

كتاب أمهات الأولاد^(١)

ختم المصنف رحمه الله تعالى كتابه بأبواب العتق رجاء أن الله تعالى يعتقه وقارئه وشارحه من النار، فنسأل الله تعالى من فضله وكرمه أن يجيرنا ووالدنا ومشايخنا وأصحابنا وجميع أهلينا ومحبينا منها! وآخر هذا الباب لأنه عتق قهري مشوب بقضاء أو طار، ولذلك توقف الشيخ عز الدين في كون الاستيلاء قرينة أو لا؛ والأولى أن يجيء فيه التفصيل السابق في النكاح، وهو إن قصد به مجرد الاستمتاع فلا يكون قرينة أو حصول ولد ونحوه فيكون قرينة.

وأمهات بضم الهمزة وكسرهما مع فتح الميم وكسرهما جمع أم، وأصلها أمهة بدليل جمعها على ذلك. قاله الجوهري: قال شيخنا: ومن نقل عنه أنه قال جمع أمهة أصل أم فقد تسمع اه. وأشار بذلك إلى الشارح فإنه نقل ذلك عنه؛ ويمكن أن نسخ الجوهري مختلفة. واختلف النحاة في أن الهاء في أمهات زائدة أو أصلية على قولين، فمذهب سيبويه أنها زائدة لأن الواحد أم، ولقولهم الأمومة. وقيل أصلية لقولهم تأمته. فإذا قلنا بالزيادة، فهل هذا الجمع جمع مزيد فيه بالإضافة أو جمع مزيد فيه بعدمها؟ اختلف فيه على قولين، أحدهما أن الهاء زيدت في المفرد أو لا، فقليل أمهة، ثم جمعت على أمهات؛ لأن الجمع تابع للمفرد. والثاني: أن المفرد جمع على أمات، ثم زيدت فيه الهاء. وهذا أصح على قول الجوهري. وقال بعضهم: الأمهات للناس والأمات للبهائم. وقال غيره: يقال فيها أمهات وأمات، لكن الأول أكثر في الناس؛ أنشد الزمخشري في تفسير قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾^(٢) للمأمون ابن الرشيد:

وإنما أمهات الناس أوعيةٌ مُسْتَوْدَعَاتٌ وللاباءِ أبناءُ

والثاني أكثر في غيره؛ ويمكن رد الأول إلى هذا. قال ابن شهبة: وهذا الجمع مخالف للقياس، لأن أم من الأجناس المؤنثة بغير علامة، لكن جمعوه كما جمعوا سماء على سموات. والأصل في الباب خبر: «أَيْمًا أمةٌ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ ذُبْرِ مِثْلِهِ»^(٣) رواه ابن ماجه والحاكم وصحح إسناده. وخبر الصحيحين عن أبي موسى: قلنا يا رسول الله إنا نأتي السبايا ونحب أثمانهن فما ترى في العزل؟ فقال: «مَا هَلَيْكُمْ أَنْ لَا تَفْعَلُوا، مَا مِنْ نَسَمَةٍ كَاتِنَةٍ إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ إِلَّا وَهِيَ كَاتِنَةٌ»^(٤). ففي قولهم: «ونحب أثمانهن» دليل على أن بيعهن بالاستيلاء

(١) روضة الطالبين: ٣١٠/١٢، حاشية الجمل: ٤٧٨/٥، التنبيه: ص ٩١، حاشية الشراوي: ٥١٩/٢، حاشية الباجوري: ٢/٦٣٣، غاية البيان: ص ٣٣٧، المجموع: ٣٩/١٦، فتح الوهاب: ٢٤٩/٢، الإقناع: ٣٠٢/٢، حاشية بجيري: ٤٠٩/٤، السراج الوهاج: ص ٦٤٣، الأم: ٣٣٢/٣، كفاية الأخيار: ١٨١/٢، حاشية الشرواني: ٤٢١/١٠، حاشية العبادي: ١٠/٤٢١، إعانة الطالبين: ٣٣٤/٤، المهذب: ١٩/٢.

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٣٣.

(٣) أخرجه ابن ماجه في كتاب: العتق، باب: أمهات الأولاد (الحديث: ٢٥١٥)، وأخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب:

(٤) أخرجه البيهقي في كتاب: البيوع، باب: بيع الرقيق (الحديث: ٢٢٢٩)، وأخرجه أيضاً في كتاب: العتق، باب: من ملك من العرب رقيقاً... (الحديث: ٢٥٤٩)، وأخرجه أيضاً في كتاب: المغازي، باب: غزوة بني المصطلق من خزاعة... .

إِذَا أَحْبَلَ أُمَّتَهُ فَوَلَدَتْ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا أَوْ مَا تَجِبُ فِيهِ غُرَّةٌ عَتَقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ،

ممتنع. وخبرهما: «إِنَّ مِنْ أَشْرَاطِ السَّاعَةِ أَنْ تَلِدَ الْأُمَةُ رَيْثَهَا»^(١) وفي رواية «رَيْثَهَا»^(٢) أي سيدها؛ فأقام الولد مقام أبيه وأبوه حرّ فكذا هو. واستشهد له البيهقي بقول عائشة رضي الله عنها: «لم يترك رسول الله ﷺ ديناراً ولا درهماً ولا عبداً ولا أمة»^(٣)، قال: فيه دلالة على أنه لم يترك أم إبراهيم رقيقة وأنها عتقت بموته. فإن قيل: تتوقف دلالة ذلك على أمرين، أحدهما: ثبوت حياتها بعده ﷺ، ثانيهما: كونه لم ينجز عتقها قبل موته ﷺ. أجيب باستمرار الأصل.

