ساقط من ق ٢.

قلت: فإن مات الصبي بعد موت أحدهما وقد وقف له ميراثه منه والأب الآخر حي؟ قال فميراث الصبي للأب الباقي، وليس للأب الميت ولا لورثته منه شيء، ويرد ما كان وقف للصبي من ميراث الأب الميت إلى ورثة الميت، ولا يجب للصبي بموته حتى يرثه الأب الباقي، فيكون هذا الحي قد ورث الميت الأول، فهذا لا يكون، ولو رأيت أن ميراث الأول يجب للصبي إذا مات لأدخلت ورثة الميت الأول مع الأب الباقي في ميراث الصبي فورثوه جميعاً فهذا ليس بشيء، هذا والذي لا شك فيه أن ميراث الصبي إذا مات بعد موت أحدهما للباقي وحده لا شرك معه فيه لأحد إلا الأم وحدها.

قلت: أرأيت إن مات الأبوان جميعاً ثم مات الصبي؟ قال ابن القاسم: إذا ماتا جميعاً فوقف له ميراثه منهما جميعاً حتى يبلغ الصبي، فإن مات قبل أن يبلغ رد ميراثهما إلى من ورثهما دونه ولم يجب للصبي منه شيء بموته بمنزلة موته بعد موت أحدهما وكان ميراث الصبي لمن يرثه من قبل الأبوين جميعاً لأقعد الناس به من ورثتهما جميعاً لكل قوم نصف الميراث في رأيي يقتسمونه على الفرائض على قُعدِهِم بالصبي على سهام الميراث بينهم.

قيل لعيسى بن دينار: فمن ينفق على هذا الصبي ويكسوه حتى يبلغ حد الموالاة؟ فقال الأبوان جميعاً. قيل له: فإذا بلغ فوالى أحدهما هل يغرم لصاحبه الذي لم يواله ما أنفق عليه؟ قال: لا.

قال أصبغ: النفقة على المشتري حتى يبلغ، فإن والاه فبسبيل ذلك، وإن والى البائع رجع عليه بالنفقة.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في أول هذه المسألة إن الرجل إذا وطئ الجارية ثم باعها فوطئها المشتري في ذلك الطهر قبل الاستبراء فظهر

بها حمل فماتت قبل أن تضع إن مصيبتها من البائع طاولها حملها أو لم يطاولها ويرجع المتباع في ماله فيأخذه معناه ما بينه وبين ما يلحق به الأنساب لأن الحمل إن تطاول بها أكثر من خمسة أعوام ثم ماتت فمصيبتها من المتباع إذ قد علم أن الحمل ليس من البائع، وكذلك إن وضعته لأقل من ستة أشهر من يوم وطئها المشتري حياً أو ميتاً تاماً أو ناقصاً فمصيبتها من البائع أيضاً، والولد ولده، وهي أم ولده، لأنه إن كانت وضعته تاماً حياً أو ميتاً فالمشتري بريء منه، إذ لا يكون الحمل أقل من ستة أشهر، وإن كانت وضعته ناقصاً وأمکن أن يكون من المشتري فهو محمول على أنه من البائع لأنه باعها ورحمها مشغول بمائه فالولد له، وهي باقية على ضمانه حتى يعلم خلاف ذلك، وأما إن وضعته لسته أشهر أو مقدار ما ينقص بالأهله من يوم وطئها المتباع إن افترق وطؤها تقارب الوطآن<sup>(٢٣٤)</sup> أو لم يتقاربا أو من يوم وطأها إن كان وطؤها إياها في يوم واحد، وهو ميت أو سقط، فقال في الرواية إنها من المتباع، والولد منه، وهي أم ولد له، وقال يحيى بن سعيد في المدونة إنها تعتق عليهما جميعاً، والأظهر أن يحمل الولد على أنه من البائع، وتكون الأمة أم ولد له لأنه باعها وماؤه فيها، فالضمان منه لا ينتقل عنه إلا بيقين، وليس وضعها إياه لسته أشهر مما يحقق أنه من المشتري، وأما إن وضعته حياً لسته أشهر أو مقدار نقصها<sup>(٢٣٥)</sup> بالأهله فتدعى له القافة، وقد قيل إنه لا تدعى<sup>(٢٣٦)</sup> [له]<sup>(٢٣٧)</sup> القافة إلا أن تضعه لسته أشهر كاملة فأكثر، فإن نقص من ذلك يسيراً أو أكثر فهو من البائع، والأشبه أن لا يعتبر نقصان اليوم واليومين في ستة أشهر، ألا ترى لو تزوج رجل امرأة فأتت بولد بعد دخوله بها بستة أشهر إلا يوماً أو يومين لم يصح أن تُحدَّ.