(إذا أحبل) رجل حر مسلم أو كافر أصلي (أمته) أي بأن علقته منه ولو سفيهاً أو مجنوناً أو مكرهاً، أو أحبلها الكافر حال إسلامه قبل بيعها عليه بوطء مباح أو محرم كأن تكون حائضاً أو مخزماً له كأخته أو زوجة باستدخالها ذكره ولو كان نائماً، أو ماءه المحترم في حال حياته؛ (فولدت) ولدًا (حيًّا أو ميِّتًا) أو ما تجب فيه غرة) كمضغة ظهر فيها صورة آدمي وإن لم تظهر إلا لأهل الخبرة ولو من غير النساء. وجواب «إذا» قوله: (عتقت) من رأس المال كما سيأتي، (بموت السيد) لما مر من الأدلة، ولما روى البيهقي عن ابن عمر أنه قال: أم الولد أعتقها ولدها أي ثبت لها حق الحرية ولو كان سقطاً^(٤). وخرج بقولنا: «حر» المكاتب، فإنه لو أحبل أمته ثم مات رقيقاً قبل العجز أو بعده أو حرّاً لم تعتق بموته على الأصح. وأما أمة المبعوض فهل تصير أم ولد باستيلاده لها أو لا؟ حكى البلقيني في تصحيح المنهاج في مصيرها أم ولد قولين، وأيد كونها تصير أم ولد بأن في أصل الروضة أنه لا يثبت الاستيلاد للأب المبعوض بالولد المنعقد منه في أمة فرعها؛ ثم فرق بينهما بأن الأصل المبعوض لا تثبت له شبهة الإعفاف بالنسبة إلى ما بعضه الرقيق، ولا كذلك في المبعوض في الأمة التي استقل بملكها. ثم قال: والأصح عندنا أنه يثبت الاستيلاد في أمة المبعوض التي ملكها بكسب الحرية، وبه جزم الماوردي اه. وهذا هو المعتمد، وإن جرى شيخنا في شرح الروض في النكاح على التسوية بينهما في عدم النفوذ، وأحال عليه هنا، فإنه قال هناك: لا يثبت الاستيلاد بإيلادهما، أي المكاتب والمبعوض أمتهما، بإيلاد أمة ولدهما بالأولى. ونقل ابن شعبة نفوذ استيلاده عن النص. وبقولنا: «كافر أصلي» المرتد، فإن إيلاده موقوف إن أسلم تبين نفوذه وإلا فلا. وبقول المصنف: «أمته» أمة غيره، وستأتي. ويدخل في عبارته الأمة التي اشتراها بشرط العتق، فإنه استولدها ومات قبل أن يعتقها فإنها تعتق بموته، ولا ينافي ذلك قولهم: إن الاستيلاد لا يجرأ لأنه ليس بإعتاقها، إذ معناه أنه لا يسقط عنه طلب العتق بذلك، لا أنها لا تعتق بموته كما قد يتوهم. وقد توهم عبارته أنه لو أحبل الجارية التي يملك بعضها أنها لا تعتق بموته، بل يعتق نصيبه فقط؛ وليس مراداً، بل يثبت الاستيلاد في الكل إذا كان موسر كما مر في العتق حيث قال: «واستيلاد أحد الشريكين الموسر يسري»، وقال

= (الحديث: ٤١٣٨)، وأخرجه أيضاً في كتاب: النكاح، باب: العزل (الحديث: ٥٢١٠)، وأخرجه مسلم في كتاب: النكاح، باب: حكم العزل (الحديث: ٣٥٢٩) و (الحديث: ٣٥٣١).

(١) أخرجه البخاري تعليقاً في كتاب: العتق، باب: أم الولد (الحديث: ١٦٣/٥)، وأخرجه مسلم في كتاب: الإيمان، باب: بيان الإيمان والإسلام والإحسان ووجوب الإيمان... (الحديث: ٩٣).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب: الإيمان، باب: الإسلام ما هو؟ وبيان خصاله (الحديث: ٩٩).

(٣) أخرجه البيهقي في كتاب: الوقف، باب: الصدقات المحرمات (الحديث: ١٦٠/٦)، وأخرجه أيضاً في كتاب: عتق أمهات الأولاد، باب: الرجل يطأ أمته بالملك... (الحديث: ٣٤٧/١٠).

(٤) أخرجه البيهقي في كتاب: عتق أمهات الأولاد، باب: الخلاف في أمهات الأولاد (الحديث: ٣٤٧/١٠).