(٢٣٤) في ق ٢: الوطآن. وصحف كذلك في الأصل فكتب الواطآن.

(٢٣٥) في ق ٢: نقصانها.

(٢٣٦) في ق ٢: يدعى.

(٢٣٧) ساقط من ق ٢.

وتحصيل القول في هذه المسألة أن المشتري إذ وطىء الأمة التي اشتراها قبل الاستبراء فحملت وماتت قبل أن تضع فمصيبتها منه إلا أن يكون البائع يطؤها إلى أن باعها فتكون مصيبتها منه وينقض البيع، فإن لم تمت ووضعته لأقل من ستة أشهر والبائع يطأ فالولد ولده والأمة أم ولده، سقطاً كان الولد أو تماماً، حياً كان أو ميتاً، وإن لم يكن البائع يطأ فالولد ولد الأمة لا أب له، والمشتري بالخيار إن شاء أن يأخذ وإن شاء ردّ إلا أن تكون وضعته سقطاً يشبه أن يكون من المشتري، فيكون منه وتكون الأمة أم ولد له، وإن وضعته لسته أشهر فأكثر والبائع يطأ وولده حياً دعي له القافة، فمن أحقوه به منها أحق به، وكانت الأمة أم ولد له، إلا أن يدعي الولد جميعاً فتعتق الأمة عليهما ويرجع المشتري بنصف الثمن على البائع. واختلف إن وضعته ميتاً أو سقطاً، فقال ابن القاسم في هذه الرواية إنه من المبتاع، وإن الأمة أم ولد له، وقال يحيى بن سعيد في المدونة تعتق عليهما جميعاً، والأظهر أن يلحق الولد بالبائع وتكون الأمة أم ولد له، وقد قيل إنه يلحق بالبائع وتكون الأمة أم ولد له وإن ولده حياً ولا تدعى له القافة، لأن فراش الأول صحيح وفراش الثاني فاسد، وقد قال ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْفَاحِشِ وَالْحَجْرُ» (٢٣٨) وقد أجمعوا لهذا الحديث أن الزوجين إذا وطأ المرأة في طهر واحد أن الولد للأول وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر لصحة فراشه، ولا فرق بين الموضعين في القياس. وإن لم يكن البائع يطأ فالأمة أم ولد للمبتاع وولدها لاحقٌ به، وقد مضى في أول نوازل سحنون القول مستوفى في الحكم في ميراثه منها وميراثها منه إذا أتت به حياً لأكثر من ستة أشهر وقالت القافة إنها اشتركا فيه في الجارية بين الشريكين، ولا فرق في هذا بين المسألتين، فلا معنى لإعادة القول في ذلك، وأما كسوته والنفقة عليه إلى أن يبلغ حد الموالاة إذا قالت القافة إنها اشتركا فيه فقول عيسى بن دينار أنها ينفقان عليه جميعاً، فإذا مات أحدهما أنفق على الصبي مما وقف له من ميراثه منه نصف نفقته ونصفها على الحي، وقيل لا

ينفق عليه منه لأنه إنما يأخذه بعد المولاة وهو الذي يأتي أيضاً على قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح في العبد الذي يدعيه الرجلان فيوقف إن النفقة عليهما جميعاً، وهذا إذا ادعياه جميعاً أو أنكره جميعاً أو لم يدعه واحد منهما ولا أنكره وقال لا أدري إن كان لي أم لا، وأما إن ادعاه أحدهما وأنكره الآخر فالذي يأتي على مذهب من قال بالمولاة ولم يعمل قول القافة إنها اشتركا فيه أن تكون النفقة على الذي يدعيه منها إلى أن يبلغ حد المولاة فيوالي من أحب منها فيلحق به، وإن كان الذي أنكره فتكون النفقة عليه من حينئذ، وأما على مذهب من عمل قول القافة إنها اشتركا فيه ورأى (٢٣٩) أنه يصح أن يكون علوق المرأة بالولد من الرجلين ولم يقل بالمولاة فالنفقة عليهما جميعاً وإن كان أحدهما مُقَرَّراً به والآخر منكراً له. وقول عيسى إنه لا يرجع الذي لم يواله على الذي والاه بشيء من النفقة بخلاف المدعين (٢٤٠) في العبد يوقف فينفقان عليه جميعاً ثم يقضى به لأحدهما، ووجهه (٢٤١) أن القضاء بالمولاة ليس بأمر متفق عليه، وإنما هو استحسان على غير قياس، واتباع لما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في ذلك. وأما قول أصبغ إن النفقة على المشتري حتى يبلغ فإن والاه فبسبيل ذلك، وإن والى البائع رجع عليه بالنفقة، فقاله على أصله في العبد يدعيه الرجل فيوقف بما يجب توقيفه به أن النفقة على الذي هو بيده حتى يقضى به للطالب، فإن قضى له به رجع عليه بالنفقة، ولو قيل في هذه المسألة إن النفقة على البائع ما لم يوال المشتري فيحكم بإلحاقه به مراعاة لقول من قال إن الولد يلحق بالبائع على كل حال لصحة فراشه ولا يدعى للولد القافة على ما تقدم لكان أشبه من قول أصبغ.

### مَسْأَلَةٌ

قيل لأصبغ: فلو أنهم ثلاثة نفر وطئوها في طهر واحد: حر

(٢٣٩) في ق ٢: ورأى. وصفح في الأصل فكتب: وروي.

(٢٤٠) في المخطوطات: المدعين، وهو تصحيف.

(٢٤١) في ق ٢: وجهه.

مسلم، وعبد، ونصراني فحملت الأمة، والأمة مسلمة؟ فقال: إن قالت القافة اشتركوا فيها فإنها تعتق على المسلم والنصراني ولا تعتق على العبد، ويكون للعبد قيمة نصيبه عليها جميعاً، وإنما ألزمت النصراني العتق لأنه حكم وقع بين مسلم ونصراني، ولو كانت الأمة نصرانية عتق جميعها على الحر المسلم، وقوم عليه نصيب العبد والنصراني.

قال محمد بن رشد: قد تقدم قول أصبغ هذا في آخر أول مسألة من نوازل سحنون، ومضى من الكلام عليه ما فيه كفاية.

### مَسْأَلَةٌ

قلت لأصبغ: رأيت إن قالت القافة ليس هو لواحد منها ما حال الولد وأمه؟ هل يكونان مملوكين؟ وكيف إن ادعاه أحدهم والمسألة على وجهها؟ قال أصبغ: أما الذي أنكرته القافة فأرى أن يدفع إلى قافة بعد قافة وتطلب<sup>(٢٤٢)</sup> له القافات حتى تجتهد<sup>(٢٤٣)</sup> في ذلك فربُّ قافة أبصر من قافة وقافة فوق قافة حتى إذا استكمل واستوى كلام القافات، رأيت إن كان الآباء مقرين جميعاً كما ذكرت بالوطء في طهر واحد أن يحمل محمل الاشتراك، فيوالي من شاء وتكون أمه تبعاً له، ادعياه أو لم يدعيه، فإذا<sup>(٢٤٤)</sup> أقروا بالوطء في الطهر الواحد كان<sup>(٢٤٥)</sup> الوضع لسته أشهر فصاعداً إن شاء الله، ولا يبطل نسبه هكذا وهما مقران به وثمَّ لهما فراشان، وأما ما ذكرت

(٢٤٢) في ق ٢: يطلب.