في التنبيه: إذا وطئ جاريته أو جارية يملك بعضها فأولدها فالولد حر والجارية أم ولد، وهو صريح في أن الحرية لا تتبع في الولد لأنه وطئ بشبهة بسبب الملك فانعقد حرّاً لو طء أخته المملوكة له. وهذا هو المحكى عن العراقيين، وحكى الرافعي في آخر السير تصحيحه عن القاضي أبي الطيب والماوردي وغيرهما، وصححه في الشرح الصغير وأصل الروضة. وقيل: تتبع في الولد، وصححه في أصل الروضة في أواخر الكتاب، وصححه الرافعي في الكلام على دية الجنين. وخرج بقولنا: «ولو سفهاً» المحجور عليه بالفلس، فإن المتأخرين اختلفوا في نفوذ إيلاده، فرجع نفوذه ابن الرفعة وتبعه البلقيني، ورجح السبكي خلافه وتبعه الأذري والزرکشي ثم قال: لكن سبق عن الحاوي والغزالي النفوذ اهـ. وكونه كاستيلاء الراهن المعسر أشبه من كونه كالمريض، فإن من يقول بالنفوذ شبهه بالمريض، ومن يقول بعدمه يشبهه بالراهن المعسر. وبقولنا: «أو ماء المحترم» ما إذا كان غير محترم فلا يثبت به ذلك. وبقولنا: «في حال حياته» ما إذا استدخلت منه المنفصل في حال حياته بعد موته فلا يثبت به أمية الولد لأنها بالموت انتقلت إلى ملك الوارث. وهل يثبت بذلك نسبه أو لا؟ ينبغي على تعريف المحترم، فالذي عليه الأكثر أن يكون محترماً حال الإخراج والاستدخال. وجرى غيرهم على أن العبرة بحال الإخراج فقط وهو الظاهر، وعلى هذا يثبت نسبه إن كان كذلك. وحكى الماوردي عن الأصحاب أن شرط وجوب العدة باستدخال المنى أن يوجد الإنزال والاستدخال معاً في الزوجية، فلو أنزل ثم تزوجها فاستدخلته أو أنزل وهي زوجته ثم أبانها واستدخلته لم تجب العدة ولم يلحقه الولد اهـ. وقياسه على هذا في السيد أن يكون الإنزال والاستدخال معاً في حال السيدية وإلا فما الفرق؟ وحيث ثبت النسب ثبت الإرث. وهل ينبغي إذا كانت المدخلة أمة فرعه أن يثبت الاستيلاء كما لو أحبل الأصل أمة فرعه؟ الأوجه عدم الثبوت إذ لا شبهة ملك حينئذ. وبقوله: «فولدت حياً أو ميتاً» ما لو انفصل بعضه كأن أخرج رأسه أو وضعت عضواً وباقية محتسب ثم مات السيد فلا تعتق وإن خالف في ذلك الدارمي، فقد قالوا إنه لا أثر لخروج بعض الولد متصلاً كان أو منفصلاً في انقضاء عدة ولا في غيرها من سائر أحكام الجنين لعدم تمام انفصاله لا في وجوب الغرة بظهور شيء منه، ولا في وجوب القود إذا حرّ جانٍ رقبته وهو حي ولا في وجوب الدية بالجنانية على أمه إذا مات بعد حياته. والاستثناء معيار العموم، لكن يثبت لها أمية الولد. وبقوله: «أو ما يجب فيه غرة» ما إذا وضعت مضغة ليس فيها تخطيط جلي ولا خفي، فلا يثبت أمية الولد بذلك، ولو شهد أهل الخبرة أنه مبتدأ خلق آدمي، ولو بقي لتخطيط، إذ لا تجب فيه الغرة على المنصوص بخلاف العدة فإنها تنقضي به؛ وهذه تسمى مسألة النصوص وقد مر الكلام عليها في كتاب العدد. ولو اختلف أهل الخبرة هل فيها خلق آدمي أو لا فقال بعضهم فيها ذلك ونفاه بعضهم، فالذي يظهر أن المثبت مقدم لأن معه زيادة علم. ودخل في قوله: «بموته» ما إذا قتلته، وبه صرح الرافعي في أوائل الوصية كحللول الدين المؤجل بقتل رب الدين للمدين. وهذا مستثنى من قولهم: من تعجل بشيء قبل أوامره عوقب بحرمانه كقتل الوارث المورث، ويثبت عليها القصاص بشرطه. وأما الدية فيظهر وجوبها أيضاً لأن تمام الفعل حصل وهي حرة؛ ويؤخذ من ذلك أنها لو قتلت سيدها المبعوض عمداً أنه يجب عليها القصاص لأنها حال الجنانية رقيقة، والقصاص يعتبر حال الجنانية، والدية بالزهرق.

تنبيه: قد علم مما تقرر ما في كلام المصنف من الإجحاف، وأنه لو عبر بحبلت كان أولى. ويستثنى من عتقها بموت السيد مسائل: منها ما إذا تعلق بها حق الغير من رهن أو أرش جنانية ثم استولدها وهو معسر ثم مات مفلساً فإنها لا تعتق بموته؛ وقد ذكر المصنف حكم ذلك في محله، لكن الاستثناء من إطلاقه

أَوْ أُمَّةً غَيْرِهِ بِنِكَاحٍ فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٌ إِذَا مَلَكَهَا؛ أَوْ بِشُبُهَةِ فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَلَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٌ إِذَا مَلَكَهَا فِي الْأَظْهَرِ.

هنا. ولو رهن جارية ثم مات عن أب فاستولدها الأب، قال القفال: لا تصير أم ولد؛ أي إذا كان معسراً لأنه خليفته فنزل منزلته. ومنها جارية التركة التي تعلق بها حق دين إذا استولدها الوارث لم ينفذ استيلاده إذا كان معسراً. ومنها الجارية التي نذر مالكها التصديق بها أو بشمنها لا ينفذ استيلاده لها لسبق حق النذر؛ ذكره البلقيني تخريجاً مما إذا نذر قبل الحول التصديق بالنصاب أو ببعضه ومضى الحول قبل التصديق به، وفيه طريقان أحدهما القطع بعدم وجوب الزكاة والثاني تخريجه على الخلاف في أن الدين هل يمنع وجوب الزكاة اهـ. قال ابن شهبة: واستثناء هذه الصورة من كلام المصنف عجيب وتخريجها مما ذكر أعجب، فإن الجارية في الصورة المذكورة خرجت عن ملكه بمجرد النذر كما هو مذكور في باب الأضحية، وعبرة الروضة: أو نذر أن يتصدق بمال فعينه زال ملكه عنه؛ وهذا ظاهر فيما إذا نذر أن يتصدق بها، وأما إذا نذر أن يتصدق بشمنها فإنها لم تخرج عن ملكه لكن يلزمه بيعها والتصدق بشمنها ولا ينفذ استيلاده فيها. ومنها ما إذا أوصى بعق جارية تخرج من الثالث فالملك فيها للوارث، ومع ذلك لو استولدها قبل إعتاقها لم ينفذ لإفضائه إلى إبطال الوصية؛ قاله البلقيني أيضاً، وقال: لم أر من تعرض لذلك، وقياسه كما قال بعض المتأخرين المشتراة بشرط العتق إذا مات قبله فأولدها الوارث لم ينفذ والولد حر ولا يلزمه قيمته ولا مهرها منه. ومنها الصبي الذي استكمل تسع سنين إذا وطئ أمته فولدت لأكثر من ستة أشهر لحقه ولد، قالوا: لكن لا يحكم ببلوغه وثبوت استيلاذ أمته؛ فعلى كلامهم تستثنى هذه الصورة، وعلى ما قلناه لا استثناء اهـ. والمعتمد الاستثناء.

(أو أحبل (أمة غيره) بزنا أو (بنكاح) لا غرور فيه بحرية، (فالولد) الحاصل بذلك (رقيق) بالإجماع؛ لأنه يتبع الأم في الرق والحرية. أما إذا غر بحرية أمة فنكحها وأولدها فالولد حر كما ذكرناه في باب الخيار والإعفاف. (ولا تصير أم ولد) لمن أحبلها (إذا ملكها) لانتهاء العلوق بحر في ملكه، وكذا الحكم فيما لو ملكها وهي حامل من نكاحه؛ لكن يعتق عليه الولد ويثبت له الولاء عليه بخلاف ولد المالك فإنه ينعقد حرّاً. وتظهر الفائدة في العقل، فإن المولي يعقل بخلاف الأب ولو نكح حرّاً جارية أجنبي ثم ملكها ابنه أو تزوج عبد جارية ابنه ثم عتق لم يفسخ النكاح؛ لأن الأصل في النكاح الثابت الدوام، فلو استولدها الأب ولو بعد عتقه في الثانية وملك ابنه لها في الأولى لم ينفذ استيلادها لأنه رضي برق ولده حين نكحها ولأن النكاح حاصل محقق فيكون واطناً بالنكاح لا بشبهة الملك بخلاف ما إذا لم يكن نكاح. وهذا ما جرى عليه الشيخان في باب النكاح، وهو المعتمد؛ لأن المكاتب لو ملك زوجة سيده الأمة انفسخ نكاحه فإذا أحبلها السيد بعد ذلك صارت أم ولد كما يعلم مما سيأتي. (أو) أحبل أمة غيره (بشبهة) منه كأن ظنها أمته أو زوجته الحرة كما قيده في المحرر، (فالولد حر) لظنه وعليه قيمته لسيدها. أما إذا ظنها زوجته الأمة فالولد رقيق. ولو تزوج بحرة وأمة بشرطه فوطئ الأمة ظنها الحرة فالأشبه أن الولد حر كما في أمة الغير يظنها زوجته الحرة.

تنبية: أطلق المصنف الشبهة، ومقتضى تعليلهم شبهة الفاعل فتخرج شبهة الطريق، وهي الجهة التي أباح الوطء بها عالم فلا يكون الولد بها حرّاً؛ وكذا لو أكره على وطئ أمة الغير كما قاله الزركشي. وفي فتاوى البغوي: لو استدخلت الأمة ذكر حرّاً نائم فعلمت منه فالولد حر لأنه ليس بزنا من جهته ويجب قيمة الولد عليه ويحتمل أن يرجع عليها بعد العتق كالمغرور. (ولا تصير أم ولد) لمن وطئها بشبهة (إذا ملكها في الأظهر) لأنها

وَلَهُ وَطْءٌ أُمَّ الْوَلَدِ

علقت به في غير ملكه فأشبهه ما لو علقت به في النكاح. والثاني: تصير؛ لأنها علقت منه بحرّ، والعلوق بالحر سبب للحرية بالموت.

تنبية: محل الخلاف في الحر، أما إذا وطئ العبد جارية غيره بشبهة ثم عتق ثم ملكها فإنها لا تصير أم ولد جزماً؛ لأنه لم ينفصل من حر. ويستثنى من إطلاقه مسائل: منها ما لو أولد السيد أمة مكاتبه فإنه يثبت فيها الاستيلاء. ومنها ما لو أولد الأب الحر أمة ابنه التي لم يستولدها فإنه يثبت فيها الاستيلاء وإن كان الأب معسراً أو كافراً؛ وإنما لم يختلف الحكم باليسار والإعسار كما في الأمة المشتركة لأن الإيلاء هنا إنما ثبت لحرمة الأبوة وشبهة الملك، وهذا المعنى لا يختلف بذلك. ومنها ما لو أولد الشريك الأمة المشتركة إذا كان موسراً كما مر، فإن كان موسراً ثبت الاستيلاء في نصيبه خاصة، وكذا الأمة المشتركة بين فرع الواطئ وأجنبي إذا كان الأصل موسراً. ولو أولد الأب الحر مكاتبه ولده هل ينفذ استيلاءه لأن الكتابة تقبل الفسخ أو لا لأن الكتابة لا تقبل النقل؟ وجهان: أوجههما كما جزم به القفال الأول. ولو أولد أمة ولده المزوجة نفذ إيلاؤه كإيلاء السيد لها وحرمت على الزوج مدة الحمل.

فرع: جارية بيت المال كجارية الأجنبي فيحدّ واطؤها، وإن أولدها فلا نسب ولا استيلاء، وإن ملكها بعد، سواء أكان فقيراً أم لا؛ لأن الإعفاف لا يجب من بيت المال.

(وله) أي السيد (وطء أم الولد) منه بالإجماع، ولحديث: «أُمَّهَاتُ الْأَوْلَادِ لَا يَبْعَنُ وَلَا يُوَهَّبْنَ وَلَا يُورَثْنَ، يَسْتَمْتَعُ بِهَا سَيِّدُهَا مَا دَامَ حَيًّا فَإِذَا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ»^(١) رواه الدارقطني والبيهقي، وقال ابن القطان: رواه كلهم ثقات. وليس له وطء بنتها؛ وعلل ذلك لحرمتها بوطء أمها. وهو جرى على الغالب، فإن استدخاله المنى الذي يثبت به الاستيلاء كذلك، فإنهم صرحوا في باب ما يحرم من النكاح بثبوت المصاهرة بذلك. ولا وطء أمة مكاتبه، فإن أحبلها صارت أم ولد كما مر ولزمه قيمتها ولا يحرم عليه وطؤها بعد ذلك لأنه ملكها؛ قاله في البحر. فإن قيل: لم أفرد في الحديث ضمير الجمع في قوله: «يستمع بها» ولم يقل «بهن»؟ أجيب بأن كلاً منهما جائز، إلا أن الأكثر أن يعود للإفراد على جمع الكثرة والجمع على جمع القلة؛ تبه على ذلك الشيخ خالد في إعراب الألفيه.