(٢٤٣) في ق ٢: يجتهد.

(٢٤٤) في ق ٢: (إذا) بدون الفاء.

(٢٤٥) في ق ٢: (وكان) مع الواو.

من دعوى أحدهما إياه وإنكار الآخر فإن صح الوطاء عليهما في الطهر الواحد المقارب الذي لا يمكن الخروج لأحدهما منه في ولادته قبل وقته كشف منكر الولد عن وطئه الذي أقر به، فإن كان في صفته ما يمكن فيه الإنزال لم ألتفت إلى إنكاره وجعلته كأول كأنهما اشتركا فيه، وإن لم يكن في صفة وطئه وإقراره ما يمكن ذلك وكان يدعي الخلسة بالعزل من الوطاء الذي أقر به فإنني أستحسن ههنا أن أجعله للآخر وأبوءه (٢٤٦) منه استحساناً، والقياس أن يكونا سواء، فلعله غلب ولا يدري وقد قال عمرو بن العاص في نحو هذا: إِنَّ الْوِكَاءَ يَنْفَلِتُ، والاستحسان في العلم يكون أغلب من القياس، وقد سمعت ابن القاسم يقول ويروي عن مالك أنه قال: تسعة أعشار العلم الاستحسان. قال سحنون: إذا قالت القافة ليس لواحد منها دعي لها أيضاً آخرون [ثم آخرون] (٢٤٧)، فإن قالوا ليس الولد لواحد منها فإنه يدعى أبداً غيرهم، لأن القافة إنما دعيت لتلحق الولد وليس لتنفيه، وهو قول ربيعة ومالك.

قال محمد بن رشد: ما قاله أصبغ وسحنون من أن القافة إذا قالت في الولد إنه ليس لواحد منها لا يحكم بقولها في ذلك وينفى الولد عنها، بل يدعى لها آخرون وآخرون (٢٤٨)، فإن اتفقوا على أنه ليس لواحد منها حمل الحمل الاشتراك صحيح لا اختلاف فيه من أجل أن الشرع قد أحكم (٢٤٩) أن الولد للفراش فلا يقبل قول القافة في نفيه عن الفراش إلى غير فراش، وإنما يؤخذ بقولها في إلحاق الولد بأحد الواطئين في طهر واحد من ملك اليمين بوجه

(٢٤٦) في الأصل: وأبويه، وهو تصحيف، وفي ق ٢: أبوءه مشكولاً كذلك بالقلم.

(٢٤٧) زيادة من ق ٢.

(٢٤٨) في ق ٢: ثم آخرون.

(٢٤٩) كذا.

شبهة دون صاحبه لأنها لم تخرج الولد بذلك عن فراش إلى غير فراش، وإنما حكمت به لأحد الفراشين لأن واطيء الأمة غير الزوجة بشبهة يسقط عنه الحد في وطئه، مثل أن يطاء أمة ابنه أو أمة له فيها شرك أو أمة لا شرك له فيها ألا أنها مُحَرَّمَةٌ عليه بنسب أو رضاع أو ما أشبه ذلك في حكم من وطيء ما يحلُّ له مما ملكت يمينه في وجوب إلحاق الولد به، فإذا اجتمع الرجلان على الأمة فوطأها في طهر واحد بوجه شبهة وهي لا تحلُّ لواحد منهما، أو كانت تحلُّ لأحدهما بالملك ووطئها الآخر بوجه شبهة فأتت بولد مما يمكن أن يكون لكل واحد منهما وجب أن تدعى لها القافة فيلحق الولد بمن أحقوه به منها كانا مقرين بالولد ومدعنين له أو منكرين له، أو أحدهما مُقَرَّباً به ومُدَّعياً له، والثاني منكرأ له، وسواء أقرأ بالوطء والإنزال أو أقرأ بالوطء وادَّعياً أَلْعَزَلَ أو ادعاه أحدهما، لَأَنَّ أَلْوَكَاءَ قَدْ يَنْفَلِتُ كَمَا قَالَ عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي حَدِيثِ أَبِي سَعِيدِ الْخَدْرِيِّ فِي الْعَزْلِ: «مَا عَلَيْكُمْ إِلَّا تَفَعَّلُوا، مَا مِنْ نَسَمَةٍ كَأَيْتَةٍ» الحديث (٢٥٠) إلا أن يدعي أحدهما الولد وهو يُنْزَلُ، وينكره الآخر وهو يَعْزَلُ، فقال أصبغ ها هنا إن الولد يلحق بالذي يدعيه استحساناً على غير مقتضى القياس، وقال إن الاستحسان قد يكون أغلب من القياس، وحكى عن ابن القاسم روايته (٢٥١) عن مالك أنها قالا: تسعة أعشار العلم الاستحسان، والاستحسان الذي يكثر استعماله حتى يكون أعم من القياس هو أن يكون طرد القياس يؤدي إلى غُلُوٍّ في الحكم ومبالغة فيه، فيعدل عنه في بعض المواضع لمعنى يؤثر في الحكم فيختص (٢٥٢) به ذلك الموضوع كتحقو قول أصبغ في هذه المسألة، لأنه إذا كان الأصل بدليل الحديث أن من وطيء أمة فعزل عنها وأتت بولد يلحق به وإن كان منكرأ له وجب على قياس ذلك إذا كانت أمة بين رجلين فوطأها جميعاً في طهر واحد وعزل