تنبية: محل جواز الوطء إذا لم يحصل هناك مانع منه، فمن المانع ما لو أحبل الكافر أمته المسلمة أو أسلمت مستولده فإنه لا يحل له وطؤها، وقيل: يجبر على إعتاقها في الحال؛ والأصح يحال بينه وبينها. ومنه المحرمة على المحبل بنسب أو رضاع أو مصاهرة أو أحبلها فإنها تصير أم ولد كما مر، وليس له وطؤها. ومنه ما لو أولد مكاتبته فإنها تصير أم ولد كما مر في باب الكتابة، ويمتنع عليه وطؤها. ومنه أمة المبعوض إذا استولدها وقلنا بنفوذ استيلاءه كما مر فإنه لا يطؤها ولو بإذن مالكة، خلافاً للبلقيني. ومنه لو استولد الحر موطوءة ابنه فإنه يمتنع عليه وطؤها. ومنه الجارية المشتركة بينه وبين أجنبي إذا أحبلها الشريك المعسر أو المشتركة بين فرع الواطئ وأجنبي إذا كان الأصل موسراً كما مر. ومنه الأمة التي لم ينفذ فيها الاستيلاء لرهن وضعي أو شرعي أو جنائية فإنه يثبت الاستيلاء فيها بالنسبة للمستولد، ولا يجوز له وطؤها.

(١) أخرجه البيهقي في كتاب: عتق أمهات الأولاد، باب: الرجل يطأ أمته ثم تلد له (الحديث: ٣٤٢/١٠)، (١٣٤).

وَأَسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَأَرْشُ جِنَايَةِ عَلَيْهَا.

وَكَذًا تَزْوِيجُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا فِي الْأَصْحَحِّ، وَيَحْرُمُ بَيْعُهَا وَرَهْنُهَا وَهَبْتُهَا.

فروع: لو شهد اثنان على إقرار سيد الأمة بإبلادها وحكم به ثم رجعا عن شهادتهما لم يغرمأ شيئاً؛ لأن الملك باق فيها ولا يفوتأ إلا سلطنة البيع، ولا قيمة لها بانفرادها. وليس كإباق العبد من يد غاصبه، فإنه في غيره ضمان يد حتى يعود إلى مستحقه، فإن مات السيد غرمأ للوارث؛ لأن هذه الشهادة لا تنحط عن الشهادة بتعليق العتق لو شهدا بتعليقه فوجدت الصفة وحكم بعتقه ثم رجعا غرمأ.

(و) له (استخدامها) وولدها (وإجارتها) وولدها، وإعارتها بطريق الأولى، (وأرش جناية عليها) وعلى ولدها التابع لها وقيمتها إذا قتلا لبقاء ملكه عليها. فإن قيل: قد صرح الأصحاب بأنه لا يجوز إجارة الأضحية المعينة، كما لا يجوز بيعها إلحاقاً للمنافع بالأعيان، فهلاً كان هنا كذلك كما قال به الإمام مالك! أجب بأن الأضحية خرج ملكه عنها بالكلية بخلاف المستولدة.

تنبيه: محل صحة إجارتها إذا كان من غيرها، أما إذا أجزها نفسها فإنه لا يصح، بخلاف بيعها من نفسها كما سيأتي. ولو مات السيد بعد أن أجزها انفسخت الإجارة؛ فإن قيل: لو أعتق رقيقه المؤجر لم تنفسخ فيه الإجارة فهلاً كان هنا كذلك! أجب بأن السيد في العبد لا يملك منفعة الإجارة، فإعتاقه ينزل على ما يملكه، وأم الولد ملكت نفسها بموت سيدها فانفسخت الإجارة في المستقبل. ويؤخذ من هذا أنه لو أجزها ثم أحبلها ثم مات لا تنفسخ الإجارة، وهو كذلك.

(وكذا) له (تزويعها بغير إذن في الأصح) لبقاء ملكه عليها وعلى منافعها، فملك تزويجها كالمديرة. والثاني: لا يجوز إلا بإذنها، كالمكاتبة. والثالث: لا يجوز وإن أذنت لأنها ناقصة في نفسها وولاية السيد ناقصة، فأشبهت الصغيرة لا يزوجه الأخ بإذنها. ولو عبر المصنف بالأظهر لكان أولى، فإن الخلاف أقوال كما ذكرها في الروضة وأصلها. وله تزويج بنتها جبراً لما مر في أمها، ولا حاجة إلى استبرائها، بخلافه لفرشها، ولا يجبر ابنها على النكاح، ولا له أن ينكح بلا إذن السيد، وبإذنه يجوز. وعلى الأول يستثنى الكافر فلا يزوج مستولده المسلمة على الأصح. وما استثناه البغوي من أن المبعوض لا يزوج مستولده ممنوع كما قاله البلقيني؛ لأن السيد يزوج أمته بالملك لا بالولاية.

(ويحرم) ويبطل (بيعها ورهنها وهبتها) لخبر الدارقطني السابق في الأولى والثالث؛ ولأنها لا تقبل النقل فيهما، وقياساً للثاني عليهما؛ ولأن فيه تسليطاً على المبيع وقد قام الإجماع على عدم صحة بيعها. واشتهر عن علي رضي الله عنه أنه خطب يوماً على المنبر فقال في أثناء خطبته: «اجتمع رأيي ورأي عمر على أن أمهات الأولاد لا يبعن، وأنا الآن أرى بيعهن»^(١). فقال عبيدة السلماني: رأيك مع رأي عمر - وفي رواية: مع الجماعة - أحب إلينا من رأيك وحدك. فقال: «اقضوا فيه ما أنتم قاضون، فإني أكره أن أخالف الجماعة». فلو حكم حاكم بصحة بيعها نقض حكمه لمخالفته الإجماع. وما كان في بيعها من خلاف بين القرن الأول فقد انقطع وصار مجمعاً على منعه. وأما خبر أبي داود وغيره عن جابر: «كُنَّا نَبِيعُ أُمَّهَاتِ سَرَارِينَا أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ وَالنَّبِيِّ ﷺ

(١) أخرجه البيهقي في كتاب: عتق أمهات الأولاد، باب: الرجل يطا أمته... (الحديث: ٣٤٣/١٠).

وَلَوْ وَوَلَدَتْ مِنْ رَوْجٍ أَوْ زَنَا فَالْوَلَدُ لِلسَّيِّدِ يَعْتَقُ بِمَوْتِهِ كَهَيِّ،

حَيَّ لَا نَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا^(١) الَّذِي اسْتَدَلَّ بِهِ الْقَدِيمُ عَلَى جَوَازِ الْبَيْعِ؛ فَأَجِيبُ عَنْهُ بِجَوَابَيْنِ: الْأَوَّلُ أَنَّهُ مَنْسُوخٌ، الثَّانِي: أَنَّ هَذَا مَنْسُوبٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ اسْتِدْلَالًا وَاجْتِهَادًا فَيَقْدَمُ عَلَيْهِ مَا نَسَبَ فِيهِ قَوْلًا وَنَصًّا وَهُوَ الْحَدِيثُ السَّابِقُ عَنِ الدَّارِقُطَنِيِّ. وَقِيلَ: إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ كَمَا قَالَ ابْنُ عَمْرٍو: «كُنَّا نَخَابِرُ أَرْبَعِينَ سَنَةً لَا نَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا حَتَّى أَخْبَرَنَا رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الْمَخَابِرَةِ فَتَرَكْنَاهَا»^(٢).

فائدة: قد ناظر في هذه المسألة أبو بكر بن داود بن سريج، فقال أبو بكر: أجمعنا على أنها قبل أمية الولد كانت تباع فيستصحب هذا الإجماع إلى أن يثبت ما يخالفه، فقال له ابن سريج: أجمعنا على أنها حين كانت حاملاً بحر لا تباع فيستصحب هذا الإجماع القريب إلى أن يثبت ما يخالفه؛ فأفحمه.

تنبيه: قد يقتضي كلام المصنف منع كتابته؛ لأن الكتابة اعتياض عن الرقبة؛ ونقله الروياني عن النص، ولكن الأصح كما في الرافي الجواز. وأشعر قرنه البيع بالهبة أنه حيث حرم بيعها حرم هبتها وعكسه، لكن استثنى منه المرهونة والجانية فإنه يجوز بيعها ولا تجوز هبتها. ويستثنى من إطلاقه منع بيعها من نفسها بناءً على أنه عقد عتاقه، وهو الأصح، وكبيعها في ذلك هبتها كما صرح به البلقيني بخلاف الوصية به لاحتياجها إلى القبول، وهو إنما يكون بعد الموت وعتقها يقع عقبه. وليس له بيعها ممن تعتق عليه، ولا يشرط العتق ولا ممن أقر بحريتها؛ فإننا ولو قلنا هو من جهة المشتري افتداء وبيع من جهة البائع يثبت له فيها الخيار ففيه نقل مالك كالصورتين الأولتين. ويؤخذ من البناء المار في بيعها من نفسها أن محلها إذا كان السيد حر الكل، أما إذا كان مبعوضاً فإنه لا يصح لأنه عقد عتاقه كما مر وهو ليس من أهل الولاء، وهذا مأخوذ من كلامهم وإن لم أر من ذكره. والهبة كالبيع فيما ذكر. وهذا كله إذا لم يرتفع الإيلاء، فإن ارتفع بأن كانت كافرة وليست لمسلم وسُيِّت وصارت قنة فإنه يصح جميع التصرفات فيها، فلو عادت لملكها بعد ذلك لم يعد الاستيلاء؛ لأننا أبطلناه بالكلية، بخلاف المستولدة المرهونة إذا بيعت ثم ملكها الراهن لأننا أبطلنا الاستيلاء فيها بالنسبة إلى المرتهن وقد زال تعلقه؛ وهذا هو الظاهر، وإن لم أر من تعرض له.

(ولو ولدت من زوج) أو وطء شبهة بأن ظن الواطء فيه أنها زوجته الأمة (أو زنا) بعد الاستيلاء؛ (فالولد للسيد يعتق بموته كهي) لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية، فكذا في سببها اللازم. ولا يتوقف عتقه على عتق

(١) أخرجه أبو داود في كتاب: العتق، باب: في عتق أمهات الأولاد (الحديث: ٣٩٥٤)، وأخرجه النسائي في كتاب: العتق من «السنن الكبرى» كما في التحفة (الحديث: ٣٢٤/٢)، وأخرجه ابن ماجه في كتاب: العتق، باب: أمهات الأولاد (الحديث: ٢٥١٧)، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ٣٢١/٣)، وأخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: البيوع (الحديث: ١٩/٢)، وأخرجه الدارقطني في كتاب: المكاتب (الحديث: ١٣٥/٤)، وأخرجه البيهقي في كتاب: عتق أمهات الأولاد، باب: الخلاف في أمهات الأولاد (الحديث: ٣٤٨/١٠)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه في كتاب: العتق، باب: أم الولد (الحديث: ٤٣٢٣).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب: البيوع، باب: كراء الأرض (الحديث: ٣٩١٢)، وأخرجه أبو داود في كتاب: البيوع والإجازات، باب: في المزارعة (الحديث: ٣٣٨٩)، وأخرجه النسائي في كتاب: الأيمان والنذور، باب: ذكر الأحاديث... (الحديث: ٣٩٢٦) و (الحديث: ٣٩٢٧) و (الحديث: ٣٩٢٨)، وأخرجه ابن ماجه في كتاب: الرهون، باب: المزارعة بالثلث والرابع (الحديث: ٢٤٥٠)، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده (الحديث: ١١/٢)، وأخرجه البيهقي في كتاب: المزارعة، باب: ما جاء في النهي... (الحديث: ١٢٨/٦)، وأخرجه الحميدي في «مسنده» (الحديث: ١٢٥٥) و (الحديث: ٤٠٥)، وأخرجه الشافعي في «مسنده» (الحديث: ١٤٥) (الحديث: ٢٤٢)، وذكره الطحاوي في «مشكل الآثار» (الحديث: ١٩٣/٤).