(٢٥٠) تقدم تخريجه.

(٢٥١) في ق ٢: (وروايته) مع الواو.

(٢٥٢) في ق ٢: (يختص) بدون الفاء.

أحدهما عنها (٢٥٣) فأنكر الولد وادعاه الآخر الذي لم يعزل عنها أن يكون الحكم في ذلك بمنزلة (٢٥٤) إذا كانا جميعاً يَعْزَلَانِ أَوْ يَنْزِلَانِ (٢٥٥) والاستحسان كما قال أن يلحق الولد بالذي ادعاه وأقر أنه كان يُنْزَلُ ويبرأ منه الذي [كان] (٢٥٦) أنكره وادعى أنه كان يعزل، لأن الولد يكون مع الإنزال غالباً ولا يكون مع العزل إلا نادراً، فيغلب على الظن أن الولد إنما هو للذي ادعاه وكان يُنْزَلُ لا للذي أنكره وهو يعزل، والحكم بغلبة الظن أصل في الأحكام، وله في هذا الحكم تأثير، فوجب أن يصار إليه استحساناً كما قال أصبغ. ومن الاستحسان مراعاة الخلاف، وهو أصل في المذهب، من ذلك قولهم إن الماء اليسير إذا حلت فيه النجاسة اليسيرة ولم تغير أحد أوصافه إنه لا يتوضأ به ويتيمم وتركه، فإن توضأ به وصلّى لم يُعَدَّ إلا في الوقت مراعاة لقول من رآه (٢٥٧) طاهراً ويبیح الوضوء به ابتداء، وكان القياس على أصل قولهم أن يُعِيدَ أبداً إذا لم يتوضأ إلا بما يصح له تركه إلى التيمم؛ ومن ذلك قولهم في النكاح الفاسد الذي يجب فسخه ولم يتفق على فساده إنه يفسخ بطلاق، وإنه يكون فيه الميراث، ويلزمه فيه الطلاق، وهذا المعنى أكثر من أن يحصى وأشهر من أن يجهل أو يخفى. وأما العدول عن مقتضى القياس في موضع من المواضع استحساناً لمعنى لا تأثير له في الحكم فهو مما لا يجوز بإجماع لأنه من الحكم بالهوى المحرم بنص التنزيل، قال عَزَّ وَجَلَّ: ﴿يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ﴾ الآية. والحمد لله رب العالمين كثيراً كما هو أهله، والصلاة الكاملة على سيدنا ومولانا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً.

(٢٥٣) زيادة من ق ٢.

(٢٥٤) في ق ٢: (بمنزلة) بدون الضمير.

(٢٥٥) في ق ٢: وينزلان.

(٢٥٦) ساقط من ق ٢.

(٢٥٧) في ق ٢: يراه.