وَأَوْلَادَهَا قَبْلَ الْاِسْتِيلَادِ مِنْ زِنَا أَوْ زَوْجٍ لَا يَغْتَفُونَ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَلَهُ يَبْغُهُمْ،

الأم، فلو ماتت قبل السيد بقي الاستيلاء فيه. وهذا أحد المواضع التي يزول فيها حكم المتبوع ويبقى حكم التابع كما في نتاج الماشية في الزكاة، بخلاف المكاتبه إذا ماتت أو عجزت نفسها تبطل الكتابة ويكون الولد رقيقاً للسيد؛ لأنه يعتق بعقبتها تبعاً بلا أداء منه أو نحوه. وولد المستولدة إنما يعتق بما تعتق هي به وهو موت السيد، ولهذا لو أعتق أم الولد أو المدبرة لم يعتق الولد كالعكس، بخلاف المكاتبه إذا أعتقها يعتق ولدها. وولد الأضحية المنذورة والهدى له حكمها لزوال الملك عنها وولد الموصى بمنفعتها كالألم رقبته للوارث ومنفعتة للموصى له لأنه جزء من الأم، والمؤجرة والمعاراة لا يتعدى حكمها إلى الولد لأن العقد لا يقتضيه. وولد المرهونة الحادث بعد الرهن غير مرهون، وولد المضمونة غير مضمون، وولد المغصوبة غير مغصوب، وولد المودعة كالشوب الذي طيرته الريح إلى داره، وولد الجانية لا يتبعها في الجنابة، وولد المرتدين مرتد، وولد العدو تصح شهادته على عدو أصله، وولد مال القراض يفوز به المالك، وولد المستأجرة غير مستأجر، وولد الموقوفة لا يتعدى حكم الوقف إليه؛ لأن المقصود بالوقف حصول الفوائد والمنافع للموقوف عليه. قال الزركشي: وضابط ما يتعدى الولد كل ما لا يقبل الرفع، كما لو نذر عتق جاريته يجب عتق ولدها، وكذا ولد الأضحية والهدى اهـ. فإن قيل: يرد على المصنف صورتان، إحداهما: أنه إذا أحبل الراهن المرهونة وهو معسر وقلنا بالأصح أنها لا تصير أم ولد فتباع في الدين، فإذا بيعت ثم ولدت عند المشتري أولاداً ثم ملكها الراهن هي وأولادها فإنها تصير مستولدة على الصحيح، وأولادها أرقاء لا يعطون حكمها؛ قاله الرافعي في باب الإقرار بالنسب. قال البلقيني: وجرى مثله في الجنابة وجانية التركة المتعلقة بها الرهن. الثانية: ما حكاه الرافعي قبيل الصداق عن فتاوى البيهقي وأقره أن الزوج إذا كان يظن أن أم الولد حرة فالولد حر وعليه قيمته للسيد. أجيب بأنهم في الأولى ولدوا قبل الحكم بالاستيلاء، وظاهره أن الحكم كذلك، ولو كانت حاملاً به عند العود وهو ما في فتاوى القاضي، وفي الثانية ليست أم ولده في ظنه. وقوله: «كهي» فيه جر الكاف للضمير وهو شاذ، والمصنف استعمله في مواضع من المتن هذا آخرها، ولو قال كالروضة: «فحكم الولد حكم أمه» لكان أولى، ليشمل منع البيع وغيره من الأحكام. واحترز بقوله: «من زوج أو زنا» عن ولدها من السيد فإنه حر، لكن يرد عليه ما لو وطئها أجنبي يظن أنها زوجته الأمة، فإن حكم ولدها كذلك كما مر.

تنبيه: سكت المصنف عن حكم أولاد أولاد المستولدة، ولم أر من تعرض لهم؛ والظاهر أخذاً من كلامهم أنهم إن كانوا من أولادها الإناث فحكمهم حكم أولادها، أو من الذكور فلا؛ لأن الولد يتبع الأم رقاً وحرية كما مر.

فرع: لو قال لأمته: أنت حرة بعد موتي بعشر سنين مثلاً، فإنما تعتق إذا مضت هذه المدة من الثلث، وأولادها الحادثون بعد موت السيد في هذه المدة كأولاد المستولدة ليس للوارث أن يتصرف فيهم بما يؤدي إلى إزالة الملك ويعتقون من رأس المال كما ذكره في باب التدبير.

(وأولادها قبل الاستيلاء من زنا أو) من (زوج لا يعتقون بموت السيد وله بيعهم) والتصرف فيهم ببقية التصرفات، لحدوثهم قبل ثبوت سبب الحرية للأم. ولو ادعت المستولدة أن هذا الولد حدث من ذلك بعد الاستيلاء أو بعد موت السيد فهو حر وأنكر الوارث ذلك وقال: بل حدث قبل الاستيلاء فهو قن، صدق بيمينه، بخلاف ما لو كان في يدها مال وادعت أنها اكتسبته بعد موت السيد وأنكر الوارث فإنها المصدقة؛ لأن اليد لها فترجع، بخلافه في الأولى فإنها تدعي حرته والحر لا يدخل تحت اليد.

وَعَتَّقَ الْمُسْتَوْلِدَةَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ؛ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(وعتق المستولدة) وأولادها الحادثين بعد الاستيلاء (من رأس المال، والله أعلم) مقدماً على التديون والوصايا، لظاهر قوله ﷺ: «أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا»^(١) وسواء أجبها أو أعتقها في المرض أم لا، أوصى بها من الثلث أم لا؛ بخلاف ما لو أوصى بحجة الإسلام، فإن الوصية بها تحسب من الثلث؛ لأن هذا إتلاف حصل بالاستمتاع فأشبهه إنفاق المال في الميزات والشهوات.

خاتمة: لو وطئ شريكان أمة لهما وأتت بولد وادعيا استبراء وحلفا فلا نسب ولا استيلاء، وإن لم يدعيا فله أحوال، أحدها: أن لا يمكن كونه من أحدهما بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء الأول ولأقل من ستة أشهر من وطء الثاني، أو لأكثر من أربع سنين من آخرهما وطأ فكما لو ادعيا الاستبراء، الحال الثاني: أن يمكن كونه من الأول دون الثاني، بأن ولدته لما بين أقل من مدة الحمل وأكثرها من وطء الأول ولما دون أقل مدة الحمل من وطء الثاني فيلحق بالأول ويثبت الاستيلاء في نصيبه، ولا سراية إن كان معسراً ويسري إن كان موسراً. الحال الثالث: أن يمكن أن يكون من الثاني دون الأول بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء الأول ولما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطء الثاني فيلحق بالثاني ويثبت الاستيلاء في نصيبه، ولا سراية إن كان معسراً وإن كان موسراً سري. الحال الرابع: أن يمكن كونه من كل واحد بأن ولدته لما بين ستة أشهر وأربع سنين من وطء كل واحد منهما وادعياه أو أحدهما فيعرض على القائف، فإن تعذر أمر بالانتساب إذا بلغ، وإن أتت لكل واحد منهما بولد وهما موسران وادعى كل منهما أن إبلاده قبل إبلاده الآخر لها ليسري إبلاده إلى بقيتها، فإن حصل اليأس من بيان القبيلة عتقت بموتها لاتفاقهما على العتق، ولا يعتق بعضها بموت أحدهما لجواز كونها مستولدة للآخر، ونفقتها في الحياة عليهما، ويوقف الولاء بين عصبيتهما لعدم المرجح. وإن كانا معسرين يثبت الاستيلاء لكل واحد في قدر نصيبه، فإذا مات أحدهما عتق نصيبه وأولاده لعصبته، فإذا ماتا عتقت كلها والولاء لعصبتهم بالسوية، وإن كان أحدهما موسراً فقط ثبت إبلاده في نصيبه والنزاع في نصيب المعسر فنصف نفقتها على المعسر ونصفها الآخر بينهما. ثم إن مات الموسر أولاً عتق نصيبه وولاه لعصبته، فإذا مات المعسر بعده عتق نصيبه ووقف وولاه بين عصبيتهما، وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء، فإذا مات الموسر بعده عتقت كلها وولاه نصفها لعصبته ووقف وولاه النصف الآخر. أما لو ادعى كل منهما سبق الآخر وهما موسران أو أحدهما موسر فقط، ففي الروضة كأصلها عن البغوي: يتحالفان ثم ينفقان عليها، فإذا مات أحدهم في الصورة الأولى لم يعتق نصيبه لاحتمال صدقه وعتق نصيب الحي لإقراره ووقف وولاه، فإذا مات عتقت كلها ووقف وولاه الكل. وإذا مات الموسر في الثانية أولاً عتقت كلها نصيبه بموته وولاه لعصبته ونصيب المعسر بإقراره ووقف وولاه. وإن مات المعسر أولاً لم يعتق منها شيء لاحتمال سبق الموسر، فإذا مات الموسر عتقت كلها وولاه نصيبه لعصبته وولاه نصيب المعسر موقوف. ولو كانا معسرين فكما لو ادعى كل منهما أنه أولداها قبل استيلاء الآخر لها، وقد تقدم حكمه؛ والعبرة بالسيسار والإعسار بوقت الإحبال. ولو عجز السيد عن نفقة أم ولده أجب على تخليتها لتكسب وتنفق على نفسها أو على إيجارها، ولا يجبر على عتقها أو تزويجها،

(١) أخرجه ابن ماجه في كتاب: العتق، باب: أمهات الأولاد (الحديث: ٢٥١٦)، وأخرجه الحاكم في المستدرک في كتاب: البيوع (الحديث: ١٩/٢)، وأخرجه الدارقطني في كتاب: المكاتب (الحديث: ١٣١/٤)، وأخرجه البيهقي في كتاب: عتق أمهات الأولاد، باب: الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له (الحديث: ٣٤٦/١٠)، وذكره ابن عبد البر في «التمهيد» (١٣٨/٣)، وذكره الزيلعي في «نصب الراية» (٢٨٧/٣).

كما لا يرتفع ملك اليمين بالعجز عن الاستمتاع، فإن عجزت عن الكسب فنفتتها في بيت المال كما مر في النفقات؛ والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

وهذا آخر ما يسره الله تعالى من «مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج» فدونك مؤلفاً كأنه سبيكة عسجد أو درّ منضد، محرراً لدلائل هذا الفن، مظهراً لدقائق استعملنا الفكر فيها إذا الليل جنّ، فإن ظفرت بفائدة فادع بالتجاوز والمغفرة، أو بزلة قلم أو لسان فافتح لها باب التجاوز والمعذرة:

فلا بدّ من عيب فإن تجدنه فسامح وكن بالستر أعظم مفضل
فمن ذا الذي ما ساء قط ومن له الـ محاسن قد تمت، سوى خير مرسل؟

فأسأل الله الكريم الذي به الضرّ والنفع، ومنه الإعطاء والمنع، أن يجعله لوجهه خالصاً، وأن يتداركني بألطافه إذا الظل أضحى في القيامة قالصاً، وأن يخفف عني كل تعب ومؤنة، وأن يمدني بحسن المعونة، وأن يرحم ضعفي كما علمه، وأن يحشرنني في زمرة من رحمه، أنا ووالدي وأولادي وأقاربي ومشايخي وأحبابي وأحباني وجميع المسلمين، بمحمد وآله وصحابه أجمعين.

ونختم هذا الشرح بما ختم به الرافعي كتابه «المحرر» بقوله: اللهم كما ختمنا بالعتق كتابنا، نرجو أن تعتق من النار رقابنا، وأن تجعل إلى الجنة مآبنا، وأن تسهل عند سؤال الملكين جوابنا، وإلى رضوانك إيابنا. اللهم بفضلك حقق رجاءنا، ولا تخيب دعاءنا، برحمتك يا أرحم الراحمين، وصلّى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.